

LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN DE RIESGO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD SANITARIA, EN LA MEDICINA PÚBLICA

En todas las pólizas de seguros de responsabilidad civil o responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias figura un apartado que trata de los **Riesgos excluidos**.

Esta es un técnica habitual de las Compañías Aseguradoras que obedecen a los más variados motivos, por ejemplo la responsabilidad derivada de ensayos clínicos, instalaciones radiactivas, transporte o entrega de materias peligrosas, -por encontrarse reguladas todas ellas por una legislación específica-, o por razones lógicas como la responsabilidad civil de automóviles de transporte y utilización de explosivos, demolición y modificación de estructuras o por daños derivados de guerras, motín, terrorismo, terremotos y otros eventos extraordinarios.

Sin embargo existen dos cláusulas que han dado lugar a diversas interpretaciones que al final han sido resueltas por los Tribunales de Justicia.

Me refiero a la exclusión de los **daños inmateriales que no sean consecuencia de daños materiales y/o corporales, garantizados por el contrato y, a los daños y perjuicios que se puedan producir en ejecución de actos administrativos normativos.**

El primero de los supuestos trata la problemática de los daños morales que no sean consecuencia de daños corporales.

Por poner un ejemplo: joven que durante un partido de fútbol sufre la rotura de menisco en una pierna.

Efectuada la correspondiente artroscopia y por causas desconocidas se produce una infección en la pierna de mala evolución que lleva a una gangrena y a la amputación del miembro inferior.

En virtud del principio de indemnidad total o reparación integral que rige en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, la indemnización contemplará no sólo la cantidad correspondiente por los daños derivados de la pérdida física de un miembro sino también los daños morales que lleva aparejado la pérdida de una pierna.

Este supuesto no plantea problemas, por no ser un riesgo excluido, **ya que se trata de un daño moral derivado de un daño corporal.**

Sin embargo, en supuestos tales como indemnización por **falta de consentimiento informado o nacimiento de niños con síndrome de Down u otras malformaciones, habiéndose privado a los padres de la facultad de abortar, por falta de comunicación de las lesiones observadas durante el embarazo, las Compañías Aseguradoras se han negado en ocasiones hacerse cargo de estos siniestros alegando que se trataba de daños morales que no son consecuencia de ningún daño material o corporal.**

La tesis que se alega por parte de las Aseguradoras es: como la indemnización que concede los Tribunales es por daño moral (en los casos de falta de consentimiento por violación del principio constitucional de integridad física o moral; y en los de niños con malformaciones importantes, por daño moral propio ya que no puede considerarse que el nacimiento de una persona pueda equipararse a daño material o corporal), nos encontramos ante un supuesto de **riesgo excluido**, según la definición arriba señalada.

Hay tres recientes sentencias de los Juzgado de Primera Instancia nº 27,23 y 6 de Valencia de fechas 14 de septiembre de 2010, 26 de enero de 2011 y 14 de febrero de 2011, respectivamente, que se pronuncian sobre esta cuestión.

En la tercera sentencia citada (la de 14 de febrero de 2011), el Abogado de la Generalidad Valenciana demandó a la Compañía Aseguradora por no asumir el pago de una indemnización dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por importe de 150.000 euros en favor de un menor afectado por una malformación y de 30.00 euros para cada uno de los padres, que tuvo que pagar la Comunidad Valenciana, lo que originó la correspondiente acción de repetición ante la Jurisdicción Civil.

La Compañía Aseguradora abonó los 150.000 euros concedidos en favor del hijo, **pero se negó al pago de los 60.000 euros concedidos a los padres “alegando que el daño indemnizado es el daño moral consistente en no haber sido informados, lo que supone un daño distinto al físico sufrido por el hijo de los recurrentes”.**

Es el ejemplo típico de rechazo del siniestro por aplicación de una cláusula de exclusión de riesgos que decía *“quedan excluidos los perjuicios económicos no consecutivos a un daño cubierto, es decir, todo perjuicio en ausencia de daños corporales o materiales o que no sean consecuencia directa de un daños corporal o material amparado por el contrato”.*

Dice el Juzgado: *“la cuestión a resolver es si el daño moral que se indemniza es un perjuicio económico de los excluidos en la póliza. Entendemos que **no**. El concepto de daño moral es distinto al de perjuicio económico. El término “perjuicio económico” parece referirse más bien a la ganancia dejado de percibir, mientras que los daños morales son aquellos que afectan a bienes inmateriales de la personalidad extraños al patrimonio y que no repercuten directamente sobre el mismo”.*

La sentencia continúa haciendo referencia a sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2004, 9 de diciembre de 2003 y 22 de febrero de 2001, que proclaman que *“el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece”*, y teniendo en cuenta tales consideraciones sobre el daño moral concluye que **no cabe equiparlo a los perjuicios económicos que figuran excluidos de la cobertura de la póliza.**

Además, añade la sentencia que “acudiendo al criterio de interpretación sistemática al que se refiere el art. 1285 del Código Civil, esta cláusula ha de entenderse junto con la que establece claramente que **sólo los supuestos expresamente excluidos** carecen de cobertura, por lo que **no cabe una interpretación extensiva del término “perjuicio económico” para englobar también el daño moral**, que no aparece explícitamente excluido de la póliza” y en consecuencia procede la íntegra estimación de la demanda interpuesta por la Generalidad Valenciana.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 27 de mayo de 2010, estudia el caso de una paciente a la que por parte de los Servicios Médicos de un Hospital Público no se ofreció la realización de pruebas de diagnóstico prenatal, pese al interés mostrado por ella dada su edad y antecedentes de abortos recientes, continuando la gestación que culminó con el nacimiento de una hija con síndrome de Down.

Se condena al pago de 150.000 euros.

Se alegó de contrario que las pruebas diagnósticas sólo sirven para constatar la existencia de alteraciones cromosómicas, pero nunca para curar las mismas, por lo que el nacimiento de la hija con síndrome de Down nunca sería imputable al funcionamiento del Servicio Público, **negándose la relación causal**.

Sin embargo la Sala entiende que *“lo cierto es que, partiendo de que se omitió la información de las pruebas diagnósticas de lo que se privó a la parte actora puede decidir si, a la vista del resultado ofrecido por las mismas de haberse informado de ellas y aceptado su realización, interrumpía voluntariamente el embarazo o, por el contrario, llevaba el mismo a término”*.

Cita la sentencia del TSJ, dos sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006 y 18 de mayo de 2002, que señalan que *“resulta evidente que en estos supuestos de daño moral, sufrido por una*

madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar, de forma indubitada que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”.

En el caso examinado, no es ya que no se informará del **resultado de las pruebas** sino que ni siquiera se informó de la posibilidad de su realización, pese a ser un embarazo de alto riesgo, necesidad de información que se evidencia, además, por la conducta del propio médico, **que adicionó en la H.Clínica que sí se había brindado la posibilidad de diagnóstico prenatal**, lo que conforme a lo actuado, **no responde a la realidad**.

Se alegó por parte de la Administración que el nacimiento de un hijo nunca puede considerarse **un daño antijurídico**. Sin embargo la Sala considera que “no es eso de lo que se trata”. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 3 de octubre de 2000, 29 de marzo de 2006 y 30 de junio de 2006), “el concepto de daño evaluable a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración **incluye el daño moral**”.

“Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Sin embargo, **sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma**”. Y ello porque según sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”.

En parecidos términos la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2010, estudia el tema de los daños morales por nacimiento de un niño con síndrome de Down condenándose al pago a favor del menor de 1.500 euros mensuales revalorizables de acuerdo con el IPC y 75.000 euros a cada uno de los padres.

La causa del nacimiento del niño con síndrome de Down se debió a que a pesar de que se realizaron pruebas analíticas que confirmaban el cariotipo 47 de síndrome de Down, no se notificó a los padres por haberse producido un error en la extensiones de la muestra, al haberse hecho de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída a la gestante.

En esta Sentencia se valora la indemnización adicional que supone los gastos extraordinarios que han de satisfacer los padres para el cuidado y educación de un niño con estas limitaciones físico psíquicas.

Dice el Tribunal Supremo que *“los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”*. Y que *“los gastos que la progenitora ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración Sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida”*.

La precitada del Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Valencia, sentencia de 14 de septiembre de 2010, estudia un supuesto en el que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana condenó al pago de 10.000 euros por falta de consentimiento en una intervención quirúrgica.

La Compañía Aseguradora se negó al pago alegando que al tratarse de un daño moral, constituía un riesgo excluido de la póliza.

Señala la sentencia que de acuerdo con el art. 1285 del Código Civil, de la interpretación general del contrato no se puede deducir que la voluntad de los contratantes fuese la de excluir el daño moral de su ámbito de cobertura, ya que igual que en la cláusula IV.3 se hace una larga enumeración de todos aquellos riesgos que se consideran excluidos, las partes del contrato podrían haber enunciado entre estos riesgos excluidos el daño moral. Por lo que si no aparece como riesgo excluido debemos entender que el daño moral es objeto de cobertura, y estimando la demanda condena a la Compañía Aseguradora al pago de los 10.000 euros que había adelantado la Generalidad Valenciana.

En la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 23 de Valencia, de 26 de enero de 2011, se estudia el supuesto de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que condenó al pago de 30.000 euros por incumplimiento por parte de la Administración de la lex artis, al haber omitido el consentimiento informado a un paciente, lo que generó un daño moral fundado en una muerte que ante la falta de información debida, podía considerarse inesperada.

La Generalidad Valenciana tuvo que adelantar el pago pues la Compañía Aseguradora se negó a reintegrarlo por entender que se trataba de la reparación de un **daño moral**, que estaba considerado como riesgo excluido de la póliza.

Dice la sentencia *“en el caso de autos no se trató de una demora indebida sino de falta del debido asesoramiento a través del consentimiento informado, más también en este supuesto dicha infracción de la lex artis venía anudada al fallecimiento del paciente. La Sala sanciona el hecho de que **al paciente y su familia no se les informara suficientemente al objeto de que pudiesen decidir si solicitaban o no el tratamiento médico ofertado con los perjuicios colaterales –infección– que el mismo podía llevar consigo como consecuencia de dispensarse con ingreso hospitalario. Y aunque es evidente que esa***

falta de consentimiento no fue la causante del óbito si generó un daño con relación al mismo, en la medida en que pudo anticipar el fallecimiento”.

La sentencia estima que se trata de un riesgo cubierto y condena a la Compañía Aseguradora a reintegrar a la Generalidad Valenciana la cantidad de 30.000 euros por ella adelantados.

El segundo riesgo excluido al que me quiero referir es el referente a **los daños y perjuicios que se puedan producir en ejecución de los actos administrativos normativos.**

Las Compañías Aseguradoras entienden que no deben hacerse responsables de los perjuicios producidos por actos de las Administraciones Públicas Sanitarias derivados del incumplimiento por parte de las mismas de normas jurídico administrativas preestablecidas.

Para entendernos, un supuesto de “laboratorio” podría ser el caso de que una norma administrativa estableciese un periodo de vacunación para niños entre dos y tres años. Por las razones que fuesen, (falta de presupuesto, falta de abastecimiento de vacunas etc.), durante tres años no se efectúa la vacunación prevista; si se produjese un siniestro porque un niño que de acuerdo con la normativa debía haber sido vacunado y no lo fue, la Compañía Aseguradora entiende, creo que con razón, que se trata de un riesgo excluido que debe afrontar únicamente la Administración Sanitaria, pues el daño viene derivado del incumplimiento de una norma legal (calendario de vacunación).

Sin embargo, en ocasiones la Compañías Aseguradoras han intentado aplicar esta excepción en los supuestos de inclusión de un paciente **en una lista de espera e intervención quirúrgica del mismo en unos plazos que exceden de lo lógicamente razonable como espera.**

También los Tribunales de Justicia han estudiado este caso como lo demuestra la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 7 de febrero de 2005, recogida en la Revista Actualidad de Derecho Sanitario, nº 118 páginas 536 y siguientes.

Los hechos analizados fueron: mujer de 48 años de edad que aprecia un bulto en un mama por lo que acude a un centro de planificación familiar, desde donde, al cabo de tres meses se la deriva al Ginecólogo, que aprecia lesión palpable indicando mamografía y análisis. **Sin embargo no se le realiza la mamografía indicada.**

Siete meses después acude a un médico particular que también diagnóstica posible fibroadenoma en mama derecha, indicando mamografía, pero **tampoco consta en autos la realización de la misma.**

Cuatro meses después, en una campaña de prevención del cáncer promovida por la Administración, **se le realiza la mamografía**, diagnosticándola “masa probablemente maligna”.

Un mes después es intervenida en un Hospital público, de resección y extirpación del tumor con biopsia ultraoperatoria.

Seis meses después inicia proceso de radioterapia con tratamiento quimioterápico y radioterápico, informando el Hospital público donde es tratada que “*aunque el cuadro de la paciente se encuentra en estado precoz, habrá que esperar un tiempo prudencial para indicar un pronóstico a largo plazo*”.

A la vista de estos hechos la paciente interpone reclamación de responsabilidad patrimonial considerando que el retraso culpable en el diagnóstico de cáncer de mama **por falta de realización de la mamografía.**

La actora reclamó en vía civil contra la Compañía Aseguradora de la Administración exclusivamente por acción directa, posibilidad recogida en la Ley de Contrato del Seguro.

El Juzgado de 1ª Instancia de Don Benito condenó a la aseguradora al pago de 5.000 euros, pero recurrida en apelación la citada Sentencia, la Audiencia Provincial la revoca condenando a la aseguradora al pago de 30.000 euros.

La aseguradora alegó que “no hay cobertura por póliza suscrita con el INSALUD **de los siniestros derivados de una lista de espera ya que los actos administrativos normativos** como el de incluir a una paciente en una lista del espera realizada por el INSALUD, **esta excluido del ámbito de cobertura del seguro.**

La Sentencia comentada de la Audiencia Provincial de Badajoz considera que no cabe duda de que **el riesgo producido esta cubierto por la póliza.**

“No tiene razón la aseguradora demandada cuando se refiere a que el acto de inclusión en una lista de espera es un acto de contenido normativo excluido por la póliza. El hecho de que se ampare esa exclusión no quiere decir que **pueda operar en cualquier circunstancia. Se deben tener en cuenta las circunstancias en que se produjo la espera. No se trató de una espera razonable.** Todas las partes han informado que dadas las características personales de la paciente **la mamografía se debió realizar en el plazo de un mes.** Y esa tardanza no puede valorarse sino con resultados negativos para la víctima. En definitiva, **el hecho de que la Administración realice un acto al amparo de una norma que la autorice como la inclusión de una paciente en una lista de espera no significa que no se puedan controlar las condiciones del ejercicio de esa actuación por tratarse de un acto reglado. La espera debe ser razonable y en el presente caso se superan con creces la razonabilidad de la misma en un caso donde no se llegó a realizar la mamografía cuando se había indicado en dos ocasiones y resultaba inaplazable**”.



EGOITZA: KURSAAL KONGRESU JAUREGIA
SEDE: PALACIO DE CONGRESOS KURSAAL
2011ko ekainak 9, 10, 11
9, 10, 11 de junio 2011

SOLUCIONES DE FUTURO:

Las Resoluciones que los Tribunales de Justicia han venido dando a estas cláusulas de interpretación confusa en algunos casos, han llevado a que los Servicios Autonómicos de Salud estén introduciendo en sus nuevas pólizas o en las prórrogas de las antiguas, diferentes formulas, que contemplan la posibilidad de aseguramiento tanto de los daños morales no consecutivos de daños materiales o corporales o la cobertura de determinados supuestos de listas de espera.

Las Corredurías de seguros que habitualmente operan en el sector, han encontrado formulas razonables para acercar las posturas de las Compañías Aseguradoras y de los Servicios de Salud asegurados.

San Sebastián, 10 de junio de 2011.

Fdo: Santiago Pelayo Pardos