LOS MUTUALISTAS DE MUFACE TIENEN UN AÑO PARA ACCIONAR CONTRA LAS ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS PROFESIONALES DE SUS CUADROS[1]

STS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 2015 (RJ 2015\4225)

Mª Carmen González Carrasco
Centro de Estudios de Consumo
Profesora acreditada Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 3 de diciembre de 2015

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. ¿Han de responder siempre las entidades de asistencia sanitaria por la actuación de los profesionales sanitarios de sus cuadros? 2. ¿Qué criterios de imputación de responsabilidad se han utilizado para condenar a las entidades aseguradoras que no asumen la prestación directa de los servicios sanitarios? 3. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? 4. ¿Por qué se sujeta entonces la prescripción de la acción de responsabilidad contra las entidades aseguradoras al plazo de un año? 5. Las aseguradoras de asistencia sanitaria dentro del contexto de (in)sostenibilidad del sistema sanitario.

INTRODUCCIÓN

En la STS (1ª) de 13 de octubre de 2015 tiene como objeto determinar si la relación entre el recurrente que pertenece como afiliado a MUFACE y la entidad sanitaria privada que eligió como prestadora de los servicios sanitarios es extracontractual o contractual, a fin de fijar el plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de daños. Se solicita la unificación de la doctrina por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

[1] Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

El demandante, mutualista de MUFACE, ejercitó acción de responsabilidad contractual, con base en el artículo 1101 del Código Civil, frente a la compañía aseguradora que había elegido para recibir la prestación de asistencia sanitaria, a fin de ser indemnizado por el fallecimiento de su hijo acaecida como consecuencia de la atención médica recibida en el servicio de urgencias del Hospital donde fue atendido. La aseguradora demandada se opuso al fondo de la cuestión y alegó, con carácter previo, la excepción de prescripción, en atención a que la acción que se ejercitaba tendría como fundamento la responsabilidad extracontractual y, cuando medió reclamación por primera vez, había transcurrido más de un año desde el fallecimiento del niño.

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante y declara que la relación entre los afiliados o beneficiarios de la Mutualidad y la Entidad concertada con esta es de naturaleza extracontractual, fijando como doctrina que "**la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año.**"

El presente comentario se estructura en cinco puntos. En el primer punto cuestionaremos la premisa mayor, esto es, la afirmación, no discutida en el recurso pero esencial en cuanto a la responsabilidad de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria que han firmado concierto con MUFACE, de que las entidades aseguradoras responden directamente frente a sus asegurados y beneficiarios por los daños ocasionados con ocasión de los servicios médicos prestados por los profesionales o centros sanitarios de sus cuadros médicos. En segundo lugar, repasaremos los criterios de imputación aplicados por la jurisprudencia para declarar tal responsabilidad. En el punto siguiente vamos a comprobar cómo la responsabilidad de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria evolucionó desde una inicial consideración extracontractual hasta una posterior consideración contractual, si bien empañada por la aplicación de la doctrina de unidad de culpa civil. Y finalmente, vamos a exponer las razones que explican la vuelta a la consideración extracontractual de la responsabilidad cuando los pacientes damnificados han acudido a los servicios sanitarios ofrecidos por la entidad aseguradora elegida dentro del sistema de cobertura sanitaria propia del mutualismo administrativo.

1-. ¿Han de responder siempre las entidades de asistencia sanitaria por la actuación de los profesionales sanitarios de sus cuadros?

La respuesta a la pregunta que se formula en este apartado requiere diferenciar las distintas situaciones en las que una entidad aseguradora de asistencia sanitaria cubre el riesgo asegurado.

Los artículos 105 y 106 de la LCS (Ley 50/1980) aparecen encabezados con el título "seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria", lo que parece indicar la existencia de dos seguros diferentes. Diversidad que es confirmada por el artículo 105 LCS, que distingue ambos seguros por el tipo de prestación que asume el asegurador, de forma que en el seguro de enfermedad el asegurador se obliga al pago de ciertas sumas o a los gastos de asistencia médica y farmacéutica derivados de la asistencia sanitaria, mientras que en el seguro de asistencia sanitaria de carácter directo el asegurador "asume directamente la prestación de unos servicios médicos y quirúrgicos". La referida confusión conceptual se refleja también en la práctica aseguradora. Por un lado, porque las compañías de seguros ofrecen un tipo de seguro de reembolso de gastos por asistencia sanitaria (seguro de reembolso de gastos médicos) pero que no se contrata como seguro de enfermedad propiamente dicho. De otro lado, porque las compañías aseguradoras ofrecen un seguro mixto en el que el asegurador se obliga de forma alternativa al reembolso de los gastos médicos o a la prestación de servicios sanitarios, denominándolo asimismo de asistencia sanitaria.

Los seguros de enfermedad, de acuerdo con el Texto refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre modificado por DF II de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario 41/2007, de 7 de diciembre) comprenden la asistencia sanitaria (y también la dependencia) prestada a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos. De acuerdo con estas tres modalidades, puede decirse, por lo tanto, que en España se dan dos grandes modalidades de seguro de enfermedad – seguro de asistencia sanitaria y seguro de subsidio por enfermedad, y que dentro del seguro de asistencia sanitaria existen tres modalidades:

1-. Seguro de reembolso de gastos. Se trata de la modalidad minoritaria (en España esta modalidad absorbe menos del 8% del negocio asegurador sanitario). Sigue la lógica del negocio asegurador y limita el compromiso de la compañía aseguradora a reembolsar con posterioridad los gastos que el asegurado haya pagado por la asistencia recibida y que él mismo se ha de buscar en caso de enfermedad. En la práctica este modelo funciona con "cuadro recomendado" lo que suele transformarlo en un seguro de asistencia sanitaria.

2-. Seguro de prestación de servicios médicos. Dentro de esta modalidad se encuentran a su vez dos variantes:

2.1- El seguro de asistencia sanitaria no directamente prestada por el asegurador, sino por personal sanitario de sus listas. Esta es la forma predominante de funcionamiento del seguro sanitario privado en España. En este es predominante la faceta *asegurativa*. En este caso, el ROSSP 1998, en su art. 25, establece únicamente que "…El programa de actividades deberá justificar los medios con que se llevará a cabo la asistencia, si los medios a emplear son de un tercero no asegurador, aportando el contrato, e informe favorable de las autoridades sanitarias a que se refiere el art. 12 LOSSP (Ministerio de Sanidad), que será cursada por la Dirección General de Seguros".

2.2.- El seguro de asistencia sanitaria directamente prestada por el asegurador. Integra la función aseguradora con la provisión de servicios, de tal modo que la compañía se obliga con sus asegurados a la prestación de determinados cuidados (según la cobertura de la póliza) y con ello se convierte en organizador y responsable de esa atención sanitaria, sea con medios propios o subarrendados, aunque eventualmente se contemplen supuestos de reembolso de determinados gastos aparejados al tratamiento, como prótesis etc. En este caso prima la faceta *sanitaria* de la entidad.

Estas dos submodalidades, cuya diferenciación es fundamental a los efectos de una correcta delimitación de sus responsabilidades y de su posición frente a los profesionales de sus cuadros, siguen confundidas en la normativa vigente y en la jurisprudencia sobre responsabilidad de las entidades por los profesionales y centros de sus cuadros[2].

La actividad que desarrolla la entidad aseguradora en el primer caso es esencialmente distinta a la realización de cualquier tipo de prestación médica o sanitaria[3]. Consiste en concertar con facultativos, con centros sanitarios o con ambos la disponibilidad de sus servicios respecto al beneficiario de la póliza suscrita con la entidad, y en hacerse cargo del coste generado por la utilización de aquellos servicios que se encuentran dentro del alcance de la cobertura de la misma. En este sentido, la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (texto refundido por RD Legislativo 6/2004, en adelante TRLOSSP) configura la actividad de las entidades de asistencia sanitaria como empresas aseguradoras y que, por ello, deben atenerse a los requisitos establecidos en la misma para obtener la autorización administrativa (cf. art. 5 TRLOSSP) y −dejando de lado determinadas actividades expresamente permitidas, cf. arts. 3.1 y 4 TRLOSSP− debe tener como único objeto social exclusivamente la práctica de operaciones de seguro (cf. art. 11 TRLOSSP).

[2] Sobre ello, GONZALEZ CARRASCO, MC. Algunas cuestiones acerca de los seguros de salud en España, Revista Aranzadi Civil nº 3, 2007, págs. 2691-2709.

[3] Como ha puesto de manifiesto el exhaustivo estudio de MIQUEL MARTÍN CASALS / JORDI RIBOT IGUALADA /JOSEP SOLÉ FELIU, "Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas", publicado por SEAIDA (*Cuadernos de Derecho y Seguro*), Madrid 2006.

Como regla general, dichas entidades no interfieren en las decisiones médicas o de tratamiento tomadas por los profesionales o centros sanitarios, libremente elegidos por el asegurado, entre los incluidos en el cuadro médico de la entidad.

Respecto a la ejecución material de los servicios incluidos en la póliza, la entidad aseguradora ni decide quién tiene que llevarlos a cabo, ni supervisa en modo alguno su actuación en relación con un concreto asegurado. Tampoco establece directrices o mecanismos que directa o indirectamente influyan sobre el quehacer profesional de los prestadores de servicios sanitarios que colaboran de modo estable con la entidad aseguradora.

Las entidades, por tanto, no se inmiscuyen en las decisiones clínicas, ni controlan el criterio adoptado por el facultativo responsable aunque ello pueda representar para la entidad un gasto objetivamente excesivo. Si bien también necesitan tomar medidas frente al aumento constante de los costes asistenciales, los cambios en los modos de gestión de servicio se han dirigido preferentemente a modificar la conducta del asegurado (a través de franquicias o copagos), pero no la conducta del facultativo o centro sanitario. Respecto a los instrumentos dirigidos al propio médico para hacerle partícipe de algún modo del "riesgo" de la mayor frecuentación, no ha adquirido carta de naturaleza entre nosotros el incremento de las ganancias de los facultativos relacionado con la reducción significativa de costes.

Por todo lo anterior, el paciente suscribe dos contratos diferentes, uno de seguro con la entidad aseguradora y otro de servicios sanitarios con los profesionales del cuadro. Parecidamente a lo que sucede en relación con adquisición de bienes o servicios por medio de tarjeta, la transacción efectuada es un contrato distinto a los diversos contratos que han dado lugar a que aquélla tenga lugar y que, acaso, no se hubiera producido de no poder disponer el cliente de la tarjeta como medio de pago. En el ámbito sanitario, también alguien puede actuar como financiador, sin por ello prestar el servicio que se financia ni quedar sujeto a los requisitos que la ley impone a los prestadores del servicio. En este sentido debe entenderse el art. 45 LOPS (Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias), a cuyo tenor las garantías de seguridad y calidad que impone esta ley son aplicables a todas las actividades sanitarias privadas, y en particular a las consultas de los profesionales que ejercen por cuenta propia, "con independencia de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento". En realidad, la contraprestación por el servicio prestado es debida por el paciente, pero, en virtud del contrato de colaboración aseguradora-médico y en la medida de la vigencia efectiva de la póliza, el médico que ha prestado el servicio lo ha hecho previa aceptación de una delegación solutoria de la deuda del paciente/asegurado a la entidad de seguros de asistencia sanitaria.

La falta de contenido de prestación de servicios médicos entre aseguradora y asegurado se expresa el texto del **Anteproyecto de Código Mercantil (Contrato de Seguro** (mayo 2014), que establece:

Artículo 583-28. Definición de seguro de enfermedad.

1. Por el seguro de enfermedad el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado.

La prestación del asegurador podrá consistir en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia sanitaria o en el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez, temporal o permanente, del asegurado como consecuencia de la enfermedad, o en caso de hospitalización u otras contingencias pactadas en la póliza relativas a la salud del asegurado. La prestación podrá consistir también en ***garantizar*** *al asegurado los servicios de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador* ***poner a disposición*** *del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste.*

Y añade*: "el asegurador también podrá obligarse a pagar directamente sus servicios a los prestadores sanitarios cuya atención se ofrezca en la póliza".*

2. ¿Qué criterios de imputación de responsabilidad se han utilizado para condenar a las entidades aseguradoras que no asumen la prestación directa de los servicios sanitarios?

La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso. La Sentencia de 16 de enero de 2012, que cita las de 4 de noviembre de 2010 -RJ 2010\7988-, de 4 junio 2009 y 4 de diciembre de 2007, realiza un repaso de tales criterios, ciertamente dispares:

a) **Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV C.**

La relación de dependencia existe en los supuestos de prestación directa de servicios sanitarios en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12

febrero 1990, RJ 1990\677). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo -siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad.

b) Responsabilidad de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica sobre la consideración de que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004; 17 de noviembre de 2004).

Estas sentencias parten de una interpretación literal del artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro, que como hemos visto, establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

c) Responsabilidad sanitaria con base en los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores.

Ejemplos de este criterio de imputación nos los brindan las siguientes sentencias. STS 2 de noviembre 1999: el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial; STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo. En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tendría carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación.

Este es un criterio también aplicado por la STS 2 de noviembre de 1999. Este tipo de responsabilidad suele conducir a una responsabilidad contractual de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual (ej. STS 21 de junio de 2006, culpa *in eligiendo* daños producidos por una actuación de la comadrona incluida en el cuadro sanitario de la aseguradora).

e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente puede aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (por todas, STS 4 de marzo de 2013, RJ 2013\2167) y relacionados con la suficiencia e idoneidad profesional objetiva de los profesionales de los cuadros.

3-. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

La evolución de la jurisprudencia en la caracterización de la responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria como contractual o extracontractual ha evolucionado de forma irregular.

Hasta el año 1999, el ya TS consideró que la responsabilidad era extracontractual. Pero entonces, las sentencias que declararon tal tipo de responsabilidad analizaba al menos la relación de "dependencia" [4] entre las entidades y los profesionales o centros sanitarios, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes en el caso y decidiendo en consecuencia.

Así, por ejemplo, se analizaba si el médico empleó medios propios o puestos a su disposición por la compañía de seguros de asistencia sanitaria, o cuáles eran los términos del contrato existente entre la entidad y el facultativo. Ello le permitía apreciar la existencia del mencionado vínculo de dependencia, si así se desprendía de las

[4] Miquel Martín Casals / Jordi Ribot Igualada /Josep Solé Feliu, *Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Madrid, SEAIDA, 2006.

circunstancias del caso (como en la STS 12.2.1990 [RJ 1990\677]), o rechazándolo, en el supuesto contrario (como en el caso de la STS 27.9.1994 [RJ 1994\7307]).

En una segunda etapa, sobre todo a partir de 1999, se comenzó a sustentar la relación de dependencia únicamente en la necesidad del asegurado de elegir de entre los médicos del cuadro (así, las SSTS 2.11.1999 [RJ 1999\7998] y 10.11.1999 [RJ 1999\8057]), prescindiendo asimismo del último presupuesto de responsabilidad del artículo 1903.4 CC: que el dependiente actúe en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas, lo que implica que el dependiente debe actuar en el ejercicio de unas competencias o funciones conferidas por el principal, que tengan que ver con la actividad de su empresa. Sin embargo, las entidades de seguros de asistencia sanitaria cumplen funciones propias del contrato de seguro, mientras que los facultativos y los centros hospitalarios realizan las prestaciones propias de los contratos de servicios médicos o servicios hospitalarios.

Desde mediados de la pasada década hasta la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo había optado por desentenderse de la caracterización contractual o extracontractual de la responsabilidad de la entidad aseguradora mediante la conocida teoría de la "unidad de culpa civil". Sin embargo, en las últimas sentencias se observaba una clara tendencia a declarar que la responsabilidad de la entidad es de base "nítidamente contractual", derivada de una póliza de salud, por lo que su plazo de ejercicio es el previsto en el artículo 23 Ley de Contrato de Seguro.

Según la STS 22 de julio de 2010, la *malapraxis* cometida por los profesionales del cuadro, a quien considera auxiliares en el cumplimiento del contrato de seguro, ha de considerarse signo revelador de un incumplimiento de contrato por parte del asegurador; y según la STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784), que incluso aplica el recargo del art. 20 LCS por la demora en la obligación de indemnizar los daños reclamados, "la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual y contractual, ….al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero… Además, la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora dentro de los que pone a su disposición, ….Estamos ante unas prestaciones

que resultan del contrato de seguro, …conforme resulta del artículo 105 LCS , ….la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, **como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida**, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la **garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad**".

En mi opinión, no debe declararse la responsabilidad extracontractual de las entidades de seguros de asistencia sanitaria, por los hechos de los profesionales sanitarios o centros hospitalarios no ligados a aquéllas más allá de la organización del cuadro médico y posterior remuneración de los servicios por aquéllos previa facturación de éstos. Pero cabe derivarla en la esfera contractual en los casos de publicidad de aseguramiento de resultado, y también en los casos en que la compañía aseguradora haya concertado la asistencia con organizaciones (en los casos en que el establecimiento sanitario se encuentre en un caso de responsabilidad por el art. 148 TRLCU) o profesionales individuales (que incurran en supuesto de negligencia médica) en los que objetivamente no concurran las condiciones exigidas por la LOPS (p.ej. no sean especialistas, sean objeto de repetidas demandas, o no se encuentren en el Registro de profesionales creado por RDLey 16/2012 (de medidas urgentes de sostenibilidad del SNS) y regulado en el RD 640/2014, de 25 de julio, en virtud de la previsión contenida en la Ley 16/2003 de calidad y cohesión del sistema nacional de salud y el art. 5.2 de la LOPS 44/2003. Sin embargo, en esta última sentencia de 13 de octubre de 2015, el TS vuelve a considerar que la responsabilidad de la entidad aseguradora tiene carácter extracontractual. ¿Qué es lo que cambia en este caso las soluciones anteriormente apuntadas?

4-. ¿Por qué se sujeta entonces la prescripción de la acción de responsabilidad contra las entidades aseguradoras al plazo de un año?

La doctrina que se contiene en esta sentencia responde a una doble razón. En primer lugar, a la necesidad de equiparar la protección de los mutualistas administrativos que optan por obtener las prestaciones sanitarias integrantes de la cartera de servicios del SNS mediante el sistema de concierto público con entidades aseguradas privadas a los asegurados y beneficiarios de la asistencia sanitaria pública. Aunque la jurisdicción contencioso-administrativa considera que, a través de MUFACE, la Administración "no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y *en el ámbito de una relación*

establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede desconocer" (SSTS cont. de 25 de enero de 2001, 4 diciembre 2012) no tenía ninguna justificación que un plazo mayor (ya sea el de quince años - cinco tras la entrada en vigor de DF 1ª de la Ley 42/2015- propio de la responsabilidad contractual sin plazo específico según el art. 1964 CC, ya sea el de cinco años que ya contemplaba antes el artículo 23 de la Ley de Contrato de seguro), viniera a sumarse a las ventajas de libre elección entre la sanidad pública y la privada que ya asiste a los funcionarios civiles del Estado.

Puesto que el mutualismo administrativo asume la prestación de asistencia sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social, la relación derivada del concierto anual entre MUFACE y las entidades aseguradoras es un contrato en el que la Administración contratante encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia. Por ello, el TS (Sala 1ª) fija como doctrina que «la acción que ejercite el mutualista funcionario del Estado contra la entidad con la que haya concertado su mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año», que es el que fija el Código Civil para la responsabilidad extracontractual. Esta solución no es únicamente el producto de una regla técnica, sino que también coincide con el plazo de que dispondría cualquier otro asegurado o beneficiario del SNS ajeno al mutualismo administrativo, por ser el que fija el artículo el art. 142.5 de la Ley 30/1992 de la LRJAP y PAC, de forma idéntica la solución que regirá cuando entré en vigor el art. 67 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para las solicitudes de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su apartado 1, dispone: "Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público". Con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a)], figurando entre las obligaciones del contratista la de "indemnizar los daños que se causen a terceros –extracontractuales, por lo tanto- como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración" (artículo 256.c). Y con esta consideración han pasado al Texto Refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (arts. 8.2 y 172. c).

En tercer lugar, la equiparación de plazos que realiza la sentencia de 13 de marzo desde 2015 es, sin perjuicio de las desgraciadas circunstancias que rodean al caso, acertada por una razón que quizá no haya sido tenida en cuenta a la hora de ser dictada: la importancia del régimen del aseguramiento sanitario privado, y en especial, del derivado en el mutualismo administrativo, en la sostenibilidad de nuestro sistema sanitario.

5-. Las aseguradoras de asistencia sanitaria dentro del contexto de (in)sostenibilidad del sistema sanitario.

En nuestro país, el Servicio Nacional de Salud (SNS) (el asegurador público universal) coexiste con un mercado de seguros privados, en su mayoría de contratos de seguros de asistencia sanitaria, que sustituyen (mutualismo administrativo) o suplementan (seguros complementarios a la sanidad pública) las prestaciones del SNS. En la actualidad, casi nueve millones de españoles cuentan con un seguro privado de asistencia sanitaria. De la cifra total, algo menos de 2 millones es la cifra (en descenso) de funcionarios públicos asegurados o beneficiarios de éstos a través del mutualismo administrativo que, tras una etapa de vacilaciones, ha sobrevivido en virtud de la DA 6ª de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE de 5 de octubre de 2011). De esos casi dos millones de personas (titulares y beneficiarios) acogidos al mutualismo funcionarial, el 81,75% ha elegido en el año 2014 una de las únicas cuatro entidades de seguro privado concertadas en la actualidad con MUFACE.

Por otra parte, el debate sobre la asistencia sanitaria privada del colectivo de funcionarios de MUFACE y otras mutualidades públicas que planeó sobre la tramitación de la Ley General de Sanidad terminó con el afianzamiento de dicho sistema porque las condiciones económicas de los conciertos anuales son extremadamente duras para las entidades firmantes, reducidas ya a cuatro en 2015, en contraste con el ahorro en asistencia privada pública que suponen los casi dos millones de mutualistas que han optado por la asistencia privada en esta modalidad[5].

Los analistas económicos de la salud consideran deseable el mantenimiento del mutualismo administrativo dentro del sistema sanitario. Es difícil que el ingente crecimiento de costes del sector sanitario en los países desarrollados (fundamentalmente

[5] Al Estado, este sistema le es más económico en un 30 por ciento; y sin riesgo de incrementarse en número de afiliados (al contrario de lo que ocurre en la Seguridad Social), además de restarle carga asistencial a los sistemas sanitarios de las Comunidades Autónomas.

derivado de la implantación de nuevas tecnologías y el envejecimiento de la población) pueda verse sufragado exclusivamente con los presupuestos públicos[6]. Qué duda cabe que ello puede redundar en beneficios en términos de equidad si todos contribuyen al seguro público, pero dos millones de funcionarios y sus familias satisfacen sus prestaciones sanitarias privadamente[7]. Por ello, junto con una adecuada financiación pública que crezca al mismo ritmo que el gasto de las prestaciones sanitarias garantizadas que soportan las aseguradoras concertadas (cada vez más sofisticadas y complejas), una adecuada regulación de las peculiaridades del seguro de asistencia sanitaria y la adecuación a una regulación específica de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de las aseguradoras por actos médicos del personal sanitario de sus listas contribuiría a incentivar este papel fundamental del seguro privado de salud como coadyuvante de la sostenibilidad del sistema sanitario en su conjunto.

Una buena forma de fomentar los ya mermados conciertos de asistencia sanitaria privada es, en efecto, promover la igualdad de trato de estas entidades con el propio INSS que las utiliza como instrumento para la satisfacción de las prestaciones de la cartera de servicios. Esta igualdad, correlativa a otras cargas de las entidades en el régimen del mutualismo administrativo[8], pasa necesariamente por la equiparación de los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad (que es lo que subyace en la solución de la STS 13/2015 que comentamos), aunque la equiparación tampoco puede ser total[9]. No puede serlo por la diversidad de Órdenes jurisdiccionales que concurren en los supuestos de responsabilidad médica en función del carácter público o privado de la asistencia sanitaria recibida. Los pacientes damnificados por actuaciones sanitarias realizadas de forma directa por los servicios públicos de salud no pueden exigir por la vía civil –salvo si es derivada de delito- la responsabilidad de los

[6] Aunque referido a la situación de 2009, vid. "El papel cambiante de las aseguradoras sanitarias" elaborado por Pricewaterhouse Coopers sobre la situación de los seguros de salud en diez países del mundo, entre ellos España.*http://www.pwc.com/en_US/us/healthcare/assets/health_choices-elecciones_saludables9-07.pdf*

[7] (BESLEY y COATE, «Public Provision of Private Goods and the Redistribution of Income», *American Economic Review*, 81:979-84. 1991).

[8] Inexistencia de períodos de carencia, períodos de cobertura tácita de atención al recién nacido (1 mes frente a los diez días de algunas pólizas privadas) sin carencia, continuidad asistencial con el mismo facultativo tras los doce meses posteriores a su baja del cuadro y con el mismo hospital que causa baja mientras persista la dolencia, exigencia de urgencias, obligación de adecuarse a los medios de diagnóstico y tratamiento implantados durante el concierto por el sistema público, entre otras.

[9] A pesar de que la responsabilidad del contratista frente al perjudicado sea de carácter civil, se muestra favorable a la igualdad de trato en régimen de responsabilidad, Rebollo Puig, M. "La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos". VII Congreso "Derecho y Salud" (Asociación de Juristas de la Salud): Nuevas perspectivas sobre la responsabilidad (Santiago de Compostela, noviembre de 1999) publicado en DS Vol. 8, Núm 1, Enero-Junio 2000.

profesionales al servicio de la sanidad pública que hayan realizado el acto de *malapraxis* originante del daño[10], mientras que los mutualistas de MUFACE que acuden a un servicio médico de los ofrecidos por la entidad aseguradora elegida deben reclamar por esta vía civil, si bien, tras esta doctrina sobre el carácter extracontractual de la responsabilidad de las aseguradoras concertadas con MUFACE y los profesionales de sus cuadros, el plazo de que disponen es igualmente el de un año (art. 1.968 CC). Y a la inversa, en este caso la vía que se cierra a los mutualistas es la de responsabilidad patrimonial administrativa, según la jurisprudencia contencioso-administrativa que hemos expuesto anteriormente; con la conclusión de que a diferencia de lo dispuesto para las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, las entidades de asistencia sanitaria concertadas con MUFACE responden como contratistas conforme a las reglas del derecho privado y sometidas a la competencia de la jurisdicción civil (arts. 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Pero más importante todavía para la consecución de este objetivo de equiparación de trato es la negación de un nexo contractual entre los mutualistas y las entidades concertadas elegidas para la prestación del servicio sanitario propio de la cartera de prestaciones de la Seguridad Social. No olvidemos que la jurisprudencia civil sobre la responsabilidad contractual de las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria por los daños sufridos por los asegurados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por los profesionales centros de sus cuadros conlleva consecuencias muy negativas de cara a su mantenimiento como coadyuvantes del INSS y, por ende, de la sostenibilidad del sistema. No sólo por la inseguridad del plazo de prescripción (uno, quince o cinco años, dependiendo del distinto criterio las Audiencias, unificado ahora en parte por la DF 1ª de la Ley 42/2015), sino también y sobre todo, por una doctrina errática que, en el

[10] Según el régimen diseñado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) -modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero cuyas soluciones han permanecido inalteradas por las leyes 39/2015 y 40/2015 en este punto-, por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), por el artículo 9.4 LOPJ -en la redacción dada por Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio- y por el artículo 121 CP, la responsabilidad por los daños causados por personal a su servicio se exigirá directamente a la Administración (art. 145.1 LRJ-PAC), siendo la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de la cuestión [art. 2 e) LJCA], El personal al servicio de las Administraciones públicas no puede ser demandado ante la jurisdicción civil en exigencia de su responsabilidad civil. Ello había de concluirse a la vista del artículo 9.4 LOPJ - redacción de 1998-que establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, y resultó ratificado en la redacción del artículo 146 LRJ-PAC introducida por la Ley 4/1999 que ya no habla de una responsabilidad civil y penal del personal al servicio de la Administración, exigibles según la legislación correspondiente, sino únicamente de responsabilidad penal y civil derivada de delito (Extensamente, sobre ello vid. ASÚA GONZÁLEZ, C.I. a lo largo del capítulo "Responsabilidad médica" en Tratado de la responsabilidad civil (Reglero Campos dir.), 5ª ed. Aranzadi 2014).

contexto de dicha responsabilidad contractual, impone a la aseguradora el recargo de demora del art. 20 LCS cuando no satisface la indemnización de procedencia no dudosa por daños reclamada por el paciente (STS 16 de enero de 2011, RJ 2012\1784).