

NEGLIGENCIA MÉDICA, PRESCRIPCIÓN FRENTE A LA ASEGURADORA DE SALUD

Miguel Ángel Toledano Jiménez

*Socio director de Curia Legis Abogados
Profesor del Área Jurídica. CEF.- UDIMA*

EXTRACTO

Tratamos en este caso la prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios por posible negligencia médica, frente al médico, hospital y aseguradora de salud.

Los hechos ocurren el 1 de octubre de 2013, tras una cirugía en codo derecho por rotura de bíceps distal tras sufrir una lesión por importante esfuerzo físico.

Tras la cirugía, el cliente, Enrique, es diagnosticado de lesión axonal parcial aguda del nervio radial derecho.

En el posoperatorio inmediato, Enrique presenta debilidad en la musculatura inervada por nervio radial derecho, en probable relación a neuroapraxia del nervio radial.

Tras las pruebas médicas pertinentes, Enrique es diagnosticado de lesión axonal parcial aguda de nervio radial derecho de grado medio-severo en enero de 2014. Termina el tratamiento rehabilitador en enero de 2015 por falta de ulterior mejoría clínica, restándole una neuropraxia de nervio radial derecho.

Enrique tenía concertado seguro de salud con la compañía Z y es operado y tratado en el Hospital H, por medio del seguro de salud concertado, toda vez que el hospital es uno de los pertenecientes al cuadro médico que facilita dicha aseguradora a sus asegurados.

Analizamos los plazos de prescripción frente al facultativo, centro hospitalario y aseguradora de salud.

Palabras clave: negligencia médica; reclamación de daños; prescripción; seguro de enfermedad; seguro de asistencia sanitaria.

Fecha de entrada: 08-11-2017 / Fecha de aceptación: 22-11-2017

ENUNCIADO

Enrique ingresa el 1 de octubre de 2013 en el Hospital H para cirugía en codo derecho al presentar una rotura de bíceps distal derecho, tras sufrir una lesión al realizar un importante esfuerzo físico.

En el posoperatorio inmediato, Enrique presenta debilidad en la musculatura inervada por nervio radial derecho, en probable relación a neuroapraxia del nervio radial.

Tras las pruebas médicas pertinentes, Enrique es diagnosticado de lesión axonal parcial aguda de nervio radial derecho de grado medio-severo en enero de 2014. Termina el tratamiento rehabilitador el 20 de enero de 2015 por falta de ulterior mejoría clínica, restándole una neuroapraxia de nervio radial derecha.

Enrique tenía concertado seguro de salud con la compañía Z y es operado y tratado en el Hospital H, por medio del seguro de salud concertado, toda vez que el hospital es uno de los pertenecientes al cuadro médico que facilita dicha aseguradora a sus asegurados. El cirujano que le opera también pertenece al cuadro médico de la aseguradora.

En el presente asunto no estudiamos la posible negligencia médica, sino –en caso de producirse– si las acciones frente al médico que opera a Enrique, el Hospital H donde fue operado y su aseguradora de salud estarían prescritas, teniendo en cuenta que acude a un despacho de abogados al objeto de que estudien el asunto el 15 de noviembre de 2017, es decir, transcurridos más de cuatro años desde el día de la operación y casi tres años desde la fecha en que terminó el tratamiento rehabilitador (20 de enero de 2015).

Cuestiones planteadas:

- Estudio de la prescripción frente a los posibles responsables: cirujano, hospital y aseguradora de salud.

SOLUCIÓN

En primer lugar, debemos analizar el tipo de seguro de salud que tiene Enrique, puesto que en todo momento se refiere al mismo como «su seguro médico», pero se hace necesario delimitar su contenido y alcance.

El artículo 105 de la Ley de contrato de seguro (LCS) distingue entre los seguros de salud y los seguros de asistencia sanitaria, estando sometidos ambos a las normas contenidas en la sección de la LCS dedicada al seguro de accidentes, en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros.

Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, y en caso de siniestro:

- Al pago de ciertas sumas y gastos de asistencia médica y farmacéutica.
- Puede asumir también directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, de tal manera que la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen.

Podemos deducir que este artículo regula dos tipos de seguros: el de enfermedad y el de asistencia sanitaria.

En el primer caso, el artículo 105 de la LCS se estaría refiriendo al seguro de enfermedad, siendo este el riesgo a asegurar, de modo que el asegurador se compromete, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos reflejados en la póliza, al reembolso de las cantidades y gastos de asistencia médica y farmacéutica que el asegurado haya tenido que abonar.

En el segundo caso, más que un seguro de reembolso, es un seguro de prestación de servicios, de tal manera que la aseguradora, también dentro de los límites y condiciones pactados en el contrato de seguro, presta y asume directamente el servicio asistencial relacionado con la salud del asegurado con los médicos y clínicas adscritos a su cuadro médico o concertados con la aseguradora y a los que necesariamente el asegurado debe acudir si quiere obtener cobertura del riesgo, enfermedad o daño físico o psíquico reflejado en la póliza.

Debemos tener en cuenta que ambos tipos de seguros se encuentran regulados en el título III de la LCS, referente a los seguros de personas, junto con los seguros sobre la vida, accidentes, dependencia y decesos.

En ambos casos podemos entender que el riesgo asegurado es el mismo: la enfermedad entendida en un concepto genérico. La diferencia estribaría en la forma de contraprestación de la aseguradora cuando asume ese riesgo, es decir, en la naturaleza de la prestación a la que se compromete: a) en el seguro de enfermedad, al pago de ciertas sumas y gastos de asistencia médica

y farmacéutica; b) en el seguro de asistencia sanitaria, a las prestaciones de servicios médicos y quirúrgicos derivados de la materialización del riesgo.

Es cierto que el legislador ha previsto el desarrollo reglamentario del seguro de asistencia sanitaria (último párrafo del art. 105), pero este, hasta la fecha, no se ha producido.

Podríamos decir, por tanto, que mientras en el seguro de enfermedad la prestación es siempre pecuniaria o de reembolso de gastos que previamente ha abonado el asegurado, en el seguro de asistencia sanitaria, la prestación es de servicios, conforme a lo indicado en póliza.

Resulta relevante la distinción, a efectos de estudiar si los hechos están o no prescritos, ya que no es lo mismo que la aseguradora pague al asegurado, quien previamente ha contratado con un médico de su elección su asistencia sanitaria, a que la aseguradora sea quien paga directamente al médico u hospital, sin reembolsar cantidad alguna al asegurado.

Si bien en ambos supuestos asegurado y aseguradora tienen una relación contractual derivada del contrato de seguro concertado, en el primer caso existe, además, una relación contractual entre el paciente/asegurado y el médico con el que contrata la prestación, pero no existe relación contractual entre la aseguradora y el médico que trata al paciente/asegurado. Sin embargo, en el segundo supuesto, la aseguradora y el médico sí tienen una relación contractual, generalmente de arrendamiento de servicios, puesto que es la aseguradora la que busca y contrata a los profesionales sanitarios que más tarde incorporará a su cuadro médico, para que el asegurado pueda optar por aquel que más le convenga.

La cuestión se complica en los casos de copago de los servicios sanitarios prestados a través de la aseguradora o cuando las listas de médicos ofrecidos no son cerradas sino que se trata de listas abiertas, de tal manera que el asegurado puede acudir a los médicos contemplados en el listado que le ofrece la aseguradora, en cuyo caso estaríamos ante una prestación de servicio médico (seguro de asistencia sanitaria), o bien acudir libremente a los profesionales sanitarios de su elección, reembolsando en este caso la aseguradora al asegurado los gastos en los que incurra, de conformidad con lo pactado en la póliza (seguro de enfermedad), tratándose de un seguro mixto o combinado de las dos posibilidades que ofrece el artículo 105 de la LCS.

Por lo tanto, pedimos a Enrique la póliza de su seguro de salud para comprobar exactamente qué tipo de cobertura le ofrece la aseguradora. Nos encontramos con una póliza, denominada «Seguro de enfermedad. Póliza de asistencia sanitaria», cuyo objeto es del siguiente tenor:

«Objeto del seguro:

Dentro de los límites y condiciones estipulados en la póliza, y mediante el pago de la prima y franquicias que en cada caso correspondan, la aseguradora se compromete a facilitar al asegurado la cobertura económica de la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda en toda clase de enfermedades o lesiones que se encuentren

comprendidas en el listado de prestaciones sanitarias referentes a las especialidades indicadas en la cláusula, asumiendo el asegurador su coste mediante el pago directo a los profesionales o centros concertados que hubieren realizado la prestación.

En todo caso, la aseguradora asume la cobertura económica de la asistencia sanitaria contratada cuando se requiera en situación de urgencia y mientras dure la misma.

En el presente seguro de asistencia sanitaria no podrán concederse indemnizaciones optativas en metálico en sustitución de la prestación de la asistencia sanitaria cubierta».

Analizado el resto de la póliza, comprobamos que estamos ante un seguro de asistencia sanitaria en estado puro, es decir, la aseguradora le ofrece al asegurado una lista de profesionales sanitarios, establecidos por zonas geográficas y especialidades, a los que acudir, no pudiendo acudir a profesionales que se encuentren fuera de esta lista cerrada ofertada por la aseguradora. La lista contempla profesionales individuales e incluso hospitales y centros médicos, cada uno de ellos con sus correspondientes profesionales adscritos a los mismos. La aseguradora satisfará directamente al facultativo o centro que atienda al asegurado el coste de los servicios, sin que este tenga que desembolsar cantidad alguna, ni soportar ninguna franquicia, siempre que el asegurado se identifique debidamente o haya obtenido la conformidad previa de la compañía de seguros.

Vista esta situación, nos planteamos si las acciones que pudiera entablar Enrique por posible negligencia médica frente al cirujano que lo operó, el hospital donde se llevó a cabo la operación y su aseguradora de asistencia sanitaria están o no prescritas, para lo cual procede analizar el tipo de vinculación contractual que le une con las mismas y, en su caso, el plazo de prescripción establecido legalmente.

A nuestro modo de ver, la relación de Enrique con el cirujano que le opera y con el hospital o centro médico donde se lleva a cabo la operación sería de tipo extracontractual, puesto que, si bien son elegidos por Enrique, lo son porque están dentro de la lista o cuadro médico ofrecido por la aseguradora y que se entrega al asegurado cuando concierne la póliza, estando también a su disposición a través de la correspondiente página web a la que accede con usuario y contraseña previamente establecidos; es decir, es la aseguradora quien se encarga de abonar directamente a los profesionales de su cuadro médico los honorarios debidos, de tal manera que Enrique no abona en ningún momento prestación de tipo alguno ni al hospital ni al médico que le ha operado. Al no tratarse, por lo tanto, de una relación contractual, estaríamos ante una responsabilidad extracontractual (si es que existe algún tipo de responsabilidad médica por mala praxis), siendo en estos casos el periodo de prescripción de un año, conforme establece el artículo 1.968 del Código Civil, con relación al artículo 1.902 del mismo texto legal que regula la denominada responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Cabe analizar desde cuándo empezaría a contar este plazo de un año (*dies a quo*). A nuestro juicio, debe comenzar desde el momento de la estabilización lesional de Enrique, plazo que podríamos concretarlo en el 20 de enero de 2015, fecha en que termina el tratamiento rehabilitador. Por lo tanto,

toda vez que desde enero de 2015 ha transcurrido sobradamente el plazo de un año, nos decantamos por entender que la acción frente al cirujano y al hospital donde fue operado Enrique estaría prescrita.

No hay, por lo tanto, libertad de elección del paciente/asegurado, lo que comportaría, si la hubiera, una relación de carácter contractual, puesto que exigiría que el paciente asumiera el compromiso de abonar todas las actuaciones médicas y hospitalarias, siendo en estos casos el plazo de prescripción de cinco años (anteriormente a la reforma del art. 1.964 CC, 15 años).

En nuestro supuesto, entendemos que al no existir relación contractual alguna entre el paciente/asegurado y el médico o centro médico donde se lleva a cabo la obligación, la acción prescribiría por el transcurso de un año.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de julio de 2012, en resolución número 488/2012 (ponente don José Antonio Seijas Quintana), que trata el tema de la responsabilidad civil médica en demanda dirigida contra la entidad aseguradora y contra el médico, abordando la cuestión de la prescripción de las acciones ejercitadas.

En esta sentencia se conoce la demanda interpuesta por una paciente, doña Amelia, contra una aseguradora de salud y contra el cirujano que la operó, perteneciente al cuadro médico de la misma.

En este supuesto, doña Amelia fue intervenida en los años 1998 y 1999, por el doctor señor Juan, del cuadro médico de Asisa, en una clínica propiedad de esta última, con la que la actora tenía concertado seguro de asistencia sanitaria, y en la que se le efectuó una anexectomía izquierda con resección en cuña del ovario derecho y una histerectomía total con anexectomía derecha, respectivamente. Como consecuencia de las dos intervenciones a las que fue sometida la paciente sufrió diversas secuelas (pérdida de ovarios y del útero, síndrome menopáusico precoz, esterilidad, hernia inguinal, síndrome depresivo y otras), reclamando por todas ellas la cantidad de 319.056 euros, más intereses, en una demanda dirigida, como ya hemos indicado, contra la aseguradora de asistencia sanitaria y contra el médico.

No tuvo mucha suerte la demandante, ni en primera ni en segunda instancia, puesto que la demanda fue desestimada al considerar prescritas las acciones ejercitadas, indicando expresamente la sentencia de la Audiencia Provincial que «la relación que une a ese facultativo con la paciente que se sometió a las intervenciones quirúrgicas por él practicadas no puede entenderse que es una relación contractual, ya que faltan todos los elementos imprescindibles para que tenga existencia el contrato de arrendamiento de servicios que sería el formalizado» y que «las obligaciones derivadas del contrato de seguro, para la aseguradora en este supuesto de mala praxis sanitaria en el que se fundamenta la demanda, prescriben a los cinco años, y las del médico al que se le atribuye culpa o negligencia en su actuar, prescriben al año, como todas las obligaciones que se fundamentan en la responsabilidad aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil».

La parte actora interpuso un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y casación, siendo el primero de ellos inadmitido.

En lo que nos interesa, se cita como infringido el artículo 1.964 del CC, en cuanto al plazo de prescripción de las acciones de 15 años para las acciones personales (recordemos que tras la reforma del CC, el plazo de prescripción es de 5 años), así como la doctrina y jurisprudencia que complementan dicho precepto, al concurrir una yuxtaposición de responsabilidades o culpas contractuales y extracontractuales.

Dispone esta sentencia que como regla general el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada, respetando la relación jurídico procesal establecida por las partes, pero no puede tacharse de incongruente la resolución que funda la decisión en normas de responsabilidad distinta de las invocadas, con base en este concepto de unidad de culpa con integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda.

En lo que resulta interesante para nuestro caso práctico, el fundamento de derecho segundo, apartado 3, señala:

«3. Pues bien la recurrente argumenta que el daño se produjo en el marco de las relaciones contractuales, a las que confiere tal naturaleza, tanto la que se origina con el médico, como con la aseguradora, por incumplimiento del contrato de asistencia, y pretende que esta Sala, en trámite de recurso de casación, altere la relación existente entre uno y otro para sostener una calificación jurídica distinta en cuanto a la prescripción de las acciones, lo que no es posible: En primer lugar, –dice la sentencia– "faltan todos los elementos imprescindibles para que tenga existencia el contrato de arrendamiento de servicios que sería el formalizado", por lo que no es posible extender la relación contractual al profesional sanitario que le prestó asistencia negligente. El contrato del médico no se había concluido con doña Amelia, sino que tuvo lugar entre esta y la aseguradora. Se trata de auxiliares en el cumplimiento de la obligación de la aseguradora, que no proporcionaba la asistencia por sí misma, sino a través de quienes había contratado para poder cumplir el contrato (STS de 19 de diciembre de 2008). En segundo lugar, se produjo un concurso de acciones: por responsabilidad en el cumplimiento del contrato concluido con la aseguradora y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. La primera prescribe a los cinco años, conforme al artículo 23 de la LCS, en cuanto resulta del contrato de seguro, norma especial de aplicación, según el artículo 1.969 del CC, a cuyo tenor "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamentan en la responsabilidad aquiliana del artículo 1.902 de CC. Por lo demás, es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero de 1991; STS de 16 de marzo de 2010)».

Tratan también la cuestión las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 3 de noviembre de 1999, 10 de noviembre de 1999, 19 de junio de 2001, 4 de octubre de 2004, 17 de noviembre de 2004, 8 de noviembre de 2007 y, entre otras, la de 19 de diciembre de 2008, que entendió que la responsabilidad de la aseguradora de servicios médicos es contractual, pero la personal de los profesionales sanitarios que la aseguradora emplea es extracontractual.

Como ya hemos adelantado, por lo tanto, la responsabilidad de la aseguradora de salud, prescribiría a los cinco años, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la LCS, que establece que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años, si se trata de seguro de daños, y de cinco, si el seguro es de personas. Al tratarse de un seguro regulado en el título III de la LCS, concretamente en los artículos 105 y 106, estamos ante un seguro de personas, siendo aplicable el plazo de prescripción de cinco años.

Toda vez que la estabilización lesional se produce el 20 de enero de 2015, estaríamos dentro del plazo de cinco años para interponer demanda, ya que la compañía de seguros puede incurrir en una culpa *in eligendo*, dado que la aseguradora ejerce un control sobre el listado médico al que ha de sujetarse en todo momento el asegurado.

No obstante, establecida la posibilidad de reclamación frente a la aseguradora por no haber transcurrido ese plazo de cinco años y tratarse de un seguro de prestación de servicios sanitarios en estado puro, cuestión muy distinta es si la aseguradora responde o no en caso de mala praxis del médico perteneciente a su cuadro y que ha elegido el asegurado.

Para mayor comprensión sobre este tema, remitimos al interesante estudio que sobre la cuestión realiza don Julio César GALÁN CORTÉS, en su libro *Responsabilidad civil médica*, con mención de diferentes sentencias del Tribunal Supremo que tratan la cuestión: 27 de septiembre de 1994, 23 de marzo de 1993, 19 de junio de 2001, 4 de octubre de 2004, 17 de noviembre de 2004, 8 de noviembre de 2007, entre otras.

Concluye GALÁN CORTÉS que «la doctrina mayoritaria sostiene, con fundamento suficiente, que la aseguradora responde por las negligencias e impericias de los médicos incluidos en su cuadro o lista, con base precisamente en el control que ejerce sobre sus propias listas. Las aseguradoras en estos casos («con cuadro médico propio») imponen los facultativos de sus listas a los asegurados, imposibilitando de esta forma su libre elección por el paciente/asegurado, que no puede acudir para su atención a otro profesional distinto de los elegidos, de forma restringida, por su compañía».

Debe existir, no obstante, una relación de dependencia entre las entidades aseguradoras y el profesional sanitario, lo cual parece obvio puesto que al pertenecer al cuadro médico de la aseguradora y ser sufragados sus honorarios por la misma, dependen de alguna manera de esta, bien mediante vinculación laboral, bien mediante un contrato de arrendamiento de servicios (verbal o escrito), pero parece necesario entender que, si la aseguradora paga al médico u hospital, es porque previamente ha concertado con los mismos la prestación de un servicio y ha obtenido la

autorización de los facultativos para incluirlos en sus cuadros médicos, que luego ofrece al asegurado para que le presten el servicio sanitario que demande.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2015, trata el supuesto de una demanda interpuesta por Asisa, ejercitando una acción de regreso del artículo 1.145 del CC, y subsidiariamente, del artículo 1.904 del CC, que tiene como precedente una sentencia anterior en la que la demandante fue condenada de forma solidaria junto con dos médicos a abonar 25 millones de pesetas por el fallecimiento de doña Encarna, ocurrido el día 6 de julio de 1994, tras haber sido intervenida y tratada por los citados codemandados. La demanda se dirige a recuperar de los dos médicos la cantidad que abonó a resultas de la condena por defectuoso cumplimiento del contrato de asistencia sanitaria que tenía con la fallecida.

En lo que nos atañe, nos interesa destacar los siguientes párrafos:

«Nada se cuestiona en este caso en relación con el pago cuyo origen estuvo en el fallecimiento de la asegurada por Asisa. Sí se cuestiona la participación de la demandante en el daño. Se trata, dice la sentencia recurrida, "de responsabilidades definidas en marcos jurídicos distintos. De un lado, la responsabilidad de los médicos, independiente una de otra, y en todo caso amparada en la responsabilidad profesional –culpa extracontractual de los mismos al haber actuado negligentemente en el desempeño de sus funciones–; por otro lado, la responsabilidad de Asisa, aseguradora con la cual la víctima tenía concertada la prestación de asistencia sanitaria e intervención quirúrgica, por defectuosa prestación de las obligaciones inherentes a dicho contrato de seguro responsabilidad contractual", añadiendo que "tanto el centro sanitario como los médicos que prestaron asistencia a la víctima actuaban en el marco de las prestaciones contractualmente convenidas con la aseguradora, perteneciendo los facultativos al cuadro médico ofertado por Asisa a sus clientes al igual que el centro sanitario. Todo ello nos lleva al marco de la culpa *in eligiendo* ya que, si bien no ha quedado probado cuál era el tipo de relación existente entre los facultativos y la aseguradora, lo cierto es que la elección directa del médico que debería integrar el correspondiente cuadro médico por parte de la aseguradora permite establecer, al margen de la existencia o no de relación laboral entre aquellos, una relación de dependencia indirecta que afectaría al modo de prestación de servicios al mismo tiempo que a la libertad de criterio de aquellos; y, es más, en este caso no cabe duda de que la existencia de una relación contractual entre víctima y aseguradora obligaba a esta última, que asume la prestación directa de asistencia médica-quirúrgica, a la correcta atención al enfermo, siendo los facultativos meros auxiliares de aquella en el desempeño de la prestación asegurada, viendo por ello obligada a garantizar la correcta prestación del servicio, al ser garante de ello dada la relación existente con los facultativos, bien sea por vínculo laboral, bien sea por razón del contrato de arrendamiento de servicios, lo que nos permite declarar la responsabilidad de Asisa, bien sea por concurrir culpa *in eligiendo* en cuanto a la determinación de los facultativos, o bien por la responsabilidad derivada del hecho ajeno, por tratarse de unas prestaciones que se ofrecen al amparo de una pó-

liza de seguro en la cual los servicios sanitarios se ofrecen a partir de un determinado cuadro médico vinculante para el paciente y una red de centros sanitarios igualmente vinculante para este".

Sin modificar esta base fáctica es posible obtener conclusiones jurídicas distintas de las de la sentencia, sentencia que confunde la relación de todos los condenados con la víctima y la de los deudores solidarios entre sí. Lo que la sentencia está aplicando, aun sin citar los artículos que dan cobertura jurídica a su afirmación, no es la responsabilidad civil directa del artículo 1.902, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria (el único reproche es el de un incumplimiento meramente contractual frente a su asegurada fallecida), sino la responsabilidad del artículo 1.903, por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, y ello le autoriza a ejercitar frente a los mismos el derecho de repetición del artículo 1.904, pues tanto la responsabilidad civil derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos, dado que ninguna conducta puede reprochársele causalmente vinculada al daño».

Parece evidente que debe existir una relación directa o indirecta que una a los facultativos con la aseguradora, puesto que esta es quien los elige e incorpora a su cuadro médico, siendo estos unos auxiliares de la aseguradora en desempeño del objeto del contrato de seguro de asistencia sanitaria concertado entre esta y su asegurado.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2017, establece también esta distinción entre el seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad o reembolso:

«2. La asunción de la prestación de servicios médicos –Sentencias de 24 de marzo de 2002 y de 4 de diciembre de 2007– no puede inferirse de la mera existencia del aseguramiento, sino que, por lo general, para estimarla existente, la jurisprudencia se funda en la interpretación de la póliza del seguro que se atribuye a los tribunales en primera y segunda instancia y que la recurrente pretende anular en este caso mediante una interpretación subjetiva e interesada de la que ofrece la sentencia, convirtiendo en contrato de seguro de asistencia sanitaria lo que es un seguro de enfermedad o reembolso en el que la asistencia médica queda fuera de la organización de los medios asistenciales prestados por la aseguradora del paciente para hacer posible la provisión del servicio de salud asegurado por un médico independiente y absolutamente responsable de su actuación profesional.

3. Lo cierto es que, examinado el contenido de la póliza de seguro, se advierte que su objeto no es otro que el reembolso de los gastos asistenciales, que es a lo único a lo que se comprometió la aseguradora. Entre el médico y la aseguradora del demandante no existía ninguna relación jurídica que justificase su intervención para la concreta atención al acto médico negligente que se le imputa. La clínica, y por derivación el médico, fue contratada directamente por el paciente, que asumió también el compro-

miso 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.

Se advierte, también, que en este tipo de seguros no hay cuadro médico ni centros médicos, entendido como una relación de facultativos o centros concretos a los que necesariamente debería acudir el asegurado para que actuara la cobertura aseguradora, ya que a ningún cuadro se hace referencia en el contrato de seguro, y cuando se refiere a médicos recomendados lo hace para 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.

4. La libertad de elección era, por tanto, absoluta 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, por lo que el plazo prescriptivo de la acción ejercitada es el de 15 años (art. 1.964 del CC), plazo que no ha prescrito en la fecha de interposición de la demanda (21 de junio de 2010), puesto que los hechos que fundamentan la misma tuvieron lugar el 13 de julio de 2004 y el alta médica se produjo en el año 2005, como con acierto se razona en ambas instancias».

Se puede indicar, por tanto, que el Tribunal Supremo responsabiliza a la compañía de seguros con la que el paciente/asegurado tiene contratada la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros de asistencia sanitaria, donde no existe una mera prestación de reembolso de gastos. Esta responsabilidad está fundada, generalmente, a) bien en el artículo 1.903, apartado 4, del CC («los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»), se entiende por lo tanto que hay relación de dependencia (directa o indirecta) entre el médico y la compañía de seguros; b) o bien en el hecho de que la compañía de seguros está asumiendo que la prestación médica será diligente y por lo tanto deberá responder cuando esto no sea así, es decir, existiría una responsabilidad por culpa *in eligendo*, o una responsabilidad por hecho ajeno, ya que se trata de unas prestaciones ofrecidas al asegurado en el marco de una póliza de seguro, en la que los facultativos o centros médicos vinculan al paciente, toda vez que siempre tendrá que elegir alguno de los indicados en el contrato de seguro para obtener la prestación sanitaria derivada del mismo.

Reseñamos también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2015, que trata un supuesto algo diferente, consistente en la acción que ejerce el mutualista, funcionario civil del Estado, contra la entidad con la que ha concertado su mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquel el daño sufrido por la prestación del servicio

(se había producido el fallecimiento de su hijo), consecuencia de la negligencia del facultativo del servicio de urgencias de un hospital, indicando esta sentencia que tiene como plazo de prescripción el de un año.

En este supuesto, don Lorenzo invocaba los artículos 1.101 y 1.902 del CC y ejercitó acción de responsabilidad contractual, *ex* artículo 1.101 del CC, frente a la compañía de seguros DKV, que era una de las entidades privadas que se le ofrecían al mutualista por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (Muface). La aseguradora demandada alegó con carácter previo la excepción de prescripción en atención a que la acción que se ejercitaba tendría como fundamento la responsabilidad extracontractual, y cuando medió reclamación por primera vez habría transcurrido más de un año desde el fallecimiento del niño.

La cuestión que se dilucidaba, en cuanto a la prescripción, era si entre el mutualista y la entidad sanitaria existía o no relación contractual, al objeto de determinar si la acción estaría o no prescrita, así como determinar si se está ante un contrato de seguro de prestación de asistencia médica entre un particular y una aseguradora, o ante una relación entre un afiliado a una mutualidad de naturaleza pública (Muface) y la entidad privada concertada con esta para la prestación de asistencia sanitaria.

En este caso, el demandante tenía la facultad de elegir anualmente la entidad de prestación sanitaria (eso sí, de entre todas las concertadas) e incluso elegir entre los centros y cuadros médicos de la entidad elegida, lo cual, según estableció la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, no le confiere la relación de naturaleza contractual ni con la entidad ni con el médico.

La Audiencia Provincial concluyó que el título del afiliado a la mutualidad proviene de una relación de derecho público, que es su afiliación a la mutualidad dada su condición de funcionario del Estado, «por lo que su relación con el facultativo que le atiende o con la entidad que presta la asistencia a través de este no puede asimilarse a la contractual sino a la extracontractual». Ya la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de prescripción, alegando también que el régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos es un régimen que tiene como uno de los mecanismos de cobertura el mutualismo administrativo gestionado por Muface, regulado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, previendo en el artículo 17.1, precisamente, las modalidades de asistencia necesaria, entre las que se encuentra el régimen de conciertos con otras entidades o establecimientos públicos o privados, como es este caso que nos ocupa. Estos conciertos tendrían naturaleza de contratos de gestión de servicio público, regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público, lo cual nos lleva otra vez a establecer que la relación entre el mutualista y la entidad sanitaria elegida no es contractual; la relación contractual de naturaleza administrativa se establecería entre la mutualidad y la entidad.

Por lo tanto, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial mantenían la misma postura de entender que el plazo de prescripción sería de un año, ya que aunque la actora tenía

facultad de elegir anualmente entidad de prestación sanitaria de entre todas las concertadas, en incluso de elegir entre los centros y cuadros médicos de la entidad elegida, «ello no le confiere a la relación naturaleza contractual ni con la entidad ni con el médico», concluyendo que el título del afiliado (el demandante) a la mutualidad proviene de una relación de derecho público, y la relación con el facultativo o entidad que le atiende hay que asimilarla a una relación de tipo extracontractual y no contractual, lógicamente con las consecuencias que esto supone con relación a los distintos plazos de prescripción de acciones en uno y otro caso.

La Sala del Tribunal Supremo, tras una elaborada argumentación, concluye indicando que la relación contractual administrativa se establece entre Muface y la entidad, pero no con los facultativos o centros de esta. Si bien es cierto, dice el Tribunal Supremo, que se configuran como relaciones autónomas entre las partes las relaciones asistenciales entre los beneficiarios y los facultativos o centros de la entidad de los que recaben y reciban su asistencia, pero el hecho de que se configuren como autónomas estas relaciones «no empece a que se haya de convenir que las mismas traen causa del contrato de servicio público celebrado entre la mutualidad y la entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. Consecuencia de todo ello es que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual, ya que la relación contractual, de tipo administrativo, entendida como contrato de gestión de servicio público, se establece entre la mutualidad y la entidad sanitaria. En consecuencia «se debe concluir que la relación entre los afiliados o beneficiarios de la mutualidad y la entidad concertada con esta es de naturaleza extracontractual».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2015 hace referencia a otras sentencias que abordan la cuestión, como la de 24 de octubre de 2011, la de 11 de abril de 2013 y, la más esclarecedora, ya que plantea precisamente la excepción de prescripción de la acción, la de 20 de junio de 2006, si bien es cierto que en esta última se entendió que había vínculo contractual (con un plazo de prescripción de 15 años), pero porque la operación en cuestión no estaba cubierta por el ISFAS: por esta razón, se tuvo que llevar a cabo, en este caso, una relación contractual entre el paciente y la Policlínica, *a sensu contrario* (mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo), si hubiera estado cubierta la operación por la entidad, se infiere que tendría naturaleza extracontractual.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2015 indica que el mutualismo administrativo asume la prestación sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social y que la acción del mutualista contra la entidad concertada o contra los centros o facultativos del cuadro médico de la misma, «no nace de una relación personal contractual entre ambos, sino del compromiso contraído por la entidad con la mutualidad con la que ha celebrado el concierto como contrato de servicio público, con obligación de no causar daños a terceros como consecuencia del desarrollo del servicio».

Concluye indicando:

«Por tanto, si el daño tiene lugar y el tercero, beneficiario del servicio pero que no ha sido parte en el contrato de naturaleza administrativa, ejercita acción para el resarcimiento de daño sufrido, tal acción tiene su encaje en el artículo 1.902 del CC y, por ende, el plazo de prescripción será el de un año previsto en el artículo 1.968, apartado 2, del citado Código, por la remisión que hace este al artículo 1.902 del mismo texto legal.

Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del motivo, fijando la Sala como doctrina que "la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la entidad con la que haya concertado su mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquel el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año"».

Citamos por último, la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1.^a, de Valladolid, de 25 de septiembre de 2017, en la que el paciente/asegurado interpone demanda frente a Asisa por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del curso de su enfermedad, apreciando incumplimiento contractual de la demandada por la insuficiente prestación de los medios sanitarios a dispensar al demandante, quien era asegurado como consecuencia de su condición de miembro del Colegio Profesional de Abogados de Valladolid, con el que tenía contratados los servicios de asistencia sanitaria, según cuadro médico, clínica y demás medios incluidos en su Cuadro General de Asistencia.

En lo que nos interesa, reproducimos el fundamento de derecho segundo, en cuanto determina unas interesantes conclusiones sobre la responsabilidad de las entidades de asistencia sanitaria por mala praxis de los facultativos, personal sanitario o centros médicos:

«SEGUNDO. Efectivamente, como se razona ampliamente y acertadamente en la Sentencia de Instancia, y que esta Sala asume como suyos en esta alzada, la responsabilidad de las entidades de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o centros médicos, tal y como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio de 2009, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso, uno de ellos el que resulta de la relación de contrato que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e igualas no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la LCS establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos. Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad asegura-

dora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios entre los codemandados, estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional, que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil reclamada. Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (SSTS de 2 de noviembre 1999 y de 4 de octubre de 2004): cuando el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la consideración de que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo.

En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y, en consecuencia, corresponde a esta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de esta contra su auxiliar contractual. Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la LCS y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero. Además, 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 dentro de los que pone a su disposición, 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 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 LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que

permite hacerlo efectivo. 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 –dice el Tribunal Supremo– sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

El Tribunal Supremo (STS de 20 de julio de 2009) ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de los Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 22 de mayo de 2007). Lo hizo a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997, utilizado como criterio de imputación los artículos 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El artículo 26 de la LCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad, mientras que el artículo 28, apartado 2, hace expresa mención de los servicios sanitarios y vincula los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario (SSTS de 5 de febrero de 2001 y 5 de enero de 2007).

Como precisa la Sentencia de 5 de enero de 2007, el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando este se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario».

De su lectura podemos extraer las siguientes consideraciones:

- La responsabilidad de las entidades de asistencia sanitaria por mala praxis de los facultativos se verá en función de diversos criterios, siendo uno de ellos el tipo de relación contractual existente entre la aseguradora de asistencia médica y sus asegurados.
- La diferenciación entre el seguro de enfermedad y el de asistencia sanitaria, de tal manera que este último exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos u hospitales que conforman su cuadro de un contrato de arrendamiento de servicios, estableciéndose una relación de dependencia, al menos económica y funcional, que da lugar a la aplicación de responsabilidad civil en la entidad aseguradora.
- La responsabilidad sanitaria se puede configurar también con base en el principio de apariencia o de actos de publicidad que se integran en el contrato con arreglo a la legislación de consumidores.
- Los médicos, en estos casos (seguro de asistencia sanitaria), actúan como auxiliares de la aseguradora.
- La imputación de la aseguradora es objetiva, en el sentido de que no es un mero intermediario, sino garante del servicio (seguimos hablando del seguro de asistencia y no del mero reembolso).
- La aseguradora puede tener acción de regreso contra su auxiliar contractual.
- La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, va más allá, debe velar por la calidad del servicio, ya que afecta al prestigio de la compañía y captación de clientela.
- En el seguro de asistencia sanitaria, el médico no es elegido por el asegurado, sino que viene impuesto por la compañía.
- Sería deseable una mejor delimitación del contenido de los artículos 105 y 106 de la LCS, pero mientras esta no se dé, habrá que estar a la interpretación ya expuesta que están dando nuestros juzgados y tribunales.
- El Tribunal Supremo admite la invocación, en estos supuestos, de los preceptos de la LGDCU por defectuoso cumplimiento de los servicios sanitarios, si bien los criterios de imputación se establecerán sobre los aspectos funcionales del servicio sin alcanzar los daños imputables directamente a los médicos.

Bibliografía, sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- GALÁN CORTÉS, J. C. [2016]: *Responsabilidad civil médica*, Civitas.
- Código Civil, arts. 1.101, 1.104, 1.145, 1.902, 1.904, 1.964, 1.968 y 1.969.

- Ley 50/1980 (LCS), arts. 23, 105 y 106.
- SSTS (Sala de lo Civil): 22 de febrero de 1991, 23 de marzo de 1993, 27 de septiembre de 1994, 1 de julio de 1997, 3 de noviembre de 1999, 10 de noviembre de 1999, 5 de febrero de 2001, 19 de junio de 2001, 24 de marzo de 2002, 26 de marzo de 2004, 4 de octubre de 2004, 17 de noviembre de 2004, 20 de junio de 2006, 5 de enero de 2007, 22 de mayo de 2007, 8 de noviembre de 2007, 4 de diciembre de 2007, 19 de diciembre de 2008, 4 de junio de 2009, 20 de julio de 2009, 16 de marzo de 2010, 24 de octubre de 2011, 17 de julio de 2012, 11 de abril de 2013, 6 de marzo de 2015, 13 de octubre de 2015 y 20 de enero de 2017.
- SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 2017.