

Hacia un replanteamiento del problema: el marco contractual del seguro de asistencia sanitaria

MIQUEL MARTÍN CASALS
*Catedrático de Derecho civil y director del
Observatorio de Derecho privado europeo y comparado,
Universidad de Girona*

Sumario

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA POR ERRORES O NEGLIGENCIAS MÉDICAS	3
1. La responsabilidad por hecho ajeno ex art. 1903.4 CC	4
2. Reponsabilidad contractual por los hechos de los auxiliares.....	7
III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES QUE SURGEN EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA ...	10
IV. CONCLUSIÓN.....	17

I. INTRODUCCIÓN

Difícilmente puede calificarse un determinado fenómeno social, como puede ser el desarrollo de una determinada actividad económica mediante una relación contractual, sin conocer de qué modo tiene ésta lugar en la realidad. Tanto la perspectiva que ofrece la evolución histórica del tratamiento legal de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, como la realidad jurídico-práctica del contenido y operativa del contrato de seguro que ofertan, muestran que el objeto propio de las entidades que comercializan esta modalidad de seguro de enfermedad no es otro que organizar el acceso de los asegurados a las prestaciones sanitarias, para cuando las precisen, y abonar el coste convenido con los proveedores de los servicios.

En efecto, como es bien sabido, el seguro de asistencia sanitaria que, a diferencia de otros países europeos, constituye la modalidad de seguro de enfermedad que tiene más tradición en España (el 77,7% de todos los seguros de enfermedad, según datos de 2002) tiene su origen en la llamadas “iguales”, es decir, la prestación de asistencia sanitaria a cambio de una cuota periódicamente abonada a una entidad, proporcionada por los antiguos igualatorios médico-quirúrgicos surgidos a mediados del siglo XIX, configurados como entidades de profesionales sanitarios prestadoras de asistencia sanitaria, y ajenas a la idea de contrato de seguro. A partir del Reglamento de Mutualidades de Previsión de 1943 y, muy especialmente, de la primera Ley de Ordenación de los Seguros

Privados de 1954, se reconoce que la actividad que realizaban las entidades de asistencia sanitaria era una operación asegurativa, de modo que se produce una diferenciación de funciones: el ámbito de gestión y responsabilidad de la entidad, transformada en sociedad anónima, es la obtención y administración de recursos económicos dirigidos a garantizar la financiación del esquema de provisión de servicios sanitarios a favor de los asegurados, mientras que los profesionales sanitarios pasan a ocuparse en exclusiva de la actividad de prestación de asistencia sanitaria.¹

Esa disociación se mantienen en la actualidad y así, la actividad que desarrolla la entidad aseguradora es esencialmente distinta a la realización de cualquier tipo de prestación médica o sanitaria, y consiste en concertar con facultativos, con centros sanitarios o con ambos la disponibilidad de sus servicios respecto al beneficiario de la póliza suscrita con la entidad, y en hacerse cargo del coste generado por la utilización de aquellos servicios que se encuentran dentro del alcance de la cobertura de la misma. En este sentido, la *Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados* (LOSSP, texto refundido de 2004) configura la actividad de las entidades de asistencia sanitaria como empresas aseguradoras y que, por ello, deben atenerse a los requisitos establecidos en la LOSSP para obtener la autorización administrativa (cf. art. 5 LOSSP) y –dejando de lado determinadas actividades expresamente permitidas, cf. arts. 3.1 y 4 LOSSP– debe tener como único objeto social *exclusivamente* la práctica de operaciones de seguro (cf. art. 11 LOSSP).

Como regla general, dichas entidades no se inmiscuyen en las decisiones médicas o de tratamiento tomadas por los médicos o centros sanitarios, libremente elegidos por el asegurado, entre los incluidos en el cuadro médico de la entidad. Respecto a la ejecución material de los servicios incluidos en la póliza, la entidad aseguradora ni decide quién tiene que llevarlos a cabo, ni supervisa en modo alguno su actuación en relación con un concreto asegurado. Tampoco establece directrices o mecanismos que directa o indirectamente influyan sobre el quehacer profesional de los prestadores de servicios sanitarios que colaboran de modo estable con la entidad aseguradora.

Resulta útil en este punto contrastar la actuación de las entidades de seguro de asistencia sanitaria españolas con la organización de los seguros de asistencia sanitaria en los Estados Unidos y, de modo especial, con el llamado “managed care”, un modelo de gestión en el que la entidad aseguradora se irroga un papel de coordinación, orientación y control de la prestación de servicios sanitarios por parte de los facultativos o centros sanitarios incluidos en su cuadro médico que, a menudo, comporta la toma de decisiones médicas y la ingerencia en la actividad de los facultativos y de las clínicas. Así, por ejemplo, el médico de cabecera asignado por la entidad actúa de controlador (*gatekeeper*), es decir, es

¹ Cf. M^a del Carmen Núñez Lozano, *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización*, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 28 y ss y p. 50 y ss.

responsable de permitir o denegar el acceso del asegurado al conjunto de prestaciones cubiertas por su póliza. Las entidades de seguros de asistencia sanitaria, de acuerdo con el modelo del “managed care”, diseñan así protocolos de actuación para los facultativos y centros que colaboren con ellos; ponen en funcionamiento unidades especiales de atención médica del asegurado, para que así no sea preciso acudir a los servicios médicos y clínicas concertados e incluso llegan a discutir “a la baja” las propuestas de días de hospitalización realizados por los facultativos concertados o la amplitud y duración de los tratamientos que éstos proponen. Finalmente, también llegan a ofrecer incentivos económicos para los facultativos, con el fin de evitar que se prescriban tratamientos innecesarios, mediante la retribución del importe que estos consigan ahorrar en relación con determinadas sumas de gasto inicialmente previstas.²

Nada de eso ocurre en la práctica española. Así, el médico de cabecera no tiene la función de controlar el acceso a los servicios especializados o el acceso a determinadas pruebas o tratamientos; la independencia en la prestación de sus servicios por los profesionales médicos y los centros sanitarios es total y la entidad de seguros de asistencia sanitaria ni supervisa las actuaciones médicas ni revisa los juicios de los actos médicos o tratamientos que costea. Las entidades, por tanto, no se inmiscuyen en las decisiones clínicas, ni controlan el criterio adoptado por el facultativo responsable aunque ello pueda representar para la entidad un gasto objetivamente excesivo. Si bien también necesitan tomar medidas frente al aumento constante de los costes asistenciales, los cambios en los modos de gestión de servicio se han dirigido preferentemente a modificar la conducta del asegurado y no la conducta del facultativo o centro sanitario (léase franquicias, copago u otros instrumentos). Respecto a los instrumentos dirigidos al propio médico para hacerle partícipe de algún modo del “riesgo” de la mayor frecuentación, no ha adquirido carta de naturaleza entre nosotros el incremento de las ganancias de los facultativos relacionado con la reducción significativa de costes y el modelo del llamado “pago caritativo” está casi en desuso.³

II. LOS TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA POR ERRORES O NEGLIGENCIAS MÉDICAS

Dejando al margen aquellos escasos supuestos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo imputa responsabilidad a las entidades de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por los médicos o centros hospitalarios

² Cf. Barry R. Furrow et alii, *Liability and Quality Issues in Health Care*, 5th ed., Thomson, West, 2004, p. 483 y ss; p. 543 y ss. y Peter R. Kongstvedt, *Essentials of Managed Health Care*, 4th ed., Jones and Barlett, Sudbury, 2003, p. 215 y ss.

³ En este sentido, las respuestas aportadas por UNESPA al “Cuestionario sobre el modo de organizar la prestación de los servicios sanitarios en el marco de los seguros privados de asistencia sanitaria”, elaborado por el grupo de trabajo dirigido por el autor.

prestadores de servicios sanitarios con base en art. 28 LGDCU —rechazable, sin lugar a dudas, por razones que se han desarrollado en otro lugar⁴— a los efectos que aquí interesa debe hacerse una breve referencia a los títulos de imputación de responsabilidad más usados, a saber, la responsabilidad extracontractual ex art. 1903.4 CC y, más recientemente, la responsabilidad contractual por lo hechos de los auxiliares.

1. La responsabilidad por hecho ajeno ex art. 1903.4 CC⁵

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo que imputa responsabilidad a las entidades de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por los médicos o centros hospitalarios prestadores de servicios sanitarios el fundamento normativo que predomina es el artículo 1903.4 CC.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica el art. 1903.4 CC a los supuestos de responsabilidad extracontractual de las entidades de seguros de asistencia sanitarias ha sufrido una evolución, centrada básicamente en el supuesto relativo a la relación de “dependencia”. De este modo, en un principio el Alto Tribunal parecía analizar la presencia de dicha “dependencia” de forma adecuada, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en el caso. Así, por ejemplo, si el médico empleó medios propios o puestos a su disposición por la compañía de seguros de asistencia sanitaria, o cuáles eran los términos del contrato existente entre la entidad y el facultativo. Ello le permitía situar el debate en sus justos términos, y apreciar la existencia del mencionado vínculo de dependencia, si así se desprendía de las circunstancias del caso (como en la STS 12.2.1990 [RJ 1990\677]), o rechazándolo, en el supuesto contrario (como en el caso de la STS 27.9.1994 [RJ 1994\7307]). Sin embargo, a partir de 1999, el Tribunal Supremo rompe esa tendencia jurisprudencial —que bajo nuestro punto de vista era correcta— y, de un modo totalmente injustificado, deriva la responsabilidad por hecho ajeno de las entidades de seguros de asistencia sanitaria de la mera existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre la aseguradora y el prestador de servicios médicos, incluso a pesar de no existir una relación de dependencia (así, las SSTS 2.11.1999 [RJ 1999\7998] y 10.11.1999 [RJ 1999\8057]).

A pesar de la rotunda jurisprudencia en sentido contrario, creemos que en la mayor parte de los supuestos un análisis jurídico riguroso debería conducir a negar la concurrencia de dos de los presupuestos del artículo 1903.4 CC. Como es sabido, la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno del artículo 1903.4 CC requiere la concurrencia de tres presupuestos básicos: (1) que el

⁴ Véase en este sentido el trabajo de Miquel Martín Casals / Jordi Ribot Igualada / Josep Solé Feliu, *Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Madrid 2006 (en prensa).

⁵ Este epígrafe, así como los siguientes, se extractan de las conclusiones del *Dictamen* citado en la nota anterior, y allí puede hallarse el aparato bibliográfico que justifica las afirmaciones que se realizan.

principal tenga la condición de empresario; (2) que entre éste y el auxiliar exista una relación de dependencia; (3) que el dependiente actúe en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas.

El primero de ellos se cumple indudablemente en los casos que son objeto de nuestro estudio, porque es conocido que las entidades de seguros de asistencia sanitaria son personas jurídicas constituidas en forma societaria.

En relación con la existencia de una relación de dependencia entre el empresario y el auxiliar, tenemos serias dudas de que se trate de un presupuesto que concurra en los supuestos estudiados. Más allá de las interpretaciones forzadas de los tribunales al respecto, la práctica generalizada en nuestro país demuestra que los facultativos prestan sus servicios con independencia de criterio, de acuerdo con su conocimiento científico y técnico, sin que por lo general, sufran interferencias por parte de las entidades de seguros. Así, por ejemplo, se constata que ni los médicos de cabecera ni los especialistas se encuentran sujetos a las directrices o a posibles protocolos que eventualmente pudieran imponer las entidades con las que colaboran. En definitiva, las entidades de seguros de asistencia sanitaria no parecen dirigir o controlar de forma sistemática la actuación de los facultativos o centros hospitalarios hasta el punto de poder afirmar que entre aquéllas y éstos existe una relación de subordinación que establezca el vínculo de dependencia determinante de la responsabilidad *ex art.* 1903.4 CC.

En último término, tampoco parece concurrir en los supuestos analizados el último presupuesto de responsabilidad del artículo 1903.4 CC: que el dependiente actúe en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas. Ese presupuesto, que ha pasado normalmente desapercibido por la jurisprudencia, implica que el dependiente debe actuar en el ejercicio de unas competencias o funciones conferidas por el principal, que tengan que ver con la actividad de su empresa. Es decir, se trata de funciones propias de la empresa quien, en el marco de su organización, decide que sean ejecutadas por un dependiente, en los términos establecidos. Difícilmente puede afirmarse que en los supuestos estudiados, los médicos y centros sanitarios ejecuten funciones propias de las entidades de seguros de asistencia sanitaria que éstas hayan previamente delegado en aquéllos. Como reiteradas veces se ha afirmado, el ámbito de gestión de unos y de otros es distinto. Así, las entidades de seguros de asistencia sanitaria cumplen funciones propias del contrato de seguro, mientras que los facultativos y los centros hospitalarios realizan las prestaciones propias de los contratos de servicios médicos o servicios hospitalarios.

En conclusión, creemos que en la mayor parte de los supuestos analizados, las entidades de seguros de asistencia sanitaria no deberían responder extracontractualmente con base en el régimen de responsabilidad dispuesto en el artículo 1903.4 CC por los hechos de los facultativos o centros que prestan los servicios sanitarios. La razón se encuentra en que, por lo general, faltarán dos de los presupuestos que determinan la aplicación del precepto.

No obstante, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, existe un segundo posible fundamento normativo, que superaría los rígidos límites del art. 1903.4 CC. Se trata de la doctrina del contratista independiente y los deberes de diligencia que, a pesar de actuar mediante un agente independiente, todavía recaen sobre el comitente, derivados del deber general de diligencia dispuesto en el artículo 1902 CC. En este sentido, puede afirmarse que el hecho de que los profesionales sanitarios y centros hospitalarios actúen fuera del ámbito organizativo de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, y de que éstas no suelen interferir —mediante instrucciones o actividades de control— en las decisiones médicas u hospitalarias propias del ámbito de gestión de aquéllos, puede llevar a calificar a los profesionales sanitarios y centros hospitalarios como contratistas independientes, respecto de los asegurados, cumpliendo la entidad de seguros el papel de comitente. A efectos la responsabilidad del comitente, la doctrina del contratista independiente afirma que, por regla general, el comitente no responde por los daños que causan los contratistas independientes en el ejercicio de la actividad encomendada, “salvo que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o la participación en los trabajos” (por todas, SSTS 18.6.1979 [RJ 1979\2895]; 7.10.1983 [RJ 1983\5314]) lo que, en propiedad, comportaría que ya no se tratase de un contratista independiente sino dependiente. Sin embargo, como se ha señalado reiteradamente, no parece que de las relaciones que establecen las entidades de seguros de asistencia sanitaria con los prestadores de servicios sanitarios pueda deducirse ninguna reserva de control o vigilancia, ni la participación en la prestación de dichos servicios que comporte la existencia de una situación de dependencia.

Sin embargo, un estudio detallado de la doctrina del contratista independiente permite identificar dos grandes ámbitos de actuación en los que el comitente, a pesar de actuar por medio de un contratista independiente, puede todavía ser considerado responsable por infringir el deber general de diligencia dispuesto en el art. 1902 CC.

El primero de ellos se refiere al deber de seleccionar contratistas independientes que reúnan la capacitación profesional y técnica necesarias para llevar a cabo la gestión. Dicho deber de diligencia ha sido reconocido de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 19.7.1993 [RJ 1993\6162]; 9.7.2004 [RJ 2004\5121]). Su aplicación a la materia que es objeto del presente estudio significa que, a los efectos de elaborar el cuadro médico o catálogo de servicios, las entidades de seguros de asistencia sanitaria deben seleccionar profesionales y centros que reúnan los requisitos técnicos y profesionales necesarios para prestar los servicios sanitarios en cuestión.

El segundo ámbito del que todavía podría derivar una eventual responsabilidad *ex art.* 1902 CC para las entidades de seguros de asistencia sanitaria se refiere a ciertas actuaciones de control sobre la actividad de los profesionales y centros sanitarios, cuando así lo requieran las circunstancias del caso, y siempre dentro

del ámbito de organización y gestión propios de las entidades de seguros. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando mediante quejas o reclamaciones de los asegurados, o informaciones proporcionadas por otros facultativos, etc., la compañía detecta problemas en la actuación de un médico concreto, o en un particular servicio de uno de los centros concertados. Este deber, que trasladado a la órbita contractual constituye contenido esencial de las obligaciones que integran el ámbito de gestión propio de las entidades de seguros en relación con los asegurados, en ningún caso puede implicar la necesidad de que aquéllas realicen controles sistemáticos e intensivos de todas las actuaciones médicas y hospitalarias. No sólo porque carecerían de medios para ello, sino porque además excedería de su propia esfera de gestión. Por esta razón, el deber general de diligencia del artículo 1902 CC tan sólo puede exigirles llevar a cabo el control, cuando así lo requieran las circunstancias del caso.

En último término, las entidades de seguros de asistencia sanitaria podrían responder aún, de acuerdo con la regla general del artículo 1902 CC, con base en la llamada “doctrina de la apariencia”. Esta doctrina, que a diferencia de lo que ocurre en el derecho angloamericano, hasta el momento ha tenido escaso eco en la jurisprudencia española (véase, por ejemplo, la STS, 2^a, 28.4.1969 [RJ 1969\2457]), podría fundamentar una eventual responsabilidad de la entidad de seguros de asistencia sanitaria cuando ésta, con sus actuaciones, hubiera creado la apariencia de que los facultativos y centros hospitalarios actuaban como dependientes suyos, y el asegurado, de buena fe, hubiera confiado de forma razonable en dicha apariencia. La eventual responsabilidad de la entidad se fundamentaría entonces en la regla del artículo 1902 CC, cuando el deber general de diligencia —principios de buena fe y de autorresponsabilidad— le exigiera hacer desaparecer la apariencia de dependencia y la entidad no lo hiciera. Partiendo del mismo enfoque, cuando la publicidad o la información precontractual que recibe el asegurado crea la apariencia de que los profesionales o centros independientes con quienes la entidad ha concertado la asistencia sanitaria pertenecen al personal de ésta o que actúan bajo su supervisión, entonces tales declaraciones se integran en el contrato en virtud del art. 8.1 LGDCU, comportando una ampliación de las obligaciones contractuales de la entidad y de su esfera de responsabilidad.

2. Responsabilidad contractual por los hechos de los auxiliares

Como se ha señalado, a partir de 1999 el Tribunal Supremo español también ha fundamentado la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por los hechos de los facultativos y centros hospitalarios incluidos en sus cuadros médicos y catálogos de servicios, en una responsabilidad contractual [de la entidad aseguradora, frente a sus asegurados] por los hechos de los auxiliares, acudiendo como mismo fundamento normativo al artículo 1903.4 CC (SSTS 10.11.1999 [RJ 1999\8057]; 2.11.1999 [RJ 1999\7998]; 17.11.2004 [RJ 2004\7238]). Más allá de la crítica puntual a cada una de estas sentencias y siendo conscientes de la rotunda orientación jurisprudencial que aprecia la res-

ponsabilidad contractual de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, estamos convencidos de que un análisis técnico riguroso de la realidad jurídica del sector debería llevar a rechazar la responsabilidad de las entidades de seguros en la mayoría de supuestos. La razón principal se encuentra en el hecho de que, bajo nuestro punto de vista, ni la entidad de seguros de asistencia sanitaria es deudora, respecto de sus asegurados, de los “servicios sanitarios”, sino de una prestación distinta; ni, por consiguiente, los profesionales y centros hospitalarios que prestan los servicios sanitarios a los asegurados, tienen la condición de “auxiliares” respecto de la entidad de seguros.

Según admite la doctrina dominante en nuestro país, la responsabilidad contractual del deudor por los hechos de sus auxiliares requiere la concurrencia de tres elementos: (1) la existencia de una relación obligatoria específica y exclusiva entre deudor y acreedor; (2) la necesidad de que las actividades del auxiliar se desarrollen por iniciativa o por voluntad del deudor; (3) que el auxiliar actúe en el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor frente al acreedor.

Según el primero de ellos, el único deudor de la prestación es el principal, para cuyo cumplimiento busca la asistencia del auxiliar. Ello significa que la única relación obligatoria se constituye entre el deudor-principal y el acreedor, quienes son las auténticas partes de la obligación. En consecuencia, respecto del acreedor, el auxiliar no es más que un tercero. No obstante, en todos aquellos casos en que los que existe es un entramado de relaciones jurídicas y económicas, en cuya virtud cada una de las partes asume un determinado ámbito de gestión y, por consiguiente, de responsabilidad, no puede hablarse de responsabilidad contractual por hechos de los auxiliares, sino que cada parte responde del cumplimiento de las obligaciones pertenecientes a su ámbito de gestión. Así ocurre, por ejemplo, en el que la doctrina alemana denomina “contrato dividido médico-hospital” (*aufgespaltener Arzt-Krankenhausvertrag*), en el cual se establece una doble relación contractual, entre paciente y hospital, por un lado, y entre paciente y médico, por otro. En tal supuesto, el médico no es auxiliar en el cumplimiento del hospital, sino que uno y otro responderán frente al paciente, de acuerdo con el respectivo ámbito de gestión pactado en el contrato. Aunque pensado para un ámbito distinto, creemos que el ejemplo resulta útil para en el análisis de los casos que son objeto del presente estudio. Si, como se ha sostenido anteriormente, la relación contractual que se establece entre la entidad de seguros de asistencia sanitaria y el asegurado es distinta, tanto en su naturaleza como en su contenido, del contrato que se constituye entre el asegurado y el profesional o centro hospitalario, ello significa que la entidad de seguros, por un lado, y los profesionales sanitarios o centros hospitalarios, por otro, se obligan con el paciente-asegurado a cumplir prestaciones distintas —ambos son, así, y por sus respectivas prestaciones, deudores principales—, sin que los profesionales o centros puedan calificarse como auxiliares de las entidades de seguros. En definitiva, salvo en el caso en el que la propia entidad de seguros de asistencia sanitaria, además de prestar las obligaciones típicas del contrato de seguro, actúe también como prestadora de los servicios sanitarios mediante auxiliares, en

los demás supuestos —la mayoría—, no existirá una relación exclusiva entre el asegurado-acreedor y la entidad-deudora, pues en sí misma esa relación obligatoria no incluirá la prestación misma de los servicios sanitarios. De este modo, los profesionales y centros hospitalarios no llevarán a cabo prestaciones cuya titularidad recae en las entidades de seguros de asistencia sanitaria, sino prestaciones propias, de las que los profesionales y los centros son deudores exclusivos frente al paciente, con base en una relación contractual distinta (contrato de arrendamiento de servicios médicos u hospitalarios) del contrato de seguro que vincula a la entidad aseguradora con el paciente asegurado. Si bien unos y otros se encuentran unidos por la citada “interdependencia funcional” propia de los contratos conexos o coligados.

El segundo requisito, relativo a la necesidad de que las actividades del auxiliar se desarrollen por iniciativa o por voluntad del deudor principal, cabría entenderlo cumplido en los supuestos que son objeto del presente estudio. Ello ocurriría incluso cuando es el propio asegurado quien elige el profesional sanitario o centro hospitalario, entre los previstos en el cuadro médico o catálogo de servicios de la entidad de seguros, porque el necesario asentimiento del deudor-entidad de seguros cabe deducirlo implícitamente del hecho de haber aceptado incluirlos en el cuadro o catálogo, ofreciéndolos a la elección de sus asegurados. En este punto, la doctrina española que se ha ocupado de la cuestión, siguiendo el criterio mantenido por la doctrina alemana, ha señalado que para definir a un auxiliar en el cumplimiento del deudor, es irrelevante que en la designación del mismo haya tenido alguna intervención el acreedor, ya que lo esencial es que no falte la voluntad del deudor y principal de introducir en el cumplimiento de su obligación al auxiliar en cuya designación interviene el acreedor.

Por el contrario, no concurre en los supuestos estudiados el tercer presupuesto determinante de la responsabilidad contractual del deudor por hechos de sus auxiliares, esto es, que la actuación del auxiliar se lleve a cabo en el marco de las actividades de cumplimiento de la prestación debida por el deudor al acreedor. Como antes se ha expuesto con detalle, en el grupo de supuestos estudiados los profesionales sanitarios y centros hospitalarios no actúan como auxiliares en el cumplimiento de una prestación asumida por la entidad de seguros de asistencia sanitaria, en calidad de deudora principal, frente al asegurado. Más bien al contrario, ya que cada uno de ellos —entidades de seguros por un lado, y profesionales sanitarios y centros hospitalarios, por otro— actúan en el cumplimiento de prestaciones propias, que nacen de contratos distintos (el contrato de seguro de asistencia sanitaria, para las primeras, y el contrato de arrendamiento de servicios médicos u hospitalarios, para los segundos), respecto de los que cada uno de ellos es parte deudora principal.

En conclusión, a nuestro juicio existen sólidos argumentos jurídicos para negar una eventual responsabilidad contractual de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, por los hechos de unos profesionales sanitarios o centros hospita-

larios, que por lo general carecerán de la condición de auxiliares de aquéllas. Veamos, pues, como se articula la relación contractual entre todos los actores presentes.

III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES QUE SURGEN EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

Desde el punto de vista organizativo lo que caracteriza a las entidades de seguros de asistencia sanitaria es la desvinculación entre la prestación de servicios sanitarios y la financiación de estos servicios. Quien presta los servicios no cobra del beneficiario sino de la entidad de seguro; el asegurado, a su vez, no paga al médico sus honorarios o al hospital el precio del servicio de hospitalización o tratamiento, sino que se limita a abonar a la entidad aseguradora la prima del seguro; esta última establece la estructura organizativa que sirve para poner a disposición del asegurado y financiar los servicios del médico u hospital, y fija el importe de la prima de acuerdo con los parámetros estadísticos y las técnicas actuariales que la normativa sobre seguros le impone.

Traduciendo esta estructura de organización y gestión al plano jurídico, nos encontramos con tres contratos distintos, si bien funcionalmente interdependientes.

La provisión de servicios sanitarios a través de la fórmula del seguro de asistencia sanitaria —a diferencia del ejercicio ordinario de la medicina privada individual o colectiva— da lugar a una relación multilateral triangular. Por un lado, se concierta el *contrato de seguro de asistencia sanitaria*, entre la entidad aseguradora y el asegurado. Por otro, en la organización de la provisión de servicios, la entidad aseguradora concierta la prestación de los mismos con centros y profesionales (*contrato de colaboración*). Por último, la provisión de los servicios sanitarios la lleva a cabo directamente el facultativo o el centro concertado al que acude, normalmente por así haberlo elegido el propio asegurado (*contrato de prestación de servicios médicos u hospitalarios*).

Esta relación triangular incluye, por lo tanto, los siguientes contratos:

- 1) El *contrato de seguro de asistencia sanitaria*, que vincula al asegurado y a la entidad, y que obliga a aquél a efectuar periódicamente el pago de la prima correspondiente y a ésta a poner a disposición del asegurado los medios para recibir, sin coste adicional (o con la bonificación contractualmente prevista), la asistencia médica y hospitalaria necesaria para la curación o el tratamiento de las lesiones o enfermedades cubiertos por la póliza;

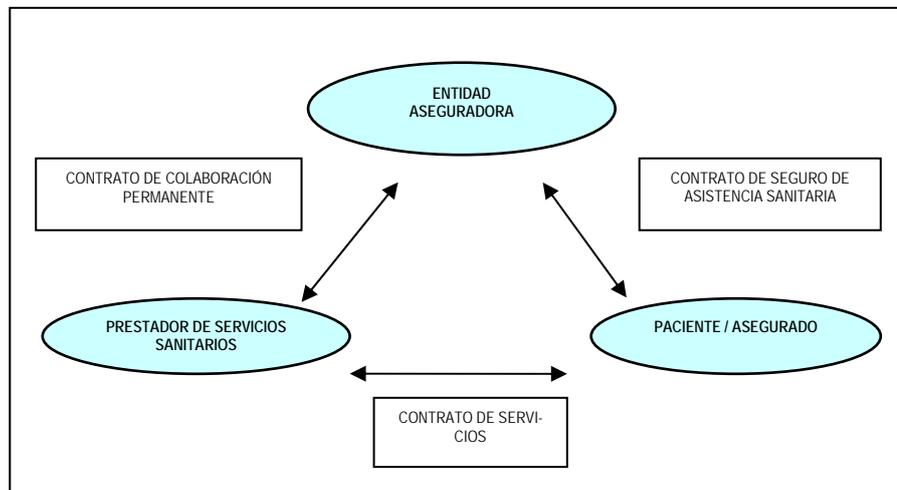
2) El *contrato de colaboración*⁶ permanente, temporal o por tiempo indefinido, que suscriben el médico o el centro sanitario y la entidad aseguradora, mediante el cual aquéllos se comprometen a atender y a prestar los servicios sanitarios que precise el asegurado, sin coste alguno para éste, siempre que estén cubiertos por la póliza, y la entidad se obliga a abonar al médico o centro correspondiente la remuneración convenida, bien mediante el pago por acto médico o servicio efectuado o bien mediante una suma calculada en atención a la población asignada al facultativo o al centro⁷; y

3) El *contrato de prestación de servicios médicos u hospitalarios* que vincula al facultativo o al centro sanitario con el paciente al que atiende en ejecución del previo compromiso suscrito con la entidad de seguros de salud y bajo las condiciones económicas previstas en éste.

Esta estructura contractual se refleja en el siguiente cuadro:

⁶ Como ha señalado la jurisprudencia, cuando dos profesionales o una empresa y un profesional cooperan en relación con sus respectivas actividades en el ámbito privado lo que procede es calificar jurídicamente tal cooperación, no llamarla “servicios” (véase, sin embargo, *infra* nota 7). Por ello, es más apropiado acudir a la calificación, más genérica, de “contrato de colaboración”, que la jurisprudencia define como una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, diferente del arrendamiento de servicios (STS 25.10.1999 [RJ 1999\7624]), y que tiene una gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico (STS 13.4.2004 [RJ 2004\2619]). En nuestro caso, por ejemplo, las partes contractuales no están obligadas a prestarse servicio alguno de los que constituyen su quehacer profesional. Las prestaciones recíprocamente debidas consisten en actividades diversas interrelacionadas para poner a disposición del asegurado los servicios del facultativo o de la clínica: hacer constar el nombre del facultativo o el centro en el catálogo de servicios, atender a los asegurados que decidan escoger a cierto proveedor y estén debidamente dados de alta, abonar los honorarios con la periodicidad máxima convenida, etc.

⁷ El tema de la calificación jurídica del contrato que vincula a médicos con las entidades de asistencia sanitaria ha sido objeto de debate durante mucho tiempo. Inicialmente la jurisprudencia tendió a configurarlo como laboral. Sin embargo, el Tribunal Supremo concluyó que la relación no era laboral si el vínculo no era exclusivo o carecía de los requisitos que caracterizaban el contrato de trabajo. Entre las más antiguas, véase STS 17.6.1969. La jurisprudencia social, sin embargo, ha seguido mostrándose vacilante en cuanto a la calificación del contrato, aunque en los últimos años parece predominar el criterio de que se trata de un contrato no laboral, calificado como “arrendamiento de servicios” profesionales, y no de un contrato de trabajo, al faltar las notas de ajenidad, dependencia y subordinación que caracterizan a este último (cf. STSJ País Vasco 9.11.1999 [AS 1999\3799] y TSJ Andalucía (Granada) 9.1.2002 [AS 2002\1337]). Debido a las dificultades de calificación, la normativa distinguió a partir de 1964 entre la actividad de las entidades *con cuadro facultativo propio*, cuando éste estaba vinculado a la entidad de un modo semejante al laboral, y la actividad que aquéllas desarrollan contando *sin cuadro facultativo propio*, es decir con médicos que actuaban con total independencia. Esta última relación vino regulada mediante la Orden de 14 de enero de 1964. En la actualidad, tanto los modelos de contrato empleados por las empresas como la única norma que fija un modelo contractual califican el contrato como “arrendamiento de servicios profesionales”. En la jurisprudencia civil, véase STS 21.5.1984 (RJ 1984\2498). Véase también la Orden de 21 de noviembre de 1985, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña (DOGC núm. 634, 10.1.1986), aunque el título competencial habilitante para dictar esta normativa es bastante dudoso.



La situación que se plantea en este caso se corresponde con la que se denomina doctrinalmente —aunque la terminología no es homogénea— *conexión o unión de contratos* o *contratos conexos o coligados*.

La conexión entre contratos tiene una multiplicidad de manifestaciones en el tráfico jurídico⁸. La doctrina y la jurisprudencia se han planteado esta calificación, fundamentalmente, con relación a una pluralidad de contratos suscritos por las mismas partes en que existe, no obstante, una conexión funcional referida a la propia naturaleza de uno o ambos contratos o a la disposición de intereses configurada por las partes.⁹

Tratándose de contratos celebrados entre distintas personas, esta configuración todavía es más útil y **se aplica cuando se trata de varios contratos que persiguen un resultado o una finalidad económica unitaria**. Una de las principales aplicaciones de esta teoría consiste entonces en ofrecer una explicación para aquellas situaciones en las que, por sus características propias, no puede hablarse de una única relación contractual pero donde, al estar funcionalmente vinculados, se producen efectos a cargo y en favor de las partes de los distintos contratos en presencia. Al mismo tiempo, permite afinar mejor cuál es la posición jurídica de las distintas partes de los contratos coligados y quedan suficiente-

⁸ En este sentido ya Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1971 (reimpresión en facsímil, Madrid, Civitas, 1985), p. 215.

⁹ Ana LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994, *passim* y allí más referencias.

mente demarcados tanto los ámbitos de gestión respectivos como las legítimas expectativas de todas ellas.¹⁰

En este sentido, se habla de *interdependencia funcional* cuando al establecer este tipo de relaciones no se quiere uno de los contratos si al mismo tiempo no se dan los demás contratos previstos en la estructura contractual compleja. Al respecto, se ha señalado por ejemplo que “habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación jurídico-económica que a través de ellos quiere articularse”.¹¹

Una de estas situaciones es la que algún autor ha denominado “encadenamiento de contratos” y que tendría lugar en aquellos supuestos en que una parte “proporciona a otra la posibilidad de otorgar un contrato con un tercero a partir de la relación que la primera ha establecido previamente con ese tercero”.¹² Ejemplos de esta situación serían, entre otros, los casos en que el comprador obtiene financiación para la compra por parte de un banco con el que el vendedor tiene previamente suscrito un compromiso de ofrecer financiación a sus clientes; o también el supuesto en que un agente de viajes ofrece alojamiento o billetes de avión o de barco a clientes a partir de la previa disponibilidad que, por el convenio preexistente con los establecimientos hoteleros o con las empresas de transporte, la agencia tenía.

Otro supuesto es el de las relaciones contractuales que median entre las personas o entidades cuando se emplean tarjetas de crédito o débito en la adquisición de bienes o servicios. Indudablemente, en este tipo de situación hay varios contratos entre diversas personas, todos ellos causalmente vinculados: el de *emisión de tarjeta* (que suscribe la entidad gestora de la tarjeta con el titular de la misma), el contrato de *admisión de la tarjeta como medio de pago* (que suscribe la entidad con el establecimiento o profesional que se compromete a aceptar la

¹⁰ Véase la siguiente reflexión de José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 2ª, ed., Granada, Comares, 1998, p. 301 referida a los “médicos de igualatorio”: “En tal situación debe estimarse que la responsabilidad es del médico que trata al paciente y no del igualatorio: aun cuando pueda matizarse la anterior afirmación con las particularidades que puedan ofrecer los contratos individualizados suscritos con un igualatorio o los hechos culposos que deriven, no sólo de la actuación de un profesional de la medicina, sino además, y conjuntamente con ese actuar, *de un anormal funcionamiento del igualatorio o compañía aseguradora como tal*, en cuyo caso sí debe entenderse que la responsabilidad es conjunta del igualatorio y del médico, siendo ambas de naturaleza contractual” (énfasis añadido).

¹¹ Cf. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, cit., p. 282.

¹² Jaime SANTOS BRIZ, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada: Comares, 1992, pp. 338-9. En la actualidad, el primer tipo de situación se encuentra regulada en la normativa relativa al contrato de crédito al consumo, mientras que la segunda se encuentra en gran parte regulada en la normativa sobre viajes combinados.

tarjeta como medio de pago) y el *contrato de compra de bienes o servicios empleando tarjeta de crédito* (suscrito entre el titular de la tarjeta y el establecimiento o profesional).¹³

Así como para este caso se ha señalado que ninguno de los contratos es querido separada e individualmente como autónomo, siendo los tres contratos interdependientes uno de otro, en el sentido de que no se quiere uno si no existen los demás¹⁴, el mismo razonamiento puede aplicarse en relación con la pluralidad de contratos que concurren en la prestación de servicios médicos mediante la modalidad de seguro de asistencia sanitaria.

Efectivamente: a partir de la interrelación entre el contrato de seguro, el contrato de colaboración permanente y el contrato de servicios médicos, se explica por qué el médico incluido en el cuadro médico está obligado a prestar sus servicios al asegurado que le elija (esto es, a contratar con él), sin que aquél pueda reclamarle sus honorarios, ni principal ni subsidiariamente. El principio de relatividad contractual, que impediría tener en consideración la interdependencia funcional (cf. art. 1257 CC), se ve matizado en el supuesto de contratos coligados o conexos por la “eficacia refleja” de un contrato sobre el otro, eficacia que constituye el eje vertebrador de toda la situación.¹⁵

En virtud del contrato que le une con la aseguradora, el médico está obligado a recibir en su consulta al asegurado con aquella entidad. Debe hacerlo, además, en igualdad de condiciones con los clientes “privados” del propio facultativo y no puede cobrar honorario alguno al paciente, sino que facturará directamente a la aseguradora de acuerdo con la tabla de honorarios que haya convenido con aquella.¹⁶ No se trata, no obstante, de un supuesto de estipulación a favor de tercero, ya que el asegurado no puede exigir directamente al médico que él elija que le atienda.¹⁷ Ahora bien, dando un paso más, **cuando el médico cumple su compromiso y acepta recibir al paciente asegurado en las condiciones del contrato celebrado con la aseguradora no por ello se podrá decir que se li-**

¹³ En este sentido, véase por ejemplo M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Las tarjetas de crédito*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 29-31.

¹⁴ GETE-ALONSO, *Las tarjetas de crédito*, cit., p. 96.

¹⁵ Sobre la eficacia *refleja* de un contrato respecto a un tercero que no ha sido parte en el mismo, véase Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4^a ed., Madrid: Civitas, 1993, p. 401, quien señala que “puede hablarse de una eficacia refleja del contrato en la esfera de terceros cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas”.

¹⁶ El cobro directo de alguna suma al asegurado por parte del médico comporta incumplimiento del contrato suscrito por éste con la aseguradora y faculta a ésta a resolver el contrato.

¹⁷ Si bien el médico está obligado a hacerlo, su compromiso sólo le vincula frente a la aseguradora y el asegurado no puede ni exigirle el cumplimiento de esa obligación, ni tampoco que responda por los daños que su incumplimiento le cause. Si tal cosa sucede quien incurre en responsabilidad es la aseguradora, porque en virtud de su ámbito de gestión contractual le correspondía garantizar el acceso a las prestaciones incluidas en la cobertura, siempre que se acudiese a médicos y centros incluidos en el catálogo de servicios.

mita a cumplir las obligaciones de ésta. Los concretos servicios profesionales no forman parte de las obligaciones de la aseguradora porque en virtud del contrato de seguro ésta sólo se obliga a poner a disposición del asegurado los medios para reparar las consecuencias del siniestro (lesión o enfermedad). Por ello, **a partir del momento en que el médico acepta tratar al paciente de su dolencia está dando lugar a una nueva relación contractual, distinta de las preexistentes, por más que estas relaciones —en virtud de la interdependencia funcional existente entre todos los contratos coligados— fueron, en efecto, antecedente o causa necesaria de la misma.**¹⁸ Parecidamente a lo que sucede en relación con adquisición de bienes o servicios por medio de tarjeta, la transacción efectuada es un contrato distinto a los diversos contratos que han dado lugar a que aquélla tenga lugar y que, acaso, no se hubiera producido de no poder disponer el cliente de la tarjeta como medio de pago. En el ámbito sanitario, también alguien puede actuar como financiador, sin por ello prestar el servicio que se financia ni quedar sujeto a los requisitos que la ley impone a los prestadores del servicio. En este sentido debe entenderse el art. 45 LOPS, a cuyo tenor las garantías de seguridad y calidad que impone esta ley son aplicables a todas las actividades sanitarias privadas, y en particular a las consultas de los profesionales que ejercen por cuenta propia, “con independencia de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento”.

Como es obvio, el contrato de prestación de servicios profesionales, en particular cuando se trata de la consulta con especialistas, habitualmente no se documenta. Pero esto no significa, ni mucho menos, que no exista.¹⁹ Tampoco constituye obstáculo a esta configuración que los honorarios los cobre el médico directamente de la aseguradora sin que pueda siquiera exigirlos al paciente.²⁰ En realidad, la contraprestación por el servicio prestado es debida por el paciente, pero en virtud del contrato de colaboración y en la medida de la vigencia efectiva de la póliza, el médico que ha prestado el servicio lo ha hecho previa aceptación de una delegación solutoria de la deuda del paciente/asegurado a la

¹⁸ Como bien señaló Javier FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 96-97, “la tradicional relación binaria (médico-paciente) pasa a terciaria (médico-intermediario o sociedad médica-paciente): El enfermo pasa a tercero en el negocio jurídico que celebran el médico y la sociedad médica, aunque siga siendo segundo en la relación asistencial, pues aquéllos contratan sin intervención del paciente, si bien en beneficio de éste, encontrándose el médico en una doble condición: deudor del servicio asistencial en relación con el paciente y de acreedor con respecto a la sociedad médica intermediaria”. Véase asimismo FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, cit., p. 301.

¹⁹ Lo admitió la STS 23.3.1993 (RJ 1993\2545) en un supuesto en que el demandante tenía concertado un seguro de asistencia sanitaria que le proporcionó acceso a los servicios del cirujano demandado y de la clínica donde este último realizó la operación. Véase al respecto AMELIA SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 293.

²⁰ Véase en este sentido Joaquín ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid: Montecorvo, 1985, p. 227 (“si no hay dependencia, habrá contrato entre médico y paciente, y el ‘concerto’ entre el médico y la entidad aseguradora no sería más que un pacto en virtud del cual dicha entidad se compromete a pagarle al médico los honorarios devengados por sus asegurados”).

entidad de seguros de asistencia sanitaria. Por este motivo, esta última abona la factura que el facultativo emite por servicios prestados al asegurado en los términos fijados en el contrato de colaboración que le vincula con la aseguradora. Como que existe tal delegación, acreditando la existencia de la causa de la obligación (esto es, la prestación del servicio) el médico o centro sanitario pueden exigirla a la aseguradora.²¹

La anterior configuración propone, por consiguiente, una clara diferenciación entre el supuesto en que el facultativo (y, en general, cualquier proveedor de servicios sanitarios) concierta la prestación de sus servicios en el marco del catálogo de una entidad de seguros de asistencia sanitaria, y el supuesto en que el médico o profesional sanitario ejerce su actividad en una clínica u hospital y es este último el que asume frente al paciente-cliente la prestación del conjunto de cuidados médicos que precise.²² Al margen de la relación contractual que media entre la clínica y el profesional (laboral, civil), en este tipo de casos únicamente existe un contrato, el que celebra el establecimiento sanitario con el paciente, para cuyo cumplimiento emplea como auxiliar los servicios del facultativo o profesional. El profesional se limita a atender a los pacientes que la clínica le indica y cumple así sus obligaciones contractuales frente a la clínica. No existe un nuevo consentimiento contractual del médico respecto a los servicios que va a prestar al paciente.²³ En el supuesto objeto de este estudio, en cambio, la aseguradora no indica al médico o al centro sanitario incluido en el catálogo de servicios qué pacientes deben atender, sino que tanto el facultativo como el centro son elegidos por el asegurado y ambos expresan un nuevo consentimiento, del que nace la relación contractual de servicios que les unen al asegurado al que atienden. Desde otra perspectiva, y como ha señalado algún autor, falta en este supuesto la dependencia que se da cuando el médico se limita a ejecutar voluntariamente el contrato que concluyó con su empleador.²⁴ Y ello en la medida en que, entre otras razones, el médico con quien la entidad aseguradora ha concertado la prestación de servicios a sus asegurados “recibe al paciente en su

²¹ Véase también FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos*, cit. p. 98. Al propio tiempo, al aceptar la delegación, la obligación de paciente queda automáticamente extinguida y nada podría ya reclamarle el facultativo

²² Situación que se contrapone, al mismo tiempo con la que la doctrina alemana denomina “contrato dividido médico-hospital” (*aufgespalteter Arzt-Krankenhausvertrag*), en el cual se establece una doble relación contractual, entre paciente y hospital, por un lado, y entre paciente y médico, por otro. Vide Manfred Löwisch, J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2. *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht I), Berlin, Sellier—de Gruyter, 2004, § 278, Rn. 87.

²³ Véase al respecto ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, cit., p. 225 y SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos...*, cit., p. 322-323. También M^a Teresa ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona: J.M. Bosch, 1997, pp. 182-4.

²⁴ Dependencia que supone subordinación en cuanto al tiempo y al lugar de la actividad del facultativo, y en cuanto a las personas a quienes debe atender. No, por supuesto, respecto a la subordinación en el ámbito técnico-científico. Por todos, Eugenio LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid: Trivium, 1988, p. 299, y allí más referencias.

consulta, cobra por acto médico realizado, e incluso puede considerar al paciente como de su clientela privada”.²⁵

IV. CONCLUSIÓN

La evolución histórica de las entidades de asistencia sanitaria en España permite concluir que en la actualidad dichas entidades tienen como objeto exclusivo la realización de operaciones de seguro, con la particularidad de dedicarse a obtener y gestionar los recursos financieros con los que asegurar el acceso de los asegurados a los servicios sanitarios cubiertos por el contrato. Quedan lejos los tiempos en que el objeto principal de las entidades era prestar asistencia a sus afiliados mediante la actividad profesional de los propios médicos, organizados en forma de “igualatorio”. Así, la actividad que desarrollan las entidades de seguros de asistencia sanitaria es esencialmente distinta a la prestación de cualquier tipo de servicios médicos o sanitarios. El objeto propio de las entidades que comercializan pólizas de seguro de asistencia sanitaria consiste en organizar el acceso de los asegurados a las prestaciones sanitarias para cuando las precisen y abonar el coste convenido con los proveedores de los servicios. En relación con la ejecución material de los servicios incluidos en la póliza la entidad aseguradora ni decide quién tiene que llevarlos a cabo, ni supervisa en modo alguno su actuación en relación con un concreto asegurado, ni establece directrices o mecanismos que directa o indirectamente influyan sobre el quehacer profesional de los proveedores que colaboran con determinada entidad.

Cuestión distinta es que la propia entidad de seguros de asistencia sanitaria decida prestar ella misma los servicios sanitarios. Ello no planteará problemas si crea una entidad con personalidad jurídica propia a este efecto, con lo cual quedarán perfectamente delimitados los ámbitos de gestión de la entidad de seguros y de la entidad prestadora de servicios. La dificultad se planteará cuando la entidad de seguros adquiera la titularidad de centros médicos y contrate profesionales sanitarios como auxiliares suyos. En estos casos, al adquirir la naturaleza bifronte de entidad de seguros y entidad prestadora de servicios sanitarios puede llegar a responder de la negligente prestación de dichos servicios, pero en virtud de esa segunda condición añadida.

La gran dificultad estriba en distinguir el primer modo de proceder, que es el habitual de las entidades de seguros de asistencia en nuestro país, de este segundo modo, que es el que le atribuye sistemáticamente la jurisprudencia. Para ello resultará crucial lo que hayan pactado las partes en los respectivos contratos, la relación de dependencia entre profesionales sanitarios y entidades de seguros, si estos profesionales tienen la condición de auxiliares de las entidades

²⁵ ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, cit., p. 227. Continúa diciendo este autor: “El paciente, por su parte, no sólo puede escoger al médico entre varios, sino que además bien puede ocurrir que decida asegurarse en una determinada entidad precisamente porque cierto médico determinado forma parte de los que concertaron con la misma”.

de seguros o si por el contrario son contratistas independientes. En este último caso, todavía será necesario averiguar si la responsabilidad de la entidad de seguros de asistencia sanitaria puede hallarse en un deber que ésta no haya podido eludir delegándolo a dicho contratista.

Partiendo de su función económico-jurídica, tanto el seguro de enfermedad *strictu sensu* como el seguro de asistencia sanitaria constituyen instrumentos dirigidos a organizar la financiación de determinada cobertura sanitaria a partir de la premisa de la separación funcional entre la organización de tal cobertura y la prestación material de los servicios sanitarios. Por razones históricas, en España, a diferencia de otros países europeos, la existencia de los tradicionales igualatorios médico-quirúrgicos favoreció la expansión de una fórmula poco explorada en aquellos países y que consiste en aglutinar las ventajas del seguro privado —que parte del principio de mutualidad o de distribución del mismo riesgo entre un número significativo de patrimonios sometidos al mismo— y de la centralización de la organización y la gestión de las prestaciones por parte de una entidad asistencial.

Como que en el seguro de asistencia sanitaria la cobertura del siniestro se realiza *in natura* mediante el acceso a las prestaciones concertadas por la aseguradora, esta última precisa —junto al control administrativo que es común a cualquier otra entidad aseguradora— un control administrativo adicional y que se refiere a que los prestadores de servicios con quien colabora cumplan los requisitos exigidos por la normativa correspondiente (en este caso, sanitaria). De ahí que el art. 105 LCS todavía haga mención, respecto al seguro de asistencia sanitaria, a que “la realización de los servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen”. Esta es la única razón por la que se califica a esta modalidad de seguro como de prestación de servicios. Esta calificación carece de repercusión alguna respecto a la responsabilidad de las entidades en caso de errores o negligencias médicas, y tiene como único fin agrupar a efectos expositivos distintas modalidades de seguros que se caracterizan por estar sujetas a ese control *cualitativo* de la Administración competente en cada caso.

La provisión de servicios sanitarios a través de la fórmula del seguro de asistencia sanitaria —a diferencia del ejercicio ordinario de la medicina privada individual o colectiva— da lugar, como se ha señalado, a una relación multilateral triangular. Por un lado, se concierta el *contrato de seguro de asistencia sanitaria*, entre la entidad aseguradora y el asegurado. Por otro lado, en la organización de la provisión de servicios, la entidad aseguradora concierta la prestación de los mismos con centros y profesionales (*contrato de colaboración*). Por último, la provisión de los servicios sanitarios la lleva a cabo directamente el facultativo o el centro concertado al que acude, normalmente, por así haberlo elegido el propio asegurado (*contrato de prestación de servicios médicos u hospitalarios*).

La situación que se plantea en este caso se denomina doctrinalmente *conexión o unión de contratos* o contratos *conexos* o *coligados*, que se caracteriza porque existe una pluralidad de contratos entre partes distintas y, al mismo tiempo, una interdependencia funcional entre ellos, en el sentido de que la realidad comercial de cada uno de ellos requiere que existan todos los demás contratos previstos en la estructura contractual compleja.

El efecto práctico de esta configuración es que a partir de la interrelación entre el contrato de seguro, el contrato de colaboración permanente y el contrato de servicios médicos, se explica por qué el médico incluido en el cuadro médico está obligado a prestar sus servicios al asegurado que le elija (esto es, a contratar con él), sin que aquél pueda reclamarle sus honorarios, ni principal ni subsidiariamente. Por otro lado, cuando el médico cumple su compromiso y acepta recibir al paciente asegurado en las condiciones del contrato celebrado con la aseguradora no por ello podrá decirse que se limita a cumplir las obligaciones de ésta. Los concretos servicios profesionales no forman parte de las obligaciones de la aseguradora porque en virtud del contrato de seguro ésta sólo se obliga a poner a disposición del asegurado los medios para reparar las consecuencias del siniestro (lesión o enfermedad). Por ello, a partir del momento en que el médico acepta tratar al paciente de su dolencia está dando lugar a una nueva relación contractual, distinta de las preexistentes, por más que estas relaciones — en virtud de la interdependencia funcional existente entre todos los contratos coligados— fueron, en efecto, antecedente o causa necesaria de la misma.

Para evitar dudas, tal vez sería deseable incluir en las pólizas de asistencia sanitaria *cláusulas delimitadoras* o de *delimitación del objeto* o *contenido del contrato* para fijar el alcance de las respectivas obligaciones de las partes. Con la delimitación del objeto del contrato se podría evitar ese erróneo enfoque jurisprudencial, que contradice la naturaleza del seguro de asistencia sanitaria, y que pretende que éste se convierta en una garantía de indemnidad del asegurado frente a cualquier contingencia que sufra con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales que aquél hubiese escogido.

La plasmación de la distribución de riesgos propia de la estructura contractual compleja en que se integra el seguro de asistencia sanitaria es perfectamente lícita y coincide tanto con la función económico-social de este contrato, como con la percepción que tiene el asegurado al contratar la prestación que espera obtener de la otra parte. Esa delimitación es posible por la circunstancia de que a las cláusulas delimitadores del objeto del contrato no les son aplicables los límites que rigen para las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Uno de los muchos posibles modelos de cláusula en este sentido podría ser, por ejemplo:

El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en la póliza, a cubrir la necesidad de asistencia sanitaria poniendo a disposición del ase-

gurado proveedores de servicios sanitarios incluidos en un cuadro médico o catálogo de servicios.

O bien una versión más amplia:

Mediante el presente contrato de seguro de asistencia sanitaria el asegurador se obliga concertar la prestación de servicios sanitarios con centros y profesionales que reúnan las calificaciones profesionales y técnicas necesarias para poder prestarlos y poner a disposición del asegurado un cuadro médico o catálogo de servicios para que, en caso de siniestro, el asegurado pueda elegir el prestador del servicio sanitario objeto de cobertura.

De seguir esta recomendación resultaría imprescindible que se adaptara a esa configuración no sólo el contenido contractual y todas sus cláusulas sino también la publicidad que se haga de dichos seguros, dado que dicha publicidad se integra en el contenido contractual al disponer el art. 8.1 LGDCU que “[L]a oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, [...] Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”(énfasis añadido). En este sentido debe destacarse que en los últimos tiempos esa adaptación publicitaria ya se ha producido en la mayoría de los anuncios que se emiten. A diferencia de lo que podía suceder en alguno de los que se emitían con anterioridad, por regla general no contienen ningún elemento que pueda inducir a la confusión de que es la propia entidad aseguradora quien presta los servicios sanitarios.

Finalmente, *de lege ferenda*, cualquier propuesta pasa por la ineludible necesidad de dar un nuevo redactado a los arts. 105 y 106 LCS. A nuestro juicio, una reforma legal sería el lugar idóneo para cortar de raíz una jurisprudencia que prescinde de la realidad del contrato de seguro de asistencia sanitaria y se niega a ver la entidad de seguros de asistencia sanitaria como una empresa aseguradora dedicada al ramo de enfermedad. Ciertamente, puede inducir a confusión la actual literalidad del art. 105 LCS al decir que el asegurador “asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos”.

En este sentido sería necesaria una redacción que delimitara mejor en qué consiste este contrato de seguro; que estableciera cuáles son los deberes que la entidad aseguradora asume y clarificara que ésta no ocupa la posición de garante por los errores y negligencias médicas imputables a los prestadores de servicios médicos y hospitalarios. Este último extremo podría quedar indicado con la referencia al hecho de que si la entidad, en lugar de concertar la prestación de los servicios, opta por prestarlos ella misma mediante centros de su titularidad o profesionales que actúen bajo su dirección y control, entonces —y sólo entonces— responderá además como proveedor de servicios sanitarios de acuerdo con la legislación vigente.

Un texto parecido al siguiente podría cubrir todos estos objetivos:

Artículo 105 c [Asistencia sanitaria]

1. En el contrato de asistencia sanitaria corresponde al asegurador concertar la prestación de servicios sanitarios con centros y profesionales que reúnan las calificaciones profesionales y técnicas necesarias para poder prestarlos y poner a disposición del asegurado un cuadro médico o catálogo de servicios para que, en caso de siniestro, el asegurado pueda elegir el prestador del servicio sanitario objeto de cobertura.

2. En particular, corresponderá además al asegurador:

a) Establecer una estructura organizativa que incluya un número suficiente de facultativos y centros concertados que sea proporcionado a las necesidades de asistencia previsibles por el número y las características de los asegurados.

b) Garantizar al asegurado el ejercicio efectivo de la posibilidad de elección de facultativos y centros en el marco del cuadro médico o catálogo de servicios.

c) Garantizar al asegurado el acceso a la prestación de los servicios sanitarios objeto de cobertura en condiciones y plazos razonables.

d) Establecer los sistemas de control necesarios para garantizar que los centros y profesionales sanitarios concertados reúnan en todo momento las calificaciones profesionales y técnicas necesarias para prestar los servicios objeto de cobertura.

e) Poner a disposición del asegurado instrumentos ágiles y sencillos para formular quejas y reclamaciones

f) Realizar todas las demás actividades correspondientes a su ámbito de gestión como entidad de seguros para cubrir la necesidad de asistencia sanitaria de acuerdo con la póliza.

3. En aquellos casos en que la entidad, en lugar de concertar la prestación de los servicios de acuerdo con lo previsto en el apartado primero, opte por prestarlos ella misma mediante centros de su titularidad o profesionales que actúen bajo su dirección y control, responderá además como proveedor de servicios sanitarios de acuerdo con la legislación vigente.

Miquel Martín Casals
Girona, 12 de octubre de 2006