

EL SEGURO DE ENFERMEDAD TRAS LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

THE HEALTH INSURANCE AFTER THE NEW PROPOSALS
OF THE INSURANCE CONTRACT LAW REFORM

MANUEL I. MORÁN ARIAS

Doctorando en el Programa de Derecho y Ciencias Sociales. UNED

Resumen: El concepto de seguro de enfermedad siempre ha sido un tema problemático desde la aprobación de su Ley reguladora. Es difícil precisar si nos encontramos ante una sola modalidad contractual o dos figuras diferenciadas que cubren un mismo riesgo. Las nuevas propuestas de reforma de la Ley de contrato de seguro tratan de poner fin a estas discusiones.

Abstract: The concept of health insurance has always been a problematic issue since the adoption of the regulatory law. It is difficult to say whether we have a single contractual arrangement or two differentiated figures covering the same risk. The new proposals of the Insurance Contract Law reform put an end to these discussions.

Palabras clave: seguros, seguros de enfermedad, concepto.

Keywords: insurance, health insurance, concept.

Recepción original: 30/05/2016.

Aceptación original: 10/10/2016.

Sumario: I. Introducción. II. Los seguros privados de enfermedad y asistencia sanitaria en la Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro. III. Teorías sobre el concepto de seguro de enfermedad. IV. Naturaleza del riesgo asegurado en los seguros de enfermedad.

V. El nuevo concepto de seguro de enfermedad tras las propuestas de reforma de Ley de contrato de seguro. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Regulados en la Sección Cuarta, Título III de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro, más concretamente en sus artículos 105 y 106, los seguros privados de enfermedad y asistencia sanitaria tal y como son concebidos por la propia Ley, han visto incrementada su contratación en los últimos años en nuestro país de manera significativa. Debido a la situación de reorganización actual del sistema de salud pública nacional, aún se prevé que esta demanda continúe en crecimiento en los años venideros, siendo por ello necesario contar con una correcta regulación que pueda facilitar la contratación de este seguro, protegiendo los intereses de ambas partes contratantes.

A pesar de la importancia del riesgo que asegura, ambas modalidades contractuales –o contrato único con variación en su prestación para algunos autores– gozan de una escasa e insuficiente regulación en la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro. Esta realidad ha generado la polémica doctrinal de plantear la dualidad o unidad de dicha modalidad de seguro, su adecuado encuadramiento dentro de la categoría de seguros de personas y la consiguiente adecuación del sometimiento de los seguros que cubren el riesgo de la salud a los principios rectores de esta categoría.

Aunque es unánimemente reconocida por la doctrina la notable perfección técnica de nuestra ley reguladora del Contrato de Seguro, norma que ha representado para el sector asegurador uno de sus principales motores de desarrollo, más de 30 años después de su publicación existe la evidente necesidad de modernizar el sector de acuerdo a la realidad del mercado europeo. Por ello, con fecha de 8 de abril de 2011, quedó a la espera de ser aprobado el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, texto que pretendía dotar al sector de una nueva regulación adecuada a los tiempos presentes. A pesar de su conveniencia la aprobación de esta Ley no parece viable en un futuro inmediato, menos cuando en la actualidad el deseo del legislador es actualizar la legislación mercantil de una manera unificada.

Dicha regulación, que abordaba determinados aspectos que requerían una revisión profunda, se enfrentaba a los problemas planteados por el seguro de enfermedad en su capítulo IV, artículo 95, rubricado

bajo el título *seguros de enfermedad*, prescindiendo por lo tanto de la diferenciación con el seguro de asistencia sanitaria que hace la vigente ley de 1980. Con este nuevo planteamiento se da a entender que en el seguro de enfermedad las distintas prestaciones a las que puede verse obligado el asegurador no determinan que nos encontremos ante dos seguros distintos, sino ante un único seguro que cubre el riesgo de la enfermedad mediante prestaciones diferentes.

No ha sido el citado el único procedimiento de revisión al que se ha visto sometido el contrato de seguro en los últimos años. Tras un largo proceso llevado a cabo por expertos en la materia y aprobado el 30/5/2014, el Anteproyecto de Código Mercantil recoge el contrato de seguro en su Título VI, artículos 581-1 y siguientes. Continuando con las ideas reformistas planteadas en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, los artículos 583-28 y 583-29 relativos al seguro de enfermedad, fijan con precisión el nuevo concepto de este contrato –entendiéndose que estamos ante un contrato único con diversas prestaciones– pero dejan aún de manera insuficientemente regulada la realidad de esta modalidad aseguradora¹.

El dilema que plantea la naturaleza jurídica de este contrato no es una cuestión meramente teórica o dogmática, sino que reviste una evidente trascendencia práctica: su correcto encuadramiento dentro de las categorías aseguradoras que la Ley prevé, determinará con claridad qué normas deben aplicarse a esta figura contractual y es este un problema que aún hoy no está debidamente solucionado.

¹ Las nuevas propuestas de regulación configuran el seguro de enfermedad de la siguiente manera: «*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». La redacción de los Anteproyectos de Ley de Contrato de seguro en su artículo 95 y del Anteproyecto de Código Mercantil en su artículo 583-28 es prácticamente idéntica, añadiéndose en este último

El asegurador también podrá obligarse a pagar directamente sus servicios a los prestadores sanitarios cuya atención se ofrezca en la póliza.

II. LOS SEGUROS PRIVADOS DE ENFERMEDAD Y ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY 50/1980 DE 8 DE OCTUBRE DE CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro², define el contrato de seguro como *aquel por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de la cobertura a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.*

Utilizando como base esta definición, a lo largo del texto el legislador la hace extensiva a las distintas modalidades aseguradoras que tipifica, delimitando en los correspondientes artículos de cada variante contractual el riesgo al que el asegurador presta cobertura.

El artículo 1 LCS además, realiza una distinción o clasificación entre seguros en los que el asegurador se obliga a indemnizar el daño producido al asegurado, seguros en los que el asegurador se obliga a satisfacer un capital o una renta, y aquellos en los que la compañía aseguradora queda obligada a realizar otras prestaciones convenidas con el tomador del seguro. La definición del artículo uno tiene un alcance general para toda modalidad aseguradora, independientemente de que cada contrato de seguro pueda tener funciones diversas o de que el asegurador quede obligado a llevar a cabo diferentes prestaciones.

A pesar de esta triple distinción incluida en el primer artículo de la LCS, el legislador finalmente optó por llevar a cabo una doble clasificación en función del riesgo asegurado, quedando de esta manera los distintos tipos de seguros encuadrados en las categorías de seguros de daños y seguros de personas³. Si el riesgo, esto es, la posibilidad de

² En adelante LCS.

³ Desde antiguo, se discute sobre la propia naturaleza del seguro entre los partidarios de la teoría unitaria o indemnizatoria y los defensores de las teorías dualistas. Para los primeros, todos los contratos de seguro tienen la misma causa: la función indemnizatoria, ya sea fijando la valoración del siniestro una vez acaecido según sus consecuencias, o ya sea de manera subjetiva como sucede con la vida humana, fijando a priori el valor de esa indemnización. Para los defensores de la teoría dualista la función indemnizatoria nunca existe en los seguros de vida para caso de muerte o supervivencia, pues si bien la producción del siniestro puede provocar un daño, no es necesario que así sea. En todo caso, el asegurador ha de cumplir con la prestación incluso aunque se origine un beneficio patrimonial. No hay una relación entre la prestación a realizar y las consecuencias que ha generado la producción del siniestro, pues el pago de la prestación se llevará a cabo haya existido daño o no. Este debate es tratado ampliamente en BATALLER GRAU, J.; LATORRE CHINER, N.; OLAVA-

que se produzca el evento dañoso que afecta a la cobertura del asegurador incide sobre bienes materiales, rendimientos económicos, gastos, pérdidas o deudas del asegurado el seguro es contra daños. Si por el contrario afecta a la existencia, integridad corporal o a la salud del asegurado el seguro será considerado de personas.

La opción tomada por el legislador en nuestra Ley de Contrato de Seguro, bien podría haber sido sustituida quizá por la más acertada clasificación que distingue las diversas modalidades aseguradoras en seguros de indemnización efectiva y seguros de sumas.

Según esta clasificación⁴, los seguros de indemnización efectiva o de «concreta cobertura de necesidad», son aquellos en los que el asegurador se obliga a satisfacer una determinada necesidad económica al asegurado, únicamente por el daño sufrido y con el límite representado por la suma asegurada. Esta función de indemnización efectiva es la que habitualmente cumplen los seguros contra daños. Aún así, encontramos en esta categoría excepciones, como la representada por el seguro de defensa jurídica por el que el asegurador puede quedar obligado no sólo a reembolsar al asegurado los gastos llevados a cabo para la defensa jurídica de sus intereses, sino a prestarle los servicios necesarios para cumplir esta función según lo pactado en el contrato⁵.

Son seguros de sumas aquellos en los que el asegurador se obliga a entregar una cantidad económica determinada al asegurado, fijada libremente por las partes al celebrar el contrato, y que el asegurador deberá abonar con independencia del daño sufrido por el asegurado. El importe a percibir por parte del asegurado se fija a priori, debido a la dificultad de concretar una valoración efectiva de las consecuencias acaecidas con la realización del siniestro. El seguro de vida, por su funcionamiento, es el prototipo de seguro de personas que se corresponde a la perfección con la definición de seguros de sumas, pero dentro de los seguros de personas los seguros de accidentes y de enfermedad pueden también cumplir una función indemnizatoria o de reparación, característica de los seguros contra daños, con respecto a lo que se refiere a los gastos de asistencia sanitaria.

RRÍA IGLESIAS, J. *Derecho de los seguros privados*. Marcial Pons, Madrid. 2007, págs. 150 y ss.

⁴ Así lo expone GARRIGUES, J. en *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª edición, Madrid, 1983, pág. 47 siguiendo la clasificación de BRUCK, E. en su obra *Das Privatversicherungrecht*.

⁵ Así lo señala MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. en *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2002, pág.15.

La correcta clasificación de los seguros según su funcionamiento sería esencial para evitar problemas en la práctica, pues la Ley ha previsto una serie de disposiciones generales aplicables a todos los seguros, y unas disposiciones que regulan el funcionamiento de los seguros de daños y de personas de manera concreta. De esta manera, es inevitable que se susciten conflictos cuando un seguro calificado por la Ley como seguro de personas, que goza de una normativa específica para su categoría, funciona en la práctica como un seguro de daños, cosa que ocurre con los seguros de enfermedad en su modalidad de reparación de gastos y de prestación de asistencia sanitaria.

Son los artículos 105 y 106, encuadrados en la Sección 4.^a, Título III o de Seguro de personas de la LCS, los encargados de regular los denominados seguros de enfermedad y asistencia sanitaria. Tal y como ocurre con el resto de modalidades aseguradoras, los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria no son específicamente definidos en estos artículos, ya que únicamente se encargan de precisar el riesgo asegurado. De esta manera, la ley establece que *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.*

Desde su publicación, la redacción de estos preceptos ha generado diversos problemas interpretativos, no resueltos nunca de manera satisfactoria. Si bien el legislador sigue la tónica general llevada a cabo con el resto de figuras contractuales, en el artículo 105 se ha dotado a esta modalidad de una naturaleza especial no exenta de problemas ya que, tras precisar el riesgo asegurado, el legislador se detuvo a enumerar las prestaciones que pueden ser asumidas por el asegurador en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta especialidad abrió un importante debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de este seguro y su posible dualidad -entendiendo como figuras diferenciadas el contrato de seguro de enfermedad y el seguro de asistencia sanitaria- o su consideración como una figura unitaria con pluralidad de prestaciones que pueden ser asumidas por la compañía aseguradora.

No son estas las únicas dudas que plantea la lectura de estos dos artículos. La falta de definición sobre qué debe ser entendido por enfermedad a la hora de precisar el riesgo, o la falta de un régimen propio que respete sus particularidades frente a los seguros de accidentes a los que la LCS remite en su artículo 106, hace de los seguros que

cubren el riesgo de la salud en España, una de las figuras más contratadas y a su vez más insuficientemente reguladas por nuestro ordenamiento jurídico.

III. TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE SEGURO DE ENFERMEDAD

Uno de los aspectos que mayor debate doctrinal ha suscitado a lo largo de los más de 30 años de vigencia de la Ley de Contrato de Seguro, ha sido el del propio concepto del seguro de enfermedad como modalidad contractual única o diferenciada del seguro de asistencia sanitaria.

Parece que, a pesar de que la LCS aún mantiene en su Sección Cuarta la separación entre ambas figuras, la perspectiva futura tenderá a una regulación unitaria dotando a este tipo asegurador de un concepto más preciso, como posteriormente se verá. Aún así, tal y como fue recogido en el Anteproyecto de Ley⁶ y posteriormente trasladado a la redacción del artículo 105, el concepto legal de este tipo de seguro da sin lugar a dudas origen a confusiones.

Ha sido siempre difícil precisar si nos encontramos ante una sola modalidad contractual que presta cobertura a un único riesgo, esto es, la enfermedad –concediendo el legislador a la compañía aseguradora la facultad de cumplir con sus obligaciones por medio de diversas prestaciones– o si nos encontramos ante dos figura autónomas con naturaleza propia siendo los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria dos modalidades distintas que tienen por objeto asegurar un mismo riesgo, esto es, la enfermedad.

Ante dicha problemática, hasta ahora, no ha existido la posibilidad de llegar a un auténtico acuerdo doctrinal al respecto. Una parte

⁶ En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 1969, los artículos 138 y 139 quedaban encuadrados bajo la denominación «seguros de enfermedad» de manera única, regulando pues así un único seguro que quedaba diferenciado por los tipos de prestaciones a los que el asegurador podría verse compelido. En el trámite parlamentario y como consecuencia del auge práctico e importancia que en nuestro país ha tenido siempre la modalidad prestacional de asistencia sanitaria, finalmente quedaron distinguidos de manera confusa en el cuerpo de la Ley como «seguros de enfermedad» y «de asistencia sanitaria» así lo señala SÁNCHEZ CALERO, F. en «Seguros de enfermedad y asistencia sanitaria», en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.); TIRADO SUÁREZ, F. J.; TAPIA HERMIDA, A. J.; FUENTES CAMACHO, V., *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 4.º edición, 2010, págs. 2151 y ss.

importante de la doctrina⁷ afirma que a pesar de la confusión que genera la redacción del artículo citado, lo que el legislador perseguía era hacer referencia a un único riesgo, el riesgo de enfermedad. Otros autores⁸ reconocen la posible separación de ambas figuras legales no en base al riesgo, que en ambos casos es exactamente el mismo, sino en base a las diversas formas que tiene de atenderse desde la perspectiva de la actuación del asegurador. Una última corriente doctrinal⁹ considera ambas modalidades contractuales de manera separada y con autonomía propia, pudiendo ser el riesgo de enfermedad asegurado de esta manera bien por seguros de enfermedad o bien por seguros de asistencia sanitaria.

Siguiendo esta última teoría, pues, los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria, tal y como la dicción de la Ley en sus artículos 105 y 106 han puesto de manifiesto, serían dos seguros diferentes atendiendo a su cobertura y sus prestaciones. La LCS concede al seguro de asistencia sanitaria su carácter de especialidad por el hecho de que a diferencia de la casi totalidad de los tipos de seguros que regula, en esta modalidad se detiene a precisar la peculiar naturaleza de la prestación que asume el asegurador, en cuanto a prestación de servicios o de asistencia. Sería para algunos autores pues, un seguro que se caracteriza no sólo por el riesgo al que presta cobertura sino también por la naturaleza de la prestación que asume el asegurador¹⁰.

Aunque la prestación a la que se ve obligado el asegurador en esta modalidad contractual es poseedora de peculiaridades y problemas propios que otorgan a esta figura un carácter especial, es a nuestro modo de ver incorrecto afirmar que nos encontramos ante dos seguros diferentes¹¹.

Regular dos modalidades totalmente diferenciadas no fue el propósito originario del legislador en el Anteproyecto de Ley del año

⁷ En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.); TIRADO SUÁREZ, F. J.; TAPIA HERMIDA, A. J.; FUENTES CAMACHO, V., *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, op. cit. o VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad su cobertura y sus prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, CUADERNOS SEAIDA 6, 2011, págs. 17-19.

⁸ MARCO ARCALÁ, L. A., *Seguros de Personas*. Aspectos generales, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pág. 55.

⁹ Tesis defendida por MARTÍNEZ GIJÓN MACHUCA, P. en su obra *El seguro privado de asistencia sanitaria*, op. cit., 2002.

¹⁰ MARTÍNEZ GIJÓN MACHUCA, P. en su obra *El seguro privado de asistencia sanitaria*, op. cit. pág. 11.

¹¹ En este sentido VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad su cobertura y sus prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, op. cit., pág. 17.

1969, a pesar de que la diferenciación surgió en el trámite de elaboración parlamentaria, motivado especialmente por la tradicional práctica española de llevar a cabo este seguro¹².

Efectivamente en los siglos XIX y XX de manera desconocida en otros países salvo en Portugal¹³, la previsión individual ante los riesgos inherentes a la pérdida de salud, fue típicamente prestada en sistema de iguales o igualitarios médicos en nuestro país.

En este sistema del igualatorio médico, un profesional de la medicina y más tarde un conjunto de profesionales ofrecían asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica regular a cambio de una cuota periódica conocida como iguala.

La prestación de asistencia sanitaria en caso de necesidad se llevaba a cabo mediante un contrato de arrendamiento de servicios en sentido amplio¹⁴ y no en base a la actividad propia del negocio asegurador como ocurre hoy en día –a pesar de sus evidentes similitudes-. En aquél momento, el sometimiento a la práctica aseguradora de un riesgo como el de la salud humana era ampliamente rechazado al considerar al cuerpo de la persona como algo no susceptible de sometimiento al tráfico mercantil¹⁵.

La deficiente situación de la sanidad pública en España, tardíamente aparecida y muy lentamente desarrollada, provocó que los igualatorios médicos estuvieran fuertemente implantados en nuestra sociedad permitiendo el acceso a la asistencia sanitaria a amplias capas de la población española¹⁶.

Con el paso de los años y la adaptación de la actividad aseguradora a distintos marcos normativos, la posibilidad de prestar la atención médica en régimen de seguro acabó por sustituir definitivamente la práctica de las igualas. Con esta adaptación se dio paso a la realidad

¹² Así lo recuerda, VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad su cobertura y sus prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, op. cit., pág. 17.

¹³ SERRANO GUIRADO, E. *El seguro de enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, 1950, pág. 44.

¹⁴ Así lo ponen de manifiesto CARBAJO CASCÓN, F. *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012, págs. 4-10 y NUÑEZ LOZANO, C. *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y Liberalización*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Derecho Público «García Oviedo». Madrid-Barcelona, 1999, págs. 26-30.

¹⁵ CARBAJO CASCÓN, F. *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, op. cit., pág. 4.

¹⁶ CARBAJO CASCÓN, F. *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, op. cit., pág. 10.

que hoy conocemos, provocando en nuestra LCS una confusa dualidad entre seguros de enfermedad y asistencia sanitaria.

Por su parte, los seguros llamados propiamente de enfermedad son mucho más comunes y extendidos en los países del entorno europeo. Son éstos seguros a través de los cuáles el asegurador se obliga a realizar el desembolso de una cantidad a tanto alzado fijada en la póliza cuando el asegurado lo requiera al ser afectado por una enfermedad o dolencia de las que el contrato ofrece cobertura, o al pago de los gastos que la asistencia sanitaria necesitada por el asegurado le hayan acarreado dentro de los límites y condiciones contractuales fijados. Por medio de estos seguros, el asegurado será quien con carácter previo incurra en una necesidad económica o en un efectivo gasto de atención, médico o farmacéutico que será posteriormente reembolsado dentro de los límites contractuales por el asegurador en cumplimiento de sus obligaciones.

Si atendemos a la distinción que la Ley española realiza al respecto, los seguros de asistencia sanitaria serían aquellos por los que el asegurador se obliga a prestar directamente los servicios médicos, quirúrgicos y sanitarios necesarios para el restablecimiento de la salud del sujeto asegurado.

Si bien como se ha expuesto no parece correcto realizar dicha distinción, pues no era esta la intención original del legislador, dicha diferenciación es fruto de la práctica habitual española en este ámbito por medio de los igualatorios médicos. Esta institución precedente de los seguros de enfermedad en su modalidad de asistencia sanitaria, es una práctica genuinamente española, detonante de la consideración de los seguros de asistencia sanitaria como una modalidad contractual única y separada del seguro de enfermedad con el que comparte riesgo.

Si se realiza un estudio comparado con los países de nuestro entorno, se aprecia que la dualidad contractual en esta figura aseguradora no se reconoce en ningún ordenamiento jurídico salvo en el nuestro, siendo los seguros de enfermedad en Europa una modalidad única, con las peculiaridades que cada legislación reconoce a este contrato en su ejercicio práctico.

A pesar de que España y Portugal comparten la modalidad de prestación de asistencia sanitaria, la regulación aplicable¹⁷ al seguro de enfermedad portugués no hace alusión a la figura del seguro de asistencia sanitaria como una modalidad diferenciada. La sección II

¹⁷ Decreto-Lei n.º 72/2008 de 16 de abril, artículos 213 a 217.

titulada «*Seguros de saúde*» define aquéllos como en los que el asegurador cubre los riesgos relacionados con los cuidados de la salud. La legislación al respecto, no se detiene a dar mayores detalles. Hay que acudir a la doctrina y a la práctica aseguradora para comprobar que existen dos tipos de modalidades de prestación –tal y como se produce en el modelo español– a los que el asegurador puede quedar obligado en los seguros privados de salud en Portugal¹⁸: una obligación de reembolso de los gastos generados por la enfermedad de la persona asegurada y una obligación de prestación de «servicios médicos». Al igual que ocurrirá en España y en otros países de nuestro entorno, por medio del primero el asegurador queda obligado a reembolsar los gastos médicos y hospitalarios y otras cantidades fijadas en la póliza cuando el asegurado lo necesita a causa de encontrarse en alguna de las circunstancias a las que la póliza ofrece cobertura. Tal y como sucede en España, si lo que contrata el asegurado es un seguro de salud con prestación de asistencia sanitaria, éste recibirá directamente por parte del asegurador los servicios necesarios para el restablecimiento de su salud en las condiciones fijadas por la póliza por medio de una red de organización médica previamente contratado por la compañía aseguradora.

La regulación portuguesa no hace una distinción legal entre figuras aseguradoras. Bajo el nombre de «seguros de saúde» hace referencia a una única modalidad, aquella destinada a dar cobertura a los riesgos generados por la enfermedad humana, llevando a cabo su efectiva práctica de manera diversa tal y como su tradición ha venido marcando.

Por su parte, los seguros privados de enfermedad en Alemania¹⁹ se presentan como un seguro único, el cuál puede dividirse a su vez en distintas modalidades según la prestación que el asegurador quede obligado a asumir. De esta manera, la Ley recoge las siguientes modalidades²⁰: Seguro de gastos por enfermedad; Seguro de indemnización por estancia hospitalaria; Seguro de indemnización diaria por enfermedad; Seguro de dependencia por enfermedad.

Tampoco existe una doble conceptualización en el Derecho Francés sobre la figura del contrato de seguro de enfermedad.

¹⁸ SINDE MONTEIRO, J; RANGEL DE MESQUITA, M. J. *Insurance Law in Portugal*, WolterKluwer, Austin, 2010.

¹⁹ Regulados en el Capítulo 8, artículos 192 a 208 del *Versicherungsvertragsgesetz* – VVG.

²⁰ ALARCÓN FIDALGO, J. «El Seguro de enfermedad en Alemania», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuadernos SEAIDA 6, págs. 53-61, Febrero, 2011.

«L'assurance contre la maladie», es un contrato definido como aquel por el que el asegurador, a cambio de una prima, se compromete en caso de necesidad por parte del asegurado a satisfacer unas determinadas cantidades fijadas en la póliza, a reembolsar de manera efectiva y de acuerdo a lo pactado los gastos médicos y farmacéuticos que la enfermedad le hayan supuesto al asegurado o en algunos casos, la prestación por parte del asegurador puede ser mixta de ambos²¹.

A su vez, el sistema británico configura el «private health care insurance» o «private medical insurance» como una sola modalidad aseguradora destinada a proporcionar cobertura a los riesgos relacionados con la pérdida de salud del asegurado, ofreciendo en la práctica comercial tres modelos de pólizas diferentes por las que el asegurador se obliga a llevar a cabo mayores o menos prestaciones dependiendo de la prima que el asegurado esté dispuesto a pagar²².

IV. NATURALEZA DEL RIESGO ASEGURADO EN LOS SEGUROS DE ENFERMEDAD

A diferencia de lo que ocurre con el seguro de accidentes –artículo 100 LCS– el legislador no se ha detenido a definir qué debe ser entendido por enfermedad, debiendo acudir a la doctrina y la jurisprudencia para conocer el alcance de la cobertura de esta modalidad aseguradora.

La mejor doctrina²³ se encargó hace tiempo de determinar que la enfermedad consiste en una perturbación del estado normal del cuerpo o del espíritu, establecida en todo caso por declaración médica. Es evidente que no basta con que una persona se sienta enferma para poder afirmar que debe ser tratado sin que médicamente exista la objetividad de que el sujeto presenta un cuadro anómalo en su estado físico o mental.

²¹ PICARD, M.; BESSON, A. *Les assurances terrestres en droit français*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. 1970. Pág. 673.

²² Así en FOUBISTER, T.; THOMSON, S.; MOSSIALOS, E.; McGUIRE, A. *Private medical insurance in the United Kingdom*, European Observatory on Health System and Policies, 2006, pág. 24 hablan de «Comprehensive policies», «Stándar policies» y «Budget policies» haciendo referencia a las prestaciones a las que se verá obligado el asegurado en relación con la prima que decida pagar el asegurado en base a los derechos que quiera ostentar sobre el contrato.

²³ GARRIGUES, J. *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª edición, Madrid, 1983. pág. 565.

El enorme problema que ha planteado desde antiguo la naturaleza del riesgo que se pretende asegurar con este contrato, ha generado dudas acerca de su correcto encuadramiento como seguro de personas, ya que, lo que se cubre realmente con el seguro de enfermedad no es la enfermedad en sí, sino los perjuicios económicos derivados de la aparición de la misma²⁴. No se puede afirmar tampoco con rotundidad, que nos encontremos ante un seguro de daños pues es mayoritariamente aceptado por la doctrina²⁵ que el seguro de enfermedad es un seguro de personas con naturaleza y características propias que lo hacen distinto a otras modalidades.

El riesgo que queda cubierto por el seguro de enfermedad se distingue claramente del cubierto en el seguro de vida para el caso de muerte en que el primero no proporciona cobertura al fallecimiento del asegurado. No es tampoco identificable con la cobertura que proporciona el seguro de dependencia ²⁶ -no regulado por nuestra LCS hasta su última modificación vigente desde enero de 2016- ya que si bien la dependencia puede ser causa directa de una enfermedad es diferente a la misma. Más problemática es su distinción con el seguro de accidentes, realidad que ha provocado numerosas reflexiones doctrinales, pudiéndose afirmar que la enfermedad está caracterizada por ser un proceso lento de deterioro del estado de salud, definiéndose el accidente por las notas de aparición súbita, violenta y generada por una causa externa al sujeto asegurado. La enfermedad siempre será consecuencia de un padecimiento orgánico.

Algunos autores²⁷ se han preocupado de recordar que no son pocos los problemas jurisprudenciales que se han planteado a la hora de considerar como enfermedades aquellas dolencias que se manifiestan de súbito, ejemplo de ello pueden ser las enfermedades cardiovasculares, las hernias o lumbalgias... llegándose a la conclusión restrictiva de que únicamente podrán ser consideradas como accidentes cuando

²⁴ En esta línea doctrinal de pensamiento SÁNCHEZ CALERO siguiendo a DONATTI citados en VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad su cobertura y prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, op.cit., págs. 19, Febrero, 2011.

²⁵ Esta es la consideración que prevalece en el momento actual en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, así lo señala VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad su cobertura y prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*. op. cit. Pág. 19.

²⁶ Esta modalidad contractual, no regulada en la LCS desde sus orígenes, fue extensamente tratada por MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²⁷ VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad su cobertura y prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*. op. cit. pág. 20.

pueda demostrarse que su aparición estuvo provocada por una causa externa²⁸.

V. EL NUEVO CONCEPTO DE SEGURO DE ENFERMEDAD TRAS LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. CONCLUSIONES.

Las propuestas de revisión del contrato de seguro que se postulan para ser la futura legislación aplicable al sector asegurador, pretenden poner fin a la polémica conceptual sobre el seguro de enfermedad de manera adecuada²⁹. Parece conveniente además, no sólo zanjar las discusiones doctrinales sobre la materia, sino acercar los seguros de enfermedad español al concepto generalmente extendido y aceptado por otros países de nuestro entorno.

Con las propuestas de redacción de este nuevo articulado puede decirse que el legislador ha querido poner fin a la polémica que la Ley vigente genera con respecto a la naturaleza jurídica de este seguro y de su posible dualidad. A pesar de las teorías enumeradas en los apartados precedentes, la futura regulación que se prevé para los seguros que tengan por objeto cubrir el riesgo de la salud humana, estará caracterizado no por una naturaleza dual como puede deducirse de la Ley 50/1980, sino por las diferentes características de las prestaciones que en él pueden corresponder al asegurador, cosa que no determina que nos encontremos ante dos seguros diferentes sino ante un mismo seguro de enfermedad con un mismo riesgo pero con prestaciones distintas³⁰.

Estas prestaciones a las que el asegurador puede quedar comprometido, se separan de la siguiente manera:

— Por un lado la consistente en el reembolso a la persona asegurada de los gastos de asistencia sanitaria que él mismo ha desembolsado cuando ha tenido que hacer uso de dicha asistencia.

²⁸ Interesantes son las sentencias STS, 1.^a, 11.11.2003 y STS, 1.^a, 27.11.2003 donde se reconoce por los tribunales el infarto de miocardio como accidente. Ambas son ampliamente comentadas en ARQUILLO COLET, B. «El infarto como accidente en el contrato de seguro», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, 2004.

²⁹ *Vid.* nota 2.

³⁰ En este sentido VERGEZ SÁNCHEZ, M., «Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro», *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, N.º 152, 2012, pág. 309.

— Por otro, la fijación a priori de una cantidad a tanto alzado por día de enfermedad que recibirá el asegurado, o el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez temporal o permanente del asegurado

— Y por último, la prestación consistente en garantizar al asegurado los servicios de asistencia sanitaria, debiendo poner el asegurador a disposición del asegurado los servicios médicos, quirúrgicos y sanitarios y asumir de manera directa su coste. En ningún caso, debe entenderse que la prestación directa implique que la empresa aseguradora lleve a cabo por sí misma la prestación de dichos servicios, ya que los mismos deben ser practicados por profesionales en la materia debidamente acreditados. Es necesario que el asegurador ponga a disposición del contratante de este tipo de seguro los medios humanos y técnicos para poder satisfacer sus pretensiones, obligándose pues a la contratación y gestión de dichos medios para poder dar cumplimiento a sus obligaciones. Esta modalidad encuadrada en los seguros de personas por razón del riesgo, para algunos autores funciona esencialmente en la práctica como un seguro de daños³¹, no sólo por la previsión expresa de la posibilidad de subrogarse en los gastos de asistencia sanitaria, principio que es propio de los seguros de daños, sino también por el deber de comunicación de la existencia de otros seguros sobre el mismo riesgo que en la práctica se impone al asegurado por parte de las compañías aseguradoras³².

A pesar de que la propuesta de reforma parece querer zanjar la antigua polémica que suscita la naturaleza de los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria con la omisión de toda alusión a este último, para algunos autores³³ la novedad introducida tendría un carácter más formal que sustancial. Aunque la reforma traerá aparejada el cambio de nomenclatura o denominación en las pólizas que emitirán las compañías que trabajan en el ramo asegurador de la salud, el contenido de las mismas no sufrirá variación alguna, ya que continuarán separándose entre aquellas que indemnizen las consecuencias económicas producidas por la enfermedad de la persona asegurada y aquellas que cubran por parte del asegurador la asunción directa del coste

³¹ Sigue esta idea CALZADA CONDE, M. A. «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 270, 2008, pág. 1393.

³² Este deber de comunicación esta presente, por ejemplo, en las condiciones generales del Seguro de Protección Médica *Vitalicio Salud Extra*, de Vitalicio Seguros.

³³ Así MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. en «El seguro de asistencia sanitaria: concepto, cobertura y prestaciones del asegurador», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuadernos SEAIDA 6, pág. 34, Febrero, 2011.

de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios cuyo funcionamiento será muy próximo al de los seguros de daños.

Cabe destacar como algunos autores³⁴ señalan que, aunque es positiva la nueva regulación y el deseo de clarificar mediante una más precisa definición la naturaleza de este seguro, se sigue sin afrontar las verdaderas características del seguro de enfermedad, ya que se continúa manteniendo para determinar el régimen de este seguro, la remisión general a las normas del seguro de accidentes, cosa que ya se realiza en el texto vigente de 1980, a pesar de que el riesgo propio del seguro de enfermedad no actúe de la misma forma que el riesgo en el seguro de accidentes.

A modo de conclusión, tras la lectura de la posible regulación futura que este tipo de seguro tendrá, parece que la idea de un solo seguro definido por el riesgo asegurado –la salud– pero que puede conminar al asegurador a llevar a cabo prestaciones diferentes cobra toda la fuerza que podría estar en duda con la legislación vigente. Sin lugar a dudas, el texto legal de 1980 deja abierta la evidente interpretación de la naturaleza dual de este tipo contractual que, aún teniendo un riesgo común al que hacer frente, la práctica aseguradora y las continuas discusiones doctrinales ha hecho parecer que no se lleve a cabo dicha protección mediante una única figura contractual.

A nuestro modo de entender, la nueva regulación propuesta es acertada. Resulta necesaria una nueva definición del seguro de enfermedad –junto con una nueva regulación– que sirva para superar las dudas que genera la legislación actual. Es posible bajo nuestro punto de vista que una buena manera de finalizar dicha polémica podría haber sido la de denominar de manera nueva esta modalidad contractual bajo la nomenclatura de Seguros de Salud –haciendo uso de un término equivalente más reconocido internacionalmente como puede ser el anglosajón *HealthInsurance* o *Health Care Insurance*–, reconociendo así que, en estos seguros, lo que se trata de cubrir es el riesgo que la pérdida de salud supone para la persona del asegurado, esto es, un evidente menoscabo en su patrimonio provocado por dos factores: el desembolso necesario para hacer frente a los cuidados requeridos y el lucro cesante o «ganancias dejadas de obtener» a los que de manera evidente se tendrá que enfrentar al no poder realizar su vida cotidiana y laboral de manera habitual. Este riesgo puede ser cubierto por el asegurador de tres maneras y así ha sido en nuestro país desde antiguo: con la indemnización a un tanto alzado de los daños produ-

³⁴ VERGEZ SÁNCHEZ, M., «Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro», *op. cit.* pág. 309.

cidos por la enfermedad del asegurado, con el reembolso de las cantidades desembolsadas por el asegurado para atender sus necesidades, o con la prestación de los servicios requeridos por el mismo. El hecho de que en España sea más habitual la prestación directa de los servicios médicos –no así en otros países de nuestro ámbito– como una práctica genuina y basada en los antiguos igualatorios médicos, no convierte al seguro de asistencia sanitaria en una modalidad de seguro distinta, sino en una manera de llevar a cabo la prestación destinada a cubrir el riesgo de la salud que puede verse satisfecha de otras maneras, como puede ser con la indemnización de los daños o la prestación de carácter mixto consistente en la prestación directa de la actividad sanitaria más el reembolso de gastos médicos previamente desembolsados por el asegurado.

Reconociendo pues, el evidente interés del legislador por configurar una regulación que aporte la necesaria seguridad jurídica en un ramo tan importante como es el de los seguros de salud, cabe destacar que el estudio detallado de esta figura contractual sigue siendo completamente necesario ya que continúa sin enfrentarse las verdaderas características del seguro de enfermedad.

La última versión de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, en su texto consolidado de 15 de julio de 2015, modificado por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en vigor desde el 1 de enero de 2016, aunque introduce algunas reformas que afectan a esta figura contractual³⁵, ha perdido una buena oportunidad para dar a los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria una mayor precisión para facilitar su operación en el mercado asegurador. Aun, resulta necesario dar respuestas satisfactorias, por ejemplo, a los problemas derivados de la eventual responsabilidad de las aseguradoras en caso de errores o negligencias médicas cuando se ha prestado el servicio sanitario, o el

³⁵ El Artículo 106 quáter establece que: *En los seguros de asistencia sanitaria, dependencia y de decesos, las entidades aseguradoras garantizarán a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. En estos casos la entidad aseguradora deberá poner a disposición del asegurado, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores de servicios que garantice una efectiva libertad de elección, salvo en aquellos contratos en los que expresamente se prevea un único prestador.*

En los seguros de decesos será de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 bis.2 cuando los herederos contratasen los servicios por medios distintos a los ofrecidos por la aseguradora conforme al párrafo anterior.

problema de la oposición a la prórroga del contrato por parte del asegurador, cosa que sí ha sido previsto para los recientemente tipificados seguros de dependencia y decesos³⁶, etc.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN FIDALGO, J. «El Seguro de enfermedad en Alemania», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuadernos SEAIDA 6, Febrero, 2011.

ARQUILLO COLET, B. «El infarto como accidente en el contrato de seguro», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, 2004.

BATALLER GRAU, J.; LATORRE CHINER, N.; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. *Derecho de los seguros privados*. Marcial Pons, Madrid. 2007.

CALZADA CONDE, M. A. «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 270, 2008.

CARBAJO CASCÓN, F. *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2012.

FOUBISTER, T.; THOMSON, S.; MOSSIALOS, E.; McGUIRE, A. *Private medical insurance in the United Kingdom*, European Observatory on Health System and Policies, 2006.

GARRIGUES, J. *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.^a edición, Madrid, 1983.

MARCO ARCALÁ, L. A. *Seguros de personas. Aspectos Generales*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2006.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P. *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2002.

NÚÑEZ LOZANO, C. *Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y Liberalización*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Derecho Público «García Oviedo», Madrid-Barcelona, 1999.

PICARD, M., BESSON, A. *Les assurances terrestres en droit français*. Librairie Générale de droit et de jurisprudence. 1970.

³⁶ Para ambos, se prevé en los artículos 106 bis y 106 ter que la oposición a la prórroga del contrato sólo podrá ser ejercida por parte del tomador.

SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, F. J.; TAPIA HERMIDA, A.; J. FUENTES CAMACHO, V. *Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Navarra, Thomson-Aranzadi, 4.ª edición, 2010.

SERRANO GUIRADO, E. *El seguro de enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, 1950.

SINDE MONTEIRO, J.; RANGEL DE MESQUITA, M. J. *Insurance Law in Portugal*, WolterKluwer, Austin, 2010.

VERGEZ SÁNCHEZ, M. «Seguro de enfermedad, su cobertura y sus prestaciones», *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuaderno SEAIDA 6. 2011.

— «Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro», *Revista Española de Seguros: Publicación Doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, N.º 152, 2012.

