

**SEGUNDA MESA REDONDA
LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE SEGUROS DE SALUD EN
LAS RECLAMACIONES POR EFECTOS ADVERSOS, ERRORES O
NEGLIGENCIAS MÉDICAS**

**3.
LA RESPONSABILIDAD DE LOS HECHOS DE LOS
DEPENDIENTES Y AUXILIARES Y SU APLICACIÓN
A LAS ENTIDADES DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA**

Mercedes Vázquez de Padura
Directora General
AEGON Salud

1 – INTRODUCCIÓN

2 – ENTIDADES ASEGURADORAS DE SALUD:

1. Exigencias generales para el ejercicio de la actividad aseguradora.
2. Modalidades de Seguros de Salud:
 - 1- Seguro de Libre Elección o Reembolso
 - 2- Seguros de Asistencia Sanitaria
 - 3- Seguro Mixto

3 – RESPONSABILIDAD ANTE EL PACIENTE

1. Nacimiento de la obligación del prestador sanitario a indemnizar al paciente:
 - Responsabilidad Civil extracontractual tipificada en el artículo 1902 del Código Civil
 - Génesis de la reclamación ante el mediador
2. Obligación del asegurador de prestación de servicios:
 - 4- Responsabilidad contractual (artículo del Código Civil)
 - 5- Definición del contrato de seguro de asistencia sanitaria
3. Relación entre las partes:
 - 6- Asegurador – Prestador Médico
 - 7- Asegurador – Asegurado
 - 8- Paciente – Prestador Médico

1. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar mi intervención me van a permitir que utilice unos minutos de la misma para agradecer a los organizadores de este Congreso la invitación que me han hecho para participar en el mismo y con un tema de tanta actualidad, relevancia e interés para las Entidades Aseguradoras.

El título de mi intervención es *“La Responsabilidad de los Hechos de los Dependientes y Auxiliares y su aplicación a las Entidades de Seguros de Asistencia Sanitaria”*.

La amplitud del título de mi intervención exige para llegar a las conclusiones que pretendo establecer, analizar al inicio de la misma, unos principios y definiciones que describen de forma concreta las actividades que desarrollamos las aseguradoras al operar en los seguros de salud.

Piensen que si bien hoy nos vamos a centrar en la posible y presunta responsabilidad civil de los aseguradores ante la mala praxis médica, es evidente que la misma viene o tendría que venir condicionada porque se haya producido una actuación previa con responsabilidad del prestador de la que se haya derivado un daño para el paciente.

Es decir son muchos los actores que deben concurrir en el Acto Responsable, directa, indirecta, solidaria o subsidiariamente, muchas las consecuencias a tener en cuenta y, por ende, diversos los implicados.

Por tanto un tema sería analizar el concepto y situación actual de la Responsabilidad Civil de los Profesionales Sanitarios y su aseguramiento y otro distinto aunque muy relacionado es estudiar, lo que yo vengo a comentar hoy, la actividad que desarrollan las Entidades hoy llamadas de Seguros de Salud, y sus implicaciones con el primero. A continuación voy a tratar de justificar, de forma razonada y legal, todo lo contrario pues de una parte comentaré la exigencia de culpa o negligencia del Prestador en los actos realizados por el mismo con daño a terceros y de otra la inexistencia de responsabilidad civil directa de la aseguradora. Es decir voy a exponerles las razones, criterios y argumentos que nos han de conducir a considerar que la Regla General en casos de este tipo debe ser que la Aseguradora de Salud no es Responsable Civil (ni solidaria ni subsidiariamente) del daño producido al asegurado, presuntamente, por las manos de otros (los prestadores sanitarios). Por supuesto voy a tratar de convencerles de ello o, al menos, crearles dudas razonables dejando abierta la figura de la aseguradora como responsable para las excepciones a la regla general.

Vamos, pues, a adentrarnos en el hacer de las entidades aseguradoras de salud.

2. ENTIDADES ASEGURADORAS DE SALUD

1. Exigencias generales para el ejercicio de la actividad aseguradora

Entrando en el tema que nos reúne debemos todos en primer lugar partir de una premisa como es que las entidades aseguradoras, en general, son empresas controladas por organismos oficiales lo que nos ha de llevar a ser conscientes de que la normativa Española y la Europea exigen para que una entidad pueda trabajar seguros en cualquiera de sus ramos, y por tanto también en el ramo de enfermedad mas conocido por todos ahora como salud antes asistencia sanitaria, que la misma cumpla unos requisitos previos y taxativos exigidos al inicio de la actividad. Requisitos que en España están reflejados en el título II del Texto Refundido de 29 de octubre de 2004 referido a la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y en el Reglamento que la desarrolla (título II capitulo 1) y tienen como principal objetivo, tal y como establece su artículo 1º: la tutela de los derechos de los asegurados facilitando la transparencia del mercado y fomentando la actividad aseguradora.

El citado texto legal refundido, específico para la actividad aseguradora, prevé la necesaria autorización administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda exigiendo entre otros requisitos:

- Una forma jurídica concreta (Sociedad Anónima, Mutua, Cooperativa o Mutualidad de Previsión Social)
- Limitar el objeto social a la actividad aseguradora
- Un capital social o fondo mutual mínimo determinado en la propia Ley (artículo 13)
- Socios que reúnan condiciones idóneas como honorabilidad, cualificación, experiencia y medios patrimoniales
- Dirección a cargo de personas cualificadas con experiencia y por supuesto honorabilidad

Creo que el resumen de los requisitos mínimos exigidos para el inicio y mantenimiento de la actividad aseguradora que les he expuesto ya, nos pueden permitir considerar que la entidad aseguradora no puede ni ser creada ni dirigida por quienes pretendan hacer de ella un simple negocio temporal.

Pero si a ello, además, añadimos las diversas exigencias que a lo largo de su vida se les aplica a las entidades aseguradoras por diversas disposiciones legales, tanto de tipo económico como societario, fiscal, social o de protección al consumidor, no se puede ni se debe dudar de la seriedad con que éstas han de desarrollar su actividad diaria. A titulo de ejemplo basta señalar las exigencias de provisiones técnicas que se deben constituir e invertir de una forma determinada legalmente, el margen de solvencia mínimo del que se debe disponer, fondo de garantía, normativa contable y fiscal a cumplir y otras muchas disposiciones exigidas.

En conclusión, la actividad aseguradora en general debe ofrecer confianza al cliente pues es una de las pocas actividades que lo que vende es esto “la confianza” ya que solo ha de estar presente cuando realmente se produzca “por azar un daño que da lugar a una necesidad patrimonial” como nos definió el profesor Garrigues.

Pues figúrense que si la confianza es la base de todo seguro, más aún ésta debe estar presente en los seguros de salud donde el “chasis” es nuestro cuerpo (nuestra salud) y nos cubrimos de las necesidades patrimoniales que se nos deriven de hechos dañosos acaecidos sobre el mismo por azar y creo que las diversas exigencias a las que la entidad aseguradora esta sometida (especialmente las financieras y de solvencia) deben ser una garantía suficiente para que confiemos en su hacer.

2. Modalidades de seguros de salud

Vamos a ver ahora dentro de la actividad aseguradora que se realiza en el ramo de salud, las diferentes formas que tienen los aseguradores de afrontar y cubrir sus riesgos pues según sea la decisión adoptada al efecto serán los requisitos exigidos por el Órgano de Control, los compromisos asumidos frente al asegurado y las consecuencias y responsabilidades imputables a aquella.

Nos olvidaremos de aquellas modalidades de Seguros de Salud que, integradas en el Ramo técnico de enfermedad, se limitan a coberturas menores (seguro de viaje por ejemplo) o paralelas (seguros de indemnización diaria por días de baja, conocidos como seguros de “subsidio diario”) ciñéndonos a las que realmente cubren el daño patrimonial que originan los costes sanitarios por accidentes o enfermedad. Pues bien en la cobertura de estos daños, la entidad aseguradora puede optar por tres tipos distintos de seguros que se engloban popularmente bajo el concepto “seguros de Salud” y no de enfermedad que es el nombre del ramo definido legalmente quizá porque en ellos se cubren tanto riesgos de accidentes como de enfermedad.

Los tres tipos o modalidades conocidas son:

1. Seguros de Libre Elección o Reembolso: en este tipo de pólizas la Compañía de Seguros se compromete, en su definición pura, a reembolsar al asegurado las facturas que el debe pagar por prestaciones sanitarias que haya recibido y sufrido. El Asegurador cubre hasta un capital anual máximo previsto en póliza y deduce unas franquicias que se han igualmente pactado a cargo del Asegurado.
Por tanto la elección del prestador del Servicio Sanitario es libre y, por ello, responde totalmente a la libre voluntad del paciente asegurado.
2. Seguros conocidos tradicionalmente por la expresión de Asistencia Sanitaria a Seguros de prestación de servicios:

En ellos el Asegurador asume la Cobertura del riesgo de que el Asegurado sufra una enfermedad o accidente que habrá de ser atendido por los

Servicios Sanitarios (médicos, hospitales, y profesionales sanitarios) incluidos en un Cuadro o Guía Médica elaborado por el Asegurador incluyendo los Prestadores cuyos servicios aquel pacta contractualmente y que se entrega al Asegurado al suscribir el contrato, actualizándose periódicamente.

3. Seguros Mixtos:

Estos seguros, como su nombre indica son una mezcla de los dos anteriores. Puede el asegurador ofrecer:

- A. Reembolso con límite de capital y aplicación de franquicias a descontar, con exclusión de estos límites si se acude a un cuadro recomendado.
- B. Cuadro Médico sin límites de capital ni franquicias con posibilidad de utilizar reembolso aplicando tales limitaciones económicas.

En todos estos tipos de seguros existen unos puntos de coincidencia como son que:

- Nunca el Asegurador asume el compromiso de curación de la enfermedad. Es una obligación de medios no de resultados.
- El profesional que atiende al paciente debe tener la titulación y autorización que las Autoridades Sanitarias exigen para ejercer la actividad Sanitaria que desarrollan.

Y unas diferencias de las que hay que destacar:

- En los seguros de reembolso se puede conocer estadísticamente la frecuencia de las prestaciones pero no el coste medio que también es un elemento básico para la determinación de las primas. De aquí que se limiten los capitales a cubrir.
- En los seguros de Prestación de Servicios se conoce la frecuencia y el coste medio pero no se dispone de actuación directa sobre la actividad sanitaria contratada.

Necesitaríamos un debate específico para analizar aspectos positivos y negativos de cada uno de ellos pero este no es el objetivo del que hoy celebramos. Sin embargo si es imprescindible partir de estas ideas para comprender que en las entidades aseguradoras que reembolsan gastos no hay ninguna duda, ni legal ni jurisprudencial, sobre la falta de legitimación activa contra la entidad cuando hay errores médicos. Evidentemente debido a que es el propio asegurado el que elige de forma libre y voluntaria, sin ayuda o dirección de la compañía aseguradora, tanto al médico, al centro de Diagnóstico o al Hospital que le atiende.

La compañía de seguros se limita a comprobar que el hecho por el que es tratado el asegurado sanitariamente esta cubierto en la póliza y, una vez hecho

esto, a rembolsar las cantidades económicas (perjuicio patrimonial recuerden la definición del seguro comentado anteriormente) abonadas por el asegurado al Prestador aplicando las franquicias y límites de capital previstos en póliza.

Cosa bien distinta es la que se viene produciendo en la modalidad llamada de Asistencia Sanitaria y en la parte equivalente de los seguros de salud mixtos ya que hay criterios y jurisprudencia que tienden actualmente a considerar que cuando la entidad aseguradora fundamenta la cobertura de los riesgos que asume en la actuación de un cuadro médico determinado gestionado y recomendado por ella, la misma tiene responsabilidades ante las negligencias médicas.

Aquí es donde se produce la polémica pues, nosotros, los aseguradores creemos, y nos defendemos, manifestando que nunca asumimos el compromiso de curar (cosa por cierto inviable ya que somos buenos y estamos convencidos de ello en cuanto al desarrollo de nuestra actividad “gestionar la prima que cobramos”, pero no somos profesionales sanitarios y tampoco, como estos profesionales, somos infalibles) sino solo el de gestionar. Somos insistentes una y otra vez, unas con más convicción y éxito que otras, aseguradores.

Ejercemos la actividad aseguradora obteniendo recursos financieros a través de nuestros asegurados (la prima) para gestionar estos asegurando a nuestros clientes, cuando por enfermedad o lesión lo necesitan, el acceso a los servicios Sanitarios concertados y ofrecidos en el seguro.

Como Compañías aseguradoras solo podemos vender y gestionar seguros ya que, recuerden, tenemos prohibido por ley hacer y ejercer otra actividad y más por supuesto la sanitaria que solo puede ser llevada a cabo por profesionales con sus acreditaciones y autorizaciones correspondientes. No tengo que recordarles todas las normas de diferente rango vigentes en nuestro Estado que obligan a estos.

Defendemos las aseguradoras que trabajamos este ramo de seguro (Enfermedad) con el sistema de Cuadro Médico recomendado (Modalidad Asistencia Sanitaria) que nosotros no podemos ni prestar Servicios Sanitarios, ni dar títulos que permitan el acceso a ello, ni cuestionar la capacitación de los profesionales. Si podemos y debemos confeccionar y mantener una guía médica lo más completa posible y unas condiciones contractuales de seguro (llamado legalmente póliza) competitivas en el mercado al precio equitativo y suficiente que nos exige nuestra legislación.

Rebatimos los criterios doctrinales o jurisprudenciales que se decantan hacia otro destino apoyándonos en que nuestra actividad está sujeta a la legislación específica y rigurosa de seguros. Somos Aseguradores y no profesionales de la Medicina y en todos, los tres, tipos de seguros de salud comentados, se persigue un mismo fin: cubrir al asegurado el riesgo de tener que afrontar las consecuencias dañosas económicamente que una enfermedad o lesión garantizada le producen. Como manifiesta en un Dictamen el profesor de la Universidad de Gerona Miquel Martín Casals y su equipo las entidades

aseguradoras en los seguros de enfermedades “constituyen instrumentos dirigidos a organizar la financiación de determinada cobertura sanitaria a partir de la premisa de la separación entre la organización de la cobertura y la prestación material del servicio sanitario”.

3. RESPONSABILIDAD ANTE EL PACIENTE

No obstante y dado que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se discute sobre la Responsabilidad de la entidad aseguradora en los casos de “mala praxis sanitaria” no debemos dejar aquí nuestra postura ni mi intervención sino que actualmente estamos obligados a tratar otros temas relacionados y que, en mi opinión, nos han de llevar, o propongo, a analizar cuestiones que no por baladíes dejan de ser necesarias estudiar, como:

A. Nacimiento de la obligación del prestador sanitario a indemnizar al paciente

Mi postura y la de muchos profesionales del seguro es que, en cualquier caso, en nuestro País se debe acudir al artículo 1902 del código civil para determinar el nacimiento de la obligación del Prestador sanitario de indemnizar. Artículo que exige culpa o negligencia (Responsabilidad Civil Extracontractual) del que cause un daño para que se le pueda exigir una indemnización.

No creo que podamos caer en la tesis, desde mi punto de vista demagógica, de que el Prestador Sanitario está obligado siempre a curar y por tanto entender que es responsable del daño causado en caso contrario aunque haya actuado con toda la vigilancia y diligencia posible. Esto último nos conduciría a una irrealidad que puede llevar aparejada una imposibilidad del ejercicio natural de la Medicina pues el Actor actuaría siempre de una forma defensiva, cuando lo que debe es prevalecer la obligación de medios sobre los resultados.

Hemos de considerar pues que nos apoyamos en la Responsabilidad Civil subjetiva por culpa o negligencia.

Si aceptamos que solo cuando hay culpa o negligencia del Prestador (Art. 1902 del Código Civil) con consecuencia dañosa para el paciente hay responsabilidad de aquel, norma por cierto básica y de general aplicación en el tráfico mercantil y en cualquier supuesto de exigencias de Responsabilidad para el Actor sea cual sea la actividad desarrollada por éste, quedaría fuera la aplicación del artículo 28 de la Ley General de Consumidores y Usuarios que partiendo de imputar al Prestador Sanitario actuante ante cualquier daño una Responsabilidad objetiva (sin mediar culpa o negligencia) considera indemnizables todos los casos en los que no se consiga curar o sanar al paciente.

Esta solución que puede ser muy comprensible por los consumidores y la sociedad ya que en los temas de salud y ante sus consecuencias todos somos hipersensibles, en la actividad contractual y mercantil diaria, si lo pensamos con la frialdad que el caso debe exigir, no deja de ser pura demagogia ya que el Prestador se vería obligado a indemnizar al paciente incluso actuando con

total diligencia solo por el hecho de no poder curar incluso a pacientes desahuciados.

El efecto dominó se inicia de forma inexorable:

- Primero el prestador se protege bien limitando los casos que atiende o incrementando las peticiones de pruebas diagnosticas, En cualquier caso con efectos negativos para la Sociedad (inflación del coste sanitario).
- Además los seguros que cubren la Responsabilidad de los Prestadores Sanitarios se encarecen para que la aseguradora de estos pueda cumplir las exigencias de solvencia de la normativa que les obliga. Es decir o no se conciertan con la consiguiente desprotección al paciente o si, por la práctica empresarial, el Prestador la concierta responsablemente tiene que repercutir en sus costes con, de nuevo, la inflación que ello origina.
- Por último se implica a la aseguradora de Salud en la indemnización para conseguir mayor restitución al afectado al considerarla responsable objetivamente por incluir al Prestador en los Cuadros Médicos.

En definitiva se podría llegar al absurdo de exigir que siempre como usuarios se nos garantice la curación. Y ya puestos ¿por qué no exigimos que incluso nos dejen mejor, más jóvenes y más guapos?.

Perdonen la broma pero creo que solo llegando al absurdo, en temas tan serios como el que tratamos conseguiremos soluciones satisfactorias para todos (incluso para cuando somos consumidores) es decir para la sociedad que formamos.

Otra cosa diferente, importante y compatible con el principio de la Responsabilidad Civil subjetiva (por culpa o negligencia) del Prestador es el establecimiento de un Baremo de indemnización aplicable por los jueces a la hora de indemnizar el daño.

Es evidente que el establecimiento de un baremo, del que tanto se habla y leemos ahora, es bueno para todos pero siempre que este nazca de errores en los que medie culpa o negligencia del causante (el prestador sanitario). Y sería bueno que existiera el baremo para el propio Prestador pues así sabría qué seguro de Responsabilidad Civil tiene que contratar, para la Entidad de seguros de Responsabilidad Civil pues conocería el coste medio del siniestro que es uno de los factores que le permite trabajar, para los jueces pues habría una referencia de igualdad de trato y para la sociedad y ciudadanos pues sabrían como se evalúan las consecuencias de negligencias sanitarias.

B. Obligación del asegurador de prestación de servicios (seguro asistencia sanitaria)

El Asegurador desde nuestro punto de vista , es una entidad que, como ya hemos dicho, solo está gestionando y administrando la prima que le da,

anticipadamente, el asegurado para ofrecerle unos servicios sanitarios que por supuesto deben cumplir las normas sanitarias establecidas (titulación etc...). No obstante aquel (el asegurador) ya sabemos que no puede comprometerse a curar pues de ser así, estaría asumiendo un compromiso inviable máxime porque el Asegurador no es quien actúa sanitariamente pero puede y debe exigir a los Prestadores Sanitarios que incluye en los Cuadros Médicos que apliquen todas las medidas necesarias y legales que exige atender y tratar las enfermedades conforme a los principios de la Lex Artis. Es decir utilizando cuantos medios sanitarios conozca y estén a su disposición, con la debida información del tratamiento. Esta exigencia ha de apoyarla el Asegurador en un contrato de arrendamientos de Servicios que suscribe, o debe suscribir, con cada Prestador incluido en el Cuadro Médico.

Por tanto la obligación del Asegurador siempre ha de ser contractual. Pues hacia el Asegurado la Responsabilidad nace de un contrato como es la póliza de Seguro que ambas partes suscriben, por lo que tal responsabilidad, en nuestra opinión, solo puede fundamentarse en el Art. 1098 del Código Civil por culpa *in eligiendo* o *in vigilando*, y hacia el Prestador del Servicio Sanitario las relaciones y responsabilidades se basan y nacen del contrato suscrito por ambas partes Asegurador y Prestador Sanitario.

Solo cabria exigir responsabilidad directa al Asegurador cuando éste actúa con medios propios (lo que por ley no puede realizar), cuando existe un contrato con claro vinculo de dependencia entre el Prestador Sanitario y el Asegurador o este dirige de forma expresa y concreta las actuaciones del Prestador en el caso concreto.

Entiendo que un mero contrato de arrendamiento de servicios de tipo civil no puede ser decisivo para imputar responsabilidad a la Entidad Aseguradora. Ya que si el Prestador es médico este en su consulta actúa con total independencia del asegurador de asistencia sanitaria y si es Hospital o Centro de Diagnostico el gerente del mismo no tiene vinculación ni dependencia del Asegurador. Por lo que si el Asegurador no puede tomar decisiones en la actuación del Prestador ¿cómo se le va a imputar responsabilidad en lo que aquel hace?.

Por supuesto que el problema siempre esta en las conexiones de todas las figuras implicadas (Asegurado, Asegurador y Prestador Sanitario) en cada uno de los actos médicos, su difícil deslinde y lo mas grave, sus consecuencias.

C. Relación entre las partes

El último párrafo del apartado anterior nos obliga a precisar que relación hay entre las tres personas (físicas o jurídicas) implicadas en estos actos. Así:

1. Asegurador – Prestador Médico

El Asegurador administra la actividad Sanitaria del Prestador Sanitario en todos los Servicios que le genera.

La responsabilidad recíproca entre ambas partes es por parte del primero que el segundo actúe con la diligencia de un buen comerciante y por parte del segundo que la Aseguradora cumpla la legislación específica tanto en solvencia como en contratos.

2. Asegurador – Asegurado

El Asegurador es el encargado de administrar el patrimonio del Asegurado que destina a Salud optimizando su importe al aplicar sinergias.

3. Paciente – Prestador Médico:

El paciente deposita su confianza en la formación del Prestador Sanitario para que le trate médicamente sus dolencias exigiéndole la mayor diligencia.

La Responsabilidad del Prestador resulta por la omisión de información o mala praxis.

En conclusión y según mi criterio:

- La Entidad Aseguradora de Asistencia Sanitaria, hoy Salud, no puede prestar servicios sanitarios ni, por tanto, puede ser Prestador de ellos por lo que no debe ser responsable civil de los actos de estos.
- La Responsabilidad Civil del Prestador Sanitario frente al Paciente por los daños que de su actividad se derivan, debe responder siempre y solo a que ésta sea subjetiva mediando culpa o negligencia (artículo 1902 del Código Civil) del causante cuyas consecuencias pueden ser cubiertas a través del propio patrimonio o de un seguro específico de Responsabilidad Civil.
- Siempre que hay Responsabilidad Civil imputable a un actor habrá derechos de recobro de todos los implicados.