



Autora: MARTÍN PÉREZ,  
ANDREA

Tutora: MARTOS CALABRÚS,  
MARÍA ANGUSTIAS

Grado en Derecho, junio 2018

## **EL CONTRATO DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA**

**Y**

### **LA PROTECCIÓN DEL ASEGURADO**

HEALTH CARE CONTRACT AND INSURED'S PROTECTION

Este estudio profundiza en el régimen jurídico del contrato de asistencia sanitaria desde una perspectiva de la protección del asegurado, partiendo por analizar propiamente el contrato en relación con el riesgo, destacando la última reforma llevada a cabo al respecto, el deber previo que tiene el asegurado de declarar dicho riesgo, así como las diferentes cláusulas que podemos encontrarnos en el mismo tipo contractual, aludiendo sobre todo aquéllas que sean excluyentes, relacionándolas con la posible discriminación por capacidad que puede darse. Y siguiendo la misma línea, y a modo de conclusión, la responsabilidad de la aseguradora.

This study deepens in the legal regime of the health care contract from a perspective of the insured's protection, starting by analyzing the contract in relation to the risk, highlighting the last reform carried out in this regard, the prior duty of the insured of declaring said risk, as well as the different clauses that can be found in the same contractual type, referring above all those that are exclusive, relating them to the possible discrimination due to capacity that may happen. And following the same line, and by way of conclusion, the liability of the insurer.

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN .....	4
2.	SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO .....	5
2.1.	Los seguros de enfermedad y los seguros de asistencia sanitaria .....	6
2.2.	Contratos interdependientes .....	9
3.	EL RIESGO .....	9
4.	DEBER PREVIO DE DECLARACIÓN PARA LA VALORACIÓN DEL RIESGO POR EL ASEGURADO 11	
4.1.	El Cuestionario de Salud .....	12
5.	CLÁUSULAS LIMITATIVAS, LESIVAS, DELIMITADORAS Y EXCLUYENTES .....	15
5.1.	Cláusulas lesivas y limitativas del derecho del asegurado .....	17
5.1.1.	Cláusulas limitativas de derechos del asegurado.....	18
5.1.2.	Cláusulas lesivas .....	20
5.2.	Cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado .....	22
5.3.	La Agravación del Riesgo y sus Consecuencias .....	24
5.3.1.	La Agravación del riesgo y la reforma de la Ley 20/2015 .....	25
5.4.	Cláusulas excluyentes de enfermedades preexistentes .....	27
5.4.1.	Discriminación con motivo de discapacidad.....	28
6.	RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR.....	31
6.1.	Responsabilidad Objetiva. Régimen del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.....	31
6.2.	Incumplimiento en la garantía de acceso a la asistencia sanitaria determinada en la cobertura de la póliza. Régimen referente a la mora del asegurador (art. 18 y 19 LCS). .....	34
6.3.	Cumplimiento anormal de la asistencia sanitaria por los técnicos y centros hospitalarios incluidos en el cuadro clínico de la compañía aseguradora .....	37
6.3.1.	Responsabilidad extracontractual por hecho ajeno .....	38
6.3.2.	Responsabilidad contractual por actos auxiliares.....	40

7. CONCLUSIONES .....	41
8. BIBLIOGRAFÍA .....	43
8.1. Manuales y monografía.....	43
8.2. Jurisprudencia .....	45
8.3. Legislación .....	47

## **1. INTRODUCCIÓN**

La elección, como Trabajo final del Grado de Derecho de la Universidad de Almería, del tema “La contratación del Seguro de Asistencia Sanitaria y la Protección del Asegurado”, obedece, entre otras razones, al interés por examinar el régimen jurídico del contrato de asistencia sanitaria en relación con el riesgo, así como las consecuencias de que éste se agrave durante la vigencia del contrato, a la vista de la reforma llevada a cabo desde el 2015 (CUAL) respecto de los seguros de asistencia sanitaria.

En este estudio, también se procede al análisis del deber que tiene el asegurado de informar para la valoración del riesgo, en su correspondiente cuestionario de salud, previamente a la celebración contractual. E igualmente, materializado ya el contrato, sus condiciones generales, así como el análisis de la posible existencia de cláusulas limitativas de derechos, e incluso lesivas para el asegurado.

Además, se aludirá a la posibilidad que tienen las aseguradoras de excluir del seguro a través cláusulas de excluyentes, permitiendo, por tanto, negar la cobertura en determinados riesgos, es decir, no cubrir a determinados afectados, por padecer las llamadas enfermedades “preexistentes”, e igualmente, siguiendo en la misma línea, la posibilidad de incurrir en una discriminación por razón de discapacidad, siendo una cuestión de importancia social.

Otro de los aspectos a analizar será el régimen jurídico de la responsabilidad de la aseguradora en relación con la Ley de Defensa de Usuarios y Consumidores que determina una responsabilidad objetiva de la misma. En igual línea se analizará la responsabilidad que conllevaría el incumplimiento de la garantía de acceso a estos seguros, así como el régimen relativo a la mora del deudor, y finalmente en esta materia, el incumplimiento defectuoso de los servicios por los técnicos sanitarios, y la responsabilidad contractual o extracontractualmente la compañía.

En definitiva, realizaremos un estudio del contrato de seguro de asistencia sanitaria, desde el enfoque de la protección del asegurado.

## 2. SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

El derecho a la protección de la salud encuentra una regulación directa en nuestra Constitución Española, en el art. 43 donde se *reconoce el derecho a la protección de la salud*, y siendo un mandato para los poderes públicos su mantenimiento, según el art. 41 “*un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...*”.

Pero esta responsabilidad de las Administraciones Públicas en la constitución de la salud lleva parejo, el poder llevar a cabo convenios para prestar los correspondientes servicios sanitarios, con métodos privados, es decir, con medios diferentes a los públicos<sup>1</sup>, mediante los seguros de asistencia sanitaria.

Por tanto, debemos partir de una persona jurídica, que sería la **entidad aseguradora** que, tras emitir la póliza y cobrar la oportuna prima, asume el riesgo que ha pactado en el contrato. En este caso, cubre la enfermedad, es decir, la alteración más o menos grave de la salud. Como contraparte, tendríamos al tomador del seguro, es decir, el **asegurado**, que tiene el derecho a percibir la prestación que ha pactado en el contrato, es decir, la asistencia sanitaria, a cambio de pagar la correspondiente prima que ha propuesto la aseguradora.

Los seguros de asistencia sanitaria, como el resto de seguros, encuentran su regulación en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, así como por el principio de libre autonomía de voluntad de las partes (art. 1255 CC).

Según el profesor MARCO ALCALÁ, el seguro de asistencia sanitaria, es aquél que trata de *asumir la prestación de servicios médicos y quirúrgicos en el supuesto de enfermedad del asegurado, siendo ésta la obligación del asegurador, mediante el cobro*

---

<sup>1</sup> Ley 14/1986, de 15 de abril, General de Sanidad., cuyo art. 89 afirma, conforme al art. 38 de la Constitución Española, la libertad de empresa en la sanidad. Además, el art. 90 establece la ventaja de la Administración Pública de realizar conciertos con entes privados para la prestación de servicios sanitarios, siendo dependientes de la Adm. Pública concertante cuando se encuentren en los centros sanitarios servicios complementarios.

*de la debida prima, siempre dentro de los límites y requisitos establecidos en la normativa aplicable.*<sup>2</sup>

El seguro de asistencia sanitaria se incluiría dentro de la categoría de seguros de personas, en conexión con ese riesgo incierto, susceptible o no de un acontecimiento. La LCS les dedica su Título III, afirmando el art. 80 que dichos contratos contemplan la totalidad de los riesgos, afectando a la integridad física o salud del asegurado.

Una de las características principales de estos seguros de personas es que, por regla general, son seguros de sumas o de abstracta necesidad, ya que en el contrato debe concretar la cantidad que ha de abonar la compañía si se acredita el hecho asegurado.

Sin embargo, en relación con el concepto de seguro de sumas, que veremos más adelante, es detonante como característica para diferenciar en este caso entre el seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad, pues aquél, incluyéndose en el seguro de personas, no tendría ese carácter de suma, sino que se trataría de un seguro asistencial, pues el asegurador está obligado a prestar directamente la asistencia sanitaria

### **2.1.Los seguros de enfermedad y los seguros de asistencia sanitaria**

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), bajo el epígrafe de su Título III “Seguros de personas”, es decir, aquellos que van a cubrir los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad o salud de las personas, regula dos seguros en la Sección 4ª de dicho Título: seguro de asistencia sanitaria y seguro de enfermedad.

Ambos seguros se integran concretamente en los arts. 105 y 106 de dicha Ley.<sup>3</sup>, compatible con los arts. 100, 101, 102.1, y 103 de la Sección III LCS. Se trata de

---

<sup>2</sup> MARCO ALCALÁ, L.A, *Seguros de personas. Aspectos personales*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, pág.55.

<sup>3</sup> Art. 105 LCS: “*Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan.*”

seguros cuyo riesgo asegurado será la enfermedad, es decir, la alteración más o menos grave del estado de salud; sin embargo, aunque tengan el mismo objeto, ambos contratos distan uno del otro.

El seguro de enfermedad es un seguro de sumas, también denominado “seguro de reembolso” de índole personal, no suponiendo una prestación sanitaria. La compañía se ciñe a abonar los gastos médicos pagados por el asegurado, siendo la cobertura su frontera. En otras palabras, protege al asegurado de las consecuencias económicas que ha derivado la alteración de su estado de salud, si se quiere una especie de “indemnización” por la enfermedad.

Éstos seguros de enfermedad pueden resultar atractivos, ya que su fundamento es compensar al tomador por la pérdida económica que ha resultado de la invalidez de la enfermedad, contemplando algunas pólizas, por ejemplo, una indemnización diaria por una incapacidad temporal con un límite máximo. Otras, son específicas de enfermedades graves, abonando una cantidad al asegurado por el hecho de que le sea diagnosticado cáncer o padezca un accidente cardiovascular.

Por otra parte, tenemos el seguro de asistencia sanitaria que será el objeto de este trabajo. Este seguro no consiste en indemnizar cantidad alguna, como ocurre en el seguro de enfermedad, sino se trata de un seguro de prestación de servicios, es decir, provisiona al asegurado de servicios de asistencia sanitaria. Con esta expresión se entiende, no en el sentido de que el asegurador realice esos servicios, limitado a concretos profesionales sanitarios, sino que se responsabiliza directamente del importe de la prestación de esos servicios.

Al respecto, la Audiencia Provincial de A Coruña se ha pronunciado en alguna ocasión, estableciendo que *como nota distintiva del seguro de asistencia sanitaria frente al de enfermedad, también llamado seguro de reembolso de gastos médicos, estaría la aceptación de prestación de servicios médicos y quirúrgicos. Concretamente,*

---

Art. 106 LCS: “Los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros.”

*por medio del cuadro médico se realiza la prestación asistencial que se le propone al asegurado, incorporando los hospitales que incluyen.*<sup>4</sup>

Se podría concluir, que son apreciables las disparidades existentes entre ambos tipos de seguros, aunque su relación tan ligada sigue siendo aún debate jurídico, no existiendo una posición uniforme, ya que en este sentido, por ejemplo, por una parte SÁNCHEZ CALERO reflexiona que el seguro de asistencia sanitaria es una categoría que se encuentra dentro del seguro de enfermedad<sup>5</sup>; mientras que, por otra parte, se considera el seguro de asistencia sanitaria como un seguro diferente y completamente autónomo respecto del seguro de enfermedad, afirmándolo así MARTÍN – GIJÓN MACHUCA.<sup>6</sup>

Sin embargo, la distinción no es una cuestión meramente doctrinal. En materia de responsabilidad, diferenciar ambos, tiene aun mayor relevancia. Así, podríamos establecer que en los seguros de enfermedad no hay vínculo, ni por tanto sujeción entre la aseguradora y el técnico sanitario que presta los servicios, por tanto, ante cualquier negligencia médica, dicha compañía quedaría exenta de responsabilidad. Esto es así, ya que el paciente eligió libremente el médico, y por tanto, sólo este profesional deberá responder ante su cliente, limitándose la aseguradora a asignarle un dinero por el servicio.

El problema se presenta con nuestro contrato, es decir, el de seguro de asistencia sanitaria, siendo además uno de los más frecuente. Si la aseguradora presta el servicio a través de sus propios medios, es decir, a través de profesionales de su plantilla u hospitales con los que tiene concierto, la responsabilidad es evidente; sin embargo, si lo hace a través de médicos que integran el cuadro clínico de la póliza, pero ajenos a la aseguradora, plantea dudas acerca de su responsabilidad, siendo una cuestión que se analizará al final del trabajo.

---

<sup>4</sup>STC Civil de la Audiencia Provincial de A Coruña nº336/2016 de 13 de Octubre de 2016 (Rec 442/2016)

<sup>5</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Thomson-Aranzadi, 2010, págs. 2691, 2692 y 2712.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre (Instituto de Ciencias del Seguro), 2002, pág. 46

En definitiva, a la hora de contratar un seguro de asistencia sanitaria o un seguro de enfermedad, es importante conocer qué se está buscando y qué se está contratando.

## **2.2. Contratos interdependientes**

Junto al contrato de seguros de asistencia sanitaria, vinculando a la aseguradora con el tomador, también existen otros contratos, interdependientes funcionalmente, que hacen efectivo el primero. Éstos serían aquéllos que unen a los hospitales y centros sanitarios con la correspondiente aseguradora, siendo el contrato de arrendamiento de servicios o de obra lo ordinario.

Además, en último lugar, entre el asegurado y el profesional médico que va establecer la atención sanitaria, habría otro contrato; sin embargo, aquél sólo pagaría a la aseguradora la prima debida, haciéndose ésta cargo de todos los costes de la prestación pertinente.

Serían un conjunto de contratos independientes, pero a la vez, interdependientes, proyectando eficacia unos sobre otros en una relación en la que están íntimamente imbricados, dándole sentido.

## **3. EL RIESGO**

En el ámbito del seguro de asistencia sanitaria, el riesgo se identifica en la salud del tomador del seguro, concretamente en el padecimiento de una enfermedad, la cual, a la hora de materializarse, está relacionada con la prestación de servicios, teniendo unos costes económicos.

En este sentido, el art. 105 LCS no concreta qué debe entenderse por enfermedad; sin embargo, podríamos considerar que, a excepción de aquellas enfermedades que tengan un desarrollo breve e intenso, en todo caso, se tratarán de patologías con un proceso pausado, pudiendo llegar a tener incluso interrupción en el tiempo.

Respecto a su definición, ha sido importante, el desarrollo de la doctrina al respecto, determinando el concepto el profesor GARRIGUES como *“la alteración del estado de*

*salud, interpretándose como un hecho no común en el cuerpo o espíritu. Además, este trastorno deberá ser declarado por el profesional sanitario.”*<sup>7</sup>

Del mismo modo, la RAE determina la enfermedad como la “*alteración más o menos grave de la salud*”<sup>8</sup>. En el mismo sentido, el Ministerio de Economía y Competitividad anuncia a las personas que vayan a contratar que los seguros de asistencia sanitaria, así como de enfermedad (por lo que no distingue ambos) van a costear las cantidades derivadas de un estado anormal en el cuerpo del asegurado.<sup>9</sup>

En todo caso, la doctrina se muestra unánime al determinar que, en todo caso, se va a producir una variación en el estado de salud del asegurado. Así, en estos contratos, se van a cubrir enfermedades o lesiones, siendo una lesión como una “*causa violenta, súbita o externa*”, siendo ésta como un deterioro causado por una rozadura, impacto o una enfermedad, o más concretamente, siguiendo la RAE: “*Daño, perjuicio o detrimento.*”<sup>10</sup>

El riesgo no supone la causa del contrato, sino que es más bien el presupuesto del mismo, por tanto la finalidad sería cubrir ese determinado riesgo a través de medios patrimoniales, organizativos y técnicos de la aseguradora, como contraprestación del pago de la correspondiente prima que tendrá que abonar el asegurado.

Por tanto, a partir de la naturaleza de estos seguros, se puede deducir que el concepto de riesgo se considera en relación a una necesidad de ayuda o asistencia en hechos relacionados con la existencia de una enfermedad. El profesor CARBAJO CASCÓN entiende, en la misma línea, que el riesgo debe ir unido a un estado de necesidad, es decir, la perturbación del estado de salud no radica personalmente en el riesgo, sino que se trata de un postulado que genera una situación de necesidad, especificada ésta en el riesgo, concretado a través de la asistencia sanitaria de estos seguros.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, Aguirre, 1973, pág. 565.

<sup>8</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

<sup>9</sup> Guía para los contratos de Seguros, Ministerio de Economía y Competitividad (Gobierno de España)  
<http://www.dgsfp.mineco.es/gaspar/SEtiposEnfermedad.asp>.

<sup>10</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

<sup>11</sup> CARBAJO CASCÓN, F, *La Responsabilidad Civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012, pág. 81

En cuanto a las características propias del riesgo, deberíamos añadir que debe constar de requisitos como la probabilidad, el azar, la incertidumbre, es decir, un riesgo accidental, aleatorio. En otras palabras, se trata de un elemento completamente ajeno completamente a la voluntad del asegurado<sup>12</sup>

#### **4. DEBER PREVIO DE DECLARACIÓN PARA LA VALORACIÓN DEL RIESGO POR EL ASEGURADO**

En nuestro sistema jurídico, el deber de informar por el asegurado acerca del riesgo, objeto del contrato, es importante en el consentimiento de la empresa, siendo una de las expresiones del principio de buena fe en los contratos.

Dicho deber precontractual se encuentra regulado en el art. 10 LCS: *“El tomador del seguro tienen el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.”*

Las propias condiciones de previsión se ven comprometidas por la declaración del riesgo, llevando a la aseguradora a suscribir el contrato, siendo, en consecuencia, determinante para la eficacia y seguridad del tratamiento que ha de proceder el profesional con el paciente.

En todo caso, más que un deber de declaración, en interpretación al art. 10 LCS, la jurisprudencia ha entendido que se trataría de un deber del asegurado de respuesta o contestación respecto de las preguntas planteadas por el asegurador, ya que éste, siendo perfecto conocedor de la importancia de los hechos al objeto de la correcta valoración del riesgo, debe cuestionar aquellos documentos que considere apropiados al contratante.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ LUGO, G. “Implementación de una red de asistencia para una compañía de seguros. Servicio propio versus servicio concertado”, *Revista Previsión y Seguro*, nº. 30, (1993). págs. 82 y 83.

<sup>13</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 4 de diciembre de 2014 (Rec 2269/2013)

#### 4.1.El Cuestionario de Salud

Como se ha indicado anteriormente, este deber de declaración para la valoración del riesgo por parte del asegurado, se hará conforme al cuestionario de salud, antes de la resolución del contrato, suministrado por el asegurador, según el art. 10 LCS.

Sin embargo, dicho precepto no impone al futuro asegurado a declarar todas los hechos que concurran a la hora de realizar el "dossier" anterior al contrato para la determinación del riesgo y de la cuota, sino sólo aquellas circunstancias que, concurriendo, no le resulten desconocidas.<sup>14</sup>

Se trata de un cuestionario de carácter personal, completado exclusivamente por el tomador del seguro, ya que en caso contrario, se considera una “falta de presentación del cuestionario”<sup>15</sup>, como ha establecido la jurisprudencia. Sin embargo, no han sido tan restrictivos los Tribunales en cuanto a la forma del cuestionario, estableciendo que la mera Declaración de Salud puede equivaler al Cuestionario.<sup>16</sup>

Es posible que se dé una falta de información a través del Cuestionario, pudiendo deberse a una distinta valoración de la gravedad que tenga el tomador sobre su enfermedad, o directamente al desconocimiento del asegurado en el momento de establecer la declaración. En este caso, se trataría de una ignorancia por parte del asegurador no imputable.<sup>17</sup>

En la misma línea, la jurisprudencia se posiciona a favor del asegurado, al entender que el hecho de tener dolencias anteriores, no materializadas en sí mismas en enfermedades diagnosticadas, no se ve afectado por el deber de informar por el asegurado en el cuestionario.<sup>18</sup>; sin embargo, esta regla no es general, pues habrá de

---

<sup>14</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Un nuevo reto para los derechos fundamentales: Los datos genéticos*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 140

<sup>15</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 4 de diciembre de 2014 (Rec 2269/2013)

<sup>16</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 31 mayo de 2004 (Rec 2332/1995)

<sup>17</sup> De esta manera, la STS Sala de lo Civil del TS nº 8944/2002 de 31 diciembre 2002, rechazó apreciar dolo o culpa en un caso en que el asegurado ocultó que padecía epilepsia por ser asintomática, poniendo de manifiesto que, en todo caso, los brotes esporádicos no tienen por qué afectar al riesgo asegurado.

<sup>18</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 12 de febrero de 2016 (Rec 2714/2013)

establecerse según el caso concreto, ya que en otro supuesto se entendió que mediaba dolo por omitir una prueba especial que se realizó previamente al contrato.<sup>19</sup>

Además, tampoco sería aplicable cuando la inexactitud de la información fuese por consecuencia de la escasez de cuestiones en el interrogatorio, declarando el Tribunal Supremo que dicho deber de información por el asegurado de contestar con veracidad también exige, a su vez, al asegurador que le presente a aquél el correspondiente cuestionario.<sup>20</sup>

Sin embargo, es posible que medie dolo o culpa grave del asegurado, es decir, cuando omite información, en el cuestionario, por él conocida referente a su salud, pudiendo intervenir en la evaluación del riesgo y la prestación del seguro.

El dolo, en todo caso, deberá de asimilarse a la culpa grave. Por tanto, no sólo se refiere a la omisión acerca del estado de salud, sino también cualquier tipo de sospecha que pueda tener el asegurado sobre su situación de salud, siendo, en cualquier caso, motivo exclusivo de denegación de la prestación pactada por parte de la aseguradora.

El concepto de dolo que determina el art. 1269 del Código Civil no sólo incluye el engaño directo, sino también el que omite o no informa debidamente, adoptando, por tanto, una conducta malhechora que propicia la insidia de la otra parte contratante, ocultándole la realidad.

La valoración de si un concreto hecho es meramente culposo por el asegurado o, en caso contrario, se debe a culpa grave, es de libre arbitrio por el tribunal ya que, aludiendo sobre la práctica de conceptos jurídicos, éstos han de proceder de la valoración que el propio órgano judicial haga sobre circunstancias, hechos y conductas.

Como bien afirma la jurisprudencia, interpretando el art. 10 LCS, sobre el deber de declaración de riesgos, las consecuencias del incumplimiento de este deber son las detalladas en el apartado II de dicho precepto, consistiendo en:

- a) La compañía aseguradora tiene la posibilidad de *“rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro”*.

---

<sup>19</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 15 de octubre de 2003 (Rec 42751997)

<sup>20</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 10 de mayo de 2011 (Rec 1401/2007)

- b) La reducción de la prestación del asegurador “*proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo*”. Ese supuesto sólo tendría lugar en caso de que el riesgo sobrevenga, previamente a la declaración de rescisión que hiciese el asegurador.<sup>21</sup>
- c) Exención de la compañía del pago de la prestación. Esta consecuencia sólo se materializaría, según el artículo 10 II LCS, en su último apartado, es decir, “*si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro.*”

En el supuesto de la reducción de la prestación, no se exige dolo o culpa grave por el asegurado, ya que sólo será necesario que en la declaración existan informaciones inexactas, e indeterminaciones; sin embargo, siguiendo el principio de rogación procesal, se solicita además que en el momento procesal oportuno, la compañía aseguradora realice la pretensión, no pudiendo atribuirse si no se ha realizado dicha pretensión.

Finalmente, lo que se pretende con este deber de información por el asegurado sobre las circunstancias para delimitar el riesgo, es destacar en su máxima expresión el carácter de buena fe del contrato de seguro, ya que dicha determinación no puede establecerse sin la cooperación del futuro tomador del seguro, siendo la persona que realmente conoce dichos datos.

Por parte del asegurador, la buena fe se manifiesta concretamente en que éste ha de creer en la exposición que el tomador del seguro hace acerca del riesgo. La actividad aseguradora, por tanto, requiere de una cooperación lícita de aquellos que esperan ser cubiertos por los aseguradores. Éstos, exclusivamente, podrán decidir si asumir ciertamente o no, a través una concreta calificación del riesgo, y en el supuesto de que opten por la celebración del contrato, estimar la prima que, en todo caso, debería pagar el asegurado.<sup>22</sup>

Sin embargo, cabe la posibilidad de que la compañía no le proporcione al asegurado el correspondiente cuestionario. Ante eso, cabría preguntarse, ¿El tomador, al incumplir el deber impuesto en el art. 10 LCS, será responsable? La respuesta es NO. Esto es así,

---

<sup>21</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 4 de diciembre de 2014 (Rec 2269/2013)

<sup>22</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 4 de diciembre de 2014 (Rec 2269/2013)

ya que es la propia aseguradora la que ha obstaculizado que el tomador del seguro cumpliera con dicho deber, y por tanto se hará cargo de las consecuencias del incumplimiento.

En este sentido, no se considera que el tomador ha quebrantado la ley, ni tampoco se afirma la posibilidad que tenía la aseguradora de rescisión del contrato. Por tanto, no quedará exonerada a la indemnización correspondiente, con independencia de que, anterior a celebrar el contrato, existiese algún hecho que pudiese afectar a la variación del riesgo, llegando a pensar que realmente la aseguradora no quisiera realmente formalizar el contrato con el actual asegurado.

## **5. CLÁUSULAS LIMITATIVAS, LESIVAS, DELIMITADORAS Y EXCLUYENTES**

La configuración del riesgo viene determinada en el contrato. Por tanto, es fundamental establecer claramente su clausulado, a fin de determinar la cobertura del riesgo, así como las obligaciones del asegurador.

El art. 1 de la LCS establece que la póliza determinada entre asegurado y asegurador es de carácter mercantil; sin embargo, dicho contrato de seguro de asistencia sanitaria no está lo bastante determinado por la Ley de Contrato de Seguro, por lo que habrá que establecerse en cada caso concreto su delimitación.

Con carácter general, en materia de contratos, el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación precisa: “*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes[...]*”. Este artículo, se complementa y especifica, en este caso, con el art. 3 LCS, el cual afirma que dichas condiciones se incluirán por la parte del asegurador, en la propuesta de seguro si existiere y, en todo caso, necesariamente en la póliza del contrato, suscribiéndose posteriormente por el asegurado.

Esta precisión, en palabras de SÁNCHEZ CALERO tiene su fundamento en que, “*la cobertura recíproca de una carencia monetaria, casual y valorable de dinero de ese gentío es lo que pretende organizar el asegurador, pudiendo sólo realizarse la asunción*

*de una gran cantidad de riesgos por éste, si se establece una uniformidad entre todos éstos, siendo necesario una auténtica determinación de los riesgos; sin embargo, sin algunas cláusulas de condiciones de las condiciones generales será difícil de alcanzar”.*<sup>23</sup>

Por tanto, todo contrato de seguro debería establecer la configuración del riesgo, su delimitación, así como la debida exclusión de lo no asegurable, para, a continuación, establecer la prima correspondiente. Así, podríamos distinguir entre:

- Condiciones generales, siendo el conjunto de cláusulas que ha establecido la aseguradora, aplicándose a todos los contratos y, sometidos por tanto a la LCS.
- Condiciones particulares, relativas al asegurado, así como la determinación de la prima, garantía cubierta, y duración del mismo contrato.
- Condiciones especiales, que suelen ser las cláusulas de exclusión.

Del mismo modo, se determina que, de igual modo, las condiciones generales así como las particulares y especiales, deberán establecerse de forma clara y precisa; evitando, ante todo, un lenguaje complejo, que tienda a error. Esta exigencia no sólo se trataría a la conclusión del contrato, sino durante el mismo, viéndose complementado y en una línea similar con el art. 5.5 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC), el cual establece: *“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.”*

Así lo afirma, igualmente, nuestra jurisprudencia, como por ejemplo STS del TS de 19 de febrero (RJ 1988,118), donde afirma que, ante un contrato de seguro, debe tenerse en cuenta *“el principio restrictivo de las exclusiones de la correspondiente cobertura, así como el principio de beneficio del asegurado, requiriendo una peculiar claridad y precisión, además de una aceptación completamente expresa, es decir, que por firma o referencia concreta, conste claramente que el asegurado está enterado de tales exclusiones.”*, es decir, partimos de la buena fe contractual, ante todo.

---

<sup>23</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, op. cit., pág. 117.

Tal es la precisión y claridad con que se deben realizar el clausulado del contrato de seguro de asistencia sanitaria, ya que en todo caso, de esta manera lo que se trata de evitar es una mala interpretación del mismo, que conlleve a error por el tomador del seguro. Por ello, en la mayoría de estos seguros solemos encontrarnos con que la primera cláusula del contrato es acerca de la definición de términos y conceptos básicos, tal que así como “asistencia ambulatoria”, “cirugía mayor”, “cirugía menor”, “cuestionario de salud”, etc.

### **5.1. Cláusulas lesivas y limitativas del derecho del asegurado**

Partiendo del art. 3 LCS, el cual afirma que las condiciones generales, de ningún modo, podrán suponer una lesión para los tomadores del contrato de seguro; sin embargo, dicho precepto no especifica una definición, por lo que deja libre arbitrio a los tribunales para una interpretación acorde a la situación.

Sin embargo, este mismo art. 3 LCS, establece que una cláusula, que limita los derechos del tomador, tendrá lugar cuando cumpla los requisitos establecidos en dicho precepto: *“Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.”*

En primer lugar, hay que partir por determinar que sólo en el caso de las condiciones generales, podría establecerse el régimen de las cláusulas lesivas; siendo diferente cuando se tratase de cláusulas limitativas de derechos, donde podría tener lugar tanto en las condiciones generales como particulares del contrato, ya que, como hemos mencionado anteriormente, las particulares se referirían al asegurado en concreto.

Respecto de si pueden llegar a ser lesivas las cláusulas particulares, el profesor SÁNCHEZ CALERO estima que al sobreentenderse que han sido anteriormente pactadas las condiciones particulares, estima nula la prohibición de lesividad de las mismas, debido a su naturaleza, y en consecuencia, el artículo 3 LCS sólo se aplicará respecto de las que el predisponente no ha considerado para el tomador.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, op. cit., pág. 128

En todo caso, lo que se está estableciendo es un control para el correcto funcionamiento contractual, ya que es el asegurador quien redacta totalmente el contrato, teniendo sólo la opción el asegurado de sumarse o no al mismo, es decir, trata de que, ante una redacción unilateral, no se alteren derechos y deberes del mismo. Y es que, hay que tener en cuenta, que la negociación no es posible en las condiciones generales<sup>25</sup>. Es decir, son cláusulas contractuales elaboradas por la propia empresa prestadora del servicio, con el fin de ofertarlo para un gran número de consumidores, sin que se establezca con éstos una negociación, siendo meros adherentes al contrato.

Por otra parte, se exige que las cláusulas del contrato, para que tengan eficacia, es necesario que se establezca expresamente su consentimiento, es decir, que dicho contrato haya sido aceptado por escrito, puesto que, en sentido contrario, sería completamente nulo dicho contrato, al no concurrir uno de los requisitos del art. 1.261 CC.<sup>26</sup> Por tanto, se sobreentiende que el asegurado, al presar su consentimiento, es completamente conocedor del clausulado del contrato.

### **5.1.1. Cláusulas limitativas de derechos del asegurado**

En este aspecto, igualmente, hay ausencia de definición legal, por lo que serán entendidas las cláusulas que limitan los derechos del tomador del seguro como aquellas que rechazan o excluyen, en todo caso, algún derecho al asegurado que le pertenecería, o le impongan, donde no tiene lugar, una obligación.

Además, se estimará como abusiva cualquier modificación del normal reparto de derechos y obligaciones, en perjuicio del adherente, al ser contratos de adhesión, ya que vendría impuesta por el predisponente unilateralmente, yendo en contra de la buena fe, puesto que debería de redactarlo como si fuese un escrito negociado.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Específicamente en lo referido a las condiciones generales del contrato de seguro SOTO NIETO, F., "El seguro de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *La Ley*, nº 1, (1993), pág. 887.

<sup>26</sup> Art. 1.261 CC: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: a) Consentimiento de los contratantes. b) Objeto cierto que sea materia del contrato. c) Causa de la obligación que se establezca."

<sup>27</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, José María Bosch, Barcelona, 1999, págs. 246-57 y 274-7.

El concepto de cláusula limitativa se refiere al contenido propio del contrato, pudiendo sus cláusulas ser válidas, requiriendo para ello, que el asegurado tenga conocimiento de dichas restricciones que incluyen, y en todo caso, que atiendan a la razón, es decir, que no vacíen de contenido el al propio contrato, sin impedir su fin económico y, en consecuencia, no le priven de su misma causa, como ocurriría con las cláusulas lesivas.

Además, el Tribunal Supremo, afirma que la limitación de una cláusula puede producirse por una reglamentación contractual que se enfrente, negativamente para el asegurado, pudiendo ser apreciado como usual o que provenga de las cláusulas particulares. El principio de transparencia actúa con una intensidad especial sobre las cláusulas que inciden en la reglamentación del contrato, al tratarse del fundamento del régimen propio de las cláusulas limitativas.<sup>28</sup>

Estas cláusulas están dirigidas a limitar o alterar el derecho del tomador y, por consiguiente la indemnización, cuando se hubiere materializado el riesgo.

Para tal efecto, deben darse los requisitos del art. 3 LCS, revistiendo de algunas formalidades, pues tienen que ser especialmente destacadas y expresamente aceptadas por escrito por el asegurado, demostrando así que tenía completo conocimiento al respecto.<sup>29</sup>

Un supuesto concreto de este tipo de cláusulas, sería aquella que no cubre los accidentes laborales, como así lo ha establecido la sentencia del TS de 21 febrero de 2003; sin embargo, hay que destacar, en este sentido, que no es una cláusula conflictiva en los supuestos de accidentes de tráfico, debido a que se incluye ya la asistencia sanitaria en la póliza del seguro obligatorio de responsabilidad civil.

En relación con el riesgo, el establecimiento de un plazo o una época de carencia, donde no se presten los servicios sanitarios, se considera, en todo caso, como una cláusula que limita los derechos del asegurado; sin embargo, su eficacia, se subordina a la aceptación del tomador expresamente, por medio de la doble firma.

---

<sup>28</sup> SSTS Sala de lo Civil del TS, de 15 de julio de 2009 (Rec 2653/2004), y de 1 de octubre de 2010 (Rec 2273/2006)

<sup>29</sup> SSTS Sala de lo Civil del TS, de 20 de abril de 2011 (Rec 1226/2007); y de 15 de julio de 2009 (Rec 2653/2004)

Se trata de una figura muy habitual en el seguro. Aunque no se encuentra regulada en la LCS, pero al ser un contrato de adhesión, será la propia aseguradora la que establezca la duración del mismo período, significando que durante ese tiempo, si surge una enfermedad en el asegurado, no será cubierto por la póliza.

Este supuesto tendrá el carácter limitativo de derechos, ya que priva al asegurado de los derechos que la ley le reconoce en ausencia de pacto; sin embargo, de la práctica se puede extraer dos conclusiones:

1. Durante este período, será obligatorio que se cubran aquellas asistencias urgentes, a las que alude el art. 103 LCS, siendo aquellas que de no cubrirse de forma inmediata, podrían poner en peligro la integridad del asegurado, o causar un perjuicio en su salud.
2. Ante todo, cualquier duda que pueda surgir sobre este período se resolverá a favor siempre del asegurado, siguiendo el principio “pro asegurado”.<sup>30</sup>

Por tanto, ante todo, al ser considerada una cláusula limitativa, deberá seguir los requisitos del art. 103 LCS: claridad y precisión, destacado especial, y un consentimiento expreso por el asegurado.

### **5.1.2. Cláusulas lesivas**

Al no regular la LCS una definición de cláusulas lesivas, es adecuado acudir a la Ley propia en el asunto, es decir, la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. En su Exposición de Motivos, se establece lo que sería la definición de cláusula abusiva: *“Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.”*. Esto, además, se complementaría con el art. 8.2 estimando que: *“serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.”*

---

<sup>30</sup> STC Sala de lo Civil del TS 20 de noviembre de 2008 (Rec 1629/2002)

Por su parte, el profesor BALLESTEROS GARRIDO considera que si ha de resultar lesiva forzosamente una cláusula para el asegurado será porque, desequilibre, contrariamente a la buena fe, y por tanto en su perjuicio, los derechos y obligaciones que se producirían normalmente del tipo de seguro contratado.<sup>31</sup>

Del mismo modo, ante la falta de definición legal, la jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula lesiva, definiéndola como aquélla que lleva proporcionalmente y de manera considerada el derecho del asegurado, dejándolo sin contenido, de manera que establece la imposibilidad de acceder a la cobertura del propio siniestro<sup>32</sup>

En cuanto a su eficacia, es importante destacar que el concepto de cláusula lesiva es más preciso que en el caso de cláusula limitativa, ya que en este último caso, hay casos de cláusulas válidas, aún cuando no sean favorables para el asegurado; sin embargo, las lesivas son siempre inválidas<sup>33</sup>

Para estas cláusulas, denominadas lesivas, se le aplica la normativa aplicable a los consumidores, así como la LCS y LCGC para su correspondiente sanción. Por una parte, una cláusula lesiva no permitirá que el contrato continúe provocando efectos, es decir, en todo caso, tendrá una nulidad parcial; sin embargo, cuando dicha cláusula afecte a la validez en sí del contrato, será considerada nula de pleno derecho, pudiendo incumbir a todo el contrato en sí mismo.

Un supuesto de cláusula lesiva considerado por la jurisprudencia sería la exclusión del servicio sanitario en la modalidad de cuidados intensivos, debido sobre todo al gran desarrollo tecnológico médico. Igualmente, se consideran abusivas aquéllas que exigen el pago anterior al servicio suministrado, con el consiguiente reintegro por la

---

<sup>31</sup> Sobre la manera en que ha de realizarse el enjuiciamiento de si una cláusula es o no abusiva, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., “Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)”, *La Ley*, nº5 (1999), págs. 1 a 7; también las aportaciones de SALELLES, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, *RDM*, nº 245 (2002), págs. 1125 a 1183, 1154 a 1159.

<sup>32</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 22 de abril de 2016 (Rec 63/2014)

<sup>33</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 20 de marzo de 2003 (Rec 2433/1997)

aseguradora. Concretamente, en esto consistía una cláusula de la mutua MUFACE, determinándola el tribunal como lesiva.<sup>34</sup>

Otro caso concreto serían aquellas cláusulas que exoneran a la aseguradora de la responsabilidad que conlleva los daños imputados a los profesionales o centros sanitarios, como veremos más adelante en cuanto a su régimen de responsabilidad.

## **5.2. Cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado**

Este tipo de cláusulas no se establecen en la LCS, ya que se trata de una creación de la doctrina y jurisprudencia, siendo aquéllas cláusulas que establecen el objeto del contrato por medio del *aleas* cubierto.

El término aleatorio, en el pensamiento jurídico, es entendido como un hecho o suceso futuro y eventual, a cuya materialización vincula la Ley la obtención de determinados efectos jurídicos.

Profesores como PUIG PEÑA<sup>35</sup> clasifican al contrato de seguro como aleatorio, colocando el juego y la apuesta, junto al contrato de renta vitalicia, y por tanto, la determinación por su fortuna. Las partes contratantes desconocen si se verificará el siniestro en el momento de su conclusión, o incluso cuándo llegará a efectuarse, y además, cuáles serán las prestaciones de las partes, desconociendo el beneficio que se podrá lograr del contrato.

En la misma línea doctrinal, el profesor SÁNCHEZ CALERO<sup>36</sup> estima que el servicio de la entidad aseguradora obedece a un acontecimiento, cuyo riesgo sería el propósito de cobertura. Es decir, se trataría de un hecho incierto y futuro, incluso circunstancias que van a producirse, pero se desconoce cuándo concretamente; ni tan siquiera los resultados económicos que puede suponer la materialización del riesgo. URÍA<sup>37</sup>, por su parte, afirma que *“el alea es el que decide que el asegurador esté o no obligado a materializar la prestación prometida, modificando el importe de la*

---

<sup>34</sup> STS del TSJ de Madrid de 21 diciembre 2012, (RJ 1010/2012)

<sup>35</sup> PUIG PEÑA, F., *“Tratado de Derecho Civil español”*, tomo IV, volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, (1951), pag. 78

<sup>36</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 78

<sup>37</sup> URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 770

*prestación. Por tanto, es un elemento necesario en las relaciones de la compañía con el asegurado”.*

Por tanto, el asegurador, a través de las cláusulas en el contrato, delimitaría el riesgo cubierto, llegando a determinar la obligación de dar cobertura al asegurado, en palabras del profesor TAPIA.<sup>38</sup>

Los requisitos serían los mismos, siguiendo al art. 3 LCS, es decir, que contengan una redacción clara y precisa. Además, según el profesor CARMONA, el objeto del contrato tiene varias formas<sup>39</sup>:

- Por la descripción del hecho, que tiene como consecuencia la obligación compensatoria
- El límite cuantitativo de la obligación a indemnizar
- La obligación indemnizatoria en sí misma cubierta
- El límite espacial y temporal de la cobertura
- El límite personal de posibles terceros que pudieran verse perjudicados.

En muchos casos se tiende a asimilar las cláusulas de delimitación del riesgo asegurado con las cláusulas limitativas, por ello es conveniente recordar la diferencia básica entre ambas: las cláusulas de delimitación especifican el fundamento del contrato y determinan los riesgos que, en el supuesto de que lleguen a materializarse, hace nacer en el tomador el derecho a la asistencia por ser el objeto del seguro; sin embargo, el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación que se garantiza, en las cláusulas limitativas, se ve condicionado, modificado, o incluso restringido, toda vez que el riesgo se ha ocasionado.

La jurisprudencia, en la misma línea que la doctrina, ha determinado que son cláusulas delimitadoras del riesgo aquéllas en que delimitar el objeto del contrato, sería

---

<sup>38</sup>TAPIA, A.J., “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 233, (1999), pág. 983.

<sup>39</sup> CARMONA, “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, nº89, (1997), págs. 71-2. También considera esta clasificación, BARRÓN DE BENITO, J. L., “*Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*”, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 125-6.

su finalidad, concretando los riesgos que integran del objeto; así como determinar el ámbito temporal, y durante qué plazo.<sup>40</sup>

El objetivo primordial es evitar cualquier ambigüedad, pues se concreta el riesgo, así como su naturaleza, según el propio contrato. Esto es así, ya que en numerosas ocasiones, las aseguradoras alegan una cláusula que delimita el riesgo, donde en realidad hay una limitativa, e incluso lesiva, que se analizarán más adelante.

A título de ejemplo de la presunta cláusula delimitadora del riesgo mencionada en el párrafo anterior, podríamos nombrar la STS del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 pronunciada por el Magistrado GARCÍA VARELA, R. , donde ocurrieron los siguientes hechos: a la demandante le fue detectado un carcinoma, y tras una intervención inicial, debía proseguir con un tratamiento que no se establecía en su provincia; sin embargo, la aseguradora se negó a costear los gastos, alegando que existía una cláusula general que limitaba las prestaciones sólo en la provincia del domicilio del asegurado. Por tanto, el TS consideró que esta cláusula contradecía la descripción de la póliza, y en todo caso si lo que se buscaba era mermar la póliza, la aseguradora debió establecerlo expresamente en el contrato, teniendo totalmente conocimiento el tomador al aceptar y firmar el mismo. Finalmente, el Tribunal no lo consideró como una cláusula delimitadora del riesgo, sino como una cláusula abusiva.

### **5.3.La Agravación del Riesgo y sus Consecuencias**

El establecer un riesgo asegurado produce la probabilidad de que se desarrolle el suceso que dé lugar a un daño o una necesidad pecuniaria. Su estado, de igual modo que su intensidad, en otras palabras, la variabilidad del mismo, no suele ser constante y uniforme, sino que es voluble, susceptible de cambios.

Este riesgo deberá estipularse en la póliza del seguro y, ante cualquier variación de los hechos y circunstancias declaradas en el cuestionario analizado anteriormente, el asegurado deberá informar al asegurador, según el art. 11 LCS, siempre que supongan una agravación del riesgo y sean de tal materia que si éste las hubiera conocido a la

---

<sup>40</sup> SSTs Sala de lo Civil del TS de 11 de septiembre de 2006 (Rec 3260/1999); de 17 de octubre de 2007 (Rec 3719/2000); y de 20 de julio de 2011 (Rec 819/2008)

perfección del contrato, no lo habría concluido o, en todo caso, lo habría celebrado en circunstancias más gravosas.

Sin embargo, no estaríamos ante una obligación estricta, sino se trataría de un deber del asegurado, ya que una agravación del riesgo supone una inestabilidad por ambas partes contractuales.<sup>41</sup>

Por tanto, deben establecerse tres requisitos en los hechos que constituyan una agravación del riesgo:

1. Plena armonía con el artículo 10 LCS, es decir, el deber por el asegurado de declarar todas las circunstancias que pudieran incidir en la medición del riesgo, a través del cuestionario de salud que previamente le habrá aportado la compañía aseguradora.
2. Los hechos que den lugar a la agravación deben ser novedosos, esto es, que no pudieron ser conocidos con anterioridad por ninguna de las partes contratantes. Por ejemplo, la existencia de una enfermedad acaecida.
3. Además, esos hechos deben ser, en todo caso, relevantes, es decir, como hemos apuntado con anterioridad, que “*sean de tal naturaleza que si hubiera sido conocido por el asegurado en la perfección del contrato, no lo habría celebrado, o lo habría concluido en condiciones más gravosas.*”, según el art. 11 LCS.

Siguiendo la línea anterior, parece entenderse que no será necesario comunicar aquellas circunstancias no susceptibles en el incremento del riesgo, ni las que sean efímeras o fugaces.

### **5.3.1. La Agravación del riesgo y la reforma de la Ley 20/2015**

Esta es la dirección que se ha llevado hasta ahora, pues en este aspecto hay que destacar la considerable reforma realizada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradores, por la que se altera la LCS, pues para el caso de seguro de personas (de vida, accidentes,

---

<sup>41</sup> RUBIO VICENTE, P.J, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Editorial Mapfre S.A., 2003.

enfermedad, asistencia sanitaria, decesos y dependencia), el asegurado no tiene el deber de informar la variación de los hechos concernientes al estado de salud del tomador, pues, en este caso, no se estimará agravación del riesgo, como así lo establece el propio art. 11 LCS en su apartado segundo.

La reforma del citado precepto, varía no sólo en cuanto a la consideración del concepto de agravación del riesgo, sino que consecuentemente, no se podrá seguir el art. 12 LCS, donde reza por la posibilidad de modificar, e incluso rescindir el contrato por la aseguradora, ante la declaración de la agravación, no siendo posible en este caso, donde una alteración en la salud no se considera una agravación del riesgo.

En este sentido, podríamos diferenciarlo respecto del resto de seguros. Es decir, por ejemplo en el seguro de daños (robo, incendio..), las probabilidades de que se materialice el riesgo se mantiene intacto a lo largo del tiempo, excepto cuando se produce una agravación del riesgo, debiendo declararlo, como hemos visto anteriormente.

En cambio, en los seguros “de personas”, ocurre que **la complicación en el estado de salud del tomador es una circunstancia intrínseca al riesgo, y predecible por la compañía en el instante de celebrar el contrato**, por lo que se parte de un concepto limitado de agravación del riesgo.

Al envejecimiento de una persona va unido que su salud se agrave, y por ello vayan apareciendo enfermedades. Concretamente, éste es el motivo por el que se contratan seguros de vida. Si hubiera que informar a la aseguradora de una enfermedad sobrevenida, dándole la posibilidad de rescindir el contrato, perdería parte de su fundamento estos seguros. Es más, si al recibir información sobre que el asegurado está sufriendo una enfermedad grave, inclusive de causar la muerte del mismo, se establecería la oportunidad de la aseguradora de cobrarle un prima superior, o en todo caso denunciar el contrato, **la compañía sólo utilizaría el seguro para cobrar primas a cambio de nada.**

Se introduce, pues, un destacado matiz, tratando de dar contestación a la incertidumbre en el sector de desprotección del asegurado, desvinculándolo de su deber

de información acerca de su estado de salud, una vez celebrado el contrato<sup>42</sup>. Además, suscitará en la práctica una gran trascendencia. Habrá que esperar al comportamiento de estas aseguradoras, y si procederán, en todo caso, a ampliar sus cláusulas de exclusión.

#### **5.4.Cláusulas excluyentes de enfermedades preexistentes**

En cuanto al contenido de la póliza, se determinaría a través de las enfermedades que incluyen, estableciendo el peso de la cobertura; sin embargo, en ocasiones, ésta cuestión ha suscitado en la práctica un hecho realmente injusto para el tomador del seguro.

Esto es debido a la exclusión de enfermedades, con anterioridad a que se celebre el contrato, por la aseguradora, manteniéndola en la póliza del seguro. En otras palabras, delimitarían el riesgo antes de que nazcan obligaciones y derechos entre las partes. Por tanto, estaríamos ante una cláusula delimitadora del riesgo, de las que nos hemos referido con anterioridad.

Por parte del Tribunal Supremo, estableció en su sentencia de 10 de febrero de 1998 que, en principio, una *delimitación del riesgo no debe suponer una lesión, sino que es un aspecto esencial para el contrato, y para la propia obligación a que se somete la aseguradora.*

Sin embargo, la delimitación del riesgo puede suponer un aspecto positivo, puesto que establece una lista de riesgos en todo caso dentro del concepto genérico de riesgo; pero, por otra parte, también supone un aspecto negativo al excluir determinados supuestos del propio alcance de la póliza. Esta no cobertura puede ser tanto técnica como jurídica<sup>43</sup>, debiéndose establecer en disposiciones claras y expresas.

En el aspecto jurídico, sería prácticamente imposible asegurarse contra riesgos ilícitos, es decir, aquellos que irían en contra de las leyes, la moral o el orden público, siguiendo el art. 1275 CC. De igual manera, tampoco cabría asegurar un evento cuando haya sido estimulado y, en todo caso, causado dolosamente por el asegurado.

---

<sup>42</sup> PEÑAS MOYANO, M.J., “El deber de declaración del riesgo y sus agravaciones en el seguro de enfermedad”, *La Ley Mercantil*, nº 35, (2017), pág.4

<sup>43</sup> URÍA, R., MENÉNDEZ, A., ALONSO SOTO, R., *Curso de derecho mercantil, Tomo II*, Civitas, 2007, pág. 608.

La jurisprudencia se ha mostrado a favor de liberar al asegurador del pago de una indemnización si consta que se cumplió con el art 10 LCS, es decir, los requisitos necesarios para la inclusión y exclusión del riesgo. Siendo estos:

- La puesta a disposición del cuestionario de salud, si las disposiciones de éste son precisas, claras y expresas, y
- Que el riesgo manifestado se aparte del real porque el asegurado lo haya ocultado dolosamente.

A *sensu contrario*, la jurisprudencia sí entiende que hay indemnización en los hechos dañosos si se materializan los siguientes hechos:

- No presentar el cuestionario de salud, ya que es una alternativa de la aseguradora, no siendo imputable al asegurado, quien no pudo manifestar su conocimiento sobre el riesgo, así como la posible oscuridad de las preguntas.
- Presentar el cuestionario por un profesional de los seguros, pero sin conocimiento del tomador del seguro, no pudiendo acreditar la ocultación dolosa por el tomador de determinadas circunstancias.<sup>44</sup>

Además del tratamiento de estas cláusulas excluyentes, siendo por tanto, ante enfermedades preexistentes, es importante destacar que, en la misma línea, se produce la discriminación por la aseguradora de personas con discapacidad, un colectivo vulnerable que tiende a padecer un mayor grado de riesgo, susceptible de ser asegurado. Ante estas personas con enfermedades, la compañía generalmente los excluye o, en el mejor de los casos, aumenta la correspondiente prima. Entramos en su estudio.

#### **5.4.1. Discriminación con motivo de discapacidad**

En el espacio sanitario, la siempre bienvenida mejora médica acarrea un aumento del nivel de vida de los discapacitados, ya que alargaría la esperanza de vida, aumentando las posibilidades respecto de aquellos que padecen grandes discapacidades.

Sin embargo, la discapacidad es un aspecto “perturbador” para el método tradicional sanitario, introduciendo extrañeza e incertidumbre respecto del tomador

---

<sup>44</sup> TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, *RES*, nº126, (2006), págs. 229 y ss., pág. 238.

medio del seguro.<sup>45</sup> Como resultado, hay un “desarreglo” entre el reconocimiento de esa protección para las personas con discapacidad, de realmente el tratamiento uniforme previstas por el sistema de sanitario.

Hasta el presente, la decisión del sector privado en el ámbito sanitario se ha ceñido en el ofrecimiento concreto de asegurar la salud para discapacitados<sup>46</sup>. Sin embargo en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Contrato de Seguros, introducida por el art. 14 de la Ley 26/2011, de adaptación normativa en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, prohíbe:

- Denegar el acceso al contrato de seguro,
- Establecer una contratación distinta de los comúnmente usados por la aseguradora o;
- Imponer cláusulas más costosas, con motivo de discapacidad, excepto cuando se funden en causas acreditadas, así como equilibradas, que deberán documentarse objetiva y previamente.

En el sector de los seguros privados de asistencia sanitaria, esto exigiría pasar de considerar la discapacidad como una enfermedad, a considerarla como una deficiencia física, mental, o sensorial, que puede declararse en una persona.

Siguiendo el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, su art. 7.3, establece la protección que harán efectiva las Administraciones Públicas respecto de los derechos de las personas con discapacidad en materias como la salud.

A continuación, el art. 10 determina que las personas discapacitadas tienen derecho a que se les proteja su salud, lo que incluye prevenir la enfermedad, así como la recuperación de su estado de salud, sin que medie discriminación por razón de discapacidad. Además, las intervenciones sanitarias tanto en el sector público como

---

<sup>45</sup> PÉREZ BUENO, L.C., *Discapacidad y asistencia sanitaria. Propuesta de mejora*, CERMI, 2006, pág. 8

<sup>46</sup> “Sanitas Accesible” fue el primer seguro médico privado que surgió en el mercado español como respuesta a las necesidades de aseguramiento privado de la asistencia sanitaria de personas con discapacidad.

privado, prestarán interés concreto a las necesidades de los discapacitados, de acuerdo a la legislación sanitaria actual.

Por último, el apartado tercero del mismo artículo determina que las Administraciones Públicas [...] desarrollarán las actuaciones oportunas para beneficiar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios sanitarios en igualdad de condiciones que el resto de usuarios.

Sin embargo, siguiendo el contexto de la autonomía privada, la compañía aseguradora puede decidir si establece o no la prestación sanitaria para personas con discapacidad, o con una discapacidad en concreto. En este sentido, habría que determinar cuándo sería lícito denegar el acceso al seguro de asistencia sanitaria, o cobrar una prima superior de la que corresponde.

En este sentido, asegurar a personas con discapacidad no se limita a prevenir con productos específicos. Así, por ejemplo, una deficiencia sería no poder caminar, mientras que la discapacidad sería el impedimento de moverse por la ciudad por una inaccesibilidad. Por tanto, si se entiende la discapacidad como deficiencia, también supondría identificarla con enfermedad, es decir, una perturbación en la salud de la persona, debiendo ser curada<sup>47</sup>.

En todo caso, estableciendo la diferencia entre el estado de salud de la persona y la discapacidad, y tras una evaluación previa al aseguramiento, se permitiría concretar qué enfermedades o deficiencias entran en la póliza del seguro, como pasaría con cualquier usuario normal.

Por esta razón, cuando la compañía aseguradora establece que no posee un seguro concreto para la persona con discapacidad, tiene un concepto erróneo, puesto que está relacionando discapacidad con enfermedad. En este caso, se aplicaría el art. 81 d) del anterior precepto citado, puesto que es una infracción grave, siendo una discriminación indirecta, ya que produce un inconveniente a una persona en comparación con otra, con motivo de su discapacidad, sin responder a un resultado legítimo, ni siguiendo modo adecuado, como así lo establece el art. 2 d).

---

<sup>47</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Discriminación por razón de capacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, (2013), págs. 441 y ss.

Sin embargo, aunque superado el obstáculo de la discriminación en el acceso de estos seguros, la escasez de eficacia aún pervive. Esto es debido a que, generalmente, las condiciones de la póliza excluyen los tratamientos de las enfermedades que sufría el paciente con anterioridad al contrato. Por tanto, no tendría utilidad para las personas con discapacidad que requieren de tratamientos, suponiendo un gran inconveniente en aquellos países donde hay una seguridad pública de menor calidad.

Para paliar este inconveniente, hay zonas donde se impone la obligatoriedad de que las aseguradoras cuenten con unos medios específicos para los discapacitados. Siguiendo esto, supondría una adaptación razonable si, además, contasen con ayudas públicas que lo hicieran posible.

## **6. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR**

### **6.1. Responsabilidad Objetiva. Régimen del Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios**

El prototipo de organización empresarial que establecen las distintas compañías aseguradoras es de diverso alcance. Así, nos podemos encontrar con aseguradoras que compran hospitales, contratando a los profesionales médicos que atenderán a sus asegurados, o también hay compañías que pueden establecer conciertos con centros médicos y/o incluir profesionales de la medicina en su cuadro médico.

En esta línea, es significativo acentuar el Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLUCU), donde su art. 148, bajo el título de “Régimen Especial de Responsabilidad”, se prevé que la compañía aseguradora, siendo proveedora o, en todo caso, posibilitadora de servicios sanitarios, autorice la asistencia sanitaria en sus centros médicos internos o externos donde haya concierto, y *“responderá de los daños materializados en el adecuado uso de los servicios, cuando incluyan necesariamente la garantía de niveles concretos de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o*

*sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario*”, incluyéndose de cualquier modo los servicios sanitarios.<sup>48</sup>

La exigencia de medidas de control y seguridad, que se calculan en concepto de responsabilidad objetiva, es debido a que la dotación de servicios sanitarios privados a los usuarios, afecta a bienes y derechos indispensables como la salud y vida, y por ello la prestación de estos servicios han de ajustarse a unos índices similares que los establecidos para la asistencia pública.<sup>49</sup>

La responsabilidad objetiva de las aseguradoras se fundamenta previamente en un deber jurídico<sup>50</sup>, imputándose cuando el daño sea causado dentro del correcto funcionamiento de sus servicios<sup>51</sup>. Por ello, se establecen las medidas de control; sin embargo, es posible éstas fallen de manera no precisa, o dejen de funcionar, conllevando igualmente la responsabilidad de la compañía como última garante de la salud y seguridad de sus asegurados.<sup>52</sup>

Como hemos visto, en los seguros de asistencia sanitaria, es la propia compañía la que presta directamente el servicio, por sus propios centros o por terceros profesionales a través de un contrato de arrendamiento de servicios. En relación, la jurisprudencia muestra algunas posturas:

- a. Hay responsabilidad en la compañía cuando dispongan de un cuadro facultativo propio, es decir, cuando la prestación de asistencia sanitaria es a través de centros de su titularidad; sin embargo, no cabría responsabilidad cuando no establezcan dicho cuadro, ya que no tiene una relación de dependencia con los facultativos.

---

<sup>48</sup> DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. *Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria*, InDret. Barcelona, 2003, págs. 5 y ss.

<sup>49</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 230.

<sup>50</sup> DÍEZ – PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen II.*, Ed. Tecnos. 2012, págs. 119 y 120.

<sup>51</sup> DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, C., “*Responsabilidad objetiva y nexo causal*”, Comares, Granada, 2006, págs. 86 y ss.

<sup>52</sup> DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, C., “*Responsabilidad objetiva y nexo causal*”, op. cit., págs., 86 y ss.

En este último caso, la compañía está obligada a proporcionarle al asegurado un catálogo de técnicos y centros hospitalarios, para que a su libre albedrío, elija al más conveniente, interactuando la aseguradora como un órgano intermediario entre asegurado y facultativo, limitándose a sufragar la cuantía que valoriza el servicio recibido. Por tanto, aunque la compañía esté vinculada con el hospital o personal por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, éstos tendrían autonomía frente a la aseguradora.<sup>53</sup>

Sin embargo, ante esto, hay discrepancia, puesto que en lo referido a responsabilidad extracontractual, éste contrato de arrendamiento de servicios tiene por objeto satisfacer el servicio sanitario oportuno, por lo que si la compañía aseguradora ejecuta dicha prestación a través de un tercero, en todo caso, hay una relación de dependencia funcional y económica. Esto es, la incorporación del hospital o profesional en la prestación de la asistencia, con independencia del *nomen iuris* del enlace, estimando una relación de dependencia.<sup>54</sup>

En la línea de responsabilidad objetiva, esta dependencia estima el nexo causal necesario para imputar la lesión a la aseguradora. Por tanto, manifestaciones de esta relación dependiente, podrían ser, por ejemplo:

- Concretas pruebas sanitarias bajo la dispensa de la compañía,
- Exigencias a los profesionales sanitarios que integran el cuadro médico de la aseguradora. En este sentido, por ejemplo, la posesión y renovación de determinados utensilios.
- Consejos, sugerencias y ciertas recomendaciones que realiza la compañía a favor del profesional sanitario.

En adición, destacar que, aunque el asegurado pueda elegir facultativo, no es totalmente libre, puesto que será de entre los expuestos en el cuadro médico, propio o no, de la compañía aseguradora, en función de las distintas especialidades.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307)

<sup>54</sup> ARROYO ABAD, B., *La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2016

<sup>55</sup> SAP de Madrid, de 9 junio de 2010 (AC 2010, 1063).

- b. Otra línea afirma que la responsabilidad solidaria en la aseguradora por los daños producidos por los especialistas sanitarios de su cuadro médico, ya que se entiende que el asegurador está vinculado en el resultado médico, entrando en la propia póliza del seguro, siendo por tanto una relación de subordinación funcional y económica.<sup>56</sup>

Sin embargo, esta postura confunde el hecho propio con el hecho ajeno, ya que siguiendo el art. 148 TRLCU, la aseguradora se compromete respecto de la lesión sufrida por el asegurado, es decir, propiamente forma parte del contrato comprometido por la misma con el paciente. En otras palabras, se incluye en la estructura, observación y abastecimiento de asistencia sanitaria, pero es responsable del acto del médico si se establece solo en la realización del daño, ya que este hecho posee sus particulares principios de asignación de responsabilidad, diferentes a los correspondientes de la imputación objetiva que determina la responsabilidad de la aseguradora, según determina el art. 148 TRLCU.

La responsabilidad de la aseguradora sanitaria no implica una garantía de que se vaya a remediar el riesgo, es decir, la enfermedad, sino supone una indemnización cuando, sin que concurra una causa ajena, no se obtenga el resultado previsible, de acuerdo con la práctica médica.<sup>57</sup>

En definitiva, el TRCLU se ciñe a la responsabilidad objetiva de la aseguradora por su actuación, pero delimitándola a circunstancias formales o de abastecimiento de asistencia sanitaria, ajenos por tanto al acto propio del médico.<sup>58</sup>

## **6.2. Incumplimiento en la garantía de acceso a la asistencia sanitaria determinada en la cobertura de la póliza. Régimen referente a la mora del asegurador (art. 18 y 19 LCS).**

Como se ha indicado anteriormente, el riesgo se especifica en una necesidad construida por la enfermedad, y la prestación característica de la aseguradora se basa en

---

<sup>56</sup> En este sentido, STS Sala de lo Civil del TS, de 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974).

<sup>57</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, op. cit., págs. 230 a 235.

<sup>58</sup> STS Sala de lo Civil del TS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010,7988).

una asistencia inminente en forma de servicios sanitarios. En consecuencia, en dicho supuesto, la compañía deberá de establecer el modo adecuado y suficiente para admitir el acceso de los usuarios.

Por tanto, en complemento con lo especificado en el apartado anterior, el asegurador incurriría en un incumplimiento de su obligación de garantizar el acceso, si no llega a establecer una organización adecuada, comprometida en la póliza. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando:

- No se establezcan profesionales de materias concretas (siempre que no sean enfermedades raras), o se ofrezca un número reducido de sanitarios, resultando inadecuado.
- No se ofrecen centros hospitalarios de diagnóstico, o específicos para algunas enfermedades que se incluyan en la póliza.
- El asegurado, una vez que ha verificado su enfermedad, no tiene una asistencia inmediata, sino tardía.
- Se produce la negativa de los profesionales a asistir al asegurado, si no hay una causa que lo justifique.

Ante estos incumplimientos, conllevaría consecuencias jurídicas, siendo en este caso, una responsabilidad contractual de la aseguradora, siguiendo los arts. 1101 y ss. CC, capacitando al tomador para concluir unilateralmente el concierto, o reclamar su cumplimiento, siendo en ambos supuestos indemnizado por daño y perjuicio que hubiera soportado (1124 CC).

En este caso, el asegurado deberá demandar a la aseguradora, siendo la única que puede ser responsable como sujeto pasivo por no cumplir con su obligación, aunque la acción la haya realizado un tercero. En todo caso, podrá demandar al profesional o al centro que negó atenderlo cuando necesitó de su asistencia por la vía extrajudicial (art.1.902 CC), en caso de que de esa ausencia de cuidado se produjeron daños y perjuicios, dándose los requisitos de la responsabilidad aquiliana; o por la contractual (art. 1.101 CC), en caso de que se admita un contrato autónomo, aunque accesorio entre paciente y profesional. En definitiva, se realizaría un concurso de responsabilidades.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> JORDANO FRAGA, M., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 586

De cualquier manera, el asegurado siempre podrá solicitar del asegurador una alternativa, incluso lejos de su residencia, haciéndose responsable del importe del desplazamiento, manutención y alojamiento.<sup>60</sup>

Por otra parte, respecto del ya mencionado cumplimiento tardío o, en todo caso, un incumplimiento definitivo, cabe plantearse si se puede aplicar el art. 20 LCS, respecto a la mora del asegurador. Dicho artículo se enlaza con el art. 18 LCS, respecto al cumplimiento obligacional de la compañía de seguros; sin embargo, este artículo, cuando establece el pago mínimo indemnizatorio, no resulta aplicable respecto de los seguros de asistencia sanitaria, ya que el asegurador lo que se obliga es a prestar un servicio sanitario, y no una indemnización pecuniaria.

Por ello, para determinar el plazo de cumplimiento, se acude el art. 20.3 LCS: *“Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del riesgo [...] a partir de la recepción de la declaración del riesgo.”*, no siendo imprescindible indagaciones ni peritaciones.<sup>61</sup>

En caso de que la aseguradora no cumpla, incurriría en mora, aplicándose los apartados 4 y 5 del art. 20 LCS, en lo que respecta a los intereses. El fundamento del cálculo será la cantidad líquida de los servicios sanitarios, aunque si no hay liquidez, no supone un impedimento para que comiencen a devengarse intereses desde la materialización del riesgo.

Sin embargo, para el supuesto de un incumplimiento tardío, de la propia actividad de la aseguradora de prestar servicios sanitarios resulta poco factible la aplicación de intereses moratorios<sup>62</sup>, ya que lo normal es que, ante esta situación, la compañía responda rápidamente proponiendo posibilidades asistenciales, solventando así el retraso del servicio solicitado por el asegurado. De este modo, si para el tomador le resulta útil, no planteará reclamación alguna contra la aseguradora.

---

<sup>60</sup>De hecho, en general las pólizas así lo determinan, siendo posible incluso en caso de que el propio tratamiento se ubique en un lugar diverso al de su residencia.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, op. cit., págs. 99-100

<sup>62</sup> CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, op. cit., págs. 146-147

Por el contrario, en el supuesto de que no le sea de utilidad, se tratará de un incumplimiento definitivo, perdiendo su fundamento la mora del asegurador, siendo sustituido el art. 20 LCS, por los arts. 1101 CC y ss, es decir, por el régimen de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual. Daños, que podrían ser económicos (v.gr, el importe gastado por el asegurado para solventar su enfermedad, debido a la ausencia de actividad de la aseguradora), o incluso de morales o extrapatrimoniales (consecuencias físicas que pueda llegar a padecer el asegurado ante la falta de tratamiento).

### **6.3.Cumplimiento anormal de la asistencia sanitaria por los técnicos y centros hospitalarios incluidos en el cuadro clínico de la compañía aseguradora**

La cuestión gira en torno a determinar realmente el alcance de la obligación de resultado, ya que aunque la obligación común de la póliza en el seguro de asistencia sanitaria sea una obligación de resultado, ampliándose a las accesorias de organización y efectiva prestación, la misma es incapaz de alcanzar el resultado final, es decir, realmente la compañía no puede confirmar la curación del paciente.

En la misma línea, el TS ha asegurado su postura sobre la naturaleza de la asistencia sanitaria, afirmando que la función de la aseguradora es asumir la prestación de los servicios, y garantizar la suficiencia de medios dispuestos para hacerlo efectivo.<sup>63</sup> En este sentido, la jurisprudencia muestra una defensa hacia el tomador del seguro, siendo en muchos casos una pieza fundamental, ya que condiciona la decisión sobre la prestación en sí, aplicando el régimen de la responsabilidad contractual, extracontractual y objetiva, sin analizar el caso a fondo.

En contraposición, y motivado por la postura protectora al usuario del seguro, parte de la doctrina establece que, ante estos supuestos, hay que tomar en consideración un elemento importante: la libertad del asegurado para elegir profesional dentro del cuadro médico establecido por la compañía, que constituye una pieza importante tanto en la estructura de la prestación, como a la hora de resolver asuntos de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento deficiente de la prestación sanitaria.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> STS Sala lo de Civil del TS, de 4 de junio de 2009 (Rec: 2701/2009)

<sup>64</sup> ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 227

En el seguro de asistencia sanitaria, el tomador goza de ese margen de elección de entre la posibilidad que le da la compañía de seguros, siempre que ésta proporcione una libertad equitativa a los profesionales médicos y centros con unos requisitos mínimos de profesionalidad, experiencia, así como medios utilizados. La aseguradora deberá garantizar que se den esos servicios, y por tanto su obligación llegaría hasta este punto, es decir, el asegurador realmente no puede garantizar la correcta actuación de los profesionales médicos, desvinculándose de la responsabilidad por daños y perjuicios de la nociva praxis de los actores.

En todo caso, habría que ponderar elementos como la mayor o menos diligencia que tenga la aseguradora en cuanto a una infraestructura sanitaria adecuada y de calidad y, en relación, la libertad de elección que tengan los asegurados en cada caso (dentro del cuadro predeterminado). La resolución final que se dé tendrá que vincularse con todo el entramado contractual, es decir, de la relación triangular: tomador, médico o centro sanitario, y compañía aseguradora.

### **6.3.1. Responsabilidad extracontractual por hecho ajeno**

De forma muy discutida, parte la jurisprudencia se ha pronunciado, manteniendo una postura limitativa de las obligaciones por la aseguradora, considerada como una mera intermediaria entre el asegurado y el profesional sanitario, y como consecuencia no alcanzaría una responsabilidad de la compañía la adecuada prestación de servicios sanitarios.<sup>65</sup>

Sin embargo, para que la compañía admita responsabilidad de una acción u omisión del tercero, ajena a su labor, que es ante todo organizativa, es imprescindible relacionar los hechos del personal sanitario a esta organización, estableciéndose por tanto una relación dependiente<sup>66</sup>, evitando que esa actuación del médico sea un acto ajeno.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307).

<sup>66</sup> SANTOS BRIZ, J., “La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la disposición 8ª de la Ley 30/1995 de 0 de noviembre y el nuevo Código Penal”, *Revista de Derecho Privado*, nº 81, (1997), pág. 339.

<sup>67</sup> GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 13

Los profesionales médicos obedecen jerárquica y funcionalmente al centro al que pertenecen, titularidad de la aseguradora. Por tanto si produce un daño al asegurado, bajo las órdenes del principal<sup>68</sup>, éste se tendrá por responsable, siendo en este caso, la aseguradora, que es la propietaria del centro sanitario.

Siguiendo el Código Civil, en su art. 1902, podría imputarse responsabilidad civil extracontractual a la aseguradora por la intervención culposa o negligente de sus profesionales médicos vinculados, resultando éstos igualmente responsables extracontractualmente por culpa o negligencia, ya que no tienen un vínculo contractual directo con el paciente tratado.

En la misma línea, también se aplicaría el art. 1903.4 CC, es decir, declarada la responsabilidad del médico perteneciente a la estructura sanitaria de la aseguradora, ésta responderá también por hecho ajeno. Para ello se requiere la anterior declaración de responsabilidad del profesional, y la posterior del centro, respondiendo la aseguradora por *culpa in eligendo o culpa in vigilando*<sup>69</sup>, cuya prueba le compete al perjudicado. En este caso, al tomador del seguro.

A tal efecto, para imputar responsabilidad por hecho ajeno, basta la mera circunstancia de incluir al profesional en la organización funcional de la aseguradora<sup>70</sup>, sin tener en cuenta que la relación sea laboral, de colaboración, o se trate de un contrato de arrendamientos de servicios<sup>71</sup>. En otras palabras, aunque sea un mero colaborador, también se aplicaría el art. 1903 CC.

Por razón de que los profesionales sanitarios realicen sus servicios con una libertad de juicio, siguiendo sus conocimientos técnicos y científicos, conlleva sobre la compañía del seguro una responsabilidad en cuanto a su elección de estos sanitarios que integran su cuadro médico, por lo que en este sentido la jurisprudencia considera este

---

<sup>68</sup> BARCELÓ DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Interamericana de España, S.A., 1995, pág. 311

<sup>69</sup> MARTÍNEZ - GIJÓN MACHUCA, *El seguro de asistencia sanitaria*, op. cit., págs. 107 y 108.

<sup>70</sup> SSTs Sala de lo Civil del TS de 23 de enero de 2009 (RJ 2009,1271); 20 de junio de 2008 (RJ 2008, 4260).

<sup>71</sup> STS Sala de lo Civil del TS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3986)

elemento determinante de elección por la aseguradora para establecer su responsabilidad.<sup>72</sup>

### **6.3.2. Responsabilidad contractual por actos auxiliares**

Como segunda instancia, cabe la posibilidad de aplicar responsabilidad del deudor de un servicio por los actos inadecuados realizados por sus auxiliares, provocando el incumplimiento obligacional.

Esta responsabilidad no es reconocida por el Código Civil, pero sí por la jurisprudencia y doctrina, deduciéndola por similitud a la responsabilidad extracontractual. Así, buscando establecer una mayor protección al asegurado, garantizando resarcir el daño de la mala práctica médica, cabrá la posibilidad de establecer una responsabilidad contractual al principal (aseguradora) por incumplimiento o cumplimiento no efectivo de sus auxiliares, sin que sea necesario manifestar culpa en la elección o en la vigilancia.<sup>73</sup>

En un aspecto general, el auxiliar sería aquél que intervenga en la obligación que se establece a favor del acreedor, colaborando con el deudor, ya que éste así lo ha pretendido.<sup>74</sup> Por ello, se trataría de una imputación objetiva, ya que ha sido por voluntad del deudor que colabora con él el auxiliar, basándose en el principio de confianza.

Es posible que, en un mismo supuesto, se den ambas responsabilidades: contractual y extracontractual, siguiendo el criterio de la unidad de culpa.<sup>75</sup> A los profesionales médicos se les podría exigir responsabilidad extracontractual por negligencias sanitarias a los tomadores, por hecho ajeno a la aseguradora o contractual por las actuaciones de sus auxiliares, siendo el juzgador quién deba estimar lo conveniente en cada caso concreto.

---

<sup>72</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 16 de enero de 2011 (RJ 2012, 1784).

<sup>73</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1656).

<sup>74</sup> JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, op. cit., pág. 45.

<sup>75</sup> STS Sala de lo Civil del TS, de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991/1587)

## 7. CONCLUSIONES

A través de este estudio sobre el contrato de seguro de asistencia sanitaria, se ha podido comprobar la evolución en cuanto a la protección del asegurado, y el largo recorrido que queda aún para hacerlo efectivo.

En primer lugar, podemos determinar que, respecto del riesgo que cubren estos seguros, siendo la enfermedad, se destaca ante todo la reforma llevada a cabo por la Ley de Contrato de Seguro de 2015, en cuanto que ya, la variación de las circunstancias para determinar el estado de salud del tomador no le supone a éste una obligación de comunicárselo a la aseguradora, puesto que no se considera como una agravación del riesgo. Se trata de una cuestión importante, que ha suscitado una gran incertidumbre y preocupación entre los futuros o ya tomadores sobre si realmente ante una agravación, la aseguradora respondería por la misma. Sin embargo, con la Reforma le da respuesta y sentido al fundamento de la actividad de la compañía de seguros en sí misma, que es la de cubrir la enfermedad de acuerdo con lo establecido en la póliza.

En este sentido, como hemos destacado, esto se produce durante el contrato, puesto que previamente a su celebración, subsiste un deber por el tomador del seguro de realizar una declaración sobre su estado de salud y demás circunstancias, para la valoración del riesgo por la compañía, a través del cuestionario de salud que le establece la propia aseguradora. Por tanto, la obligación del tomador se limita a realizar su declaración con anterioridad a formalizar el contrato, y a pagar la correspondiente prima.

En cuanto a las obligaciones de la aseguradora, éstas son mayores, ya que tendrá que constituir el clausulado del contrato. Por ende, delimita el riesgo, pero ante todo, lo tendrá que hacer con claridad y precisión, para evitar que el tomador no caiga en una mala interpretación, siendo posible incluso que pueda establecer cláusulas que limiten los derechos del asegurado, como el habitual período de carencia; o incluso, establecer cláusulas excluyentes de las llamadas enfermedades preexistentes.

Sin embargo, en esta línea se prohíbe cualquier tipo de cláusula que excluya discriminadamente por razón de discapacidad, cuando las aseguradoras tienden a asociar discapacidad con enfermedad, no siendo compatible, ni tampoco lícito. De ahí que, éstas junto con otras cláusulas lesivas o abusivas, se consideran infracciones

susceptibles de sanciones y, en definitiva, conllevará a la responsabilidad de la aseguradora.

En suma, hemos determinado la responsabilidad de la aseguradora, y aunque haya suscitado un gran debate y polémica, se establece finalmente que estamos ante un contrato donde la aseguradora responde tanto por sus actos como por los de sus profesionales, permitiendo también diferenciarlo respecto del seguro de enfermedad.

Por último, podemos concluir que la reforma llevada a cabo y la reciente jurisprudencia se ha mostrado favorable para el tomador del seguro; sin embargo, aún queda un largo recorrido para poder hacer de este contrato, uno libre de controversias. Ante estas modificaciones recientes, cabe esperar en la práctica la reacción de las aseguradoras, y en todo caso, si deciden el aumento de la prima, o incluso ampliar las cláusulas de exclusión.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

### 8.1. Manuales y monografía

- ARROYO ABAD, B., *La responsabilidad civil en el marco de los seguros de asistencia sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A., “Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)”, *La Ley*, nº 5, (1999), págs. 1 a 7.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, José María Bosch, Barcelona, 1999.
- BARCELÓ DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Interamericana de España, S.A., 1995.
- BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro* Dykinson, Madrid, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, Tecnos, Madrid, 1987.
- CARBAJO CASCÓN, F., *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012.
- CARMONA, “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, nº89, (1997), págs. 71-2.
- DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. *Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria*, InDret. Barcelona, 2003.
- DÍAZ – REGAÑÓN GARCÍA – ALCALÁ, C., “*Responsabilidad objetiva y nexo causal*”, Comares, Granada, 2006.

- DÍEZ – PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen II.*, Ed. Tecnos. 2012.
- GARRIGUES, J, *Contrato de Seguro Terrestre*, Aguirre, Madrid, 1973.
- GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Ed. Reus, Madrid, 2012.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Discriminación por razón de capacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, (2013), págs. 441 y ss.
- HERNÁNDEZ LUGO, G. “Implementación de una red de asistencia para una compañía de seguros. Servicio propio versus servicio concertado”, *Revista Previsión y Seguro*, nº 30, (1993), págs. 82 y 83.
- JORDANO FRAGA, M., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994
- MARCO ALCALÁ, L.A, *Seguros de personas. Aspectos personales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre (Instituto de Ciencias del Seguro), Madrid, 2002
- PEÑAS MOYANO, M.J., “El deber de declaración del riesgo y sus agravaciones en el seguro de enfermedad”, *La Ley Mercantil*, (2017), nº35, pág.4
- PÉREZ BUENO, L.C., *Discapacidad y asistencia sanitaria. Propuesta de mejora*, CERMI, 2006.
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, tomo IV, volumen II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951
- RUBIO VICENTE, P.J, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Editorial Mapfre S.A., 2003.

-- SALELLES, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, *RDM*, nº 245 (2002), págs. 1125 a 1183, 1154 a 1159.

-- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994

-- SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Thomson-Aranzadi, 2010

-- SANTOS BRIZ, J., “La responsabilidad por hecho ajeno. Su proyección en la disposición 8 de la Ley 30/1995 de 0 de noviembre y el nuevo Código Penal”, *Revista de Derecho Privado*, (1997), nº81, pág. 339.

--SOTO NIETO, F., “El seguro de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, (1993), nº 1, pág. 887.

-- TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 233, (1999), pág. 983.

-- TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, *RES*, nº126, (2006), págs. 229 y ss., pág. 238.

-- URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997

-- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., ALONSO SOTO, R., *Curso de derecho mercantil, Tomo II*, Civitas, 2007

## **8.2.Jurisprudencia**

--STS Sala de lo Civil del TS, de 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1656).

--STS Sala de lo Civil del TS, de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991/1587)

--STS Sala de lo Civil del TS, de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307)

- STS Sala de lo Civil del TS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3986)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 19 de junio de 2001 (RJ 2001, 4974).
- STS Sala de lo Civil del TS, de 31 diciembre 2002 (RJ 556/2002)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 20 de marzo de 2003 (Rec 2433/1997)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 15 de octubre de 2003 (Rec 42751997)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 31 mayo de 2004 (Rec 2332/1995)
- STS Sala de lo Civil del TS de 11 de septiembre de 2006 (Rec 3260/1999)
- STS Sala de lo Civil del TS de 17 de octubre de 2007 (Rec 3719/2000)
- STS Sala de lo Civil del TS, 20 de junio de 2008 (RJ 2008, 4260).
- STS Sala de lo Civil del TS de 23 de enero de 2009 (RJ 2009,1271)
- STS Sala lo de Civil del TS, de 4 de junio de 2009 (Rec: 2701/2009)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 15 de julio de 2009 (Rec 2653/2004)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 15 de julio de 2009 (Rec 2653/2004)
- SAP de Madrid, de 9 junio de 2010 (AC 2010, 1063).
- STS Sala de lo Civil del TS de 1 de octubre de 2010 (Rec 2273/2006)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010,7988)

- STS Sala de lo Civil del TS, de 20 de julio de 2011 (Rec 819/2008)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 16 de enero de 2011 (RJ 2012, 1784).
- STS Sala de lo Civil del TS, de 20 de abril de 2011 (Rec 1226/2007);
- STS Sala de lo Civil del TS, de 10 de mayo de 2011 (Rec 1401/2007)
- STS del TSJ de Madrid, de 21 diciembre 2012 (RJ 1010/2012)
- STS Sala de lo Civil del TS de 4 de diciembre de 2014 (Rec 2269/2013)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 12 de febrero de 2016 (Rec 2714/2013)
- STS Sala de lo Civil del TS, de 22 de abril de 2016 (Rec 63/2014)
- STC Civil de la Audiencia Provincial de A Coruña nº336/2016 de 13 de Octubre de 2016 (Rec 442/2016)

### **8.3.Legislación**

Constitución Española,1978

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

Real Decreto 2486/1998 de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión de seguros privados

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social