

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 6 DE FEBRERO DE 2018 (64/2018)**

**Contractualización de la responsabilidad civil
extracontractual de las compañías de asistencia
sanitaria como presupuesto para la aplicación
del régimen de mora del artículo 20 LCS.
La tesis de la garantía de la calidad del resultado**

Comentario a cargo de:
BERNARDO ARROYO ABAD
Profesor Asociado de Derecho civil
Abogado

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2018

RoJ: STS 296/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:296

ID CENDOJ: 28079119912018100003

PONENTE: EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Asunto: La sentencia pone fin al litigio entablado por una asegurada del Igualatorio Quirúrgico Médico S.A., perteneciente al grupo Adeslas, como consecuencia de una intervención quirúrgica practicada por un médico del cuadro facultativo de la compañía sanitaria, a las resultas de la cual sufrió un proceso infeccioso que derivó en la pérdida de un riñón. Resultando indubitada la responsabilidad de la compañía con base en el artículo 1903.4 CC, se discute en las diferentes instancias sobre la aplicabilidad del régimen especial moratorio que recoge el artículo 20 LCS.

El voto mayoritario de la Sala entiende que sí cabe aplicación de tal régimen, por corresponder a la compañía sanitaria la garantía de la calidad del resultado de la actividad profesional de los facultativos de su cuadro médico con base en el artículo 105 LCS.

La sentencia recoge el voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que discrepa del voto mayoritario de la Sala por entender que el artículo 20 LCS, de interpretación restrictiva, contiene un régimen especial aplicable exclusivamente a la responsabilidad contractual de la compañía sanitaria y no a la extra-contractual derivada del artículo 1903.4 CC.

Sumario: **1. Resumen de hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4 Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Voto mayoritario. 5.2. Voto particular. 5.3. La tesis de la garantía de la calidad del resultado. 5.4. Efectos económicos de la tesis de la garantía de la calidad del resultado. 5.5. Respecto del voto particular. 5.6. Conclusiones. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La demandante, asegurada en Igualatorio Quirúrgico Médico S.A. del grupo Adeslas se sometió a una intervención quirúrgica practicada por un médico del cuadro facultativo de la entidad aseguradora, a las resultas de la cual sufrió una infección renal que derivó posteriormente en la pérdida de un riñón.

La actora interpuso en el año 2011 demanda de responsabilidad civil contra la compañía aseguradora, interesando se dictara sentencia por la que se le condenara a la entidad a indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos, en la cantidad de 125.000 Euros, más los intereses que fueren aplicables legalmente, con expresa imposición a la demandada de las costas procesales.

Por su parte, la compañía demandada interesó se acordara por el Juzgado su libre absolución.

2. Las soluciones de primera instancia

El 25 de junio de 2014, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a pagar a la demandada la cantidad de 58.680,16 Euros, más intereses (interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda hasta sentencia), con base en el artículo 1903.4 CC.

La sentencia fue recurrida en apelación, alegándose, que puesto que la aseguradora no había cumplido su prestación indemnizatoria transcurridos

tres meses desde la producción del siniestro, procedía haber aplicado por el Juzgado el régimen especial moratorio que recoge el artículo 20 de la Ley del Contrato del Seguro. Dicho precepto regula la mora del asegurador, y dispone que el interés aplicable no es el señalado en sentencia, sino el interés legal del dinero vigente en el momento del siniestro, incrementado en un 50% (interés producido por días), con el límite del 20% a partir del segundo año desde la producción del mismo.

La justificación de aplicación del precitado régimen especial radica en que la aseguradora no había satisfecho la indemnización derivada del daño médico, prestación a que estaba obligada por contrato.

3. Las soluciones de apelación

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, en sentencia de 27 de febrero de 2015, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia recaída en primera instancia, confirmándose su contenido íntegro.

La Audiencia sustentó su fallo en una doble consideración:

Primero: Que el régimen especial del artículo 20 LCS dada su naturaleza indemnizatoria, no es de aplicación a la obligación de suministro de asistencia sanitaria por tratarse de una obligación de hacer.

Segundo: Que la mala praxis del facultativo del cuadro médico de la compañía, sea contractual o extracontractual tiene un fundamento diverso de la prestación derivada del contrato de seguro.

La sentencia es recurrida por la actora en casación.

4. Los motivos de casación

En primer lugar, se alega en el recurso que la Audiencia Provincial había obviado en su resolución, la aplicación de diversa doctrina jurisprudencial encarnada en las SSTs de 4 de junio de 2009, 24 de mayo y 16 de enero de 2012 y el auto de 17 de septiembre de 2013 que justifican, en definitiva y a juicio del recurrente, que la compañía aseguradora es garante de la calidad del resultado de la asistencia sanitaria por ella facilitada. Por ello, cabe entender que son prestaciones equivalentes tanto el servicio sanitario dispensado a través de los facultativos de los cuadros médicos de la aseguradora, como la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por una mala praxis de los mismos.

Por citar alguno de los textos mencionados, la STS de 9 de junio de 2009 dispone “que la responsabilidad del asegurador no acaba en la prestación sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de servicios que afectan

al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela con arreglo a criterios objetivos y subjetivos mediante los que pueden apreciarse la responsabilidad médica o sanitaria”.

Al hilo de lo anterior, alega la recurrente que ha habido una vulneración del artículo 20 LCS, por cuanto, si el desembolso de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la falta de diligencia de los facultativos de los cuadros médicos de la entidad demandada, es equivalente a la provisión de servicios médicos que constituye la obligación característica de la compañía de asistencia sanitaria, tanto a una como a otra le es aplicable el régimen especial de mora establecido en dicho artículo. Todo ello con base en la propia póliza o contrato que vincula a aseguradora y asegurado.

5. La doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Voto mayoritario*

Considera el voto mayoritario de la Sala que el artículo 105 LCS define el seguro de asistencia sanitaria como aquel en el que el asegurador, asume “directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos”, lo que implica asumir “la responsabilidad” (...) “de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales”, (...) “auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida”, y todo ello por cuanto “se oferta”, no solo la asistencia médica, sino “la garantía de un servicio atendido por la propia entidad”.

Por tanto el asegurador asume contractualmente una prestación característica (provisión de asistencia sanitaria a través de los médicos, facultativos o centros de sus cuadros médicos) y otra equivalente consecuencia de asumir la calidad del resultado de dicha prestación (indemnización de daños y perjuicios consecuencia de una mala praxis de dichos profesionales y centros), por lo que cabe aplicar el régimen especial del artículo 20 LCS al supuesto enjuiciado.

Y todo ello, con independencia, según declara el propio Tribunal:

Del alcance que deba darse al artículo 105 LCS para que pueda conciliarse “con la prohibición de que las aseguradoras desempeñen funciones ajenas a los cometidos propios del seguro,” y

De sí la responsabilidad atribuible a la compañía lo es contractual o extracontractual (en el marco del artículo 1903 CC), por cuanto ambas parten “de la responsabilidad que se le imputa” a la aseguradora “por razón del contrato de seguro” lo que implica “la garantía de la correcta atención”.

Por todo ello se estima el recurso de casación interpuesto por la paciente del Igualatorio Médico contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz y se condena a la demandada al pago de

los intereses moratorios que proceden por aplicación del régimen especial de mora que establece el artículo 20 LCS, desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo pago.

5.2. *Voto particular*

El Magistrado Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller emite un voto particular disintiendo del fallo mayoritario, considerando que, si bien la entidad aseguradora responde ante el asegurado por el buen resultado de la prestación dispensada por los facultativos del cuadro médico de la compañía, la eventual responsabilidad de la entidad tiene como fuente no la póliza o el contrato, sino el artículo 1903.4 CC en sede de responsabilidad por hecho ajeno.

Señala el Magistrado que el artículo 20 LCS es una norma excepcional que “sanciona exclusivamente la mora por parte de la aseguradora en el cumplimiento de las obligaciones derivadas directamente del propio contrato de seguro,” y el artículo 1903 CC es “una norma ajena al contrato de seguro”.

El voto particular ejemplifica en su argumentación, supuestos que sí permitirían la aplicación del régimen especial del artículo 20 LCS por tratarse de obligaciones contractualmente atribuibles a la compañía sanitaria en su condición de garante del servicio, así cita el caso en que se ofrecieran servicios de profesionales no cualificados (falta de titulación o especialidad requerida, inhabilitados, etc.) o aquel en el que el centro concertado con la aseguradora careciera de servicios, dotación o instrumental necesario o de las debidas garantías. Casos todos ellos en los que la indemnización sustitutoria se vería afectada por “la aplicación de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro”.

Por todo lo expuesto, considera que lo procedente sería desestimar el recurso de casación interpuesto por la paciente contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz.

5.3. *La tesis de la garantía de la calidad del resultado*

El voto mayoritario de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal constituye un claro ejemplo de la laxitud con la que se manejan los espacios regulatorios en sede jurisdiccional, en este caso por encima del marco legal imperativo que delimita el objeto de actividad de las compañías sanitarias.

En el concreto caso de los seguros de asistencia sanitaria, esto ocurre porque la naturaleza del servicio que se dispensa, se desarrolla en una esfera muy sensible del ciudadano y con un altísimo impacto en términos de seguridad, entendiendo que las garantías y condiciones que supone la satisfacción del derecho fundamental a la salud, constituyen uno de los pilares vertebradores de nuestro sistema social y económico, lo que refuerza el papel garantista de nuestros juzgados y tribunales cuando el derecho a la vida o a la integridad física de las personas se ve afectado a las resultas del consumo de este tipo de servicios.

Esa sensibilidad en el orden jurisdiccional y la necesidad de que todo daño sea indemnizado provoca no pocos expedientes en los que la aplicación del derecho al caso concreto ha quedado en evidencia y el derecho positivo ha sido rebasado por el ejercicio de puro voluntarismo hecho norma en sede de recurso de casación.

La sentencia está en la línea de quienes consideran, como ya lo ha advertido algún autor (YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 300), que el seguro cumple muchas veces en el campo de la responsabilidad civil y por encima de cualquier otra consideración, el papel de factor de atribución. Y es que, se interpreta el concepto “garantía de calidad del servicio” contenido en la STS de 9 de junio de 2009, invocada por la actora, como equivalente a garantía de la calidad del resultado, lo que es un despropósito, toda vez que la obligación del médico del cuadro facultativo de la compañía no es una obligación de resultado, sino de medios.

La consideración del acto médico como actividad propia de las compañías de asistencia sanitaria no constituye un planteamiento nuevo en nuestra jurisprudencia. Se ha venido aplicando con cierta normalidad y buena prueba de ello es la célebre STS de 4 de diciembre de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos), que resume todos los criterios (de aplicación conjunta o alternativa) bajo los cuales nuestros juzgados y tribunales han venido condenando a las compañías sanitarias a indemnizar a sus clientes por daño médico. Uno de esos criterios se ampara en la llamada “doctrina del auxiliar” que se sustenta en el tenor literal del artículo 105 LCS al afirmar que en los seguros de asistencia sanitaria “el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos”.

La teoría del auxiliar, defiende que la actividad médica constituye la prestación característica y propia de las compañías de asistencia sanitaria, para lo que requieren del concierto con centros, médicos y facultativos que actúan como meros instrumentos o auxiliares en la prestación del servicio sanitario, es decir del acto médico en sentido estricto. A modo de ejemplo, y por todas, citamos la STS de 14 de septiembre de 2015 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana), donde se equipara la relación de los médicos y facultativos que prestan servicios a pacientes en ejecución de contratos hospitalarios con los incluidos en los cuadros médicos de las compañías de asistencia sanitaria, al decir que en ambos casos se trata de “auxiliares en el cumplimiento de la obligación del centro médico (...) o compañía, (...) que no proporcionaba(n) la asistencia por sí misma, sino a través de quienes había contratado para poder cumplir el contrato”.

El problema fundamental que se topa esta teoría, es que la interpretación que quiere darse al artículo 105 LCS choca frontalmente con el artículo quinto de la Ley 20/2015 de 24 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, norma imperativa del sector del seguro, que dispone que quedan “prohibidas a las entidades aseguradoras las operaciones que carezcan de base técnica actuarial y cualquier otra actividad

comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora”. (El artículo reitera el contenido del artículo cuarto de su predecesora Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados de 2004.)

El voto mayoritario de la Sala, no desconoce dicho marco imperativo, y por ende la prohibición que comporta, aunque omita el artículo que lo establece, y en su fundamento quinto señala que “(...) con independencia del alcance que se deba dar a(l) (...) artículo 105 LCS, para conciliarlo con la prohibición de que las aseguradoras desempeñen funciones ajenas a los cometidos propios del seguro y del contenido de cada póliza de aseguramiento (...) la obligación de la aseguradora incluye (...) la prestación de garantía del servicio médico cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad (...) en aplicación del art. 1903 CC (...)”.

Es decir, el producto de la conciliación normativa propuesto, supone, usando una argumentación ciertamente tramposa, que aunque las aseguradoras no puedan prestar asistencia sanitaria en sentido estricto por estar prohibido, si asumen contractualmente y por aplicación del artículo 105 LCS, la garantía de la calidad del resultado de la misma, siempre que el daño sea imputable a la compañía con base en el artículo 1903.4 CC (responsabilidad extracontractual), apoyado todo en criterios como el del riesgo y la apariencia y para mayor gloria del principio de seguridad jurídica. *Requiescat in pacem*.

Hay aspectos adicionales sin duda problemáticos, que son obviados en ese ejercicio de coonestación jurídica, como los límites de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) o el hecho de que un seguro de asistencia sanitaria no es un seguro de responsabilidad civil profesional. No responde a los mismos fines y obedece a bases técnicas y cálculos actuariales distintos.

La garantía del asegurado de que va a ser indemnizado por la aseguradora a las resultas del daño que le ha infligido la acción u omisión del facultativo del cuadro médico de la compañía sanitaria, deriva no del contrato o de la póliza, sino del artículo 1903.4 CC que regula la responsabilidad extracontractual del empresario (aseguradora) por los daños y perjuicios causados por sus dependientes (médicos y facultativos), dependencia que en el caso que nos ocupa deriva del concierto que suscriben compañía y médico para atender a al asegurado.

La responsabilidad de la aseguradora que abona el artículo 1903.4 CC es una responsabilidad directa, extracontractual y por culpa presunta, que se desenvuelve en la esfera de actividad de la propia compañía al incurrir en culpa “in operando” o “in vigilando”. El papel del reproche culpabilístico del facultativo o médico es exclusivamente causal al posibilitar la imputación del resultado lesivo a la compañía sanitaria. (ARROYO ABAD, 2016, pp. 95 a 106).

Frente a la regulación del artículo 1903 CC, el artículo 148 TRLDCU, recoge lo que debemos entender por ámbito de responsabilidad contractual de las compañías de asistencia sanitaria, que se circunscribe a las labores de organización, control y provisión del servicio sanitario en las condiciones contratadas. Así, el artículo dispone que “se responderá de los daños originados en el

correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados 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”. Responsabilidad que es objetiva.

Si hay que buscar alguna conciliación del tenor literal del artículo 105 LCS, no es con el artículo 1903 CC, que se refiere a una esfera ajena a la responsabilidad contractual de la compañía, sino con el artículo 148 TRLDCU, que habla de un mismo lenguaje y es el de la garantía de la calidad del servicio que en modo alguno es equivalente a la garantía de la calidad del resultado como quiere hacer valer el voto mayoritario de la sentencia de 6 de febrero de 2018. Calidad del servicio que se ve afectada como ejemplifica con corrección el voto particular en los casos en los que no se ofrezcan profesionales cualificados o en los que el centro concertado carezca de servicios, dotación o instrumental necesario o de las debidas garantías. “Casos todos ellos en los que la indemnización sustitutoria se vería afectada por la aplicación de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro”.

A la incomprensible obstinación por transformar el acto médico en actividad característica y propia de los seguros de asistencia sanitaria, a pesar de lo que determina nuestro marco normativo imperativo en materia del seguro, se añade otra obsesión que particularmente creía había sido objeto de adecuada medicación tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y es la que encarna la necesidad de contractualizar la responsabilidad extracontractual o extracontractualizar la responsabilidad contractual, a fin de propiciar el escenario adecuado para, invocando criterios de justicia material, facilitar una resolución favorable a la pretensión indemnizatoria invocada por el perjudicado.

Bajo la teoría de la unidad de culpa civil o yuxtaposición de responsabilidades y sobre la base de concebir que en responsabilidad civil existía una única acción con normas en concurso, (SSTS de 9 de junio de 1998 y 22 de octubre de 2007 (Ponente: D. José Almagro Nosete), STS de 17 de julio de 2012 (Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana)), cabía contractualizar la responsabilidad extracontractual cuando lo conveniente era disponer de un mayor plazo prescriptivo (STS de 6 de mayo de 1998, comentario en YZQUIERDO 1998, pp 275 y ss.), o si por el contrario de lo que se trataba es de contemplar con mayor benevolencia el daño moral concurrente en sede contractual, lo suyo era extracontractualizar dicha responsabilidad.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular de los artículos 218 LEC y 400 LEC, inyectó cordura a un sistema que se estaba acostumbrando a que las pretensiones en materia de responsabilidad civil tuvieran por norma un halo de indefinición y en el que las normas en concurso permitían al Tribunal desenvolverse normativamente en el ámbito contractual o extracontractual según conviniera a la resolución del caso (DOMINGUEZ LUELMO, 2007, p. 83). Ahora, resulta indubitada la obligación del actor de individuali-

zar su pretensión mediante el ejercicio de la acción adecuada (contractual o extracontractual), aduciendo cuantos hechos, fundamentos o títulos jurídicos sean conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla “sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior” (artículo 400 LEC), y el órgano juzgador, deudor de los principios de rogación y congruencia no puede apartarse de la causa de pedir ni de los fundamentos jurídicos que se han hecho valer por las partes (art. 218 LEC). En este escenario quedan reducidas las posibles disfunciones que puedan producirse en el proceso de individualización de la acción entablada al ámbito del error de derecho con el alcance excepcional y restrictivo que la norma jurídica permita. (DIEZ PICAZO, 2012, pág. 183).

Me temo que la medicación no ha producido todo el resultado esperado y la STS de 6 de febrero de 2018, agrega a la extensa relación de criterios contenidos en la STS de 4 de diciembre de 2007 (Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos), uno más, que denomino “tesis de la garantía de la calidad del resultado”, que en definitiva supone la contractualización de la responsabilidad extracontractual de la compañía con base en el artículo 105 LCS, entendiéndose que la asunción directa por la aseguradora del servicio sanitario o quirúrgico equivale a la garantía contractual del resultado lesivo ex artículo 1903 CC.

La finalidad por ortopédica resulta evidente, una vez conseguido el objetivo, que no es otro que reconocer en el supuesto el bendito marco contractual, lo demás viene rodado, y por tanto procede aplicar al supuesto, el régimen especial de mora que reconoce el artículo 20 LCS.

El resultado obtenido me evoca la imagen, permítaseme el símil, de quien tras calzar a un pívot lituano de 2,20 el zapato de cristal de Cenicienta, pretende que el muchacho camine garboso.

5.4. Efectos económicos de la tesis de la garantía de la calidad del resultado

El marco regulatorio de sectores monopolísticos como el del seguro, y las compañías de asistencia sanitaria no son excepción, responden a esquemas económicos que no pueden ser obviados por los juzgados y tribunales cuando en ese celo garantista al que me refería en párrafos anteriores, les da por ser originales y crear derecho, so pena de introducir disfunciones en el sistema de provisión de un servicio como el sanitario al punto de poder producir como efecto el encarecimiento de las pólizas de forma innecesaria.

La asistencia sanitaria se estructura a través de un negocio jurídico complejo en el que la compañía concierta con centros, médicos y facultativos (auténticos prestadores), la provisión del servicio a sus asegurados. El tomador/asegurado no paga al médico directamente sino que accede mediante la suscripción de una póliza a una estructura de provisión de asistencia mediante la satisfacción de una prima, de forma que es la compañía la que sostiene financieramente el servicio a través del sistema de pólizas, aunque la financiación no siempre responde a ese esquema pudiendo intervenir otros factores.

El cálculo de las primas se realiza con sustento en bases técnicas y actuariales que son en definitiva operaciones de cálculo de garantía financiera para cada ramo o modalidad de seguro habida cuenta de que son negocios jurídicos aleatorios. La base de cálculo de la garantía financiera del servicio responde a criterios que incluyen información del riesgo asegurable, factores de riesgo a tener en cuenta en la tarifa, información estadística sobre el riesgo, recargo de seguridad sobre la prima de riesgo, recargos de gestión para cubrir gastos de administración, adquisición y mantenimiento del negocio, recargos destinados a incrementar la solvencia de la empresa, sistema de cálculo de las primas y método de cálculo de las provisiones técnicas, siguiendo todo ello principios de equidad y suficiencia.

El escaso margen con el que suelen operar las aseguradoras de prestación sanitaria determina que, sin perjuicio de la existencia de límites contractuales de capital por asegurado y año o incluso de sistemas de copago, vayan apareciendo otras fórmulas (de transferencia de riesgo a proveedores sanitarios o a asegurados como la cápita o el forfait) que contribuyen a reducir la siniestralidad a que obedecen estos productos, fundamentalmente operando sobre la frecuencia (la habitualidad con la que se usa el servicio) y la intensidad (gravedad de la enfermedad o accidente).

Las aseguradoras con estas fórmulas se esfuerzan en controlar el nivel de aleatoriedad presente en estos contratos, donde el margen comercial, como he dicho, es estrecho.

Los seguros de asistencia sanitaria no son seguros de responsabilidad civil profesional, ni siquiera tienen una naturaleza mixta. Pretender como hace el voto mayoritario, que a las resultas del siniestro, (entendiendo por tal la necesidad de asistencia médica del asegurado), la compañía no solo asuma la financiación y el sistema de provisión de asistencia sanitaria actuando como garante de la calidad y seguridad del servicio (ex artículo 148 TRLDCU), sino además que ha de asumir la garantía contractual de la calidad del resultado, ello supone abonar clarísimamente un escenario de subida generalizada de pólizas, por cuanto habrán de entrar en las bases de cálculo actuarial elementos que no están entrando. Y ello es un escenario plausible de persistir este tipo de pronunciamientos que, a mi juicio, no responden a la regulación existente y que no abonan sino inseguridad jurídica, además de contribuir a complicar el ya de por sí complicado sistema de limitaciones, exclusiones, y franquicias en perjuicio del usuario. La responsabilidad del médico o facultativo tiene sus notas propias (con sus propios mecanismos de aseguramiento) diversas de las atribuibles a las compañías sanitarias que en todo caso responden frente al asegurado por daño médico ex artículo 1903.4 CC, en sede de responsabilidad extracontractual.

5.5. Respecto del voto particular

Llegados a este punto, debo posicionarme junto al voto particular, en la medida que está notablemente mejor construido desde un punto de vista

jurídico que el voto mayoritario. Distingue con propiedad las dos esferas de responsabilidad de la compañía de asistencia sanitaria, niega que la responsabilidad contractual de la aseguradora quepa extenderla a la garantía de la calidad del resultado sancionado en sede de responsabilidad extracontractual y ejemplifica adecuadamente la extensión de la responsabilidad contractual de la aseguradora ex artículo 148 TRLDCU, aunque no se cite.

Debo no obstante introducir una matización que ya ha sido planteada en párrafos anteriores sobre el aserto de que la compañía sanitaria ex artículo 1903 CC responde ante el asegurado del buen resultado de la prestación dispensada por los facultativos del cuadro médico de la compañía. La responsabilidad extracontractual que abona el precepto es directa y con base en la actividad propia de la compañía por culpa presunta “in vigilando” o “in eligendo”, no es responsabilidad derivada del acto médico “stricto sensu” que corresponde en exclusiva a los médicos, si bien el mecanismo de imputación causal del resultado a la compañía requiere del reproche culpabilístico al facultativo concertado. La culpa es propia de la compañía y presunta como hemos dicho, por lo que corresponde la prueba de la diligencia a la aseguradora.

No siendo discutida en casación la responsabilidad extracontractual de la compañía con base en el artículo 1903.4 CC, considera el voto particular, a mi juicio acertadamente, no ser de aplicación el especial régimen de mora contenido en el artículo 20 LCS por estar circunscrito a la esfera contractual de la responsabilidad de la compañía.

No obstante, debo admitir que no me resulta absolutamente extraña la idea de que pudiera ser de aplicación este régimen especial a la obligación de indemnización exigible a la compañía por hecho ajeno ex artículo 1903 CC, aunque dicha posibilidad precisaría abordar legislativamente una regulación unitaria de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, apuntada por algunos autores (entre ellos, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 139) que permitiría no adulterar los problemas fenomenológicos de ambos sistemas con el pretexto de introducir en el fallo criterios de justicia material.

5.6. Conclusiones

En virtud de lo sentado por el voto mayoritario de la Sala, los seguros de asistencia sanitaria asumen como obligación característica, ex artículo 105 LCS una doble garantía contractual: una principal que compromete la calidad del servicio que se provee al asegurado y una garantía equivalente de calidad del resultado del servicio médico o quirúrgico, que provoca, por absurdo que pueda parecer (ya que resulta indubitada la responsabilidad de la compañía ex artículo 1903 CC), una contractualización de la responsabilidad extracontractual de la aseguradora a los solos efectos de permitir al Tribunal, a mi juicio de forma equivocada, la aplicación del régimen especial de mora que establece el artículo 20 LCS por precisar este de un marco contractual.

De esta forma, el Tribunal trata de salvar sin éxito las limitaciones que derivan del actual marco imperativo que en materia de seguros provee el artículo quinto de la Ley 20/2015 de 24 de julio, que prohíbe a las compañías de asistencia sanitaria la realización de actividades o la prestación de garantías distintas de las propias del seguro, por lo que no pueden prestar directamente por sí o por medio de intermediarios o auxiliares, el servicio sanitario, médico o quirúrgico, porque el acto médico en sentido estricto no puede ser hecho propio o prestación principal o característica de la aseguradora y por ende la indemnización derivada del daño producido por el mismo tampoco.

Las compañías de asistencia sanitaria organizan un sistema de provisión de servicios médicos por medio de un negocio jurídico complejo de relaciones jurídicas coligadas que tienen como fin último el suministro de servicios médicos al asegurado. A tal fin, estas entidades elaboran conciertos con centros hospitalarios, médicos y/o facultativos con el fin de que estos presten asistencia a los asegurados que entran en el sistema mediante la suscripción de la póliza. El tomador o el asegurado no paga directamente el servicio, recayendo la financiación del sistema sobre la aseguradora, mediante la organización de un entramado de pólizas cuya prima se calcula con bases técnicas o actuariales que atienden a la naturaleza aleatoria del contrato de seguro.

Cabe distinguir dos ámbitos de responsabilidad de la compañía aseguradora dentro de ese esquema complejo:

Uno contractual contemplado en el artículo 148 TRLDCU que hace recaer sobre la compañía la garantía de la calidad del servicio que es a la que se refiere el artículo 105 LCS.

Y otro extracontractual por hecho ajeno (el acto médico), que es una responsabilidad directa por culpa presunta regulado en el artículo 1903 CC, que precisa de falta de diligencia de la compañía por culpa “in vigilando”, “in eligendo” o “in operando” (opera dentro de la actividad de la compañía) y reproche culpabilístico del facultativo o médico concertado (debe existir dependencia).

La tesis de la garantía de la calidad del resultado constituye un exceso incluso en ámbito de responsabilidad extracontractual de la compañía sanitaria ya que ni siquiera el médico en el ámbito de su propia responsabilidad actúa en cumplimiento de una obligación de resultado, sino que su cometido constituye una obligación de medios con referencia al patrón de diligencia que supone la “lex artis”. La postura del Tribunal no tiene explicación salvo la de entronizar al seguro de asistencia sanitaria como factor de atribución de responsabilidad.

El voto particular emitido por el Magistrado D. Antonio Salas Carceller, es notablemente más correcto en términos jurídicos y de coherencia con la norma escrita e incide en una obviedad: la responsabilidad extracontractual de las compañías de asistencia sanitaria por hecho ajeno ex artículo 1903 CC no puede ser contractualizada con base en el artículo 105 LCS.

En definitiva lo que hace el voto particular es poner de manifiesto la necesidad de abordar una regulación unitaria de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, toda vez que la urgencia del caso concreto demuestra ser una vez más, causa suficiente para desvirtuar el correcto tratamiento fenomenológico de ambos sistemas.

6. Bibliografía

- Arroyo Abad *La responsabilidad civil en los seguros de asistencia sanitaria*, Thomson Reuters Aranzadi. 2016.
- Diez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Duodécima ed., Tecnos. 2012.
- Dominguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova. 2007.
- Yzquierdo Tolsada, «Cegueras producidas en niños nacidos prematuramente. (Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero (Sala Sexta) y 6 de mayo (Sala Primera) de 1998», en *Actualidad de Derecho Sanitario*, número 40, 1998, pp. 275 y ss.
- Yzquierdo Tolsada y Pirozzi, *Los problemas de la delimitación entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, en los sistemas español e italiano*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. 2016.
- Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, ed. Dykinson, Madrid, 2017.