

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**ACCIÓN DIRECTA DEL BENEFICIARIO EN EL SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO
-PROPUESTA DE UN NUEVO MODELO DEL SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA MALA PRÁCTICA
MÉDICA-**

Natalia Negret Roa

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Enero de 2010

© Derechos de autor

Natalia Negret Roa

2010

Resumen

El seguro de responsabilidad civil de los profesionales tiene por objeto el aseguramiento de la responsabilidad en la que un profesional incurra a causa de la mala práctica de sus actividades, de tal forma que el asegurador asume la obligación de responder por la toda indemnización a la cual sea condenado civilmente el profesional, en virtud de la existencia de una póliza de seguro. La presente tesina tiene por objeto el trato específicamente de los seguros de responsabilidad civil de los médicos adquiridos voluntariamente por los profesionales, y plantea que el derecho de reparación con el que cuenta una persona que haya sufrido un daño por una mala práctica médica deberá verse amparado por el ejercicio de una acción directa en contra del asegurador. Para esto, el damnificado adoptará la calidad de beneficiario del seguro de responsabilidad civil profesional, entendido éste como un seguro a favor de terceros.

Abstract

The Ecuadorian legislation establishes that the civil liability insurance will cover any loss that the insured is obligated to compensate when a third party has been affected. In this case the insurer is compelled to pay the amount of the loss suffered by the insured after he pays to the aggrieved party. Nevertheless, our legislation does not regulate the professional liability insurance. What this work stands for is the possibility for the aggrieved party to claim damages from the insurance company and not from the insured without the obligation to stand a legal proceeding before making the claim.

*A mi madre cuyo amor, apoyo y dedicación
han inspirado este trabajo.*

Tabla de Contenidos

	<u>Pág.</u>
Introducción.-	... ix
Capítulo Primero.- Existencia de la figura de responsabilidad civil del médico dentro del régimen legal ecuatoriano	
1. Entorno constitucional del derecho a la salud y la actuación del médico.	...13
1.1. Existencia de la figura de responsabilidad civil del médico dentro del régimen legal ecuatoriano.	...16
1.2. El seguro de responsabilidad civil y su cobertura.	...23
1.3. Modo de reclamo de la indemnización por responsabilidad civil de acuerdo al Decreto Supremo 1147.	...26
Capítulo Segundo.- Responsabilidad civil del médico	
2. Introducción.	...31
2.1. Responsabilidad civil.	...31
2.1.1. Responsabilidad civil del médico.	...36
2.1.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual del médico.	...41
2.1.2.1. Obligaciones contractuales: obligaciones de medio y de resultado.	...43
2.2. Elementos de la responsabilidad.	...47
2.2.1. El daño	...47
2.2.2. La culpa	...49
2.2.3. El nexo de causalidad	...52
2.3. Límites de la responsabilidad civil del médico	...53
2.4. Causas eximentes de responsabilidad	...54

Capítulo Tercero.- El seguro de responsabilidad civil de los médicos como seguro a favor de terceros.

3. El seguro de responsabilidad civil profesional	...56
3.1. El seguro de responsabilidad civil profesional como seguro a favor de terceros.	...63
3.1.1. Partes: Inclusión del paciente-víctima como beneficiario	...65
3.2. Elementos esenciales del contrato de seguro	...68
3.2.1. Interés asegurable	...69
3.2.2. Riesgo asegurable: el siniestro	...71
3.2.3. Monto asegurado y límite temporal de la responsabilidad del asegurador	...73
3.2.4. Reparación del daño: indemnización	...78

Capítulo Cuarto.- Inclusión de la acción directa como mecanismo de reclamo de la indemnización por parte beneficiario en la relación de seguro

4. Acción directa	...81
4.1. Relaciones jurídicas dentro del seguro de responsabilidad civil profesional. Sus obligaciones.	...84
4.1.1. Relaciones entre el asegurador, asegurado y beneficiario	...85
4.2. Solución de posibles problemas frente a la aplicación de la acción directa	...91
4.2.1. Acceso a la información por parte del tercero damnificado	...92
4.2.2. Establecimiento de la figura de un litisconsorcio necesario u obligatorio	...94
4.2.3. Prescripción	...97
4.2.4. Derecho de subrogación	...99

Conclusiones.- ...101

Bibliografía.- ...106

INTRODUCCIÓN

El Art. 54 de la Constitución de la República del Ecuador, dentro de los derechos que son garantizados a toda persona, preceptúa que todo aquél que resulte responsable por la mala práctica en el desarrollo de su profesión, arte u oficio, estará sujeto a una reparación en razón de la responsabilidad civil o penal en la que haya incurrido. Asimismo, esta norma hace especial énfasis al deber de reparación en los casos en que por el ejercicio profesional se pueda poner en peligro la integridad o la vida de las personas. Adicionalmente, la Ley Orgánica de la Salud en el literal i) del Art. 7 establece que toda persona que haya sufrido un daño en su salud o integridad podrá buscar la indemnización por los daños sufridos mediante la interposición oportuna de las acciones legales. Por su parte, el Art. 2214 del Código Civil del Ecuador, prescribe que quien ha inferido daño a otro está obligado al pago de una indemnización, sin perjuicio de la condena que conforme a la ley le sea imputable por el cometimiento de un delito o cuasidelito.

Adicionalmente, la ley contempla la existencia del seguro de responsabilidad civil,

mediante el cual la obligación de indemnizar, por parte de la persona que ha causado el daño a un tercero, pueda trasladarse al asegurador. De esta manera se puede determinar que dentro del seguro de responsabilidad civil general se encuentra el seguro de responsabilidad civil profesional, y especialmente se podrá dar el tratamiento de la responsabilidad civil al caso de la profesión médica. Así, el Art. 50 del Decreto Supremo 1147 de 1963, (reforma que introdujo el contrato de seguro al Código de Comercio) dispone que mediante la existencia de una póliza de responsabilidad civil, la compañía aseguradora responderá por las indemnizaciones pecuniarias a las que el asegurado se vea obligado civilmente como responsable de los daños ocasionados a un tercero. Sin embargo, el Art. 53 del Decreto Supremo 1147 establece que el seguro de responsabilidad civil no será un seguro a favor de terceros, y por esta razón, el damnificado no tiene acción directa contra el asegurador.

Por lo expuesto, la pregunta que nos ha merecido el desarrollo de esta tesina es: ¿Cómo podría tutelarse el derecho de reparación del damnificado dentro de la existencia de una póliza de responsabilidad civil profesional médico específicamente reconociéndose una acción directa?

La solución propuesta consiste en la inclusión del damnificado como beneficiario de la póliza de tal forma que la figura del seguro de responsabilidad civil de los profesionales de la salud adopte la característica de ser un seguro a favor de terceros, donde el beneficiario será determinado en el momento en que se produzca el siniestro y, por lo tanto, adquiera así la posibilidad del ejercicio de la acción directa. Para esto plantearemos un proyecto de reforma que implica la creación de un artículo que será incluido en el Capítulo II De Los Seguros De Daños y dentro de la Sección 3ª Del Seguro de Responsabilidad Civil del Decreto Supremo 1147 en relación al seguro de responsabilidad civil profesional por mala práctica.

Con el propósito de determinar cuáles serán las connotaciones del seguro de responsabilidad civil por mala práctica como un “Seguro de Responsabilidad Civil con acción directa por parte de la víctima”, se tomará con especial atención el caso de la profesión médica por ser de aquellas en las que la eventualidad de la generación de un

daño tendrá afectaciones en la salud, integridad y hasta en la vida de las víctimas, y en la que la protección, tanto de la víctima como de su derecho de reparación, resulta más evidente que en otras profesiones en las que se podrá de igual manera incurrir en responsabilidad por mala práctica como es la de los laboratorios, odontólogos y demás especializaciones relacionadas con la salud. Sin embargo, aunque el análisis se desarrollará entorno a la profesión de los médicos, el planteamiento de la adopción del seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de terceros con acción directa no obsta para que en algún momento pueda ser aplicada a todas las actividades amparadas por un seguro de responsabilidad civil.

Para la exposición de los argumentos que justifican la hipótesis mencionada, hemos dividido la presente tesina en cuatro capítulos: En el primer capítulo analizaremos cómo se encuentra regulados en nuestro ordenamiento jurídico tanto la responsabilidad civil en general como la responsabilidad civil derivada de la práctica de los profesionales de la salud, y el seguro del mismo ramo atendiendo siempre a los procedimientos actuales a los que se debe someter una persona que haya sufrido un daño y quiera realizar el reclamo frente al responsable.

En el segundo capítulo trataremos cómo se determina la existencia de la responsabilidad de los médicos y cuál será la naturaleza de la misma. Se atenderá a los supuestos sobre los que se podrá establecer la responsabilidad del profesional de tal forma que opere el sistema de resarcimiento encontrado en la existencia del aseguramiento de la actividad del médico. Asimismo, se determinará cuales deberán ser las causales para que exista responsabilidad civil, de ser esta de naturaleza extracontractual, o si existe o no incumplimiento de un contrato y por lo tanto se incurra en responsabilidad. Adicionalmente se establece por qué razones deberá entenderse que el médico asegurado no incurrió en responsabilidad, es decir los eximentes de ésta y los límites del asegurador frente al asegurado.

En el tercer capítulo analizaremos por qué razón el seguro de responsabilidad civil deberá implementarse dentro de la ley como un seguro a favor de terceros, y las consecuencias que derivan de esta modificación; es decir cuáles serán las relaciones que se

generarán una vez el damnificado se convierta en beneficiario; y cómo es que en virtud de su calidad de beneficiario adquiere el derecho al ejercicio de la acción directa para exigir la prestación motivo del contrato de seguro.

Y, por último, en el capítulo cuarto plantearemos las implicaciones del ejercicio de la acción directa por parte del ahora beneficiario con el fin de lograr la tutela de su derecho de reparación, de tal forma que se solucionarán, a la luz de la propuesta de reforma y su análisis jurídico, las implicaciones legales de la inclusión de la figura mencionada, sus repercusiones en los elementos del contrato y el funcionamiento dentro de la práctica de los seguros.

El análisis que se ha planteado en el desarrollo de esta exposición obedece al avance histórico que ha tenido la institución del seguro de responsabilidad civil a nivel mundial, que ha pasado de ser un seguro meramente de daños patrimoniales a ser uno que también esté dirigido a brindar protección y resarcimiento a las víctimas de un daño en razón de la responsabilidad del médico, lo que naturalmente le generará un derecho a la víctima que haya sufrido la mala práctica. Así, proponemos que a la par de muchas legislaciones, la nuestra se alinee a la concepción y el tratamiento moderno donde lo primordial es asegurar el bienestar de las víctimas mediante la protección de sus derechos.

CAPÍTULO I. EXISTENCIA DE LA FIGURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO DENTRO DEL RÉGIMEN LEGAL ECUATORIANO

1. Entorno constitucional del derecho a la salud y la actuación del médico

La Constitución de la República, dentro de sus primeros enunciados, hace una enfática mención sobre la garantía de los derechos de todos los ciudadanos sin discriminación alguna, dentro de los cuales menciona a la salud. Por su parte, específicamente respecto al modo de garantizar el derecho a la salud, sugiere la creación de políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales, asegurando que la prestación de los servicios de salud deberá sustentarse en los principios básicos de equidad, solidaridad, calidad, eficiencia, eficacia y precaución¹. Aquí, la primera norma constitucional que menciona los

¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 32. “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de

principios elementales e inherentes a la actuación del médico y que de manera general regula el desarrollo de su profesión: la prestación de los servicios de salud será eficiente, eficaz, de calidad y se deberá actuar siempre con precaución. De manera muy abstracta, la Constitución hace énfasis en el rol del Estado frente al derecho a la salud, y en todas las oportunidades menciona que éste estará garantizado. Esto nos permite llegar a la siguiente cuestión: si el derecho a la salud como tal se ve garantizado, debería existir entonces la posibilidad de contar con una garantía legal suficiente y efectiva en el caso de producirse un perjuicio por el ejercicio de la práctica médica por parte de los profesionales de la salud. En este momento considero oportuno mencionar que el Art. 32 de la Constitución al que hemos hecho mención anteriormente será la base que dará nacimiento al primer elemento que desarrollaremos en esta tesina: la necesidad de un servicio de calidad y eficacia en lo que respecta a la salud y por ende, la necesidad de un mecanismo eficiente para que quien haya sufrido un daño por el ejercicio de la práctica médica pueda realizar los reclamos pertinentes para encontrar la reparación del perjuicio sufrido.

La Constitución dispone que el sistema nacional de salud, tendrá objetivos claros, los mismos que obedecen especialmente al desarrollo, protección y recuperación de las capacidades para vivir una vida sana, tanto individual como colectivamente, tomando en cuenta siempre la diversidad social y cultural². La norma constitucional también dispone que el sistema nacional de salud comprende todas las instituciones, el desarrollo de programas y políticas que afectarán directamente todas las dimensiones del derecho a la salud. En cuanto a las diferentes instituciones, en razón de su naturaleza pública o privada, de acuerdo al Art. 361 de la Constitución de la República, no se hace diferenciación alguna mas que para especificar lo que comprende el sector público de salud, pero se afirma que será la Autoridad Sanitaria Nacional la que regule y controle todas las actividades

salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”

² Constitución de la República del Ecuador. Art. 358 “El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.”

relacionadas con el área de salud y su funcionamiento, advirtiendo de la misma manera que la atención médica se prestará ya sea por entidades estatales o privadas, autónomas o comunitarias, y que estos servicios contarán con seguridad, calidad y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información proporcionada por el paciente³.

Por su parte, el numeral 12 del Art. 83 de la Constitución consagra un deber inherente a todo profesional: “Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética”. Es preciso establecer que en la Carta Constitucional, existe una referencia abstracta a los deberes del médico aunque éstos sean expuestos de manera tal que se contemple la postura desde la cual es el ciudadano el que tiene los derechos y por lo tanto puede exigir el cumplimiento, pero visto desde el lado contrario, el derecho a contar con un consentimiento informado, se traduce irremediabilmente en la obligación del profesional de la salud de informar oportunamente al paciente sobre el verdadero estado de salud de tal forma que el individuo víctima de algún trastorno físico pueda optar por el tratamiento o remedio que le resulte mas conveniente. De la misma manera, el derecho a acceder a la información constituye el deber del médico de mantener una historia clínica clara en términos comprensibles para su paciente⁴; ni qué decir sobre la confidencialidad a la cual tienen derecho todos los individuos que sean tratados por un profesional de la salud.

En segundo lugar, otra mención específica que hace la norma constitucional respecto a la actuación del médico o de una institución sanitaria, se refiere a la posibilidad de sanción por falta de un deber inherente a la propia profesión de los médicos. “Por

³ Constitución de la República del Ecuador. Art. 361. “El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector.” Y Art. 362. “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.”

⁴ El Art. 7 lit. f, Capítulo III de la Ley Orgánica de Salud, en relación a los derechos y deberes tanto de las personas como del Estado en relación a la salud.

ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia”⁵ ya que naturalmente esta omisión hará que se determine no únicamente la posibilidad de una sanción penal⁶ por la falta de atención a un paciente de gravedad y que termine en la muerte del mismo, sino que de ocasionarse un daño como resultado de la falta de asistencia por parte del profesional podría desembocar en responsabilidad civil, tanto para el médico que hubiera estado a cargo como para la institución que se hubiere rehusado a atender a una persona que se encuentre en estado de gravedad. No sobra decir entonces, que la prestación de servicios de salud es una de aquellas en las que el profesional podrá incurrir en responsabilidad y por lo tanto deberá responder ante los pacientes por medio del pago de una indemnización, sin perjuicio de las sanciones penales imputables al agente que haya producido el daño, tema que desarrollaremos a continuación.

1.1. Existencia de la figura de la responsabilidad civil profesional dentro de la legislación ecuatoriana

Una vez establecido que el derecho a la salud se protege y garantiza, y habiendo aclarado, que aunque no se refiera de manera directa y activa a los deberes de los profesionales de la salud, es posible partir de un presupuesto claro contemplado por la norma suprema: la existencia de la responsabilidad siempre que un profesional infrinja el deber de actuar sujeto a la ética de su profesión u oficio. Podremos afirmar que los artículos 52 y 54⁷ de la Constitución de la República entran a jugar un rol importante sobre

⁵ Constitución de la República del Ecuador. Art. 365. “Por ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia. Dicha negativa se sancionará de acuerdo con la ley.”

⁶ Código Penal, Art. 434. “Cuando los actos previstos en los artículos anteriores fueren cometidos por imprudencia, o por negligencia, o por impericia en el propio arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá la multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona; y prisión de seis meses a cinco años, si resultare enfermedad o muerte.”

Art. 459. “Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.”

⁷ Constitución de la República del Ecuador. Art. 52. “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa

lo mencionado. El primero de los artículos a los que hemos hecho referencia trata el derecho que tienen los ciudadanos y las ciudadanas para poder exigir una calidad óptima de cualquier prestación de servicios que hayan solicitado, y de la misma manera se garantiza desde este punto en la legislación, la posibilidad de entablar un reclamo en el caso en que se hayan visto perjudicados con el resultado de determinado servicio, como en esta tesina nos enfocaremos: la prestación de servicios de salud. La Constitución determina que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores, así como las sanciones en el caso de infringir las normas de calidad de los servicios prestados. Se hace mención en este punto a la norma Constitucional y cómo ésta contempla el derecho de reparación mediante una indemnización que se genera en razón de la afectación sufrida por deficiencias o daños cuando éstos no hubieren sido provocados por caso fortuito o fuerza mayor, donde naturalmente no existirá responsabilidad del actor.⁸

En los casos de existir fuerza mayor o caso fortuito, según la definición que nos da el Código Civil⁹, se entenderá que de ocurrir cualquier hecho bajo estas circunstancias, se eximirá de toda responsabilidad al presunto responsable ya que se podrá determinar que de haberse producido el mismo hecho en otras circunstancias no habría resultado el daño sobre el cual se pretende atribuir la responsabilidad a determinada persona.

Por su parte, en el segundo artículo mencionado anteriormente, el Art. 54, consagra la existencia de la responsabilidad civil que nace por la deficiente prestación de un servicio

sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por la vulneración de esos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”

Art. 54. “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.”

⁸ EL Art. 52 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación a la indemnización por daño... op. cit.

⁹ Código Civil. Art. 30 “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

o la calidad defectuosa de un producto, pero resulta aún mas importante, y en relación a nuestro estudio, lo dispuesto por el inciso segundo del mismo artículo, “las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”¹⁰

Dicho todo lo anterior, es necesario analizar con mayor profundidad el trato que deberá dársele a la profesión médica, ya que como hemos podido apreciar, la vulneración a la integridad física o a la vida de las personas acarrea naturalmente mayor atención y por lo tanto es preciso darle mayor importancia. Por esta razón considero, que partiendo de la existencia de la protección que toma el profesional de la medicina mediante la contratación de un seguro de responsabilidad civil opcional y voluntario, es necesario determinar el mecanismo sobre el cual la persona que ha sido afectada por un daño en su salud o integridad física podrá acceder a un sistema de reclamación eficaz y menos extensa en cuestión de tiempo. Adicionalmente del análisis que se ha realizado de las normas constitucionales que garantizan el derecho a la salud y la posibilidad de reclamar por la deficiencia o el daño cometido en la prestación de un servicio médico, es necesario identificar las normas pertinentes dentro de nuestro ordenamiento que sostienen legalmente estas garantías constitucionales. Al respecto es preciso comenzar el detalle del trato a la responsabilidad civil del médico con un análisis a la Ley Orgánica de Salud.

La Ley Orgánica de la Salud (L.O.S.), dispone que la salud comprende el completo estado de bienestar físico y mental, y la posibilidad de encontrarse en ese estado constituye un derecho inalienable a los que todos los ciudadanos deben tener acceso¹¹. El Art. 7 de la misma ley, al mencionar específicamente los derechos en relación a la salud que tienen los ciudadanos, hace referencia en varias de sus disposiciones a la existencia de un “médico

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 54, op. cit.

¹¹ Ley Orgánica de la Salud. Art. 3. “La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.”

responsable”, de tal forma que es preciso determinar cuál es la responsabilidad que se está asignando al profesional.

En primer lugar es importante determinar, según la ley, cómo debe ser la actuación de un profesional de la salud. El Art. 201 de la L.O.S., dispone que toda actuación de los médicos deberá ser de calidad, eficaz, y siempre buscará el mayor beneficio para los pacientes teniendo en cuenta los derechos humanos y los principios bioéticos. Ahora, teniendo claro que los principios aplicables al desarrollo de la medicina son generales resulta necesario determinar cuáles son los supuestos sobre los que podemos establecer que la actuación del profesional se aleja de la conducta debida para encuadrarse en una infracción y consecuentemente se incurra en responsabilidad por parte del profesional, haciendo entonces que se pueda hablar de la obligación de resarcir el daño ocasionado. Se tratarán a continuación los presupuestos que serán el punto de partida para hacer mención sobre la existencia de la figura de la responsabilidad. Cabe decir, que se hablará de responsabilidad civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal y administrativa que pueda acarrear la acción que resultare en un daño para el paciente.

La ley Orgánica de Salud se refiere a la infracción de deberes y obligaciones por parte de los médicos, es decir, se calificará como infracción cualquier acto que sin justificación alguna produzca un daño a una persona, y se deberá entender que este resultado habrá de obtenerse por cualquiera de los siguientes medios.

- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; como ocurre en el momento en que un profesional de la salud se rehúse a atender a un enfermo de emergencia o a brindar su ayuda en el caso de un accidente de tránsito;
- b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; como ocurre en el caso de una operación para la que no se han empleado los exámenes previos necesarios;
- c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible, que sucederá cuando el médico realice una intervención sin encontrarse en el lugar adecuado y con los utensilios necesarios para tal actividad; y,

d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional¹².

Es claro entonces, que cualquiera de estos elementos podrán constituir la responsabilidad del galeno, y es preciso entonces hacer mención a una norma particular, en lo referente a los delitos contra la Salud Pública, que establece que los actos cometidos con imprudencia, negligencia o impericia en el arte o profesión, y que infringiendo reglamentos u ordenanzas, serán sancionados con multas, de no resultar la enfermedad o muerte de una persona, ya que de producirse cualquiera de las dos, la sanción será no solo la multa sino la privación de la libertad por prisión de seis meses a cinco años¹³.

Establecidos los parámetros utilizados para determinar un acto que constituya infracción a los deberes de conducta y por lo tanto responsabilidad del profesional, es preciso mencionar en este punto que la responsabilidad civil del médico tratante se extenderá a la entidad con la cual mantenga una relación de dependencia laboral.¹⁴ Al respecto, es pertinente detenernos un momento y tratar la acción que toma el paciente-víctima o en determinado caso sus parientes al momento de realizar el reclamo. En muchos casos, se realiza el reclamo respecto de la entidad sanitaria con la que el médico guarda relación de dependencia ya que frente a esta se tiene menos reparos y se piensa que resulta mucho más factible para la institución (desde un punto de vista económico) la asunción de la reparación del perjuicio cometido, pero la mayoría de veces se está frente a una relación de dependencia que comprende el derecho de repetición frente al médico autor del daño. Al respecto sostiene la doctrina española,

Son plenamente aplicables las disposiciones del CC (art. 1.903) acerca de la RC directa del profesional por hechos ajenos, respondiendo en consecuencia el profesional por actos de sus auxiliares. Los problemas nacen cuando analizamos la responsabilidad por hecho ajeno desde otro punto de vista sumamente interesante como es la responsabilidad de tercero por actos del profesional. Este supuesto ha sido abordado jurisprudencialmente en múltiples ocasiones, sobretodo en casos de posible responsabilidad del hospital, clínica, mutua o administración por los daños

¹² El Art. 202 de la L.O.S, en lo relacionado a los presupuestos que se pueden dar para establecer la responsabilidad del médico en la atención a un paciente.

¹³ Art. 434 del Código Penal... op. cit.

¹⁴ L.O.S., Art. 203. "Los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboren en ellos."

ocasionados por los profesionales a su servicio, o del promotor de obra por los daños ocasionados por arquitectos. La solución jurisprudencial ha sido clara en el primer caso donde normalmente la RC se extiende al centro sanitario, mutua o administración por culpa *in vigilando* o *in eligendo*.¹⁵

Por último, la Ley Orgánica de Salud extiende la responsabilidad del médico tratante en relación a cualquiera de los supuestos del Art. 202 antes mencionado a tal punto que el consentimiento del paciente o de quien tenga la capacidad de darlo, para un tratamiento o atención médica, no exime de responsabilidad al profesional de la salud ya que como se pudo apreciar, los presupuestos nombrados por los que puede nacer este deber de reparación por la producción de un daño, van más allá de la simple falta de la conducta adecuada en el desarrollo de la profesión.

Dicho lo anterior, es preciso decir entonces que de acuerdo al Art. 7 literal i¹⁶ de la L.O.S., los pacientes (el paciente-víctima), y en el caso pertinente sus familiares, podrán hacer valer sus derechos mediante el uso eficaz y oportuno de las instancias competentes para llevar quejas o reclamos a instancias administrativas o judiciales de tal forma que se logre la reparación e indemnización por los perjuicios causados en el caso en que haya ocurrido un daño tal que se pueda hablar de la responsabilidad del médico que haya estado a cargo. De esta manera, la ley parte de un primer presupuesto para la reclamación de una indemnización, la existencia de un proceso interpuesto ante la autoridad, sea administrativa, sea judicial, con el propósito de perseguir una reparación pecuniaria por un perjuicio sufrido¹⁷, el mismo que naturalmente parte de la existencia de una causa y un efecto que genere la responsabilidad efectiva del profesional de la salud para que el paciente-víctima se haga acreedor de un derecho de reparación. En definitiva, la ley habla

¹⁵ FUNDACIÓN MAPFRE SEGUROS, *Manual del Seguro de Responsabilidad Civil*, MAPFRE, Madrid, 2004. Pág. 97

¹⁶ L.O.S. Art. 7. “Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos. Literal i) Utilizar con oportunidad y eficacia, en las instancias competentes, las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales que garanticen el cumplimiento de sus derechos; así como la reparación e indemnización oportuna por los daños y perjuicios causados, en aquellos casos que lo ameriten.”

¹⁷ Art. 7 de la L.O.S., literales g y h, en relación a las acciones necesarias para hacer efectivo el pago de una indemnización por el daño generado a un paciente.

de la existencia de una sentencia para que se produzca el pago de la indemnización en razón del daño cometido.

Respecto a las sanciones existentes dentro de la L.O.S. se ha dispuesto que existen penalidades no únicamente para las infracciones cometidas por inobservancia, impericia, imprudencia o negligencia, sino también la falta a cualquier deber de la conducta de los profesionales de la salud y que tengan como resultado el daño o perjuicio producido directamente a un tercero (paciente o sus familiares que puedan iniciar la acción respectiva). Por su parte, respecto de las infracciones determinadas que pueden ocasionar daño a la integridad o a la vida de una persona y que se producen por la acción directa de la intervención del médico, se habla de la inobservancia, que tendrá una sanción de un salario básico unificado del trabajador en general; la impericia, que será sancionada con una multa de cinco salarios básicos unificados; la imprudencia, cuya sanción es de diez salarios básicos unificados; y, la negligencia, que tendrá la multa más alta de veinte salarios básicos unificados. Cabe decir que la naturaleza de estas multas tendrá carácter administrativo y deberán ser conocidas por las autoridades que designe la ley, todas las denuncias de las infracciones, sin perjuicio de la demanda por daños y perjuicios que se entable en razón de la persecución de un monto mayor y la apreciación del daño por un juez y peritos en la materia que puedan determinar el monto que debe ser entregado en razón de la indemnización.

Las autoridades que tienen competencia para conocer e imponer las sanciones anteriormente mencionadas serán:

- a) El Ministro de Salud Pública;
- b) El Director General de salud;
- c) Los directores provinciales de salud; y,
- d) Los comisarios de salud.¹⁸

Las autoridades mencionadas estarán capacitadas para actuar de oficio, por denuncia o de informe para determinar las infracciones mencionadas en el cuerpo legal al que

¹⁸ El Art. 217 de L.O.S., dispone cuáles serán las autoridades que podrán conocer de las infracciones e imponer las sanciones que establezca esta Ley y las demás normas vigentes.

hemos hecho referencia.

Por último consideramos oportuno mencionar que aunque las disposiciones que se encuentran en el Código de Ética Médica hagan una breve mención sobre la existencia de la responsabilidad del médico en su actuación, no responde mas que a supuestos de conducta dentro de la profesión a cuya infracción no corresponde sino una sanción administrativa impuesta por el Colegio correspondiente pero no proporciona en ningún momento ningún mecanismo apropiado para que un paciente pueda ejercer el derecho ante autoridades judiciales de la búsqueda del resarcimiento de un daño producido durante el ejercicio de la profesión.

Por todo lo mencionado dos consideraciones importantes: en primer lugar, el médico no cuenta con una obligación legal de asegurar la responsabilidad en la que pueda incurrir durante el ejercicio de su profesión de tal forma que el paciente que se vea perjudicado por un daño cometido por la actuación del médico tiene, actualmente, únicamente la vía ordinaria para demandar la indemnización por daños y perjuicios; y en segundo lugar, establecido que la contratación de un seguro de responsabilidad civil resulta opcional y voluntario por los profesionales en el ejercicio de la medicina, de contar con éste, es necesario que el paciente que haya sufrido un infortunio a consecuencia del sometimiento a la atención de un galeno, deberá contar con un mecanismo eficaz de reclamación de tal forma que encuentre en la ley una protección al derecho a ser resarcido.

1.2. El seguro de responsabilidad civil y su cobertura

En primer lugar, es necesario determinar qué es el contrato de seguro de responsabilidad civil según el Régimen General de Seguros y concretamente, cómo lo define el Decreto Supremo 1147¹⁹, que trata de la reforma introducida al Código de Comercio en cuanto a la figura del contrato de seguro.

A manera de referencia y en concordancia con nuestra ley, el autor OSSA, explica, que el seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños patrimoniales, diciendo,

¹⁹ Reforma realizada al Libro II Título ... (XVII.1) del Código de Comercio, incluido mediante Decreto Supremo 1147 (R.O. 123: 7-Dic-1963)

Los seguros patrimoniales, como su nombre lo indica, protegen la integridad del patrimonio económico contra las erogaciones eventuales que puedan afectarlo desfavorablemente. Es verdad que los seguros reales también llenan esta función, pero ellos tienen como objeto un interés concreto, susceptible de identificación física y de evaluación económica. Lo que no ocurre con los seguros patrimoniales.²⁰

Por su parte, el autor VITERBO define el seguro de responsabilidad civil así: “Es aquella especie de seguro en el cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el daño patrimonial que éste sufra como consecuencia legal de una responsabilidad civil – no penal – en que ha incurrido.”²¹ Estas definiciones concuerdan con lo dispuesto por nuestra ley ya que la Sección Tercera del Capítulo II que trata de los Seguros de Daños, habla del Seguro de Responsabilidad Civil²², y específicamente hace una muy breve referencia al seguro de responsabilidad civil de los profesionales²³. De esta manera se podrá entender del Art. 50 del Decreto Supremo 1147, que el seguro de responsabilidad civil genera la obligación por parte del asegurador de restablecer el patrimonio del asegurado, hasta el límite de la suma asegurada, si éste (el patrimonio), a causa del siniestro (daño a un tercero por que sea responsable legalmente el asegurado) se ve disminuido.

Debido a las características del seguro de responsabilidad civil dentro de nuestra legislación (en donde lo que se protege es el patrimonio del asegurado, y se consolidan la figura de solicitante, asegurado y beneficiario en la misma persona), es preciso entonces, afirmar que, tal como lo especifica la ley²⁴, no se trata de un seguro a favor de terceros, por

²⁰ OSSA G: *Tratado Elemental de Seguros*, Bogotá, Lerner, 1963, p. 255.

²¹ VITERBO: *El seguro de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1944, p. 8, citado por OSSA G.: *Tratado Elemental...* op. cit., p. 528

²² Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147. Art. 50 “En los seguros de responsabilidad civil, el asegurador debe satisfacer, dentro de los límites fijados en el contrato, las indemnizaciones pecuniarias que, de acuerdo con las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado, como civilmente responsable de los daños causados a terceros, por hechos previstos en el contrato.”

²³ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147. Art. 27 “Puede ser objeto de contrato de seguro contra daños todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro” y el art. 54 “es nulo, de nulidad absoluta, el seguro de responsabilidad civil profesional, cuando la profesión y su ejercicio no estén reconocidas por el Estado, o cuando, al momento de celebrarse el contrato, el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión.” Se menciona la existencia efectiva de un seguro que cubra los errores cometidos durante el ejercicio de la profesión como en el caso analizado, la profesión de los médicos.

²⁴ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 53. “El seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece, en tal virtud, de acción directa contra el asegurador. Este

lo que el damnificado, esto es, la persona sobre la que recae directa y realmente el daño, carecerá de la posibilidad de ejercer la acción directa hacia el asegurador, lo que naturalmente implica que se exija la existencia de una sentencia ejecutoriada que demuestre la responsabilidad del médico para que se pueda llevar a cabo la reparación del daño. Considero que resulta pertinente y necesaria la modificación de este proceso ya que apreciando el sentido social y proteccionista que debe tener realmente el seguro de responsabilidad profesional (sobretudo en el caso de los médicos) no debe enfocarse únicamente en el amparo del patrimonio del asegurado sino en la protección de las víctimas y para esto se requerirá necesariamente que el seguro de responsabilidad civil de los médicos sea entendido como un seguro a favor de terceros y por lo tanto el damnificado cuente con la posibilidad del ejercicio de la acción directa para el reclamo del pago frente al asegurador.

Los españoles definen el objeto del seguro de responsabilidad civil de los médicos de la siguiente manera, y aunque no se plantea en primer momento la acción que tiene el damnificado en razón de la existencia del seguro, será analizado más adelante el trato que le ha dado la legislación española.

El seguro de [responsabilidad civil] sanitaria es aquel que tiene por objeto cubrir la responsabilidad del médico como consecuencia de su actuación profesional por daños corporales y materiales ocasionados de manera involuntaria a sus pacientes u otros terceros, con ocasión de visitas, consultas, diagnósticos, tratamientos, intervenciones quirúrgicas o cualquier acto médico de su competencia, independientemente de que el daño sea causado directamente por el asegurado o por las personas de las que legalmente pueda responder.²⁵

Adicionalmente considero que las implementaciones necesarias a las que he hecho referencia, en el caso de la profesión médica son merecedoras de especial atención, ya que se trata del ejercicio de una profesión que tiene incidencia directa sobre la salud o la integridad física de las personas y que por lo tanto es susceptible de provocar daños de tal gravedad que afectará el desarrollo de una persona a lo largo de su vida. Por estas

principio no obsta para que el asegurador adopte las providencias que estime conducentes a fin de evitar que el asegurado obtenga del contrato ganancias o lucro.”

²⁵ FUNDACIÓN MAPFRE SEGUROS, *Manual del Seguro ...* op. cit. Pág. 101

consideraciones, resulta natural entonces que el propósito principal dentro del amparo del seguro sea la protección de las víctimas y no, como se encuentra actualmente regulando en nuestra ley, que la protección verse principalmente sobre los menoscabos sufridos en el patrimonio del asegurado.

1.3. Modo de reclamo de la indemnización por responsabilidad civil de acuerdo al Decreto Supremo 1147

Con el objeto de seguir la misma línea que hemos venido desarrollando en base a las disposiciones legales vigentes, es importante tratar el procedimiento que se le da a la reclamación del siniestro por parte del damnificado. Se trata de un proceso que se interpone ante instituciones judiciales con el fin de probar la existencia de la responsabilidad del profesional, para posteriormente mediante la sentencia ejecutoriada que determine la existencia de la responsabilidad, se pueda hacer el reclamo a la compañía de seguros para que realice el pago en razón de la existencia de un contrato de seguro previamente celebrado entre el profesional (médico responsable) y la compañía de seguros que hubiera asumido el riesgo del eventual reclamo.

Así, el acto por el cual se da inicio al proceso que pretende la reparación, se produce por la obligación que tiene el asegurado de dar aviso²⁶ a la aseguradora de cualquier evento que pueda generar una futura reclamación; este aviso deberá producirse durante los tres días siguientes que se haya tenido conocimiento del evento que podrá provocar el daño o contados a partir de la reclamación judicial o extrajudicial iniciada por el tercero; posteriormente la compañía de seguros podrá manejar el proceso o asignar un abogado que lo maneje, de lo contrario siempre debe ser informada de los avances que se vayan presentando en el desarrollo del trámite, y, de haber sido probada la responsabilidad del asegurado, se procederá al pago de la indemnización una vez presentada la sentencia

²⁶ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 20. “El asegurado o el beneficiario están obligados a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, al asegurador o a su representante legal autorizado, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo. Este plazo puede ampliarse, mas no reducirse, por acuerdo de las partes.”

ejecutoriada y de no existir objeciones al pago, que de producirse deberán ser presentadas ante la Superintendencia de Bancos y Seguros²⁷ se procederá a la indemnización.

Este es el proceso que actualmente establece la ley y que se pretende modificar en el desarrollo de esta tesina mediante la inclusión del paciente-víctima como beneficiario de la prestación del contrato de seguros, lo que naturalmente le concederá el derecho del ejercicio de una acción directa mediante la cual el paciente podrá reclamar el pago de la indemnización al asegurador y de entablarse un proceso judicial, en el desarrollo del mismo, el damnificado podrá probar tanto la ocurrencia del siniestro (la responsabilidad del profesional) como realizar el reclamo a la compañía de seguros.

Es importante mencionar que respecto a la obligación del asegurador, la misma que se traduce en el pago del monto por el cual éste deberá responder, es preciso decir que la indemnización será únicamente hasta la suma asegurada ya que el asegurador solo estará obligado hasta el límite de ésta.²⁸

Sobre el análisis de las disposiciones legales vigentes centradas en el seguro de responsabilidad civil y el pago de su indemnización, se debe entender que el asegurador protegerá el patrimonio del profesional frente al resultado negativo de la demanda entablada por hechos que hayan estado previstos dentro del contrato, sean éstos producto de negligencia, error u omisión en el ejercicio de su profesión durante la vigencia de la póliza. Por los motivos anteriormente expuestos, en la cláusula dentro del contrato de seguro actualmente se lee de la siguiente manera: *La aseguradora ampara los perjuicios patrimoniales sufridos por el asegurado por las lesiones corporales causadas a terceras personas y/ o daños a propiedades de terceros por las cuales sea legalmente responsable.* Naturalmente se entiende, que el damnificado carecerá de acción directa al momento de realizar el reclamo puesto que el

²⁷ Régimen de Seguros, Reglamento a la Ley General de Seguros, Art. 42. “Toda empresa de seguros tiene la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquel en que el asegurado o beneficiario le presenten por escrito la correspondiente reclamación aparejada de los documentos que, según la póliza, sean necesarios, a menos que la empresa de seguros formule objeciones fundamentadas a tal reclamo, las mismas que deberán ser llevadas inmediatamente a conocimiento del Superintendente de Bancos y Seguros...”

²⁸ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 23. “El asegurador no está obligado a responder, en total y por cualquier concepto, sino hasta concurrencia de la suma asegurada.”

amparo principal dentro de esta cláusula radica en el patrimonio del asegurado, pero tal como hemos mencionado antes, esta tesina busca demostrar que el seguro analizado debería ser un seguro a favor de terceros.

Respecto a la prescripción de las acciones que pueden derivar del contrato de seguro, se deberá entender que tendrán validez para ser ejercidas dentro de los dos años siguientes contados a partir de la ocurrencia del hecho que les haya dado origen que será lo que nosotros debemos entender como la ocurrencia del siniestro. Sin embargo será muy importante considerar el tema de la prescripción tomando en cuenta que existirán dos medios de reclamación: la acción de reclamo derivada del contrato de seguro²⁹ o la acción ordinaria a la que hace referencia el Código Civil y de acuerdo al tipo de responsabilidad de la cual se trate, sea ésta contractual o extra contractual. De esta manera el Código Civil, en el Art. 2235³⁰ hace referencia a la prescripción de las acciones para demandar la indemnización por la ocurrencia de un daño, la que será de cuatro años desde la ocurrencia del hecho dañoso. De aquí es importante la breve mención del problema que sugiere el contenido de ambas normas. Por un lado, nos encontramos con la disposición del Código Civil, que dispone que la prescripción correrá desde la “perpetuación del acto”, es decir, desde que se ha generado esa infracción a la conducta debida de los médicos en el ejercicio de la profesión, sea esta una conducta, imprudente o negligente, por ejemplo, que ha derivado en la provocación de un daño. Contrariamente a la posición tan clara que pone en manifiesto el Código Civil, la disposición del Decreto Supremo 1147, hace referencia al “acontecimiento que da origen a las acciones”, y esto muestra un evidente problema a la hora de caracterizar qué es lo que se entiende por ese acontecimiento, es decir, si se trata de la ocurrencia del hecho (la acción negligente) o si se trata del reclamo del damnificado. Expuesto este problema, y tomando en cuenta que nuestro interés gira sobre la existencia de un contrato de seguro para el cual consideramos necesaria la existencia de un reclamo realizado sea al asegurado o al asegurador, partiremos de la interpretación en que el

²⁹ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 26. “Las acciones derivadas del contrato de seguro, prescriben en dos años a partir del acontecimiento que les dio origen.”

³⁰ Código Civil del Ecuador, Art. 2235. “Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”

siniestro se configurará mediante la reclamación, sobretodo en el caso de la profesión médica, en el que se podrán presentar los efectos del daño causado en un tiempo mucho mas largo del que se ha llevado a cabo la intervención del paciente en donde se haya producido la supuesta ocurrencia del hecho dañoso.

Por último considero importante mencionar la modalidad sobre la cual versan actualmente las pólizas de seguro de responsabilidad civil en la mayoría de los casos respecto de la delimitación temporal del riesgo, al respecto dice DÍAZ – GRANADOS,

El riesgo se delimita temporalmente, lo cual acontece en un primer término por el mecanismo básico de la estipulación de la vigencia o período de protección del contrato de seguro. En segundo término el riesgo se delimita temporalmente con la introducción de cláusulas que definen, para el caso de la responsabilidad civil, si lo que se cubre es la reclamación contra el responsable o el momento en que el hecho se produzca.³¹

En la cláusula *Claims Made* el riesgo que se cubre es la reclamación del tercero por el hecho dañoso que haya sucedido durante la vigencia de la póliza la cual puede prolongarse en el tiempo con períodos de retroactividad o adicionales (pactados siempre expresamente por las partes.)

Finalmente, y por todo lo dicho, respecto al seguro de responsabilidad civil profesional, se puede afirmar que la medida en la que se podrá hacer efectivo el propósito del mismo, tanto social (ya que tratándose de la profesión médica no puede ignorarse el contenido solidario dentro de la profesión en sí), como en provecho de la economía procesal, será mediante la incorporación del paciente víctima como beneficiario de la prestación del seguro ya que esto propone inmediatamente la implementación de la acción directa por parte del beneficiario, de tal forma que se dirija a la compañía de seguros para que pruebe la responsabilidad del médico y de la misma manera pueda realizar el reclamo del pago de la indemnización en un mismo proceso. Naturalmente propongo la adopción de la figura de un seguro a favor de terceros para el seguro de responsabilidad civil profesional de tal forma que la calidad de la víctima como beneficiario encuentre su

³¹ DÍAZ – GRANADOS: “La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil profesional (Sistema Claims Made)” en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*, Guadalupe, Bogotá, 2005, Pág. 245.

fundamento en el trato del seguro como un contrato a favor de terceros. Dice DÍAZ – GRANADOS,

En este tipo de seguros el riesgo asegurable es precisamente la responsabilidad civil (o la administrativa tratándose de entidades públicas). En otras palabras, la responsabilidad civil es la materia prima básica del seguro que nos ocupa. El asegurado es, por tanto, el potencial responsable cuyo patrimonio se expone a un detrimento en caso de incurrir en responsabilidad. Pero simultáneamente el seguro también protege a la víctima, quien ostenta la calidad de beneficiario y es titular de una acción directa contra el asegurador.³²

Además del fundamento de la efectividad en la reparación del daño, es importante considerar que el móvil que lleva a la creación de la posibilidad de la cobertura de los daños producidos y por lo tanto la asunción de la carga económica que éstos conllevan y que sea asumida por el médico responsable, tiene una motivación ante todo social, ya que la medicina trata de una actividad que aunque no se contempla como una actividad de riesgos (como para considerarse la responsabilidad objetiva), es una de las que más riesgo conlleva en su ejecución, y por lo tanto se deberá considerar que debe existir la protección necesaria a quien realmente ha sufrido el daño, que en el sistema actual carece de acciones para hacer valer el derecho de reparación del que necesariamente se convierte en acreedor. Considero que la manera en que el derecho del tercero se hará efectivo y contará con la protección necesaria dentro de nuestro sistema legal será dándole la característica de un seguro a favor de terceros, como se ha estado tratando durante el transcurso de esta tesina y en los capítulos siguientes se desarrollará el análisis correspondiente de las implicaciones que tendrá la adopción de esta figura.

³² DÍAZ – GRANADOS: “La delimitación temporal de la cobertura...” op. cit. Pág. 245.

CAPITULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

2. Introducción

En el siguiente capítulo se tratará tanto la responsabilidad civil en su generalidad como en el caso particular aplicable a la profesión médica y se desarrollarán los elementos necesarios para la constitución de la responsabilidad del profesional de tal forma que en los capítulos siguientes se pueda tratar directamente la aplicación de las disposiciones del deber de reparación de los daños ocasionados en el ejercicio de la profesión y cómo éste al ser objeto de un contrato de seguro impondrá la obligación al asegurador. Todo el análisis se desarrollará con el fin último de establecer la posibilidad, una vez determinada la existencia de la responsabilidad, por parte del tercero que haya sufrido el daño de ejercer en contra del asegurador una acción directa que le asegure la reparación del daño sufrido.

2.1. Responsabilidad Civil

En un principio, la responsabilidad como tal deberá entenderse como un presupuesto vinculado a una persona, se trata de un término que refleja la relación de la responsabilidad que existe ante un tercero. Podemos entonces hablar de un nexo entre dos personas quienes en principio serán el sujeto que ocasiona el daño y aquel que lo ha soportado. Jurídicamente hablando, el término de responsabilidad sugiere la obligación de

asumir las consecuencias de un daño, sea este el resultado de un hecho o un acto o una conducta.³³

A manera de introducción del presente capítulo, podemos hablar de varios tipos de responsabilidad. La responsabilidad general se da cuando se debe asumir las consecuencias de un resultado o de un daño; se trata de responsabilidad moral cuando las consecuencias que se deben enfrentar son únicamente de índole personal, es decir que se encuentran únicamente dentro del sujeto causante y por lo tanto no hay consecuencias hacia el exterior del mismo y que por esta razón no repercutan en el mundo que lo rodea haciendo que esta responsabilidad nunca supere el campo subjetivo. En tercer lugar, tenemos la responsabilidad ética, que la ubicaremos entre la responsabilidad moral y la jurídica ya que se refiere a las faltas en las que se incurre dentro de una esfera profesional determinada y que considero no tienen propiamente sanciones jurídicas sino administrativas. Sin embargo, en el caso en que se presente un suceso que derive en responsabilidad jurídica (civil) por la falta cometida dentro del ejercicio de las disposiciones apegadas a la ética de una profesión, necesariamente las repercusiones habrán de ocupar un espacio dentro de la esfera jurídica. La mayoría de las profesiones, como la de los médicos, los abogados, los ingenieros, entre otras, están regladas por ciertos principios y postulados que generan la obligación de ceñirse a una determinada conducta profesional y que en el caso de existir falta a estas disposiciones se incurrirá en responsabilidad ética, la misma que será sancionada por los organismos profesionales relacionados con la actividad que se trate. Las consecuencias podrán ir desde la suspensión temporal de la licencia, multas mediante servicios relacionados con la actividad o la suspensión definitiva de la licencia para el ejercicio de la profesión.

La responsabilidad que nos concierne realmente en el presente análisis es la responsabilidad jurídica. Se habla de ésta cuando los efectos de un acto, omisión o conducta, trascienden el campo personal del sujeto y genera consecuencias en su entorno,

³³ MARTINEZ RAVE: *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 10ma ed., Temis, Bogotá, 1998, Págs. 4-5. Hace referencia los hechos cuando éstos son los producidos por cosas y la responsabilidad será indirecta o compleja y se hablará de actos o conductas cuando se trata de resultados de acciones llevadas a cabo por las personas que hayan producido en daño y sobre las cuales recaerá la responsabilidad directa.

consecuencias referidas a un grupo social con el cual interactúa de diferentes maneras y por lo tanto existen repercusiones jurídicas respecto a otra persona. La responsabilidad jurídica se presentará en diferentes áreas, se hablará de una responsabilidad civil y una responsabilidad penal.³⁴

La responsabilidad civil ha encontrado una subdivisión en la responsabilidad contractual y extracontractual. La contractual será la que nace para quien haya incurrido en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones que han sido determinadas en razón de un contrato. La responsabilidad extracontractual consiste en la obligación de reparar de una persona que ha ocasionado un daño en el patrimonio de otra, pero con la que no existe ningún vínculo contractual, sino que existirá el deber legal de reparar el daño causado.

El momento en el que surge la responsabilidad civil se determinará por la existencia de los elementos de la responsabilidad los mismos que son el daño, la culpa y el nexo causal, pero a estos haremos referencia en su determinado momento. Por ahora, considero importante especificar que el elemento subjetivo no siempre es esencial, es decir la determinación de la imputabilidad por la culpabilidad a un individuo en razón de su conducta no es necesaria como resulta en la responsabilidad penal. El fundamento para esta afirmación radica en que mientras que la responsabilidad penal resulta personalísima, intransferible y termina con la muerte del presunto responsable, la responsabilidad civil se

³⁴ Respecto a la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Por la primera, se entenderá la obligación de responder de manera patrimonial o económica, derivada de un hecho, conducta o acto que haya generado una lesión o daño a un patrimonio ajeno. Por la segunda, la responsabilidad penal, se refiere a la asunción de consecuencias jurídicas mediante la obligación de dar cumplimiento a las sanciones penales propuestas en la legislación según la violación de un derecho específico y las que generalmente consistirán en la privación a la libertad a quien ejecute la conducta que debe ser sancionada, sin perjuicio de cualquier sanción pecuniaria que pueda acompañarla.

Ya establecido que mientras que la responsabilidad penal es la obligación de cumplir con una pena producto de un acto o conducta que ha vulnerado un derecho específico, y cuya sanción consistirá en la privación de libertad por lo general, la responsabilidad civil consiste en la asunción de una consecuencia patrimonial, económica exclusivamente. Es importante recordar, que la responsabilidad civil, por la reparación de daños puede tener lugar sin perjuicio de la sanción penal que exista por un delito cometido y esto se deberá determinar de acuerdo a que el daño guarde relación con la esfera penal o civil. Así, de acuerdo al interés lesionado se verá el tipo de responsabilidad que ha surgido. El delito sugiere un daño ocasionado a un interés público, es decir un interés general y colectivo, pero se refiere a una lesión específica. Ahí se origina la responsabilidad penal del individuo. Cuando se perturba un interés privado, ya sea este individual o colectivo, se genera la responsabilidad civil: se produce un daño privado.

transmite a los herederos ya sean de manera activa por el causante o de manera pasiva por el perjudicado. Así, bastará entonces la imputabilidad de la responsabilidad a una persona, sea este el agente directo o sus herederos. Lo afirma MARTÍNEZ RAVE cuando dice,

En la responsabilidad civil no es esencial y necesario ese vínculo subjetivo que los partidarios de la culpa exigen como elemento integrante de esa responsabilidad, porque lentamente han venido apareciendo circunstancias que determinan la responsabilidad civil sin que ella se presente o acredite. En el caso de la responsabilidad por hechos de terceros, no existe nexo subjetivo entre el resultado y el responsable a quien se reclama la indemnización.³⁵

El Código Civil ecuatoriano, respecto al nacimiento de las obligaciones, dispone en su Art. 1453³⁶, el deber de reparar en el momento en que se ha causado un daño a otra persona, haciendo que la responsabilidad constituya el nacimiento de una obligación por parte del agente causante del daño. De la misma manera considero que en el momento en que no se habla de los contratos, en los que sin más se entenderá que de haber un incumplimiento o cumplimiento defectuoso se incurre en responsabilidad, por su parte, en el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se configura cuando existe una falta a un deber legal, pero también supone la obligación que ha de generarse para el responsable de reparar, por lo que considero que el legislador ecuatoriano además ha diferenciado ya como fuentes de obligaciones a los contratos de los cuasicontratos y delitos y cuasidelitos.³⁷

Ahora, existen dos posiciones sobre el trato que deberá dársele a la responsabilidad civil como tal. En primer lugar, la tesis de la unidad plantea que la responsabilidad civil es una sola, que siempre se genera por el incumplimiento de una obligación, ya sea ésta contractual o legal, y cuyo incumplimiento tiene como resultado un daño en el patrimonio

³⁵ G. MARTÍNEZ RAVE: *Responsabilidad Civil Extracontractual...* op. cit., p. 13.

³⁶ Código Civil, Art. 1453. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

³⁷Al respecto solo cabe la referencia sobre la actuación del legislador ecuatoriano adoptando la tendencia común y tradicional que trata separadamente la responsabilidad civil contractual y la que surge cuando se ha cometido un hecho dañoso a una persona con la que no se tiene ningún vínculo.

del tercero. En ambos casos se sostiene que existe una obligación preexistente que se incumple y genera un daño y a su vez la obligación de indemnizar. A esta primera tesis, es propio vincular, que de una manera más específica, se suman quienes parten de la idea de que la responsabilidad, cualquiera que sea, nace de ese incumplimiento y que tiene carácter de ilícito, ya sea porque se ha vulnerado la convención entre las partes o porque se ha infringido un deber legal, de cualquiera de las formas en que se haya producido esta responsabilidad. Al respecto considero que se ha tratado de ilícito al incumplimiento producido, trátase de una disposición legal (el deber ser de la norma) o de una obligación contractual que se reconoce como ley para las partes. Dice TAMAYO JARAMILLO,

Muchas veces acontece que hay ilícitos que generan responsabilidad civil, sin que necesariamente surja la responsabilidad penal, [...] tal como ocurre en el incumplimiento contractual de obligaciones de resultado o en el daño en cosa ajena, meramente culposos.³⁸

A esta minoría se suma VILLA ZAPATA, quien advierte que la responsabilidad civil como tal engloba tanto a la contractual como a la delictual y cuasidelictual y que resultaría imposible incluso estudiar la segunda sin hacerlo sobre la primera, y “en efecto, ambas formas de responsabilidad no son más que una sola, habida consideración que su fuente inmediata es un hecho ilícito.”³⁹

La segunda tesis es la dualista que considera que la responsabilidad contractual nace por el incumplimiento de obligaciones que resultan específicamente pactadas; mientras que la obligación general que contempla la ley (de prudencia y diligencia) se vulnera en el momento en que se ocasiona un daño a otro y nace la responsabilidad extracontractual. Nosotros coincidimos con la tesis dualista de la existencia de ambos tipos de responsabilidades y el fundamento se encuentra en el Código Civil. El trato que se le da a la responsabilidad contractual se encuentra ubicado dentro del Título de las obligaciones⁴⁰,

³⁸ TAMAYO JARAMILLO: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Legis, Bogotá, 2007. Pág. 15

³⁹ VILLA ZAPATA: “La Responsabilidad Civil en el Contrato de Seguro”, *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Javegraf, Bogotá, 1995, p. 140

⁴⁰ Código Civil, Título XII Del Efecto de las Obligaciones, Art. 1563. “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta el beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se

por incumplimiento contractual, mientras que la responsabilidad extracontractual se ubica bajo el Título de los cuasidelitos⁴¹.

2.1.1. Responsabilidad civil del médico

Concentrándonos en las actividades profesionales, es preciso afirmar que “en el ámbito socioeconómico, cualquier actividad que implique un riesgo, por pequeño que este sea, es susceptible de generar responsabilidad [...] el ejemplo mas claro de esta desacralización lo observamos en las llamadas profesiones liberales.”⁴² Es por ejemplo el caso de los profesionales de la salud, dentro de cuya rama, se ha incrementado el índice de reclamos contra médicos y hospitales⁴³, lo que hace inevitable que nos detengamos a estudiar que así como ahora la medicina ofrece un campo casi ilimitado sobre soluciones y posibilidades, los pacientes, y en mayor medida sus familiares, han tomado una posición diferente hacia los daños experimentados a raíz de un tratamiento médico porque lo que antes los pacientes decidían aceptar como una consecuencia inevitable y propia de la práctica médica, ahora se ha convertido en la eventualidad de un reclamo que determinará la responsabilidad, y por ende, la búsqueda misma de la reparación. Esto, naturalmente se ha producido porque en el pasado, se podía comprender que cualquier daño o mal producido que fuera resultado de la actividad médica era inevitable o se carecía de la fuerza para ejercer la defensa apropiada para configurar la responsabilidad del autor ya que

haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa...”

⁴¹ Código Civil, Título XXXIII, De los delitos y cuasidelitos, Art. 2214. “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

Art. 2216. “Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo está obligado hasta lo que valga el provecho.”

⁴² FUNDACIÓN MAFRE ESTUDIOS, *Manual del Seguro...* op. cit. Pág. 93

⁴³ *Ibidem*, Pág. 94. “Que el profesional intervenga cada vez más en asuntos, el escaso tiempo de experiencia exigido, la insuficiente preparación práctica de los centros de enseñanza, etc. ha provocado un torrente de demandas contra estos profesionales, aumentando tanto cualitativa como cuantitativamente, a niveles hasta hace poco insospechados.”

comúnmente se optaba por un médico de la familia que se elegía a sabiendas de su profesionalidad y conocimiento.

Hoy en día, nos encontramos en una situación completamente contraria ya que existe la conciencia de que no deberá existir un perjuicio sin reparación y, especialmente, cuando son las personas las que reciben directamente el daño y no los bienes. Consecuentemente, el individuo en la actualidad se encuentra en una posición reacia a aceptar el infortunio o a considerar que existen efectos inevitables de tal manera que busca el por qué de los resultados y la responsabilidad del autor con el fin de obtener una reparación. Dice ALARCÓN FIDALGO,

El desarrollo de la medicina ha elevado, en proporción inusitada, las expectativas de curación, de tal manera que hoy parece casi obvio que la posibilidad de realizar lo que ayer era imposible. Paralelamente aumentan también las exigencias de eficacia del médico y la tendencia a atribuir a ésta la culpa, cuando el esperado éxito del tratamiento no se produce.⁴⁴

El tema de la responsabilidad civil del médico no es un tema propiamente hecho para los juristas y, específicamente en la búsqueda de medios de cobertura y reparación, tampoco resulta inherente a los aseguradores de responsabilidad civil, pero dado que se trata de una materia de suma importancia y que afecta directamente la integridad del ser humano, es esencial considerar las consecuencias jurídicas y a su vez determinar la funcionalidad del campo asegurador en el trato de esta materia.

Es necesario especificar que de acuerdo a lo que se ha tratado en el capítulo precedente, no existe una normativa concreta que se destine a regular la responsabilidad civil de los médicos, ni un seguro de responsabilidad civil específico para los mismos, de modo que comúnmente serán las disposiciones de cualquier seguro de responsabilidad civil profesional las que sirvan de base para el manejo de los seguros en el campo médico⁴⁵, y naturalmente se trata a lo largo de esta tesina cómo es que el derecho que tiene

⁴⁴ ALARCÓN FIDALGO: “El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Javegraf, Bogotá, 1996, Pág. 33.

⁴⁵ Tanto es así, que se ha determinado que, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad civil del médico no difiere de la responsabilidad que puede resultar del ejercicio de otras profesiones como lo sería

una persona que ha sufrido un daño a causa de la intervención de un profesional de la salud podrá tener la protección necesaria mediante la implementación de los mecanismos necesarios para que el daño sufrido sea reparado efectiva y oportunamente.

En este momento es importante hacer referencia a un elemento que hará que en la materia de medicina se pueda particularizar la responsabilidad civil y su cobertura. Se trata de la relación que existe entre el paciente y el médico y todo lo que esto conlleva, ya que ha pasado de ser una relación *intuitu personae* a una relación totalmente indirecta dado que prevalece la relación que existe entre el médico y el órgano hospitalario con el cual el médico, en la mayoría de los casos mantiene una relación de dependencia. Esto ha hecho que surjan dos consecuencias inevitables. En primer lugar, la cuasi fungibilidad del médico, ya que éste puede ser siempre reemplazado por las disposiciones, distribuciones y conveniencias de la organización, y en segundo lugar y consecuentemente, existe una notoria falta de identificación entre el médico determinado y el paciente. Debido al avance y especialización de la ciencia médica como tal, se dan muchos casos en los que en un mismo procedimiento intervienen varios profesionales, ya que están involucrados con diferentes especializaciones dentro del campo de la medicina, y esto hace que inevitablemente se despersonalice la relación del médico con el paciente. Así, este fenómeno de tecnificación y masificación de la medicina ha producido un efecto directo sobre la posición del paciente – víctima o de sus familiares a la hora de realizar un reclamo.

Como consecuencia de estos cambios producidos en la materia de la responsabilidad de los médicos se ha incluido dentro de la práctica de los profesionales de la salud una tendencia a emplear la llamada “medicina defensiva”. La medicina defensiva consiste en que el médico, al no tener los medios para poder hacer frente a una eventual indemnización, evita tratar a pacientes de alto riesgo o a los que puedan presentar resultados inciertos, y para esto, se implementan un sinnúmero de exámenes y procedimientos más sofisticados y que le aseguren la exoneración de la responsabilidad del profesional por haber actuado conforme a los protocolos necesarios. Naturalmente,

la de los abogados o los arquitectos, ya que las coberturas de un seguro estarán siempre destinadas a la reparación de los daños ocasionados.

considerando estas medidas, puede verse el aspecto positivo de esta tendencia, tanto para los médicos como para los pacientes por pretender brindarles la mayor seguridad posible, pero en realidad se está dejando de lado el aspecto económico de la mencionada práctica y éste sin duda tiene una implicación sustancial ya que el efecto práctico del aumento de protocolos y seguridades (que muchas veces resultan inútiles) para el médico, se traduce en un encarecimiento del valor de la medicina para el paciente. Es este el caso tomado por la Jurisprudencia española donde se evidencia el efecto antes mencionado,

un paciente con fiebre que no remitía y a quien, para intentar descubrir el origen de la misma, se le realizaron todo tipo de exploraciones complementarias, llegando incluso a practicársele una laparotomía exploradora – téngase en cuenta que aconteció en 1977 –; pero solo se consiguió un diagnóstico cuanto, tras todo ese peregrinaje, acudió a un médico de la familia que al documentar la historia clínica, y tras el correspondiente interrogatorio, fue el primero al que se le ocurrió hacer una radiografía de senos, descubriendo que se trataba de una vulgar sinusitis por un hongo (...); el costo del diagnóstico diferencial ascendió a 1 millón de dólares.⁴⁶

Adicionalmente es importante establecer que la práctica médica no es una actividad que se pueda calificar como peligrosa en ningún ámbito, solo que ordinariamente implica sendos riesgos naturales al acto médico que se podrían estimar en mayor o menor medida al momento de ser ejercida dentro de la práctica y por tanto, la sola idea de verla como responsabilidad objetiva⁴⁷ resulta totalmente contradictoria con la naturaleza misma del acto médico ya que desconoce su carácter humanístico, por un lado, y por el otro plantea la equiparación del desarrollo del acto médico a las actividades que sí son consideradas como peligrosas, siendo estas las que constituyen potencialmente un riesgo para las personas. Hecha esta aclaración es demás notorio que no se le podrá atribuir esa característica al ejercicio de la práctica médica con el fin y único pretexto de mejorar la

⁴⁶ MUNAR BERNAT: “Daños causados por actos médicos”, *Estudios de jurisprudencia sobre daños*, dirigida por Eugenio Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2006, Págs. 451 y ss. , LÓPEZ MESA: *Tratado de Responsabilidad Médica*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2007, Pág. 9.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002. “La responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas, [en que] la culpa se presume, [lo cual] releva a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia; correspondiendo entonces demostrar al demandado que el hecho acaeció por fuerza mayor, caso fortuito, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima.”

condición del paciente-víctima en cuanto a la carga de la prueba, presumiéndose la culpa médica. Existen dos puntos por los cuales la tendencia de atribuir al acto médico la característica de actividad peligrosa resulta contradictoria.

Primero, el fin propio de la medicina, en cuanto a la medicina curativa, es la de salvar o mejorar la vida de una persona y esto constituye un presupuesto básico para contradecir la teoría de la producción de un riesgo tal que ordinariamente ponga en peligro su vida, lo que hace que la medicina se entienda como un arte vital. Segundo, la práctica médica tiene el propósito de beneficiar a la víctima, lo que no da para que se califique esta actividad de peligrosa ya que al hacerlo estaríamos implicando que la medicina engloba un insoslayable peligro para la humanidad por su naturaleza y que solo beneficia a quien la está explotando, en este caso el médico. Así, podemos afirmar que se debe rechazar la responsabilidad por riesgo, “por cuanto el médico no crea habitualmente riesgos aislados (y menos en beneficio o provecho únicamente propio), sino que se enfrenta, en beneficio del paciente, a una situación de riesgo, tratando los peligros de la propia enfermedad”⁴⁸. Esto lo sostiene la jurisprudencia colombiana aduciendo:

Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha asignado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos de solidaridad que lo justifican y lo proponen antológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone la Constitución, sino particularmente, por las ‘implicaciones humanísticas que le son inherentes’, al ejercicio de la medicina... Desde luego el razonamiento precedente tiene validez, para cuando el médico o quirúrgico corresponde a un ejercicio legal de la profesión por la persona o institución, que además de capacitada académicamente, está autorizada o habilitada para dicha práctica.⁴⁹

Se puede enfatizar entonces que la característica humanística que naturalmente desprende el arte de la medicina hará lógico pensar que al tratarse de un deber social con el

⁴⁸ GALÁN CORTÉS., *Responsabilidad Civil Médica*, Navarra, Aranzadi, 2007, Pág.94

⁴⁹ Sentencia del 30 de Enero de 2001, Corte Suprema de Justicia de Colombia, citada por JARAMILLO: *Responsabilidad civil médica*, Bogotá, Editorial Javegraf, 2002., p. 63

que deberá cumplir el médico y que además consiste en una labor que estará obligado a realizar siempre que se presente una emergencia, no resulta en la generación de un riesgo. Finalmente, no opera la inversión de la carga de la prueba y de la misma manera, la mera relación causal material entre la intervención médica y la lesión no será suficiente si no se añade el elemento intencional o culposo ya que para contradecir la suposición de la peligrosidad, se introdujo el elemento de la culpa probada, donde si bien el daño que haya sufrido el paciente puede haberse generado a raíz de la negligencia del médico, el que deberá otorgar la prueba necesaria será el paciente, de tal forma que pueda demostrar la causalidad que unirá el resultado dañoso con la actividad culposa del médico.

Por último, dentro de los caracteres dignos de análisis dentro de esta materia es importante establecer que la responsabilidad del médico es, generalmente, de carácter contractual y sólo de manera excepcional la responsabilidad del médico será consecuencia de una relación extracontractual; incluso se ha considerado algunas veces que el médico puede llegar a responder en virtud de un cuasicontrato, temas que serán analizados en el desarrollo del punto siguiente.

2.1.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual del médico

Anteriormente se consideraba que la responsabilidad de los médicos solo podía calificarse bajo la responsabilidad civil extracontractual por su amplia consideración a los contenidos éticos y humanísticos del médico, donde solo se consideraba el carácter de la buena actuación. Posteriormente se admitió la posibilidad de aceptar el carácter contractual de la responsabilidad de los médicos, haciendo así que pudiera nacer de un vínculo existente previo a la derivación del daño, como lo es el contrato entre el paciente y el médico. Sin embargo se conserva el carácter extracontractual en los casos en que el médico actuaba por la simple obligación de un deber moral y se producía un perjuicio para el paciente; en estos casos había responsabilidad extracontractual del médico.

Hoy en día se entiende que la responsabilidad del médico dependerá de cuál sea la fuente de la cual derive. De manera general la responsabilidad civil del médico es de carácter contractual, haciendo que la responsabilidad extracontractual se acepte solo por

excepción y de acuerdo a supuestos determinados. De esta forma, el contrato celebrado entre el médico y el paciente es bilateral, conmutativo, oneroso y principalmente de carácter consensual.⁵⁰ De este contrato, y por cualquier eventualidad que resulte en daño, podrá derivar la obligación del médico de responder, estableciéndose entonces la responsabilidad civil del médico.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual nacerá cuando no se produzca la aceptación o se de el consentimiento por parte del beneficiario (paciente-víctima), siendo estos los casos en los que el paciente se encuentre en un estado de inconciencia y no pueda dar su aceptación para ser tratado, lo que puede producirse en casos de accidentes de tránsito o cuando el paciente haya perdido el conocimiento por una urgencia médica. Aquí es donde se contraponen dos ideas sobre el vínculo del que nace la responsabilidad del médico, ya que por un lado, la idea antes expuesta hace referencia a la responsabilidad extracontractual del médico, pero hay autores que afirman que en este caso se tendrá que hablar de una responsabilidad nacida de un cuasicontrato como si se tratara de una gestión de negocios donde el médico es el gestor. Al respecto dice GRITAMA,

es el caso del facultativo que prodiga espontáneamente sus cuidados a personas que, carente del uso de sus facultades mentales por accidente o enfermedad, no se halla en estado de otorgar su consentimiento, ni expreso ni tácito, a la actuación médica... en tales hipótesis, generalmente anómalas, brutales e imprevistas, hay que admitir que las relaciones que se establecen entre médico y paciente constituyen lo que en el derecho se reconoce, bajo la rúbrica de los cuasicontratos, como la gestión de negocios ajenos sin mandato.⁵¹

Ante esta idea de la creación involuntaria de un vínculo obligacional, por parte del médico, no aceptamos el trato que se le pretende dar ya que de acuerdo a lo que establece

⁵⁰ Respecto de la naturaleza del contrato de los médicos, que genera obligaciones para ambas partes y éstas consisten en prestaciones totalmente definidas, caracterizando así la prestación del médico como una obligación de hacer debido a sus conocimientos y experticias en el ámbito profesional con las cuales actuará sobre el paciente que lo haya contratado. Este contrato será, principalmente, de carácter consensual. Asimismo, el contrato resulta oneroso, ya que el médico al ejercer una profesión liberal, tendrá la posibilidad de establecer con sus clientes (pacientes) las relaciones obligacionales de tal forma que resulta simplemente natural que el médico cobre una suma de dinero por el servicio prestado, es decir que la contraprestación de ese valor será el tratamiento establecido y desarrollado por el médico.

⁵¹ GRITAMA *Configuración jurídica de los servicios médicos*, op. cit. Págs. 334 y 335, citado por, JARAMILLO: *Responsabilidad civil médica*, op. cit. Pág. 84

nuestro Código Civil⁵², el cuasicontrato se entenderá como una gestión de negocios, suceso que no ocurre en el caso del médico ya que éste en ningún momento busca obligarse con la persona que atiende en una circunstancia de emergencia sino que obedece a un deber propio contemplado en la ley, por lo que en estos casos considero que de incurrir en responsabilidad ésta se deberá entender de origen extracontractual.

Se determina finalmente que la actividad médica será generalmente contractual cuando medie la celebración de un contrato con el médico e incluso cuando éste profesional atiende a un paciente que ha contratado con la institución para recibir el servicio⁵³. Sin embargo se acepta entonces el nacimiento de la responsabilidad extracontractual cuando no haya este vínculo previo o cuando sean los familiares de la víctima quienes realicen el reclamo por la muerte del paciente.

Una vez hemos determinado que la actividad del médico solo por excepción no se fundará en la existencia de un contrato, será preciso determinar la naturaleza de ese contrato. El Art. 1946⁵⁴ del Código Civil trata la prestación de servicios del médico, considerada ésta como de aquellas profesiones liberales, y dispone que se aplicarán las reglas del mandato, lo que concuerda efectivamente con el Art. 2022⁵⁵ del mismo cuerpo legal que se refiere a las profesiones que han necesitado de largos estudios, pudiendo entonces situar al contrato de servicios médicos como un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales pero al que se le aplicarán las reglas aplicables del mandato.

2.1.2.1. Obligaciones contractuales: Obligaciones de medio y de resultado

Una vez establecido que la responsabilidad del médico es normalmente de naturaleza contractual, es oportuno tratar la naturaleza de la prestación que surge del

⁵² Código Civil ecuatoriano, Art. 2186. “La agencia oficiosa o gestión de negocios, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos.”

⁵³ DÍAZ – GRANADOS: *El seguro de responsabilidad*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. Págs. 436 -437

⁵⁴ Código Civil, Art. 1946. Los artículos precedentes aplican a los servicios que, según el artículo 2022, se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no fueran contrarios a ellas.

⁵⁵ Código Civil, Art. 2022. Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.

contrato celebrado por la voluntad de las partes. Las obligaciones del médico son generalmente de medio y no de resultado ya que éstas se presentarán solo en los casos de medicina voluntaria. Sobre esto, dice DÍAZ – GRANADOS,

Tradicionalmente y por muchos años la jurisprudencia ha considerado que, por regla general, la responsabilidad del médico implica una obligación de medio, por lo cual es necesario probar la culpa del médico para deducir su responsabilidad [...] No obstante, es posible que dependiendo del contenido de la estipulación la obligación sea de resultado (si el cirujano promete un resultado específico, lo que es corriente en cirugía estética).⁵⁶

Las obligaciones de los profesionales de la salud que hemos determinado de medio son las conocidas como medicina curativa, que serán los casos en los que un paciente acuda a un médico para mejorar su salud o mantenerla, en contraposición a la medicina voluntaria⁵⁷. Ante esta situación, en la que una persona acude por necesidad al médico, éste se compromete a atender al paciente mediante la correcta ejecución de tratamientos y que de acuerdo a su conocimiento profesional, serán los apropiados para poder conseguir una recuperación, pero en ningún momento se ha comprometido a sanarlo de toda enfermedad que lo esté afectando; es por esto que en este caso se habla de una obligación de medio. Existen por su parte, las obligaciones de resultado en la ejecución de la medicina, pero en esos casos se habla pues, de una medicina voluntaria, ya que consiste en la persecución específica del paciente de producir un cambio con un resultado determinado, al mismo que el médico se compromete y de no existir este resultado concreto, el médico incurriría en responsabilidad; este es el caso de la cirugía estética.

Aunque en primer momento la cuestión no es del todo confusa, es importante determinar la naturaleza de la obligación en cada caso ya que sólo mediante esta clasificación será posible determinar si existe o no incumplimiento y por lo tanto si existe o no atribución de culpa. Al respecto, es posible decir que dentro de las obligaciones de medio el factor de atribución de responsabilidad podrá determinarse como subjetivo

⁵⁶ DÍAZ- GRANADOS: *El seguro de responsabilidad*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006. Pág. 77

⁵⁷ RAMÍREZ GÓMEZ: “La responsabilidad civil médica” en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el Seguro de la responsabilidad civil*, Guadalupe, Bogotá, 2005. Pág. 85

mientras que, en las obligaciones de resultado se habla de un factor objetivo⁵⁸ a menos que la ley disponga lo contrario. Dice TAPIA RODRÍGUEZ,

una obligación de medios, también denominada obligación general de prudencia y diligencia, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una sentencia favorable para el cliente). [...] Por el contrario, en una obligación de resultado el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa). En la obligación de medios, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo.⁵⁹

Es entonces preciso afirmar que en las obligaciones de medio deberá probarse la culpa del médico para poder determinar el incumplimiento mientras que en las obligaciones de resultado la culpa se presumirá precisamente porque la persecución del resultado conciso no se ha conseguido de la manera que se había pactado dentro del contrato, ya sea por el incumplimiento como tal en el resultado o porque se ha incurrido en imprudencia o negligencia.

En cuanto a la prueba para la configuración del incumplimiento y por ende de la responsabilidad, se deberá considerar que aunque ya se ha establecido que será el paciente el que pruebe la negligencia del médico por el carácter subjetivo de la prestación, el Art. 1563 del Código Civil dispone, “...la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo” supuesto que obligatoriamente plantea una nueva formulación de la prueba en el caso del acto médico. En primer lugar será preciso considerar que en virtud del mencionado artículo corresponde la prueba de su diligencia únicamente al profesional,

⁵⁸ PIZARRO: *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, Contractual y Extracontractual*. La Ley, Buenos Aires, 2006, Vol. III, Pág. 219; NCiv., Sala F, 15/04/1997, “M.R.S. y otro c. A., D. Y otro”, LL 1997 – F, 796; ibídem, 05/02/1998, “M.A.N. c Fernández, Elsa S.”, LL 1998 – E, 96. Citado por LÓPEZ MESA: *Tratado de Responsabilidad Médica...* op. cit. Pág. 119

⁵⁹ BELLISENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, L.G.D.J, 2001, esp. p. 339 y s.; H., L. Y J. MAZEAUD Y F. CHABAS, *LEÇONS...*, p. 13 y s., y 369 y s.; y, GENEVIÈVE VINEY Y PATRICE JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, bajo la dirección de Jacques Ghestin*, París, L.G.D.J., 1998, p. 440 y s. en, TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO: “Responsabilidad Civil Médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, en *Revista de Derecho Valdivia*, versión 15 n. 2 Valdivia Diciembre, pp. 75 – 111., 2003 disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502003000200004&lng=es&nrm=iso&tlng=es

pero de acuerdo a la normativa procesal⁶⁰, corresponderá al actor probar lo que demanda, en este caso la responsabilidad para conseguir la indemnización por el daño producido. Por esto puedo concluir que en este caso respecto a la negligencia del médico, corresponderá al médico probar su diligencia y al actor (paciente-victima) probar la culpa y, por lo tanto, la responsabilidad del profesional.

Por último, se debe entender que el profesional de la salud no deberá actuar como un hombre prudente sino que por los conocimientos de su profesión, deberá emplear un mayor cuidado y trabajará con toda la diligencia que le corresponde, lo que significa que prestará sus servicios de acuerdo a lo instruido por su educación especializada, conforme a la *lex artis*⁶¹, todo con el objeto de diagnosticar, tratar o prevenir adecuadamente al paciente. Por esto, es preciso mencionar nuevamente la disposición del Art. 1563 antes mencionado en lo relevante a la culpa sobre la cual se podrá hacer responsable al médico, que en este caso por ser el contrato de aquellos que benefician a las dos partes, el profesional incurrirá hasta en culpa leve⁶².

En cuanto a las obligaciones de resultado de los médicos, se deberá atender a la exigencia de la obtención de una prestación determinada respecto de la que el médico se convertirá en garante, y de la misma manera, de no llegar a la obtención de este resultado, se podrá acreditar el incumplimiento de la obligación al médico y por la misma razón se hablará de la atribución de responsabilidad dado que en estos casos no podrá el profesional eludir la responsabilidad probando su diligencia o la existencia de un error de conducta inevitable. Por lo tanto, la única manera en la que el médico quedaría libre de responsabilidad sería mediante la presencia de una causa adecuada que se conozca como eximente de responsabilidad, ya que en estos casos la culpa se presume.

⁶⁰ Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, Art. 113. “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo...”

⁶¹ FUNDACIÓN MAFRE ESTUDIOS, *Manual del Seguro...* op. cit. Pág. 96, “Lex Artis, puede definirse como aquel conjunto de reglas generalmente aceptadas en una profesión para la actuación en casos concretos [...] dependerá del análisis de factores tales como la capacidad técnica del profesional, las circunstancias de tiempo y lugar, el objeto sobre el que recae, etc.”

⁶² Código Civil ecuatoriano, Art. 1563. “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio...”

2.2. Elementos de la responsabilidad

Los elementos de la responsabilidad médica son los mismos que los de la responsabilidad general. De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, los elementos de la responsabilidad serán, “un daño o perjuicio, material o moral; una culpa, demostrada o preexistente; y, un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.”⁶³ Resulta apropiado decir que la consecuencia de la concurrencia de estos elementos será lo que genere la responsabilidad civil y por tanto nacerá a cargo del sujeto responsable la obligación de reparar este daño sufrido.

2.2.1. El daño

El daño ha sido entendido en nuestro medio como sinónimo de perjuicio, reconocido éste como un menoscabo sufrido en un interés jurídicamente protegido.⁶⁴ A su vez, el daño deberá ser contemplado como el presupuesto matriz del cual parte la existencia de la responsabilidad. El daño es un perjuicio efectivamente sufrido, que sea real y que haya tenido que ser soportado por el paciente, por lo que no procede que cualquier percepción de un daño por excesiva susceptibilidad o en razón de un capricho resulte suficiente para determinar la existencia de la obligación de resarcimiento. Dice la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana en la sentencia a la que ya hemos hecho referencia anteriormente,

El daño como fenómeno fáctico es distinto al daño jurídico. Esto solo se da cuando se cumplen determinadas características indispensables que deben concurrir en detrimento o menoscabo del damnificado. El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002... opt. cit.

⁶⁴ *Ibidem*. “El Código Civil utiliza ‘daños y perjuicios’ como si fueran términos distintos y complementarios. La doctrina moderna ha simplificado esta concepción y hoy daño se emplea en el sentido corriente, como perjuicio, detrimento, menoscabo, injuria a un interés protegido por la ley.”

perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido.⁶⁵

Es necesario analizar en cada caso, tratándose de la práctica médica si efectivamente se está ante un daño indemnizable y hasta qué punto. Considera, LÓPEZ MESA,

en cada caso de daño médico debe analizarse si él es indemnizable en primer término y, en su caso luego, qué parte de él lo es. No debe olvidarse que el enfermo ya ingresa afectado en su salud muchas veces al sanatorio o consultorio y, como tal, imputar el total del daño resultante al médico, podría chocar contra (...) la causalidad adecuada⁶⁶

Dentro de la acción médica contractual, el daño sobre el interés jurídicamente protegido se podrá ver por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el profesional, mientras que por su parte, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el daño mencionado se plantea como la violación a un deber jurídico en sentido genérico, implícito por la profesión del médico como tal y en referencia a su carácter ante todo social, o a su vez, podrá producirse por la infracción específica de las normas relativas a la profesión. Coincide, CARRANZA,

A la par del deber genérico de no dañar como principio general subyace en el ordenamiento jurídico, las normas éticas intervendrían como fuente de deberes específicos exigibles a los profesionales en el desarrollo de su actividad (...) estos códigos imponen en muchos casos obligaciones específicas, las que como tales viene a integrar el contrato celebrado entre profesional y el paciente. Por ello la violación de estos deberes – obligaciones importa la presencia de una antijuricidad formal que a su vez permite presumir –o tener por probada fehacientemente – la culpa del profesional.⁶⁷

Con el propósito de atribuir el daño resultante a la actuación efectiva del médico, sólo los daños que se encuentren relacionados causalmente y de la manera adecuada, son imputables al actor y por lo tanto, indemnizables. Así, dentro de la mala praxis médica

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002... op. cit.

⁶⁶ LÓPEZ MESA: *Tratado de responsabilidad médica...* op. cit., p. 162., respecto al Art. 906 del Código Civil argentino y la relación de causalidad que debe existir entre el daño y la acción generada por el agente.

⁶⁷ CARRANZA CASARES: *Relevancia de las normas éticas en la responsabilidad civil de los médicos*, LL diario 27/09/2004, p. 1., citado por, LÓPEZ MESA: *Tratado de responsabilidad médica...* op. cit., Pág. 179.

cualquier presupuesto de responsabilidad civil podrá producir alguno de los siguientes daños: homicidio, lesiones y la pérdida de chance de curación o supervivencia⁶⁸.

El acto médico comprende toda actividad que profesionalmente debe llevarse a cabo para la apropiada atención que se le debe dar al paciente y se habla en general de cinco momentos cruciales en los cuales se podría generar un daño digno de reparación y donde el paciente pasa a ser el mencionado paciente-víctima: el diagnóstico⁶⁹, la información⁷⁰, el consentimiento⁷¹, el tratamiento⁷² y el postratamiento⁷³. En cualquiera de estas situaciones puede presentarse un error, un descuido, una negligencia o imprudencia que pueden generar responsabilidad civil.

2.2.2. La culpa

El concepto de culpa hace referencia a “la existencia de un obrar desatento, sin cuidado, imprudente, pero sin propósito deliberado de incumplir.”⁷⁴ Por su parte SAVATIER define la culpa así,

La culpa es la inejecución de un deber que el agente podía conocer y observar. Si él lo conocía efectivamente y lo ha violado deliberadamente, hay delito civil, o, en materia de contrato, dolo contractual. Si la violación del deber, que pudo haber

⁶⁸ LÓPEZ MESA: *Tratado de responsabilidad médica...* op. cit., Págs. 163 - 173

⁶⁹ El diagnóstico busca las causas que han generado la enfermedad o malestar en un paciente, y es fundamental en la actividad médica porque determina cuál será el procedimiento a seguir. Se puede incurrir en error cuando se de un diagnóstico sin haber examinado realmente al paciente, no utilizar los equipos necesarios para realizar exámenes pertinentes que pueden corroborar el diagnóstico o equivocarse en la valoración de los síntomas que presenta el paciente.

⁷⁰ La información consiste en dar a conocer al paciente sobre el verdadero y real estado en el que se encuentra, los riesgos y todas las situaciones, sean estas favorables o desfavorables que puedan presentarse y esto deberá ser comprendido por el paciente.

⁷¹ El consentimiento informado del paciente, consiste en el conocimiento que tenga el paciente sobre el procedimiento y su aceptación de continuar con el mismo, ya que hoy en día el paciente deberá ser informado y consultado expresamente.

⁷² El tratamiento, es el más importante ya que es fundamental acertar sobre el procedimiento al que se deberá someter al paciente. Podrá ser quirúrgico, cuando se considere que se requiere de cirugía para lograr la recuperación, o terapéutico si se considera que lo propio es tratar al paciente con drogas o sustancias para lograr el mismo fin.

⁷³ El postratamiento, exige control, cuidado y seguimiento por parte del médico tratante ya que consiste en una serie de actividades que tienen como propósito culminar exitosamente la intervención médica.

⁷⁴ CNCiv., Sala H, 04/10/1996, “Consentino, Jose M. C. Cohn de Hari, Noemi S.”, LL 1998-A-473 (40.132-S), citado por, LÓPEZ MESA: *Tratado de responsabilidad médica...* op. cit., p. 186.

sido conocido o evitado, fue solo involuntaria, hay siempre culpa; y, fuera de las materias contractuales, se llama cuasidelito.⁷⁵

Resulta pertinente afirmar que la culpa podrá existir ya sea en la ejecución de una obligación legal o en una convencional⁷⁶, en las mismas que encontraremos una responsabilidad extracontractual o contractual respectivamente, pero ambos presupuestos conducen a la existencia de la obligación de reparar el perjuicio causado.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que dentro de la legislación la atribución de la responsabilidad obedece a un elemento subjetivo, tratando la culpa como el presupuesto necesario en la actuación de un individuo para que se pueda configurar la responsabilidad civil, cuando dice,

La responsabilidad civil en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles.⁷⁷

La culpa ha sido graduada en nuestro sistema al igual que en muchos otros por herencia del sistema romano, pero para el tema que nos concierne, es necesario hacer algunas aclaraciones y sobre todo respecto de la doctrina argentina,⁷⁸ que sostiene que en

⁷⁵ SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile*, Tomo I, No. 1, Pág. 1, citado por, MELICH ORSINI: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Tomo I, Serie Estudios, Caracas, 1995, Pág. 143.

⁷⁶ Se deberá tener en cuenta que existen elementos que no se podrán obviar para llevar a cabo lo establecido en el contrato, como son: la prudencia, diligencia y cuidado. Dicho esto, cuando en contraposición a lo esperado del cumplimiento de una obligación, se actúa con imprudencia, negligencia o descuido, estamos ante una conducta culposa de una de las partes y así, el cumplimiento de las obligaciones contractuales en estas circunstancias podrá hacer que se genere la obligación de sujetarse al pago de una indemnización en razón del resarcimiento del perjuicio causado.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002... op. cit.

⁷⁸ Se ha tomado como referencia la doctrina argentina y española que en los últimos años han explotado el tema de la responsabilidad civil de los médicos. Código Civil Argentino, Art. 512. De acuerdo a lo establecido en el Código Civil Argentino, la culpa consiste siempre en una omisión de la diligencia exigible según las circunstancias de tiempo, lugar y personas. Así, podremos decir que la culpa se configura cuando una persona no ha tomado las medidas necesarias para evitar un daño que era previsible, de tal manera que

el caso de los médicos es improcedente medir la culpa, negligencia o impericia de los profesionales ya que éstas podrían producirse por un sin número de factores impredecibles. Sin embargo, nuestro sistema previendo la graduación de culpas no se enfoca en la existencia del requisito de la previsibilidad dentro de la norma positiva, pero ha sido la jurisprudencia de la CSJ la que ha mencionado este elemento: “la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles.”⁷⁹ Por su parte explica el Tribunal Supremo de España, “la antijuricidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al momento de la producción de aquél.”⁸⁰

Se puede afirmar entonces que para hablar de culpa se requiere de un conocimiento eventual o potencial (llamado también previsibilidad) al que se habría llegado a tener acceso de haberse actuado con la diligencia debida, y por lo tanto, la previsibilidad⁸¹ del resultado deberá ser apreciada según las circunstancias del agente que produce el daño. De esta manera, en el caso del médico se deberá atender a los parámetros del *lex artis*, con el fin de determinar si el resultado pudo haber sido en algún punto previsible y por tanto se habrá incurrido en responsabilidad.

En el caso particular del médico deberá ejecutar todos sus actos teniendo en cuenta únicamente los resultados previsibles y más probables ya que de lo contrario se someterá a las consecuencias de eventualidades en las que toda prevención resulta insuficiente. Al respecto, la manera en la que un galeno deberá responder por culpa podrá ser por

una conducta podrá ser calificada como culposa en el momento en que se determine que el actuar de la persona ha sido menos diligente que el que le exige el derecho.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002... op. cit.

⁸⁰ Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, Sección 6, 14/10/2002, ponente: Sr. Peces Morate, transcripta por GALÁN CORTÉS: *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Madrid, 2005, p.134, citado por LÓPEZ MESA: *Tratado de responsabilidad médica*, op. cit., p. 181.

⁸¹ DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, p. 361, citado por, LÓPEZ MESA: *Tratado de responsabilidad médica*, op. cit., p. 188. La previsibilidad es entonces inherente tanto a la culpa como al dolo, “cuando se trata de responsabilidad por culpa, solo se responde de aquéllos (*daños*) que pudieran y hubieran debido preverse. De este modo, la previsibilidad es una condición de la responsabilidad, y a la inversa, la imprevisibilidad es un factor de exoneración.”

negligencia, o sea por la omisión de alguna actividad o procedimiento que hubiera evitado el resultado dañoso.⁸²

Aunque la culpa del médico se ha analizado sobre los presupuestos ya expuestos, considero que la responsabilidad del médico por mala praxis no se debe limitar a los casos en los que existan errores evidentes y muy graves, por ignorancia inexcusable o ausencia mínima de prudencia ya que al tratarse de una actividad destinada a proteger la salud y trabajar en beneficio de los pacientes, obliga a tomar la mayor cantidad de precauciones posibles y obrar con extremo cuidado y por ende cualquier falta o descuido deberá considerarse como inadmisibile.

2.2.3. El nexo de causalidad

Por último analizaremos la relación de causalidad como elemento para la constitución de la responsabilidad producto de un daño, siendo ésta la existencia de una relación directa entre el daño y el acto cometido.

En relación a la teoría de la causalidad existen varias hipótesis de la manera y el acto que se deberá determinar como causal en la producción de un resultado dañoso. Así, nos centraremos en la pertinente no solo por tratarse de la adoptada en el derecho moderno sino porque es a la tendencia que nuestro derecho se inclina sobre el vínculo causal a la hora de buscar la atribución de responsabilidad a un determinado sujeto.

Se trata de la teoría de la causalidad adecuada⁸³, la misma que consiste en el análisis que se debe realizar en consideración a la idoneidad del acto que causa el daño. Dicho de otro modo, se deberá ver si la causa del daño y que según el curso normal de las cosas

⁸² Se entenderá por imprudencia, lo que consiste en la ejecución de una acción de la que debía abstenerse o la realización de una acción pero de manera no adecuada, defectuosa o precipitada; y, por impericia, tratándose ésta de una incapacidad técnica evidente para el ejercicio de una profesión o función determinada.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002... op. cit. “Esta teoría con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador. En definitiva, según esta teoría se debe procurar como criterio, para establecer la responsabilidad, antes que nada, en un análisis objetivo relacionado con el carácter externo que ligue al nexo causal.”

resulta apropiado y adecuado para haberlo producido. Se establece que el nexo causal entre el acto y el daño deberá ser probado y por tanto corresponde al paciente-víctima acreditar la conexión causal. Al respecto dice GALÁN CORTÉS,

No se otorga la misma significación a todos los acontecimientos que hayan precedido a un daño, sino que se asocia el daño a aquel antecedente del mismo que sea su causa directa e inmediata según el curso normal de los acontecimientos, considerando que los demás son periféricos e irrelevantes. Se requiere, por tanto, una causa adecuada o normalmente generadora del resultado, efectuándose el juicio de imputación en abstracto, de acuerdo con criterios de regularidad o verosimilitud estadística.⁸⁴

Entonces, en virtud de esta teoría, en el afán de imponer a alguien la obligación de la reparación de los daños por medio de una indemnización, no basta que exista un acto o hecho concreto sin el que sea inconcebible la producción de un resultado, sino que además se deberá tener, en virtud de los juicios de probabilidad, las características óptimas para haberlo producido y, con mayor razón, dentro de la práctica médica.

2.3. Límites de la responsabilidad civil del médico

En primer lugar, el daño que se haya causado a un tercero deberá ser resarcible, en otras palabras, deberá tratarse de un daño a un interés jurídicamente protegido y éste a su vez deberá ser medible. Sin embargo, no siempre la totalidad de la indemnización del daño es un monto que deba ser soportado por el agente. Es por esto que la “reparación integral”⁸⁵ que consiste en la reparación de todo el daño, no es la tendencia por la que considero deba llevarse la reparación del daño causado.

En segundo lugar, una vez establecida la responsabilidad del agente, se deberá atender a los principios subjetivistas, naturalmente, que parten de la consideración de la conducta del autor para medir la indemnización, y es importante tener en cuenta que en ningún momento se podrá prescindir de la relación de causalidad que será la que determine las medidas para llegar a un resarcimiento justo.

⁸⁴ GALÁN CORTÉS., *Responsabilidad Civil Médica...* op. cit. Pág.261

⁸⁵ MELICH ORSINI: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...* op. cit. Pág. 314

En el caso de la responsabilidad contractual, el agente que ha incurrido en culpa deberá responder hasta el punto que haya podido preverse en el cumplimiento de las obligaciones; contrario a lo que sucede en la responsabilidad extracontractual, que, “la extensión de la reparación se establece en la medida de la causalidad”⁸⁶, así, el daño solo se reparará hasta donde sea resarcible, jurídicamente hablando porque en el ámbito fáctico material las consecuencias podrán ser interminables.

En el caso en que el médico cuente con un seguro de responsabilidad civil profesional, los límites de su responsabilidad en relación a la cobertura del contrato de seguro, además serán expuestos por las exclusiones a las que se refiera la póliza, sin perjuicio a que posteriormente se inicie en su contra un proceso de daños y perjuicios que se deberá asumir individual e independientemente del contrato de seguros.

2.4. Causas eximentes de responsabilidad

Es evidente que no se podrá configurar la responsabilidad civil cuando el perjuicio sufrido por un tercero, en este caso el paciente, ha sido resultado de caso fortuito o fuerza mayor, pero existen supuestos que también hacen que la responsabilidad no pueda ser imputable al autor, como en el caso en que el resultado sea una consecuencia remota del incumplimiento de una obligación. Es preciso decir entonces, que esto tendrá que relacionarse con el nexo de causalidad que justifique la atribución de responsabilidad.

En todos los aspectos en los que se analiza la atribución de responsabilidad siempre se considera que los supuestos presentados no sean de los cuales se podrían clasificar como fuerza mayor o caso fortuito. Estos se tratan de causas ajenas a la voluntad del autor de los daños, que por ser también inevitables e irresistibles lo exoneran de responsabilidad.

De la misma manera se considera un eximente de responsabilidad la imprudencia de quien padece el daño. Así, se habla de los casos en los que quien ha sufrido el perjuicio incurre en acciones descuidadas y torpes que pueden generar un daño mayor. En tales casos las consecuencias resultantes de esos actos desmedidos por parte de la propia

⁸⁶ COMPAGNUCCI DE CASO: *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984. Pág. 212

víctima que ha sufrido el daño o en el presente caso padece de una enfermedad, son atribuibles a la imprudencia de la actividad ajena lo que hará que se libere al médico de responsabilidad. Se asimila a la culpa de la víctima que está contemplada también como eximente de responsabilidad.

CAPITULO III. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS COMO SEGURO A FAVOR DE TERCEROS

3. El seguro de responsabilidad civil profesional

Dentro del sistema de seguros encontramos dos grandes grupos que se dividen a su vez en subclases y por éstas se regula el funcionamiento general de los seguros. Tenemos entonces, los seguros de personas y los seguros de daños. Los primeros se refieren a los seguros en que el amparo recae sobre las personas directamente y, según la cobertura contratada, podrán ser de vida o de accidentes personales⁸⁷. De esta manera explica MEILIJ, “el seguro de personas no tiene carácter resarcitorio y su finalidad consiste en el pago de un capital o renta cuando acaezca un hecho que afecte la existencia, salud o vigor del asegurado”⁸⁸

⁸⁷ El seguro de vida cubre la muerte o la supervivencia, y los seguros de accidentes personales cubrirán toda indemnización en razón de una lesión corporal o la muerte del asegurado cuando se produzca independientemente de su voluntad, cuando se produzca de manera repentina y por un factor externo. A saber, se habla de los seguros de vida, cuando lo que se ampara son las consecuencias que resulten de la muerte de una persona, y en el caso de los seguros de salud, siendo estos entendidos como la protección a la integridad física y mental de las personas, existen los seguros de accidentes y los seguros de enfermedad y asistencia médica, que ampararán el resultado de cualquier evento cuando afecte a los individuos directamente. Estos últimos pretenden hacer frente a las consecuencias, ante todo económicas que puedan presentarse en el caso de sufrir de alguna enfermedad o necesitar atención médica.

⁸⁸ MEILIJ: *Manual de seguros*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, Pág. 185

Por otro lado, respecto a los seguros de daños, podemos distinguir dos grandes grupos que si bien parten de los mismos principios, se pueden diferenciar por ciertas características que norman su regulación de manera más específica. Existe, el seguro de daños físicos y materiales a las cosas y los seguros patrimoniales. En definitiva, podemos afirmar que en el seguro de daños ya sea de daños físicos o materiales se pretende hacer frente al menoscabo que sufra el patrimonio del asegurado. En el primer caso, el monto a ser resarcido lo determina el valor de la cosa y la valoración del daño que ésta sufrió o el monto de lo que cuesta volverla a la situación en que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro; en el segundo caso, la valoración no es objetiva y depende de factores sujetos a evaluación normalmente determinada por un juez. Es preciso determinar que el monto por el que responde la compañía de seguros, en los dos casos, tendrá como límite la suma asegurada estipulada en el contrato, la cual en el caso de los seguros de daños materiales tiene como límite el valor de la cosa, y en los seguros patrimoniales, lo que ha sido pactado en el contrato. Así, NAVARRO afirma,

Caracteriza al seguro de daños el que la prestación del asegurador, consistente en la indemnización del daño causado al asegurado, se determina por la cuantía precisa del daño, de forma tal que, producido el evento cuyo riesgo se asegura, la indemnización ha de limitarse al concreto daño... el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado, ateniéndose para la determinación del daño al valor del interés asegurado en el momento anterior a la realización del siniestro, y así, la indemnización abonable por el asegurador no podrá ser superior al valor del daño causado, ya que en este tipo de seguro no procede el aumento que no corresponda a una pérdida o daño previo, esto es, a una disminución patrimonial.⁸⁹

Esta división tradicional es acogida igualmente por el Decreto Supremo 1147 al dividir el Título del Contrato de Seguro en capítulos y tratar en el capítulo II “Los Seguros de Daños” y en el capítulo III “Los Seguros de Personas”. El seguro de Responsabilidad Civil, hace parte de los seguros de daños y es específicamente un seguro de daños patrimoniales. Es importante establecer que de acuerdo a los tipos de seguros patrimoniales, el seguro de responsabilidad civil obedece a ciertas características según la cobertura que otorga y, de acuerdo al análisis realizado en esta tesina haremos referencia

⁸⁹ NAVARRO PÉREZ: *Ley del Contrato de seguro, comentarios y jurisprudencia*. Comares, Granada, 1991, Pág. 64

específicamente a uno de ellos: el seguro de responsabilidad civil profesional. Sobre éste seguro se puede hablar de dos modalidades en las cuales ha sido planteado: la primera se trata de un seguro que cubra el ejercicio deficiente de la profesión (Malpractice), y, la segunda es el seguro de errores y omisiones⁹⁰. Podemos hablar de un seguro de responsabilidad civil de la modalidad de mala práctica profesional según BOTERO,

Se tratan los seguros de responsabilidad de profesiones cuyo ejercicio es susceptible de causar en mayor grado daños o lesiones corporales. Tal es el caso de los médicos, odontólogos, laboratorios, hospitales y demás actividades profesionales relacionadas con la salud individual.⁹¹

El seguro de responsabilidad civil, como se ha visto, se encuentra como una subclasificación de los seguros de daños, y se advierte que siendo el objeto estos seguros brindar protección al patrimonio del asegurado, será preciso hacer una especificación respecto de la manera en la que está enfocada la figura del seguro de responsabilidad civil tanto en nuestra legislación como en legislaciones extranjeras.

El Código Civil establece claramente que quien ha causado un daño a un tercero tiene la obligación de repararlo⁹². Para esto es importante determinar que la obligación de indemnizar está fundamentada en la ocurrencia de un daño a un tercero, y de igual forma, es claro dentro de nuestro sistema procesal que se procederá a la reparación una vez comprobada la responsabilidad del daño. Al respecto, se advierte, que dada la carencia de un procedimiento específico para establecer la responsabilidad pecuniaria y su ponderación económica⁹³, se seguirá mediante el trámite verbal sumario⁹⁴. Sobre esta afirmación es preciso entonces en este momento decir que esa obligación de reparar el daño podrá ser el

⁹⁰ BOTERO: “Régimen legal y seguro de responsabilidad profesional en el Colombia”, en *Ensayos sobre seguros*, Guadalupe, Bogotá, 1992, Pág. 37. Se refiere a la modalidad del seguro de responsabilidad civil de errores y omisiones cuando se trata de profesiones que pueden llegar a ocasionar daños a propiedades como lo serán los ingenieros, arquitectos, o asesores financieros, entre otros.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Código Civil, Art. 2214. “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

⁹³ PEÑA TRIVIÑO: *Manual de Derecho de Seguros*, Edino, Guayaquil, 1999, Pág. 123

⁹⁴ Código de Procedimiento Civil, Art. 828. “Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones, intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada...”

objeto de un contrato de seguro y es entonces donde hablamos de un seguro de responsabilidad civil por medio del cual una persona al contratar este seguro traslada al asegurador su obligación de indemnizar a quien ha sufrido el daño.

El Art. 50 del Decreto Supremo 1147, dispone que el seguro de responsabilidad civil “responderá de las indemnizaciones pecuniarias que de acuerdo a las leyes, resulte obligado a pagar el asegurado”, de donde se entiende sin ninguna confusión que el amparo se produce sobre el patrimonio del asegurado, lo que naturalmente consiste en el objeto del contrato de seguro. Este contrato de seguro se celebra con el fin de garantizar la indemnización a los terceros que resulten perjudicados a consecuencia de hechos involuntarios, sin que el patrimonio del asegurado se vea afectado. Dentro de este ramo podremos encontrar los seguros contratados por distintos profesionales para hacer frente a las demandas en caso de mala práctica, como es el caso que tratamos en este análisis: los médicos.

El seguro establece un vínculo entre el asegurado y la compañía de seguros y de esta relación contractual nacen derechos y obligaciones para las partes que en ningún momento se extienden al damnificado convirtiéndolo en un sujeto extraño al vínculo jurídico. De esta manera el damnificado tendrá únicamente acciones frente a la persona que le haya inferido el daño y a quien la ley impone la obligación de indemnizar y por esta razón se deduce que el damnificado, nuestro paciente-víctima no tendrá ningún derecho a exigir el cumplimiento de obligaciones por parte del asegurador, sino que solo podrá hacerlo por medio de ese denominado “intermediario” que será el asegurado. Esta, además, es la posición adoptada por el legislador ecuatoriano a lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto Supremo 1147⁹⁵. Es preciso afirmar que desde un punto de vista económico, (una vez establecido que el seguro de responsabilidad civil tiene como propósito mantener indemne el patrimonio del asegurado) el asegurado será además el damnificado, ya que será su patrimonio el riesgo asegurado y el que deberá asumir las

⁹⁵ Régimen de Seguros. Decreto Supremo 1147, Art. 53 “El seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece, en tal virtud, de acción directa contra el asegurador. Este principio no obsta para que el asegurador adopte las providencias que estime conducentes a fin de evitar que el asegurado obtenga del contrato ganancias o lucro.”

consecuencias de una demanda por daños y perjuicios, de tal forma que el asegurado se ve obligado a afrontar un menoscabo económico que lo convierte en el damnificado. Sin embargo, considerando el propósito social del seguro de responsabilidad civil sostengo que el asegurado (dentro de la relación del contrato de seguro) deberá conservar su calidad (de asegurado), siendo éste además el tomador del seguro de tal forma que la víctima, o la calidad de ésta recaerá sobre un tercero que haya sufrido el daño ya que en el momento en que se produzca el siniestro, se lo deberá reconocer como el damnificado real dentro de todo el contexto del contrato de seguro.

Este planteamiento se fundamenta en la evolución que ha tenido la responsabilidad civil en la que ahora se considera en mayor medida la protección que debe dársele a la víctima. Esto se demuestra por el desarrollo tanto doctrinario como de la jurisprudencia⁹⁶ que han creado instituciones como la responsabilidad objetiva que dentro de su naturaleza lo que busca es la protección a las víctimas. Por esto, encuentro la necesidad de transformar a la víctima (damnificado) de una mala práctica médica en el beneficiario dentro de la relación contractual del seguro de tal forma que se le proporcione la protección necesaria dentro de los seguros de responsabilidad civil profesional de los médicos ya que como he hecho alusión anteriormente, se trata de una ciencia que si bien no es peligrosa, en si misma ostenta muchos riesgos y al bien afectado será la salud, la integridad y hasta la vida de las personas.

A manera de conclusión, podemos decir que el seguro de responsabilidad civil encuentra la razón de su funcionamiento en la obligación de asumir las cargas económicas que deriven del deber del asegurado de indemnizar una vez se haya declarado la responsabilidad del mismo, pero la ley dispone que por ningún motivo el seguro de responsabilidad civil podrá entenderse como un seguro a favor de terceros, afirmación que considero deberá transformarse con el objeto de expandir su protección efectiva a las personas que son verdaderamente las víctimas.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002... op. cit.

Por su parte, la legislación colombiana en el Código de Comercio, en lo referente al contrato de seguro de responsabilidad civil afirma que se trata de un seguro a favor de terceros⁹⁷, posición que claramente no prescribe nuestra legislación⁹⁸ como ya hemos visto y, consecuentemente, advierte que no podrá existir acción directa por parte del tercero perjudicado para realizar el reclamo. Asimismo, la legislación mexicana dispone en lo referente al seguro contra la responsabilidad civil que el tercero tendrá el derecho a la indemnización y se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro⁹⁹. Considero importante destacar respecto a las legislaciones citadas, tres factores que son importantes en relación a nuestra normativa vigente. En primer lugar, el seguro de responsabilidad en nuestro sistema es considerado como un seguro que ampara únicamente el patrimonio del asegurado, en nuestro caso, el patrimonio del médico que ha incurrido en responsabilidad frente a un tercero por la ocurrencia de un hecho ajeno a su voluntad y que se ha traducido en un daño; en segundo lugar, la ausencia de la víctima como beneficiario hará que nuestro paciente-víctima se encuentre protegido solo de manera indirecta una vez ocurrido el siniestro (no siendo el damnificado sino de manera indirecta como se ha explicado anteriormente); y en tercer lugar, como consecuencia del segundo punto, quien ha sufrido verdaderamente el perjuicio, no tiene una acción para poder hacer el reclamo (supuesto en el que nuestro paciente-víctima se ha convertido en el

⁹⁷ Código de Comercio Colombiano, Art. 1127. “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.”

⁹⁸ Considerando la posible interpretación que se le puede dar a la justificación de la carencia dentro de nuestra norma, posiblemente la base que llevó al legislador a no adoptar la figura del seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de terceros y por lo tanto en el que el beneficiario no tendría la acción directa lo puedo entender en medida del concepto básico sobre el interés asegurado ya que éste se debe reconocer como aquella relación económica que se asegura (patrimonio) y por lo tanto el beneficiario al no tener ningún interés económico que exista antes de la existencia del siniestro, mal podría este ser parte de la relación contractual para que sea el asegurado y por lo tanto posea la acción directa.

⁹⁹ Ley sobre el contrato de seguro, México. Art. 145 “En el seguro contra la responsabilidad, la empresa se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a un tercero a consecuencia de un hecho que cause un daño previsto en el contrato de seguro.” Y Art. 147 “El seguro contra la responsabilidad, atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro.”

damnificado y por lo tanto dentro de la relación contractual que proponemos se ha llamará beneficiario).

Estos puntos serán desarrollados con el fin último de determinar cómo es que de acuerdo a la función económica y social del contrato de seguro de responsabilidad civil y sobretodo en el caso de los médicos cuya profesión tiene un carácter aún mas sensible por la eventualidad de los daños y las consecuencias que pueden afectar irremediamente al paciente-víctima, debería contarse con la inclusión de éste como beneficiario y consecuentemente como tal, tenga la posibilidad de ejercer la acción directa hacia el asegurador a quien se haya trasladado la obligación indemnizatoria.

De esta manera podremos terminar este punto diciendo que el desarrollo del fundamento de todos los temas han sido planteados con el fin de extender la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional de tal forma que las figuras relevantes serán tratadas en base a la propuesta de una reforma al Decreto Supremo 1147 mediante la cual se implementará un nuevo artículo referente al seguro de responsabilidad civil por mala práctica, reconocido éste como un seguro a favor de terceros donde el beneficiario tenga la posibilidad del ejercicio de la acción directa en contra el asegurador, ya que resulta fundamental y como dice la Corte Suprema de Justicia colombiana, encuentra su importancia en la protección de la víctima.

El seguro de responsabilidad civil, de estar antes afincado en el asegurado y en su patrimonio, así como de tener por fin cardinal la protección de uno y otro, pasó a ser un seguro medularmente centrado en la víctima y encaminado a repararle a ella el perjuicio que le hubiese sido ocasionado, tanto que se le erigió en beneficiaria de la indemnización, a lo que se agrega que el seguro migró de ser un contrato a favor del asegurado para tornarse en un negocio jurídico a favor de terceros, fundamentalmente. La naturaleza y propósito otrora únicos del contrato, dejaron de ser sus rasgos principales y si bien se conservaron en la nueva normatividad, lo fueron como cuestión complementaria, aledaña, o aún indirecta, esto es, como efecto reflejo del resarcimiento del daño, en la medida en que éste conlleva, en los términos señalados, la correlativa salvaguarda del directo responsable -asegurado- y de su patrimonio.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Mag. Pon. Carlos Ignacio Jaramillo, 29-VI-2007, Ref. Exp. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01.

De esta manera el beneficiario de la relación contractual será determinado tras la ocurrencia del siniestro y ahora contará con la protección necesaria para el ejercicio de su reclamo.

Es necesario aclarar que he precisado sobre la figura del seguro a favor de terceros en vez del seguro por cuenta que se diferencia del primero porque en éste la persona que toma el seguro, el solicitante, no es la misma persona respecto a la cual se verá el interés asegurable¹⁰¹.

3.1. El seguro de responsabilidad profesional como seguro a favor de terceros

Dentro de todo contrato de seguro existen ciertas relaciones contractuales que pocas veces varían en razón de las personas que intervienen ya que la mayoría de contratos cuentan con la concurrencia de las mismas personas llamadas dentro de la relación, e incluso muchas veces en la misma persona se reúnen varias calidades como lo veremos a continuación.

En todo contrato de seguro encontramos la persona del asegurador, persona que será la que llevará a cabo el cumplimiento de la obligación condicional, una vez ocurra el siniestro, de acuerdo a las condiciones establecidas dentro del contrato; tenemos en segundo lugar al solicitante o tomador del seguro que será quien contrate la póliza; al asegurado que es la persona que traslada los riesgos y el beneficiario que es quien tiene derecho reclamar la indemnización. La persona del solicitante o tomador muchas veces podrá reunir más de una calidad, como la de ser además del tomador o solicitante del seguro, el asegurado o en otro caso podrá ser además de asegurado, beneficiario. De todas maneras es necesario decir en este momento que pueden intervenir dentro de la relación

¹⁰¹ HALPERIN: *Seguros: Exposición crítica de las leyes 17418 y 20091*, Segunda Ed., Depalma, Buenos Aires, 1983. Pág. 824 citado por SAAVEDRA: “El Seguro por cuenta”, en *Memoria del XIII Encuentro Nacional*, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros “Acoldese”, Bogotá, 1987, Pág. 14. “El seguro por cuenta es el reverso del seguro por cuenta propia. Su nota característica no es la carga de gastos sobre otro, de los que el tomador es el deudor, sino la posición de las partes: el asegurado como sujeto de los riesgos, y el tomador del seguro como contratante del asegurado, porque el rasgo esencial es que el tomador asegura a nombre propio intereses ajenos. En este supuesto es capital distinguir entre el tomador del seguro y el asegurado.”

contractual distintas personas que tengan las calidades antes mencionadas¹⁰². Una vez establecido que será necesaria la intervención de al menos dos personas, trataremos ahora el caso en que el asegurado es solicitante o tomador y asegurado, y el beneficiario es un tercero ajeno a la persona del asegurado, es decir que no intervendrá en la formación del contrato. Respecto del beneficiario afirma SAAVEDRA, “el beneficiario es de gran importancia en el contrato de seguro, ya que en el caso de ocurrir el siniestro, será la persona que reciba la indemnización.”¹⁰³ Esto se fundamenta en que el principio rector que aparece en todo contrato de seguros establece que siempre tendrá que existir un beneficiario que será quien reciba total o parcialmente la indemnización.

Determinadas las partes que intervienen dentro del contrato de seguro, es pertinente ahora hacer énfasis en la visión del seguro de responsabilidad civil en nuestra legislación donde existe la prohibición expresa de contemplar este tipo de seguro como un seguro a favor de terceros, entendido éste como el contrato donde los efectos de la prestación de seguro se extienden hacia un tercero que no es parte de la relación contractual. Si como planteamos, nuestra legislación, como otras, contemplara que el seguro de responsabilidad civil fuera un seguro a favor de terceros, nuestro llamado paciente-víctima (damnificado) se convertiría en el beneficiario del contrato de seguro y se cumpliría con el fin último de facilitar el pago de la indemnización a quienes han sufrido verdaderamente el daño como víctimas de la responsabilidad del asegurado, llegando entonces a satisfacer el principio de este tipo de sistemas operativos del seguro que protege en primer lugar a la persona del damnificado pero, naturalmente, por el objeto mismo del contrato de seguro, sigue protegiendo el patrimonio del asegurado.

Por último, es importante entonces concluir que el seguro de responsabilidad civil como seguro a favor de terceros, será de esos seguros en los que el asegurado contrata en

¹⁰² Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 3. “Para los efectos de esta Ley, se considera asegurador a la persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro; solicitante a la persona natural o jurídica que contrata el seguro; beneficiario a la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al asegurador; asegurado es la interesada en la traslación de los riesgos; y, beneficiario, es la que ha de percibir, en caso de siniestro, el producto del seguro. Una sola persona puede reunir las calidades de solicitante, asegurado y beneficiario.”

¹⁰³ SAAVEDRA: “El Seguro por cuenta”... op. cit. Pág. 19.

su propio interés, es decir, buscando la protección de su patrimonio por el riesgo eventual de incurrir en responsabilidad frente a un tercero, y el asegurador por su parte, ejecutará su actividad empresarial mediante el pago a ese tercero damnificado por la interposición de la acción directa, la que se ve respaldada por su intervención como beneficiario dentro del contrato de seguro¹⁰⁴.

3.1.1. Partes: Inclusión del paciente – víctima como beneficiario

Actualmente, el beneficiario es entendido como una persona que si bien no siempre es parte del contrato de seguro¹⁰⁵ tampoco se puede considerar como un agente completamente extraño a esta relación contractual ya que la ley¹⁰⁶ ha establecido dentro del seguro de personas que tendrá derechos y obligaciones, mas bien vistas como cargas, a las que deberá cumplir con el propósito de obtener el beneficio al cual se ha hecho acreedor por la ocurrencia de un siniestro que ha hecho que se configure un seguro a su favor.

En el caso de los seguros de daños, y en particular sobre el seguro de responsabilidad civil, actualmente, el beneficiario mantiene esta particular condición extraña y ajena a la relación contractual dejándolo (la ley) fuera de toda afectación directa respecto de la prestación del seguro, por lo que se considera que los efectos de los contratos no podrán extenderse a terceros que no hayan sido parte de la relación contractual. Esto, naturalmente genera que el tercero que ha sido dañado por un acto cometido por el asegurado carezca de un medio para reclamar directamente al asegurador ya que por la ausencia de un norma legal que le atribuya este derecho no es factible contemplar la posibilidad de que el tercero víctima se vea directamente beneficiado de un derecho derivado de la existencia de ese contrato de seguro del que no ha sido parte.

¹⁰⁴ MEILIJ: *Seguro de responsabilidad civil*, Depalma, Buenos Aires, 1992, Pág. 144.

¹⁰⁵ El beneficiario, que ha sido la persona que ha recibido el daño, normalmente es parte de la relación contractual, sin embargo en el caso de los seguros de responsabilidad civil, la víctima es un tercero ajeno a la relación contractual pero debido a la existencia del seguro a su favor obtendrá derecho a la indemnización.

¹⁰⁶ El Art. 71 del Decreto Supremo 1147. Respecto de los derechos con los que cuenta el beneficiario dentro del seguro de vida, donde naturalmente se entiende que el seguro será hecho a favor de terceros y el beneficiario será el designado para recibir la indemnización por la muerte del tomador y por lo tanto asegurado dentro de la póliza de un seguro de vida.

Al respecto considero que dentro del contrato de seguro la regla sobre la extensión de los efectos, tiene solo un alcance limitado y aún más dentro de una relación contractual generada por la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional donde el objeto del contrato deberá enfocarse en la protección del damnificado principalmente y, sólo de manera secundaria y consecuente del primer propósito, deberá considerarse el amparo al patrimonio del asegurado.

Así, en lo que respecta a este tipo de contrato de seguros existirá una excepción al principio del efecto relativo de los contratos – *res inter alios acta* – haciendo que los efectos del contrato, en sus derechos y obligaciones, puedan extenderse hasta una tercera persona como lo es la persona del damnificado que pasará a convertirse naturalmente en el beneficiario de la prestación del seguro, ya que la orientación de la suscripción de seguros de responsabilidad civil profesional de los médicos estará enfocada a la protección de los damnificados de tal manera que se facilite y asegure el pago de la indemnización. Este ha sido el proceso llevado por la legislación colombiana¹⁰⁷ o la española¹⁰⁸, que ha podido incorporar al damnificado dentro de la relación contractual. Al respecto la CSJ colombiana dice en relación a la víctima del hecho dañoso,

Se le incluyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho que surge por la realización del riesgo asegurado, o sea que se radicó en el damnificado el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, confiriéndole el derecho de reclamarle directamente la indemnización del daño sufrido como consecuencia de la culpa del asegurado, por ser el acreedor de la susodicha prestación.

De esta forma, es posible deducir que del contrato de seguro pueden nacer efectos que se extienden a terceras personas quienes dispondrán de un derecho directo sobre las prestaciones del seguro; de esta manera el seguro se enmarca dentro de la categoría de contratos a favor de terceros, con la condición de la existencia de la acción directa por

¹⁰⁷ Ley 45 de 1990, Diario Oficial No. 39.607, del 19 de diciembre de 1990, Congreso Nacional de Colombia. Sobre la modificación en lo relativo al contrato de seguro donde el damnificado adquiere la forma del beneficiario dentro de la relación contractual y así adquiere el ejercicio de la acción directa del reclamo al asegurado.

¹⁰⁸ Ley 50/1980, de 8 de Octubre, Ley del Contrato de Seguro Español, Boletín Oficial del Estado, 17 Octubre. Art. 76. “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el ASEGURADOR para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...”

parte de este tercero, que naturalmente será lo que le de seguridad al derecho del tercero frente al asegurador.

Es posible en este momento hacer una breve referencia a modo de comparación y análisis sobre la modalidad aplicable al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). En primer lugar, a diferencia del seguro de responsabilidad civil, el SOAT se trata de un seguro diseñado de tal forma que lo que se ampara dentro de su cobertura son los accidentes personales de las víctimas de accidentes de tránsito, teniendo de la misma manera su denominación. A diferencia del seguro de responsabilidad civil que se clasifica dentro de los seguros de daños patrimoniales, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito constituye un seguro de accidentes personales.

Naturalmente esta característica hace que tenga consecuencias que lo diferencian del seguro de responsabilidad civil. Para empezar, en esta modalidad que se ha usado para el SOAT, no necesita que se declare la responsabilidad de quien causa el daño para que opere la cobertura, el SOAT se registrará por lo establecido en la ley¹⁰⁹ y no cuenta con cláusulas que eximan de responsabilidad ya que lo que se busca primordialmente es que se proteja a la víctima sin librar al causante del daño de su responsabilidad. Consecuentemente, las víctimas conservarán las acciones a las que tengan derecho para reclamar los daños y perjuicios por responsabilidad del agente. Al respecto dice DÍAZ – GRANADOS, “el [seguro] de responsabilidad protege patrimonialmente al agente causante, pero no opera automáticamente por ser necesario que se declare la responsabilidad y se acrediten los perjuicios efectivamente sufridos.”¹¹⁰ De esta manera, queda claro que el SOAT no se podrá manejar como si se tratara de un seguro de responsabilidad civil a favor de terceros, ya que cuenta con su propia modalidad y organización.

¹⁰⁹ Régimen de Seguros, Reglamento del SOAT, Art. 8, “El SOAT ampara a cualquier persona, sea esta conductor, pasajero o peatón, que sufra lesiones corporales, funcionales u orgánicas, o falleciere a causa de o como consecuencia de un accidente de tránsito, con motivo de la circulación del vehículo a motos. Las indemnizaciones por daños corporales, funcionales u orgánicos, incluida la muerte, producidos como consecuencia de los accidentes relacionados con la circulación de un vehículo a motor, se sujetarán a las siguientes coberturas, condiciones, límites y montos de responsabilidad...[dispuestos en la ley].”

¹¹⁰ DÍAZ – GRANADOS: *El Seguro de responsabilidad* ... op. cit. Págs. 43, 44.

Continuando con nuestro análisis, es importante entonces determinar lo que se deberá entender por beneficiario de este nuevo seguro de responsabilidad civil a favor de terceros: el beneficiario es la persona que podrá reclamar la prestación del asegurador, por el daño que le fue inferido por el asegurado y del cual este último es legalmente responsable. El beneficiario de la indemnización será a la hora de suscribir el contrato de seguro una persona indeterminada pero determinable al momento de la ocurrencia del siniestro que hará nacer la obligación del asegurador, ya que será la víctima directa de aquél evento quien podrá tener esta calidad para hacer el reclamo frente al obligado al pago.

Al respecto de las características del beneficiario¹¹¹ en el caso del seguro de responsabilidad civil como lo hemos planteado¹¹², dice CELI MUNERA, “la víctima es un beneficiario a título oneroso y como tal no podrá ser cambiado o sustituido por la voluntad del asegurado”¹¹³ pues será imposible para el asegurado, después de haber incurrido en responsabilidad y haberle inferido daño a la víctima que le cambie su calidad de beneficiario y, por lo tanto, en el caso en que la calidad del beneficiario deba recaer en una persona distinta del mismo paciente-víctima deberá acreditarse la calidad de tal y como pasaría en el caso de que se tratara de los herederos quienes realicen el reclamo.

3.2. Elementos esenciales del contrato de seguro

Además de las partes, que son consideradas como elementos esenciales del contrato, existen otros elementos imprescindibles dentro del contrato de seguro sin los cuales el contrato degeneraría en uno diferente y lo haría absolutamente nulo según el Art. 2 del Decreto Supremo 1147. Estos son principalmente el interés asegurable y el riesgo asegurable pero en la propuesta de “Seguro de RC con acción directa”, y en razón de la

¹¹¹ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 69. “Es beneficiario a título gratuito aquél cuya designación tiene por causa la simple liberalidad del solicitante o asegurado. En los demás casos, el beneficiario lo es a título oneroso. A falta de estipulación en contrario, se presume que el beneficiario ha sido designado a título gratuito.”

¹¹² Por la manera en la que lo hemos planteado será preciso llamarlo “Seguro de Responsabilidad civil con acción directa (de la víctima)”.

¹¹³ CELI MUNERA: “La acción directa en el seguro de responsabilidad civil”, en *XVI Encuentro nacional*, de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros “Acoldese”, Guadalupe, Bogotá, 1991, Pág. 41

disposición dentro del Régimen de Seguros¹¹⁴ en cuanto a los elementos para que sea válido un contrato tomaremos en cuenta también el límite de la responsabilidad y la reparación mediante el pago de la indemnización.

3.2.1. Interés asegurable

El interés asegurable es todo interés económico que puede tener una persona en que no se produzca un siniestro, de tal manera que todo sobre lo que se tenga un interés económico se podrá asegurar. Es importante hacer énfasis en que solo quien tiene ese interés podrá trasladar válidamente el riesgo al que está expuesta la cosa al asegurador, quien desde ese momento deberá soportar la pérdida sufrida por el asegurado.

Entendido así, nuestra legislación hace referencia a este elemento como de la esencia del contrato, sin cuyo elemento conduciría a una falta imposible de subsanar viciándolo de nulidad absoluta¹¹⁵. Así, el objeto del contrato dentro del seguro de daños será todo interés económico que una persona tenga en que exista protección de la ocurrencia del riesgo¹¹⁶ que se traslada al asegurador. De igual forma lo sostiene VARGAS VASSEROT al decir: “el interés en el seguro de daños es la relación de contenido económico entre un sujeto (asegurado) y un bien (singular o situación patrimonial).”¹¹⁷ En el caso del seguro de responsabilidad civil, el seguro encontrará su objeto en la existencia de dos tipos

¹¹⁴ Respecto a los elementos de la esencia del contrato de seguro, se analizará la prima o precio del seguro dentro de las obligaciones que estarán a cargo del asegurado en el punto 4.1.1 de la presente tesina aunque no se desestima la importancia de su inclusión para la validez del contrato tal como lo dispone la Ley.

¹¹⁵ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 2. “Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1. El asegurador; 2. El solicitante; 3. El interés asegurable; 4. El riesgo asegurable; 5. El monto o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso; 6. La prima o precio del seguro; y, 7. La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro. A falta de uno o más de estos elementos, el contrato de seguro es absolutamente nulo.” De acuerdo a lo dispuesto por el legislador, se entenderá de nulidad, pero para el propósito de este estudio considero que la falta de uno de los elementos de la esencia hará que el contrato no se afecte de nulidad absoluta, sino que será inexistente.

¹¹⁶ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 27. “Puede ser objeto del contrato de seguro contra daños todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro.”

¹¹⁷ VARGAS VASSEROT: “El beneficiario en el seguro de daños”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Tomo 13, Bogotá, JAVEGRAF, 1999, Pág. 41

de responsabilidades principalmente: la contractual y la extracontractual¹¹⁸. En particular, cuando hablamos del seguro de responsabilidad civil profesional se hace alusión a la responsabilidad contractual ya que se entiende que este seguro cubrirá la responsabilidad resultante de la prestación de servicios profesionales de manera deficiente o por la falta de cumplimiento de las prestaciones convenidas en un contrato, tal como lo demostramos en la primera parte de esta tesina. También dejamos establecido que por tratarse la profesión médica de una actividad que tiene una característica primordialmente basada en la función social, se contempla la posibilidad de la existencia de una responsabilidad extracontractual cuando por necesidad o emergencia se haya tenido que atender a un paciente con el cual no exista el vínculo contractual¹¹⁹. Dicho esto, el seguro de responsabilidad civil profesional podrá surtir efectos en el caso de presentarse un reclamo fundamentado en cualquiera de las dos formas de responsabilidad en las que podrá incurrir un profesional de la salud.

Como ya hemos mencionado anteriormente, el asegurado toma en este momento la característica esencial de ser el protegido y amparado por el seguro y, en efecto, es lo que sucede desde una perspectiva puramente económica. Esta situación no varía en el caso de contemplar el seguro tratado como un seguro a favor de terceros, pues aunque se pretende proteger a la víctima-damnificado, el seguro sigue amparando el patrimonio del asegurado, o sea del profesional médico, y es de él de quien se predica el interés asegurable. Al respecto, concluye BOTERO diciendo, “el seguro de responsabilidad profesional tiene por objeto amparar la responsabilidad civil resultante de la prestación deficiente o falta de prestación, durante el período de vigencia de la cobertura, de servicios profesionales por

¹¹⁸ OSSA G: *Tratado elemental de seguros*, Bedout, Medellín, 1956, Pág. 349, respecto del tipo de responsabilidades que podrán ser objeto del seguro se advierte que no se podrá asegurar la responsabilidad penal salvo que se trate de el pago de ciertos gastos pero que no traten de la sanción pecuniaria ya que la pena será siempre personal y no se podrá trasladar su ejecución.

¹¹⁹ Entendido el nacimiento de un contrato en consecuencia del acuerdo de voluntades, es preciso determinar que en este caso ni siquiera existirá la asunción tácita de un vínculo contractual entre el médico y el paciente ya que el profesional en ningún momento expresa su voluntad de obligarse, haciendo esto que de generarse un evento que produzca responsabilidad, ésta se deberá tratar como de origen extracontractual.

parte del asegurado, en el desempeño de la profesión amparada bajo la póliza.”¹²⁰ Es sustancial entender que el interés asegurable no será modificado por la inclusión del tercero damnificado ya que el titular de aquél seguirá siendo el asegurado y no la víctima ya que el presunto responsable lo que busca es proteger su patrimonio. De esta manera, la víctima no se convertirá en asegurado simplemente se ha de conceder un derecho mediante la inclusión legal de la forma de seguro a favor de tercero como se ha mencionado anteriormente, al considerarlo beneficiario determinable al momento de establecer el daño a causa de la responsabilidad legal del asegurado

A manera de conclusión sobre este tema, es posible decir que debido a las especiales características de la propuesta de seguro de responsabilidad civil profesional con acción directa que hemos analizado y en comparación a los demás seguros patrimoniales, éste tipo de seguro preserva el patrimonio del asegurado, no de manera directa sino indirecta, ya que al ser un seguro a favor de terceros el asegurador indemniza directamente, en nombre del asegurado, a quien haya sufrido el daño. Por último entendemos que si bien lo que se cubre dentro de la póliza como tal es el riesgo de la mala práctica médica¹²¹, el verdadero amparo se produce sobre el damnificado que va a adquirir la calidad de titular-acrededor de los derechos que surtan del reclamo al asegurador.

3.2.2. Riesgo asegurable: El siniestro

En cuanto al riesgo, es necesario comprender que el riesgo y el siniestro son la ocurrencia de un mismo evento en diferentes momentos. Por el primero entenderemos la eventualidad de un suceso, la posibilidad de la ocurrencia de un suceso fortuito que pueda hacer nacer la obligación condicional del asegurador y, por lo tanto, en el momento en que ocurra se producirá el siniestro. Es importante decir que un evento cierto y un evento imposible escapan de ser calificados como riesgo. Se define formalmente el riesgo de la siguiente manera:

¹²⁰ BOTERO: “Régimen legal y seguro de responsabilidad profesional en el Colombia”... op. cit. Pág. 36

¹²¹ FUNDACIÓN MAPFRE: *Manual del Seguro de Responsabilidad Civil*... op. cit. Pág. 17

Suceso adverso, incierto generalmente de carácter futuro, que amenaza un interés el cual es susceptible de protegerse por un contrato de seguro. Si el daño efectivamente se produce, la persona o entidad aseguradora indemniza monetariamente a la víctima, o repara los daños sufridos.

Para que un riesgo sea asegurable, su ocurrencia debe ser de carácter incierto salvo en el caso de la muerte, no depende para su producción únicamente de la voluntad de quien toma el contrato de seguro y es la posible víctima del daño y en la generalidad de los casos debe surgir de un acontecimiento futuro, aunque cabe asegurar por eventos desconocidos del pasado.¹²²

Entendido el concepto del riesgo, es necesario determinar dentro de la póliza de seguro cuál es el riesgo específico que se cubrirá. En el caso de los profesionales que quieran amparar cualquier eventualidad en la que puedan producirle un daño a un tercero, es importante establecer también que sólo se podrá hablar de una cobertura siempre que el evento que ocurra este dentro de los riesgos cubiertos; en el caso de los médicos que tengan un seguro de responsabilidad profesional, se hará efectivo el cumplimiento de las obligaciones por parte del asegurador siempre que el evento se haya producido dentro de las estipulaciones de la póliza sobre el riesgo asegurado o cubierto. Es preciso entonces afirmar que de acuerdo al nuevo planteamiento sobre la misión del seguro de responsabilidad profesional que ampara a los médicos respecto al damnificado, concordamos con DÍAZ – GRANADOS, al decir que, “la nueva función del seguro de responsabilidad civil no es sustitutiva de la original sino complementaria, de suerte que el seguro cubrirá el patrimonio del responsable y tendrá como riesgo asegurado la responsabilidad civil.”¹²³ Por lo tanto, la eventualidad del suceso contemplado como riesgo que se pueda convertir en la constitución del siniestro no habrá de variar ya que reposa sobre la existencia del deber de resarcir por la producción de un daño dentro del ejercicio de la profesión médica.

¹²² “Riesgo asegurable”, *Diccionario Hispanoamericano de Derecho*, Grupo Latino, Bogotá, 2008. Pág. 2045

¹²³ DÍAZ – GRANADOS: “El seguro de responsabilidad civil y la reforma introducida por la ley 45 de 1990” en *XVI Encuentro Nacional*, Asociación Colombiana de derecho de seguros “Acoldese”, Guadalupe, Bogotá, 1991, Pág. 13

En cuanto a la configuración del siniestro¹²⁴ específicamente, se deberá determinar que dentro de los seguros patrimoniales no debería existir mas complejidad que la de establecer la producción del hecho que se estima previsto dentro de la póliza para que se configure el siniestro. Sin embargo, en los seguros de responsabilidad civil, precisamente por la existencia de un tercero que será el beneficiario de la prestación de seguros, se presenta el problema de si el siniestro se configura por la producción del daño o si será en el momento en que se presente la reclamación ante la compañía de seguros o exista sentencia ejecutoriada contra la misma¹²⁵. Al respecto de la segunda posición de la cual me hago partícipe, es natural contemplar el reclamo del tercero, ya sea judicial o extrajudicial, como la configuración real del siniestro ya que si a consecuencia del mismo hecho generador del daño no se realiza ningún acto destinado a encontrar la reparación por el tercero, mal se podrá hablar de un siniestro como tal que será lo que ponga en movimiento el aparato generador de reparaciones para proteger al damnificado y por ende mantener indemne el patrimonio del asegurado mediante la acción del seguro¹²⁶.

3.2.3. Monto asegurado y límite temporal de la responsabilidad del asegurador

Respecto a la limitación del monto asegurado y del límite temporal es necesario analizar el contenido de los artículos 30 a 34 del Decreto Supremo 1147.

De acuerdo al Art. 30 el siniestro debe ocurrir dentro de la vigencia de la póliza, pero si la realización de éste empieza antes de la terminación de la vigencia y se termina o continúa después de la misma, el asegurador está obligado a pagar; contrariamente, si el

¹²⁴ STIGLITZ: “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”, en *La Responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*, Guadalupe, Bogotá, 2005, Pág. 212. Se refiere a la producción del siniestro y lo que provoca, siendo un débito de responsabilidad que surge por mandato de la ley en consecuencia de la producción del daño a terceros, sea por el incumplimiento de una obligación de origen contractual o por tratarse de un hecho dañoso dentro del marco de la responsabilidad extracontractual.

¹²⁵ Cabe aclarar que sin contemplar lo propuesto por la reforma a la que hemos hecho alusión en el desarrollo de este capítulo en particular, el reclamo no es interpuesto ante el asegurador sino ante el médico asegurado.

¹²⁶ STEINFELD: “Aspectos generales del seguro de responsabilidad civil en Argentina” en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, No. 11, JAVEGRAF, Bogotá, 1998

siniestro empieza antes de iniciarse la vigencia y termina o continúa después de entrar en vigencia el seguro, el asegurador no está obligado a pagar la pérdida.¹²⁷ En el seguro de responsabilidad civil no ocurre lo mismo. El asegurador en estos casos, y en razón de su facultad de delimitar en qué condiciones y qué riesgos asume¹²⁸ sobre la cobertura, ha optado por definir contractualmente el límite temporal del riesgo amparado a través de dos tipos o modalidades, sin que dependa de que solo se cubran los siniestros ocurridos dentro de la vigencia de la póliza.

Estas dos modalidades se adoptaron en razón a las diferentes teorías desarrolladas doctrinalmente dependiendo de cuándo se entendía configurado el siniestro en los seguros de responsabilidad civil, y son: la modalidad de la ocurrencia del siniestro o de la teoría del hecho dañoso y la modalidad de la reclamación o *Claims Made*. La primera que corresponde a la doctrina que afirma que el siniestro se configura con la ocurrencia del hecho dañoso¹²⁹, se refiere a que el siniestro se configura en el momento en que surge la obligación de responsabilidad en cabeza del asegurado, es decir, en el momento que se produce el hecho dañoso y este debe ocurrir dentro de la vigencia de la póliza, acompañando el asegurador al asegurado frente a la contingencia de la reclamación del tercero. Esta modalidad, no es la más acogida, en la que el asegurador acompaña al asegurado al menos durante el período de prescripción de la acción civil frente al asegurado, por el problema técnico de tener que constituir una reserva económica por un período muy largo que representa una carga contable para el asegurador. Por esta razón, las aseguradoras que acogen esta modalidad, delimitan también temporalmente el tiempo

¹²⁷ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 30. “Si la pérdida o el deterioro de la cosa asegurada se consuma por accidente ocurrido antes, pero que continúe hasta después de vencido el término del seguro, los aseguradores responden del siniestro. Mas si el accidente se inicia antes de que los riesgos hayan empezado a correr por cuenta de los aseguradores, y continúa después, éstos no son responsables de dicho siniestro.”

¹²⁸ *Ibidem*. Art. 10. “Con las restricciones legales, el asegurador puede asumir todos o algunos de los riesgos a que están expuestos la cosa asegurada o el patrimonio o la persona del asegurado, pero deben preclearse en tal forma que no quede duda respecto a los riesgos cubiertos y a los excluidos.”

¹²⁹ SANCHEZ: “La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la ley de Contrato de Seguro”, en *Revista Española de Seguros*, No. 89, 1997, Pág. 14 y LAMBERT – FAIVRE: *Droit des Assurances*, Dalloz, París, 1985, Pág. 300, citados por DÍAZ – GRANADOS: “La delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional”... *op. cit.* Págs. 247 – 248.

durante el cual extienden la cobertura, a máximo seis meses o un año después de vencido el término de la vigencia. La otra modalidad, llamada la de reclamación o *Claims Made* es la adoptada por la nueva ley francesa relativa al seguro de responsabilidad civil médica y por la Ley 45 de 1990 en Colombia, entre otros según la cual el siniestro ocurre con la reclamación de la reparación por parte del tercero víctima, la cual debe ocurrir dentro del mismo período de vigencia de la póliza. Como vemos esta teoría se contrapone con la modalidad de la ocurrencia del hecho dañoso, pues se considera que el perjuicio patrimonial para el asegurado no se configura con el hecho dañoso producido en la persona de la víctima, sino con la reclamación de la misma al asegurado pues es en ese momento que nace la obligación de la responsabilidad. Pero naturalmente se presentan igualmente problemas si esta modalidad no delimita temporalmente la responsabilidad del asegurador, pues podría suceder que durante un período se estén cubriendo hechos dañosos ocurridos hace muchos años, al menos los años que otorga cada legislación como período de prescripción para reclamar la indemnización por el surgimiento de la deuda de responsabilidad. Es por esta razón, que nuevamente se ha llegado a definir contractualmente la limitación temporal existiendo varias submodalidades a saber: 1.) *Claims Made* puro: el hecho dañoso y la reclamación deben ocurrir dentro de la vigencia de la póliza; 2.) *Claims Made* con un período de retroactividad: de esta manera se amplía la cobertura, amparando hechos dañosos ocurridos antes de iniciada la vigencia (por ejemplo seis meses) pero que se reclaman durante la vigencia de la póliza; y, 3.) *Claims Made* con un período de prolongación de la vigencia, es decir, hechos dañosos ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, pero reclamados en un período de prolongación determinado contractualmente, (por ejemplo un año) . Y por último, la modalidad de pactar un período de retroactividad y un período de prolongación, donde el hecho dañoso puede ocurrir durante el período de retroactividad pactado y la reclamación del tercero puede ocurrir máximo dentro del plazo de prolongación estipulado en la póliza, (por ejemplo un año).

Existen muchos autores que han criticado estas cláusulas de *Claims Made* porque han considerado que son una restricción de la cobertura y de la garantía del seguro, tanto

para la víctima como para el asegurado¹³⁰ pero es necesario hacer énfasis, en que no se deben analizar estas cláusulas desde el punto de vista de la vigencia temporal de un solo contrato de seguro con vigencia de un año, sino que partimos de la base, que precisamente el profesional y sobre todo el profesional médico, debe tener¹³¹ durante todo su período de ejercicio profesional, contratado una póliza de responsabilidad civil profesional y estas cláusulas lo único que definirán es qué póliza y bajo qué condiciones de cobertura, se debe pagar la indemnización a la víctima por la deuda de responsabilidad del asegurado. Por otra parte, el problema de que el asegurado se pueda ver desprotegido porque dependería de que la víctima le presente la reclamación, se estaría minimizando si se considera que la acción directa y la aceptación de la víctima como beneficiario del seguro, exige que para éste ya no exista la posibilidad de aplicación del término de prescripción de la acción de responsabilidad civil, sino que le sería aplicable la del contrato de seguro de dos años contemplada en el Art. 26 del Decreto Supremo 1147¹³², la cual empezaría a contarse, para la víctima, desde el hecho causante del daño y para el asegurado, desde el momento de la ocurrencia del siniestro de acuerdo a lo pactado en la cláusula de *Claims Made*. Este tema será tratado a profundidad en el capítulo cuarto de la acción directa.

Tratada la temporalidad de la cobertura y la aplicabilidad del Art. 30 del Decreto Supremo 1147, nos resta hacer referencia a la limitación del monto asegurado y su definición, tratada en los artículos 31 a 35 del mismo decreto.

Se entiende por límite o suma asegurada, el máximo de responsabilidad a que está expuesto el asegurador frente al beneficiario reclamante del seguro, pero este límite normalmente en los seguros de daños está definido por el valor de la cosa o bien asegurado y si este no se puede definir, las partes podrán acordar un límite, siempre sujetos a la limitación prevista en el Art. 32 del decreto supremo 1147, es decir, que el seguro no puede ser fuente de enriquecimiento para ninguna de las partes y por ello será de simple

¹³⁰ SOBRINO: *Seguros y Responsabilidad Civil*, Universidad, Buenos Aires, 2003

¹³¹ No se hace referencia a la obligatoriedad sino al deber ser del ejercicio de la práctica médica buscando siempre ampararse ante posibles eventualidades de las que nadie está exento en el desarrollo profesional.

¹³² Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 26. "Las acciones derivadas del contrato de seguro, prescriben en dos años a partir del acontecimiento que les dio origen."

indemnización.¹³³ En el seguro de responsabilidad civil en general y de igual manera, específicamente en el de responsabilidad civil profesional, no se conoce a cuánto asciende el valor del patrimonio que se quiere proteger, pues se desconoce la posible contingencia del valor de la deuda de responsabilidad que puede surgir para el asegurado. De esta forma es imposible conocer una determinación precisa, para poder aplicar tanto el Art. 31 como el 32 del Decreto Supremo 1147, razón por la cual estos artículos carecen de base para ser aplicados en materia de responsabilidad civil. Lo mismo ocurre con el modo de reparación contemplado en el Art. 33 del mismo decreto, pues es imposible facultar al asegurador a que indemnice al asegurado o al tercero víctima, mediante la reparación o reconstrucción de la cosa asegurada. El pago de la indemnización será en materia de responsabilidad civil, siempre un pago en dinero, hasta el límite de la suma asegurada y hasta el monto probado del daño sufrido por el tercero; consecuentemente, si la suma asegurada es inferior al monto del daño sufrido por el tercero, el asegurador deberá cubrir la totalidad de la suma asegurada y en el excedente seguirá respondiendo el asegurado con su propio patrimonio, sin que se pueda aplicar la regla proporcional ni la figura del supraseguro, las cuales deben ser aplicables solo para los seguros de daños materiales mas no para los patrimoniales.¹³⁴

Vale la pena en este punto resaltar que el seguro de responsabilidad civil profesional contempla dentro de su límite asegurado, la indemnización, que por concepto

¹³³ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 31. “En los casos en que no sea posible hacer la estimación previa en dinero del interés asegurado, el valor del seguro puede estipularse libremente por los contratantes. Pero el ajuste de la indemnización se hará guardando absoluta sujeción a lo estatuido en el artículo siguiente.”

Art. 32. “Respecto del asegurado, los seguros de daños son contratos de simple indemnización, y en ningún caso pueden constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización puede abarcar a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste debe ser objeto de un acuerdo expreso.”

¹³⁴ *Ibidem*. Art. 34. “La indemnización no puede exceder el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario, ni puede sobrepasar el límite de la suma asegurada.”

Art. 35. “En caso de exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado, debe promoverse su reducción por las partes mediante la devolución de la prima correspondiente al importe del exceso y al período no transcurrido del seguro.”

de pago en su beneficio, incurra el asegurado para cubrir los gastos su defensa frente a la reclamación del tercero, aunque esta reclamación sea infructuosa.¹³⁵

Por ultimo, con relación a este tema, cabe resaltar que en la práctica la delimitación cuantitativa se fija dentro de la póliza de cualquiera de las siguientes formas:

- *Suma asegurada por siniestro*: Será la cantidad que el asegurador se comprometa a pagar con la inclusión de todas las indemnizaciones, intereses y gastos que sean consecuentes del siniestro ocurrido.
- *Suma asegurada por un año de seguro*: Será el monto que el asegurador se comprometa a pagar por todas las indemnizaciones, intereses y gastos que se produzcan durante el transcurso de un año. En el Ecuador es conocida como el Límite Colusorio Anual. Esta figura será la que hará que se paguen los montos independientemente del número de siniestros y queden “saldos a favor” hasta que se consuma la suma asegurada y ésta llegue a su fin¹³⁶.

Por lo mencionado anteriormente se podrá concluir que en el contrato de seguro de responsabilidad civil se estará ante un seguro de daños que cubre un perjuicio que deberá ser concreto y medible objetivamente, pero cabe recalcar que esos elementos serán cuestionables en el caso de los médicos ya que el monto es pocas veces medible en cuanto al perjuicio eventual que se pueda producir por lo que se deberá determinar por el daño producido objetivamente sobre la víctima y la valoración económica que se deberá hacer por la evaluación de los daños y perjuicios provocados por la conducta sancionable del asegurado, en dicho caso, el médico que será el asegurado y tomador dentro de la relación contractual¹³⁷.

3.2.4. Reparación del daño: Indemnización

¹³⁵ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 51. “Salvo pacto en contrario corren a cargo del asegurador, dentro de los límites de la garantía pactada, los honorarios y gastos de toda clase que se produzcan con motivo de la defensa civil del asegurado, incluso contra reclamaciones infundadas.”

¹³⁶ ALARCÓN FIDALGO: “El aseguramiento de las responsabilidades...” op.cit. Pág. 43.

¹³⁷ MEILIJ: *Seguro de responsabilidad civil...* op. cit. Pág. 65

El seguro en general se ha mostrado durante su evolución como un medio de seguridad financiera ya que el bienestar económico que buscan cada vez más las personas ha llevado a establecer sistemas indemnizatorios para reducir el impacto de algunos daños, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales a lo que suma GHERSI diciendo, “el interés de preservación se ha trasladado del patrimonio hacia otros derechos económicos que en esta etapa histórica merecen mayor atención, protección del ordenamiento jurídico y del derecho todo. Entonces, debemos hablar de dos tipologías o subcategorías de daños: la económica y la extraeconómica”¹³⁸. Así, nos referimos naturalmente, en el tema que nos concierne, al daño extrapatrimonial que ha sufrido el profesional y no sólo al menoscabo patrimonial que encuentra el responsable en su patrimonio, el mismo que en virtud del contrato de seguro deberá mantenerse indemne.¹³⁹

Una vez establecido el momento en que se dará origen a la reparación, sea ésta por la ocurrencia del hecho generador como tal o porque se ha puesto en movimiento el aparato asegurador en búsqueda de la reparación mediante su reclamación, es claro que será necesario determinar qué es lo que debe cubrir la póliza en el momento en que se analiza lo dispuesto por nuestra legislación respecto al seguro de responsabilidad civil.

El Art. 50 del Decreto Supremo 1147 hace referencia a la “satisfacción de las indemnizaciones pecuniarias a las que resulta obligado el asegurado”, pero dado el carácter proteccionista hacia el damnificado que ha adoptado el seguro de responsabilidad en su forma como seguro a favor de terceros es indispensable determinar que la reparación será efectuada a la persona del damnificado que además adquirirá el derecho de la prestación del asegurado directamente del asegurador sin mediación del patrimonio del asegurado ya que se ha constituido un derecho propio del beneficiario y por tanto autónomo lo que además lo caracteriza como titular de una acción directa para realizar el pertinente reclamo¹⁴⁰, como dice NARSI,

¹³⁸ GHERSI: *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003, Pág. 76 – 77.

¹³⁹ *Ibidem*. Se hace referencia a los daños físicos, biológico, estético, moral, psíquico y psicológico de un paciente cuando ha sido víctima de una negligencia médica.

¹⁴⁰ VARGAS VASSEROT: “El beneficiario en el seguro de daños” en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, JAVEGRAF, Bogotá 1999. Pág. 46

El beneficiario dispone únicamente del derecho a exigir el pago de la prestación del seguro. Cuando se produzca el acontecimiento que da derecho a la indemnización y una vez haber demostrado el interés asegurable y el daño, el beneficiario estaría en posición para exigir del asegurador la ejecución del contrato.¹⁴¹

De esta manera, se deberá entender naturalmente que el beneficiario de igual manera deberá exigir la indemnización del seguro de acuerdo a las condiciones determinadas dentro del contrato ya que aunque no sea parte de la relación contractual existen determinadas cargas con las que deberá cumplir, como será la prueba de la relación de causalidad que vincule directamente el daño sufrido con la actividad del profesional presuntamente responsable y como se ha mencionado en capítulos precedentes, se deberá probar también la negligencia del médico.

Por su parte, respecto a la forma en la que deberá proceder la reparación del daño por medio de la indemnización, el Art. 33 del Decreto Supremo 1147, dispone que el pago podrá ser realizado en dinero o mediante la reposición o reconstrucción de la cosa asegurada para lo cual sin mas explicación es preciso decir que la indemnización reclamada por la víctima de una negligencia médica deberá ser pagada en dinero de acuerdo al daño y la cobertura respecto al monto de la suma asegurada establecido en la póliza de seguro, tal como lo dijimos en el capítulo anterior.

¹⁴¹ NASRI: “El beneficiario de la prestación de seguro”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, No. 12, JAVEGRAF, Bogotá, 1998. Pág. 117

CAÍTULO IV. INCLUSIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA COMO MECANISMO DE RECLAMO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL BENEFICIARIO EN LA RELACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

4. Acción Directa

Como se ha dicho anteriormente en el desarrollo de esta tesina, dentro del sistema del seguro de responsabilidad civil con la prohibición legal que existe actualmente sobre su planteamiento como seguro a favor de terceros, el tercero que ha sido perjudicado por la conducta dañosa, negligente o culposa del profesional de la salud no tiene un derecho propio que lo haga valerse de una acción que pueda ser ejercida directamente contra el asegurador para el reclamo de la indemnización en base a lo establecido dentro de la póliza¹⁴², lo cual considero deberá reconocerse mediante la reforma expuesta anteriormente al Decreto Supremo 1147, con la creación de un nuevo artículo inmediatamente después de la aclaración sobre los seguros de responsabilidad civil profesional¹⁴³. Por motivos estructurales, en adelante hablaremos de un artículo innumerado en donde considero, se deberá establecer, como se ha mencionado

¹⁴² Se hace referencia únicamente a la acción que puede nacer del contrato de seguro ya que el damnificado siempre tendrá la posibilidad de ejercer su acción para reclamar la responsabilidad por daños en juicio.

¹⁴³ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 54. “Es nulo, de nulidad absoluta, el seguro de responsabilidad profesional, cuando la profesión y su ejercicio no estén reconocidos por el Estado o cuando, al momento de celebrarse el contrato, el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión.”

anteriormente, que el seguro de responsabilidad profesional de los médicos será un seguro a favor de terceros, y por lo tanto, el damnificado se convertirá en beneficiario y, consecuentemente, tendrá derecho al ejercicio de la acción directa en contra del asegurador.

Dentro del seguro de responsabilidad como seguro a favor de terceros, el damnificado, al contar con una protección más extensa y sobre la cual se basa la estructura de la reforma planteada y la creación del artículo antes mencionado, es necesario ampliar tanto la explicación sobre el uso de la acción directa como sus efectos dentro de las relaciones generadas por la inclusión del damnificado¹⁴⁴ como beneficiario de la prestación contractual dentro de la póliza de seguro. Estos efectos se reflejan principalmente en aspectos procedimentales y procesales que naturalmente ostentarán distintas variaciones en virtud del nacimiento de la acción directa como un derecho propio del beneficiario.

Para comenzar, como se ha mencionado en el capítulo precedente, el primer efecto de la inclusión del damnificado como beneficiario en razón del seguro a favor de terceros, será el derecho del tercero perjudicado a la reclamación directamente al asegurador sin necesidad de pasar por el patrimonio del asegurado, que sin más explicación, se llamará acción directa en razón del traslado de la obligación de indemnizar del asegurado al asegurador en razón de la existencia de un contrato de seguro. De esta manera se podrá hablar entonces de la “acción directa como un medio de tutela del derecho de crédito que faculta a un acreedor para dirigirse contra el deudor (asegurador) de su deudor (asegurado).”¹⁴⁵ Asimismo, la acción directa se interpone a nombre propio dado que se ejerce un derecho subjetivo que se ha atribuido por ley al beneficiario sobre la prestación del seguro.

El segundo efecto claro que se identifica sobre el propósito de la acción directa, es la consideración de la misma como una especie de privilegio sobre el crédito que se tiene

¹⁴⁴ Es necesario realizar la aclaración del uso de los términos durante el desarrollo de este capítulo, se entenderá que el paciente-víctima, una vez haya sufrido el perjuicio (ocurrencia del daño), se convierte en el damnificado y el damnificado se llamará también beneficiario en razón de la función del seguro de responsabilidad civil con acción directa.

¹⁴⁵ CELI MUNERA: “La acción directa en el seguro de responsabilidad civil”...op. cit., Pág. 41.

contra un tercero,¹⁴⁶ que se podrá entender como la preferencia que tiene el beneficiario sobre el reclamo directamente al asegurador sin tener que pasar por el patrimonio del asegurado y, por lo tanto, será el único acreedor de la indemnización debida en razón del seguro contratado por el asegurado (deudor).

En referencia a la legislación comparada existente sobre el tema en Colombia, el Art. 87 de la Ley 45 de 1990¹⁴⁷ dispone que los damnificados tendrán acción directa contra el asegurador y en virtud de ésta, en el caso de surgir la sustanciación de un proceso judicial, el beneficiario podrá en un solo proceso, demostrar tanto la responsabilidad del asegurado como reclamar la indemnización por parte del asegurador.¹⁴⁸ Así, es preciso decir que a raíz de la inclusión de esta disposición legal, consecuencia del planteamiento del seguro a favor de terceros, nacen dos presupuestos básicos y necesarios para que opere el cumplimiento por parte del asegurador. En primer lugar deberá establecerse que el asegurado es responsable frente a la víctima; y, en segundo lugar, que la responsabilidad civil en la que ha incurrido el asegurado se encuentra dentro de la cobertura de la póliza contratada.

Respecto a las consecuencias de la inclusión de la figura de la acción directa trataremos las relaciones que surgen del contrato de seguro como un seguro a favor de terceros y, consecuentemente, las obligaciones a cuyo cumplimiento estarán sujetas las partes con el fin de buscar los efectos por los que se ha contrato el seguro de responsabilidad civil: la reparación del perjuicio sufrido por la víctima. De esta manera hemos encontrado tres importantes relaciones que nacen como consecuencia de la existencia de la póliza que serán tratadas en los puntos siguientes, no sin antes presentar cómo se entendería la cláusula dentro de una póliza de seguro de responsabilidad civil

¹⁴⁶ LLAMBIAS: *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, Tomo I, Cuarta Edición, Perrot, Buenos Aires, 1983, Pág. 605, citado por, CELI MUNERA: “La acción directa en el seguro de responsabilidad civil” ... op. cit., Pág. 42.

¹⁴⁷ Ley 45 de 1990, Diario Oficial No. 39.607, del 19 de diciembre de 1990, Congreso Nacional de Colombia.

¹⁴⁸ Ley 45 de 1990... op. cit. Art. 87. “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa en contra del asegurador. Para acreditar su derecho contra el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.”

profesional que pretenda la acción directa del damnificado. Se expondrá así: *En virtud del presente seguro el asegurador indemnizará al tercero afectado cuando éste acredite, de acuerdo con la ley y bajo las condiciones del presente contrato la ocurrencia del siniestro y su cuantía hasta el monto de la suma asegurada. La compañía indemnizará al tercero afectado por los perjuicios patrimoniales que le cause el asegurado con motivo de la responsabilidad civil profesional amparada de acuerdo a las condiciones de este contrato en que incurra legalmente a consecuencia de un acontecimiento que se produzca bajo la vigencia de esta póliza.* Al respecto de la cláusula mencionada considero preciso hacer énfasis en la importancia que se ha resaltado sobre la protección a quien ha sufrido el daño, haciendo que sólo de manera indirecta se ampare el patrimonio del asegurado, ya que en primer lugar se ha protegido a la víctima.

4.1. Relaciones jurídicas dentro del seguro de responsabilidad civil profesional. Sus obligaciones.

De acuerdo a las personas que intervienen dentro del seguro de responsabilidad civil a favor de terceros será necesario esclarecer cual será el trato de las relaciones que se generan por la celebración de este contrato. Encontramos entonces tres relaciones principales que serán las que mediante el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos darán efectividad al objeto del contrato. De esta manera cuando se habla de un contrato a favor de terceros, como ya hemos expuesto en repetidas ocasiones, nos referimos a la celebración de un contrato entre partes que tienen como propósito atribuir de manera directa un derecho subjetivo a un tercero para que pueda exigir el cumplimiento de la obligación¹⁴⁹. Así, aunque se trate de un contrato en el que en su celebración intervienen únicamente dos partes (asegurado y asegurador), se verá que las relaciones en que degeneran los efectos de este contrato tendrá un sistema triangular de operación. A saber, encontraremos en primer lugar el llamado promitente, que será el asegurador llamado a cumplir la prestación; el estipulante-contratante, que será quien realiza la contratación del seguro a favor de un tercero, es decir nuestro asegurado; y el beneficiario,

¹⁴⁹ VARGAS VASSEROT: “El beneficiario en el seguro de daños”...op. cit. Pág. 45

en cuyo favor se ha celebrado el contrato, que será el beneficiario del seguro o tercero damnificado.

Del encuentro de las partes ahora mencionadas nacen tres relaciones. En primer lugar, existe una relación entre el asegurador y asegurado (promitente y estipulante-contratante que será el médico) de donde nacerán las obligaciones contractuales inherentes a sus calidades de asegurador y asegurado; la nacida del vínculo entre el estipulante y el beneficiario, relación (contractual o extracontractual) sobre la que se fomentará la posible existencia de un perjuicio sobre el cual pueda reclamar posteriormente la víctima de la mala práctica médica; y, la relación entre promitente y beneficiario (asegurador y tercero damnificado) producida por un “vínculo inexistente”¹⁵⁰ de donde nacerá el interés sobre el que el contrato ha sido celebrado y a quien corresponderán los beneficios del mismo.¹⁵¹ Naturalmente de la existencia de las relaciones contractuales o no contractuales respecto del tercero existen obligaciones con las cuales se deberá cumplir por ser objeto del contrato mismo y las que trataremos a continuación.

4.1.1. Relaciones entre el asegurador, asegurado y beneficiario

En cuanto a las consecuencias de las relaciones en cuestión se podrá hablar de tres momentos específicos sobre los cuales nacerán obligaciones diferentes para las partes. Serán entonces, la etapa precontractual, la celebración del contrato y la ocurrencia del siniestro.

En la primera se podrá hablar de una etapa que fijará la base para establecer el marco de cobertura sobre el cual se basará la póliza. Al solicitante, en nuestro caso, el médico que busca ser amparado por una póliza de responsabilidad civil profesional, se le requiere la suscripción de un cuestionario de tal forma que se pueda determinar la

¹⁵⁰ Se denomina “vínculo inexistente” porque las obligaciones que nacen del asegurador y que se establecen en una denominada “relación de crédito” en que el beneficiario se convierte en acreedor de la indemnización, no se generan por un vínculo contractual entre las partes sino que este beneficiario se ha determinado por la ocurrencia del daño y su posterior reclamación, derecho que nace en virtud del contrato a favor de tercero que invoca el seguro de Responsabilidad Civil con acción directa que planteo en el proyecto de reforma de creación del Art. 54.1 del Decreto Supremo 1147.

¹⁵¹ VARGAS VASSEROT: “El beneficiario en el seguro de daños”...op. cit. Pág. 45

extensión del riesgo sobre el cual busca el amparo dentro del ejercicio de su práctica profesional. De esta manera, el asegurador fijará de acuerdo a la información entregada por el aún solicitante, los límites tanto del alcance de la cobertura sobre los riesgos como del monto de la suma asegurada. Paralelamente, de esta determinación se podrá estructurar el valor de la prima a la cual el solicitante se verá obligado al pago una vez se ha constituido en asegurado. Es entonces en esta etapa que se conocerá el marco contractual sobre el que se asienta la relación de las partes en base a la información intercambiada.

En la segunda etapa, la celebración del contrato, nace en primer lugar la figura del asegurado, y con éste la obligación de informar al asegurador de la modificación del estado del riesgo, y esta obligación durará lo que la vigencia del contrato. Dentro del estado del riesgo deberemos entender que se trata de la modificación sobre el que ha sido amparado en un comienzo, que en nuestro caso podrá tratarse de nuevas especializaciones obtenidas por el profesional o cualquier evento que agrave consecuencias de las nuevas actividades que desarrolla dentro de su práctica profesional. Debido al cambio que haya sufrido el riesgo, las condiciones de la póliza serán modificadas por parte del asegurador, sea en razón de la inclusión de las nuevas actividades y se realice un reajuste de la prima o que por el motivo de las nuevas actividades se produzca la renuncia a la cobertura lo que podrá hacer que la compañía de seguros de por terminado el contrato de seguro de acuerdo a los términos de la ley¹⁵².

Durante el desarrollo de la actividad profesional, se podrá presentar un acontecimiento que genere un daño que de lugar a una eventual reclamación de un tercero y esto sin duda constituye un momento particular (que como hemos aclarado antes consiste en la tercera etapa que es la constitución del siniestro) dentro de la relación contractual dado que el aviso al que está obligado el asegurado según la ley¹⁵³ implica la

¹⁵² Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 19 “El contrato de seguro, excepto el de vida, puede ser resuelto unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante notificación escrita al asegurado en su domicilio con antelación no menor a diez días; por el asegurado mediante notificación escrita al asegurador, devolviendo el original de la póliza...”

¹⁵³ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 20 “El asegurado o beneficiario están obligados a dar aviso de la ocurrencia del siniestro, al asegurador o a su representante legal autorizado, dentro de los tres

latente existencia de un reclamo con fines indemnizatorios al que la compañía de seguros hará frente. Este aviso, dentro del seguro de responsabilidad civil presenta una característica especial ya que cualquier hecho podrá constituir la configuración de un siniestro y, a diferencia de los demás seguros de daños en que el siniestro se determina por el daño al bien asegurado, en el seguro de responsabilidad civil, y en particular de los médicos, la configuración se producirá a causa de la reclamación de un tercero.

La ley dispone en el Art. 20 del Decreto Supremo 1147 la obligación del asegurado de dar aviso sobre la ocurrencia del siniestro pero de la misma manera se determina por los artículos siguientes¹⁵⁴ que podrá pactarse en la póliza que de no dar aviso de la manera que lo determine la ley se perderán todos los derechos a los que podrá acceder mediante la reclamación del siniestro.

Partiendo de los anteriores presupuestos es necesario tener en cuenta cuáles serían los efectos de la acción directa para lo que tomamos como referencia lo estipulado por la legislación española¹⁵⁵, la misma que considera que la acción directa que tiene el damnificado deberá ser inmune a este tipo de disposiciones legales de tal forma que no se pierda el derecho del tercero (la oposición al pago de la indemnización por la falta de aviso) y, consecuentemente, no podrán tratarse las objeciones que serían del asegurador al asegurado en contra del beneficiario para no realizar el pago, aunque sí podría la compañía interponer excepciones en contra del beneficiario, ya sean personales o en razón de una conducta dolosa atribuible al mismo beneficiario¹⁵⁶.

días siguientes a la fecha en que hayan tenido conocimiento del mismo. Este plazo puede ampliarse más no reducirse por acuerdo de las partes.”

¹⁵⁴ *Ibidem*. Art. 24 “El asegurado o el beneficiario pierden sus derechos al cobro del seguro por incumplimiento de las obligaciones que le correspondería en caso de siniestro, conforme a los artículos 20 y 21, si así se estipula expresamente en la póliza. Pero la mala fe del asegurado en la reclamación o la comprobación del derecho al pago de determinado siniestro o de su importe causa la sanción establecida en el inciso primero aún a falta de estipulación contractual.”

¹⁵⁵ Ley 50/1980, de 8 de Octubre, Ley del Contrato de Seguro Español, Boletín Oficial del Estado 17 de Octubre.

¹⁵⁶ Ley de Contrato de Seguro Español, Art. 76 “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el ASEGURADOR para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del ASEGURADOR a repetir contra el ASEGURADO, en el caso en que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al ASEGURADOR contra el ASEGURADO. El ASEGURADOR puede, no

Adicionalmente, existe el deber por parte del médico asegurado de evitar la extensión del siniestro, y este supuesto, según LÓPEZ BLANCO

Impone al asegurado el deber de procurar por todos los medios posibles a su alcance, la no extensión del daño, es decir de tratar que la pérdida sea menor, ya que sería ilógico que so pretexto de estar amparado el bien el asegurado observara una conducta pasiva, negligente, pues los perjuicios que de ella se deriven no deben ser cargados al asegurador porque no corresponde a éste pagarlos.¹⁵⁷

En este caso la ley hace referencia a la obligación del asegurado encaminada a evitar la propagación del siniestro y ésta se encuentra íntimamente vinculada a la sanción expuesta anteriormente, por lo que de no tomar las medidas necesarias para evitar que se extienda el daño por la ocurrencia del siniestro, se perderán de igual manera los derechos al cobro del seguro¹⁵⁸.

Por último, considero necesario realizar una breve explicación respecto a los efectos del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales entre asegurado y asegurador ya que en razón de la fuerza que se le ha asignado a la acción directa del beneficiario, el derecho al ejercicio de la acción estará fuera del alcance de los mismos. Dicho de otro modo, las excepciones que comúnmente podrán oponerse al pago en las obligaciones bilaterales, no podrán afectar el derecho de la víctima, y por esta razón sostengo que la acción del tercero damnificado estará “blindada” a tal punto que los efectos del incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato y sus partes no la podrán alcanzar para restringir el pago de la indemnización a la cual tiene derecho el tercero. Las excepciones que comúnmente se plantean para no proseguir con el pago es la relativa al aviso y la de evitar la propagación del siniestro, que constituye una obligación del asegurado como ya lo hemos mencionado anteriormente.

obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.”

¹⁵⁷ LÓPEZ BLANCO: *Comentarios al contrato de seguro*, Dupre, Bogotá, 2004. Pág. 169

¹⁵⁸ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 21 “Igualmente está obligado el asegurado a evitar la extensión o propagación del siniestro y a procurar el salvamento de las cosas amenazadas. El asegurador debe hacerse cargo de los gastos útiles en que razonablemente incurra el asegurado en el cumplimiento de estas obligaciones y de todos aquellos que se hagan con su aquiescencia previa. Estos gastos en ningún caso pueden exceder el valor de la suma asegurada.”

Así, de presentarse alguno de los supuestos de incumplimiento a los que hemos hecho referencia, naturalmente la compañía contará con la posibilidad de iniciar una acción judicial por daños y perjuicios en razón del incumplimiento y de esta manera obtener el reembolso de lo pagado al beneficiario a manera de derecho de repetición.

Respecto al carácter adoptado por el damnificado como beneficiario dentro de la relación del seguro de responsabilidad civil profesional es importante determinar en este punto que, respecto de la contraprestación del asegurador, éste último solo se verá liberado de su obligación cuando la víctima sea resarcida, precisamente porque en este momento habrá sido ésta la que ha sufrido el daño y por lo tanto se ha convertido en la acreedora de la indemnización. De la misma manera se tendrá como cumplida la obligación del asegurador en el momento en que cubra el monto que alcance la suma asegurada debido a que la obligación del promitente solo se extiende hasta la concurrencia de la suma mencionada.¹⁵⁹

En cuanto a la relación entre el beneficiario y el asegurador, y en lo relativo a la carga de la prueba, dice TAMAYO JARAMILLO, “la culpa médica debe probarse por la víctima en caso de daños imputables a un acto médico defectuoso”¹⁶⁰ y, por lo tanto, deberá considerarse que existe un traslado de la obligación de la prueba de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, que anteriormente correspondía al asegurado al momento de realizar el reclamo ya que en el esquema planteado corresponderá al damnificado demostrar la ocurrencia del siniestro (daño) y su valoración económica. Así lo sostiene CELI MUNERA,

El damnificado debe probar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, es decir, debe demostrar al asegurador que el asegurado fue responsable civilmente por los daños o perjuicios cometidos y, además, debe tasar el valor de dichos daños.¹⁶¹

¹⁵⁹ Como se ha visto anteriormente, solo se responderá hasta la suma asegura sea ésta establecida por riesgo (siniestro) o por el cúmulo de siniestros hasta que se llegue a la suma total asegurada. Art. 23 del Decreto Supremo 1147.

¹⁶⁰ TAMAYO JARAMILLO: *Tratado de responsabilidad civil...* op. cit. Pág. 1069

¹⁶¹ CELI MUNERA: “La acción directa en el seguro de responsabilidad civil”... op. cit. Pág. 50

Se puede entonces afirmar que ahora corresponde al beneficiario demostrar la existencia de la responsabilidad (siniestro) bajo la cobertura de la póliza y el monto del daño en que se ha visto perjudicado. Dice DÍAZ – GRANADOS,

La fuente de la obligación del asegurador es siempre el contrato de seguro, por lo cual el derecho correlativo de la víctima no es autónomo (*visto como la fuente de su existencia*) sino dependiente del contrato. Lo anterior significa que la víctima no puede pretender obtener algo distinto de lo que obtendría el asegurado.¹⁶²

Como se ha mencionado en repetidas ocasiones, la prueba de la exigencia de la responsabilidad civil del profesional, en este caso particular del médico, deberá corresponder tanto al profesional desde el punto de vista en que se probará que habrá obrado con diligencia, como al beneficiario, es decir el damnificado, que deberá probar la negligencia del médico.

La culpa contractual deberá probarse en algunas obligaciones contractuales de medio. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la responsabilidad del mandatario o de las personas que prestan servicios que suponen largos estudios. En materia extracontractual, la culpa deberá ser probada en la responsabilidad por el hecho propio [...].¹⁶³

En el caso de que la responsabilidad se refiera al producto de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso se estará ante el supuesto base de la relación contractual del médico-asegurado y el paciente-beneficiario, donde el incumplimiento se verá probado por la no ejecución del contrato. Sin embargo, esto no obsta para que el seguro de responsabilidad civil opere sobre la ocurrencia de un evento que nazca de la intervención del médico pero que no se fundamente en la existencia de un contrato previo, según hemos visto, existirá entonces responsabilidad extracontractual, la misma que también estará cubierta por la póliza de seguro pero la prueba de la responsabilidad del profesional dependerá de la concurrencia de los elementos del daño, la culpa y el nexo causal, cuya prueba estará a cargo del damnificado.

Por su parte, en lo que se refiere a las obligaciones entre el asegurado y el asegurador, la obligación del asegurado que nace del contrato de seguro de no llegar a

¹⁶² DÍAZ – GRANADOS: “El seguro de responsabilidad civil... op. cit. Pág. 27

¹⁶³ TAMAYO JARAMILLO: *Tratado de responsabilidad civil*. ... op. cit. Pág. 198.

ningún acuerdo con el beneficiario¹⁶⁴ sin la autorización del asegurador y, por tanto, no aceptar su responsabilidad¹⁶⁵ consiste en la obligación que se traduce comúnmente como la de “no asumir la propia responsabilidad” porque esto sin duda significaría la admisión de su existencia (responsabilidad) y podrá desconocer el requisito de la prueba de la misma que recae sobre el tercero beneficiario en la mayoría de los casos cuando la responsabilidad del profesional no resulta evidente.

Por último vale la pena aclarar que independientemente de la titularidad del tercero del ejercicio de la acción directa que nace de la ley y en virtud de la existencia del contrato de seguro, la víctima no perderá la titularidad de las acciones propias de la reparación del daño producido por un tercero contempladas en el Código Civil¹⁶⁶, dependiendo éstas de si se trata de la reparación de un daño fundado en responsabilidad civil contractual o extracontractual. Sin embargo, es preciso aclarar en este punto, que precisamente por la esencia característica de la reparación como tal, la indemnización que pretenda el perjudicado jamás podrá ser fuente de enriquecimiento de tal forma que sólo si se prueba que el daño sufrido es efectivamente superior al que le pagara la compañía de seguros, podrá por el excedente demandar al médico y éste deberá responder con su propio patrimonio.

4.2. Solución de posibles problemas frente a la aplicación de la acción directa

¹⁶⁴ Régimen de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 52. “Es prohibido al asegurado, bajo pena de pérdida del derecho a la indemnización, realizar transacciones, arreglos extrajudiciales o cualquier otro acto que tienda a reconocer su responsabilidad, sin previa y expresa aprobación del asegurador. Sin embargo esta prohibición no rige en caso de que el asegurado sea compelido a declarar bajo juramento acerca de los hechos constitutivos del siniestro.”

¹⁶⁵ OSSA G: *Tratado elemental de seguros...* op. cit. Pág. 534

¹⁶⁶ Código Civil. Art. 1572 Inc. 1. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”

Art. 2214 “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

Art. 2216 “Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que percibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, solo está obligado hasta lo que valga el provecho.”

Una vez establecido el propósito de la acción directa que se le otorga al tercero damnificado como el beneficiario del seguro de responsabilidad civil fundamentado en la protección al mismo, es necesario solucionar algunos problemas que se pueden presentar en el momento de interponer la acción directa. Hablaremos de cuatro temas centrales para viabilizar el uso de la acción tutelar del derecho del damnificado que son: i) ¿Cómo adquiere el paciente-víctima el conocimiento de la existencia de la póliza de seguro de responsabilidad que cubre al médico cuando éste no le ha informado y por lo tanto adquiere el conocimiento de quién es el asegurador?; ii) ¿qué pasaría si el beneficiario opta por demandar a una de las dos partes, sea al asegurado o al asegurador pero de manera independiente?; iii) ¿existirá la figura de la subrogación del asegurador dentro de este tipo de seguro?, y, por último, iv) ¿cómo opera la figura de la prescripción de la acción directa si además nunca se pierde el derecho a demandar la acción de indemnización por daños y perjuicios? En los siguientes puntos desarrollaremos las interrogantes con el propósito de estructurar la fuerza de la acción directa dentro del esquema planteado.

4.2.1. Acceso a la información por parte del tercero damnificado

Comúnmente, el médico en el momento en que es requerido, judicial o extrajudicialmente por el tercero que ha sufrido el daño, pone en conocimiento del mismo la existencia de la póliza que ha contratado para hacer frente a estas contingencias ya que del conocimiento de esta información por parte del paciente-víctima, nacerá la existencia de su derecho y la posibilidad del ejercicio del mismo. Así lo ha dicho la doctrina española que sostiene, “el asegurado debe informar al tercero perjudicado de la existencia del contrato de seguro, requisito fundamental para éste pueda ejercer su acción directa.”¹⁶⁷

Sin embargo, con el propósito de garantizar el ejercicio del derecho de la víctima y que no pueda verse frustrada su pretensión por la falta de información sobre la existencia de una póliza de seguro de responsabilidad civil contratada por el médico, la solución que considero más apropiada será la posibilidad por parte del tercero damnificado de acceder a esta información por medio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, específicamente

¹⁶⁷ FUNDACIÓN MAPFRE SEGUROS, *Manual del Seguro de Responsabilidad civil...* op. cit. Pág.27

mediante una solicitud realizada al Sistema Nacional de Seguros Privados, entidad que está encargada del control de las compañías de seguros.

La Superintendencia de Bancos y Seguros tiene la potestad legal de solicitar todo tipo de información por parte de las compañías de seguros, ya que de acuerdo al Art. 28 de la Ley General de Seguros¹⁶⁸, no existe ninguna información por parte de las compañías que pueda ser reservada del conocimiento de la Superintendencia. Al amparo de esta disposición, el ente de control podrá solicitar de las compañías de seguros un informe sobre las pólizas de responsabilidad civil profesional por mala práctica médica que haya comercializado, haciendo entonces que se pueda disponer de este tipo de información en el momento en que un tercero que se haya visto perjudicado por la actuación dañosa de un médico necesite conocer no solo la existencia de la póliza como tal sino la compañía con la cual esta ha sido contratada.

Por su parte, el tercero damnificado, como particular, bajo el Art. 18 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁶⁹, podrá acceder libremente a la información generada por las entidades públicas, como sucede en este caso con la Superintendencia de Bancos y Seguros. Adicionalmente, este derecho se ve protegido por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en la que dentro del Art. 1 se establece claramente cuál es el tipo de información a la cual se podrá acceder mediante el ejercicio del derecho consagrado en la Constitución y de la misma manera el Art. 4 de la misma ley determina que el Estado y las entidades públicas son los depositarios de esta información y que, por lo mismo, la administrarán pero siempre pertenecerá a los ciudadanos¹⁷⁰. El

¹⁶⁸ Ley General de Seguros. Art. 28 Inc. 2 “Para el ejercicio de sus obligaciones de supervisión y control, la Superintendencia de Bancos y Seguros, tendrá las más amplias facultades, sin que las personas controladas, sean éstas naturales o jurídicas, puedan aducir reserva de naturaleza alguna en la entrega de información que les sea requerida.”

¹⁶⁹ Constitución de la República, Art. 18 “Todas las personas, en forma individual o colectiva tienen derecho a: [Inc. 2] Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.”

¹⁷⁰ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Art. 1. “El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda información que emane o esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en

requerimiento de la información está regulado como un proceso administrativo para acceder a la misma, a partir del Art. 19 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹⁷¹ y será menester que el particular siga el proceso de tal forma que no vea impedido su derecho de conocer la existencia de la póliza de seguro con el fin último de poder contar con los datos necesarios para iniciar su reclamo al deudor conocido y por lo tanto pueda ejercer el derecho proporcionado por la acción directa.

Por último, en el caso de denegarse la información solicitada por el particular, éste podrá iniciar un reclamo administrativo o en instancia judicial mediante la interposición de un recurso de acceso a la información¹⁷², proceso que está expresamente regulado a partir del Art. 22 de la ley antes mencionada. Así, en ningún momento existiría la posibilidad de que el tercero al que se le ha causado un perjuicio y por lo tanto tenga derecho a un reclamo vea vulnerado su derecho por una falencia administrativa que le impide acceder oportunamente a la información.

4.2.2. Establecimiento de la figura de un litisconsorcio necesario u obligatorio.

cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

Art. 4. “En el desarrollo del derecho de acceso a la información pública se observarán los siguientes principios: La información pública pertenece a los ciudadanos y ciudadanas. El Estado y las instituciones privadas depositarias de archivos públicos, son sus administradores y están obligados a garantizar el acceso a la información.”

¹⁷¹ *Ibidem*. Art. 9 “El titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso. Su responsabilidad será recibir y contestar las solicitudes de acceso a la información, en el plazo perentorio de diez días, mismo que puede prorrogarse por cinco días más, por causas debidamente justificadas e informadas al peticionario.”

Art. 19 “El interesado a acceder a la información pública que reposa, manejan o producen las personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, deberá hacerlo mediante solicitud escrita ante el titular de la institución. En dicha solicitud deberá constar en forma clara la identificación del solicitante y la ubicación de los datos o temas motivo de la solicitud, la cual será contestada en el plazo señalado en el Art. 9 de esta Ley.”

¹⁷² Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información. Art. 21. “La denegación de acceso a la información o falta de contestación a la solicitud, en el plazo señalado en esta ley, dará lugar a los recursos administrativos, judiciales y constitucionales pertinentes y, a la imposición a los funcionarios, de las sanciones establecidas en esta Ley.”

En relación a la interrogante sobre la operatividad de la demanda realizada a cada una de las partes de manera independiente, considero que en virtud del propósito mismo de la acción directa deberá siempre operar un litisconsorcio obligatorio o necesario haciendo así que sean las dos partes contractuales (médico y asegurador) las que concurren dentro del mismo proceso como una sola y para lo que dedicaré el desarrollo del siguiente punto.

El problema al que hacemos referencia trata del principio de la relatividad del fallo¹⁷³, cuando por alguna circunstancia el damnificado opta por demandar al profesional asegurado, el fallo que obtenga demostrando la responsabilidad del profesional es únicamente una prueba de la existencia de la responsabilidad pero no constituirá sentencia oponible ante la compañía aseguradora de tal forma que si el profesional no es económicamente solvente para hacer frente al monto de la reparación, el damnificado quedará desprotegido nuevamente.

La figura del litisconsorcio necesario u obligatorio, que en nuestro país se ha introducido por el uso jurisprudencial, resulta una solución viable ya que con esto se pretende que el mismo juez que estudia y establece la responsabilidad del médico, determine si esta responsabilidad está cubierta por la póliza, si la respuesta es positiva, en la misma sentencia declarará la responsabilidad del médico y la obligación del asegurador de pagar al tercero. Si el juez encuentra probada la responsabilidad del médico pero no encuentra que esté amparada en el contrato de seguro, la sentencia absolverá a la compañía de seguros y condenará al médico quien responderá con su propio patrimonio. Si por el contrario no encuentra probada la responsabilidad del médico, liberará a las dos partes de la obligación resarcitoria ya que sin la responsabilidad el asegurador no encontrará fundamento para realizar el pago de la indemnización.

¹⁷³ Principio relativo del fallo, entendido por la Corte Suprema de Justicia como el que no puede “...perjudicar ni beneficiar a quienes no han sido parte actora o parte demandada, en el evento de que, por cualquier causa, motivo o circunstancia, una parte ajena al proceso pudiera sufrir perjuicio directo por una providencia judicial...”, Corte Suprema de Justicia, 20-V-1996, Primera Sala, Expe. No. 93-94, R.O. 982, 5-VII-96.

La Corte Suprema de Justicia estableció que esta figura se utiliza en los casos de indivisibilidad de la acción como la acción rescisoria del contrato de compraventa y que tiene por objeto que los efectos de una sentencia dentro de un proceso afecten a todas las personas que componen al deudor, es decir que se configure el legítimo contradictor, y dice al respecto,

Para actuar como parte de un proceso, no basta ser legalmente capaz o tener poder suficiente para intervenir en juicio sino que es necesaria una condición mas precisa referida al litigio de que se trata y consiste en una relación entre el sujeto y el objeto (jurídico). Cuando en un contrato una de las partes está integrada por varias personas, la relación sujeto y objeto debe establecerse entre cada una de ellas y el objeto que viene a ser la relación sustancial, la no concurrencia de una persona acarrea la falta de legitimación *ad causam*, y es que hay casos en que la presencia en el proceso de todos los sujetos vinculados a un contrato (relación sustancial) se hace indispensable a fin de que la relación jurídica procesal quede completa y sea posible decidir sobre el fondo de ella; si los sujetos son dos o más pero forman un solo sujeto, estamos en presencia de un litis consorcio necesario y su comparecencia es indispensable.¹⁷⁴

De igual manera la Corte en referencia a la misma figura cita al autor DEVIS ECHANDÍA que dice,

Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis: cuando quienes concurren no son lo sujetos a quienes corresponda en ese caso formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda; y cuando aquellos debían ser partes, en la posición del demandante o demandado, pero en concurrencia con otras personas que no ha comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandante o la demandada o ambas deben estar formadas por varias personas, y en el proceso no están presentes todas ellas.¹⁷⁵

Es preciso decir entonces que la justificación para haber optado por esta solución, consiste en la oponibilidad de la sentencia a todas las partes, porque considero que de no configurarse el litisconsorcio obligatorio o necesario la sentencia que dicte el juez será inhibitoria, y se podrá decir que de la misma manera lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana haciendo referencia al autor anteriormente citado que sostiene:

Sobre la integración adecuada del litis consorcio o legitimación en la causa incompleta, como también se la conoce, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria, la razón invocada para ello es que si no están

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, 23-II-99, Primera Sala, Expe. No. 118-99, R.O. 160, 31-III-99.

¹⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general del proceso*, Tomo I, 14ta Ed. ABC, Bogotá, 1996, Pág. 335, citado por, CSJ, 23-II-99, Primera Sala, Expe. No. 118-99, R.O. 160, 31-III-99.

presentes todos los sujetos de la relación jurídico sustancial, carecerá de efecto una sentencia de fondo, porque no puede obligar a uno y no a los demás, pues además de violar el derecho de defensa una sentencia de mérito dictada en estas circunstancias es inejecutable por la naturaleza indivisible de la relación jurídico sustancial.¹⁷⁶

La misma situación se produce si la víctima demanda exclusivamente a la compañía de seguros, pues en este caso, la compañía no tendrá los elementos necesarios para defender a su asegurado y tendrá que llamarlo dentro del proceso en el que es demandado por la víctima, para que el mismo asegurado sea el que fundamente su defensa frente a la demanda de responsabilidad interpuesta por el tercero.

Hay quienes afirman que el litisconsorcio no es necesario, es decir, que tanto el asegurado como la víctima podrían cada uno por su lado iniciar sus correspondientes acciones contra las personas que se constituyeron en sus deudores, es decir, a la aseguradora, y se fundamentan sobre todo en el hecho que la ley no lo exige (el caso colombiano), pero esa no es suficiente argumentación; debemos mirar sobre todo dos puntos, y es la economía procesal y el hecho que aunque la víctima no era parte del contrato de seguro inicial, al ser un beneficiario determinado en el momento del siniestro, se vuelve parte y sería ilógico que siendo parte de la relación sustancial, conjuntamente con el asegurado, se inicie un proceso sin la comparecencia de los dos.

4.2.3 Prescripción

Al respecto de la prescripción, aunque fue tratada tangencialmente en párrafos precedentes es necesario desarrollar un poco más a fondo el tratamiento que deberá dársele a las acciones nacidas del contrato de seguro. El Art. 26 del Decreto Supremo 1147 dispone que la prescripción de la acción para hacer efectiva la prestación del seguro será de dos años contados a partir del acontecimiento del hecho que les dio origen y es aquí donde se suscitan dos problemas. En primer lugar, lo que se entiende como el “acontecimiento

¹⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general del proceso...* op. cit. Pág. 336, citado por Corte Suprema de Justicia, 23-II-99, Primera Sala, Expe. No. 118-99, R.O. 160, 31-III-99.

que le dio origen” y, en segundo, cómo se manejará la coexistencia del tiempo de prescripción dado por las normas del Código Civil, según se trate del incumplimiento de una obligación contractual o se trate de responsabilidad extracontractual¹⁷⁷.

Respecto al primer punto, es necesario decir que de acuerdo a lo que hemos mantenido a lo largo de la tesina consideramos que el siniestro deberá entenderse como el momento en que se plantea el reclamo y no el acaecimiento del hecho dañoso respecto del asegurado. Esta afirmación encuentra su fundamento en que el seguro de responsabilidad civil se basa en la cobertura de los hechos que puedan resultar en responsabilidad hacia la víctima por parte del profesional de tal forma que de no presentarse el reclamo no se habrá hecho exigible la obligación de la indemnización por parte de la compañía de seguros. En el caso expuesto en el que la víctima se reconoce como titular de la acción directa, la prescripción derivada del contrato de seguro frente a la compañía de seguros correrá desde el momento en que ésta ha sufrido el daño. De acuerdo a la legislación comparada, como es el caso de Italia¹⁷⁸, la prescripción que se aplica al asegurado correrá desde el momento en que requiera judicial o extrajudicialmente al profesional, asimismo ley francesa¹⁷⁹, establece sobre la misma prescripción en relación al asegurado que el plazo no correrá sino desde que se ha iniciado la acción o desde que el profesional ha indemnizado a la víctima. De esta manera encontramos la solución mediante el planteamiento del litisconsorcio necesario u obligatorio por la implicación misma de la figura de la acción directa en la que en el mismo proceso se prueba la responsabilidad del asegurado y se demanda el cumplimiento de la obligación del asegurador de indemnizar, y

¹⁷⁷ Código Civil, Art. 2415. “Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.” Y, Art. 2235.- “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”

¹⁷⁸ Art. 2952-3 del Código Civil italiano: “En el seguro de responsabilidad civil (Art. 1917, Cód. Civ.) el término transcurre desde el día en que el tercero ha requerido el resarcimiento al asegurado o ha promovido la acción contra aquél” citado por STIGLITZ: “Seguro contra la responsabilidad civil profesional” en *La responsabilidad profesional y patrimonial y el seguro de la responsabilidad civil*, Acoldese, Guadalupe, Bogotá, 2005, Pág. 223.

¹⁷⁹ Artículo L. 114-1 *in fine* del Code, “Cuando la acción del asegurado contra el asegurador tiene por causa la petición del tercero, el plazo de prescripción no corre desde el día en que ese tercero ha ejercido una acción en justicia contra el asegurado o ha sido indemnizado por éste último.” Citado por STIGLITZ: “Seguro contra la responsabilidad civil profesional”... Op. cit. Pág. 223.

por lo tanto se ha iniciado la acción contra las dos partes que interrumpe el plazo de la prescripción.

Por su parte en relación al segundo problema centrado en la coexistencia de la prescripción en razón de las dos acciones diferentes (Código Civil y Decreto Supremo 1147) considero que si el beneficiario decide optar por el ejercicio de la acción general que rige sobre el reclamo del incumplimiento o en razón de la responsabilidad extracontractual, la prescripción de la acción será de diez y cuatro años respectivamente, pero es preciso hacer énfasis en que en este supuesto se habrá ignorado la existencia del contrato de seguro en donde la prescripción como lo hemos visto anteriormente, será de dos años. Dicho lo anterior es posible llegar a la conclusión, que aunque parezca que en relación a la prescripción se encuentren dos normas con diferentes disposiciones legales, no es necesario tratarlo como un problema ya que únicamente dependerá de la acción por la que el damnificado opte que operará el tiempo de prescripción.

Así, el beneficiario, aún cuando es titular legalmente de la acción directa hacia el asegurador, también lo es de la acción que brinda el Código Civil para buscar la reparación de los daños producidos por el profesional.

4.2.4 Derecho de subrogación

De acuerdo al Art. 38 del Decreto Supremo todo asegurador que ha pagado una indemnización por un siniestro en el cual un tercero es responsable se subroga en los derechos del asegurado contra el tercero responsable hasta el límite de la suma asegurada¹⁸⁰. Sin embargo, esta acción subrogatoria está prohibida en el Art. 39 del mismo cuerpo legal en relación a los parientes o en relación a cualquier persona cuyos actos u

¹⁸⁰ Régimen Legal de Seguros, Decreto Supremo 1147, Art. 38. “El asegurador que ha pagado la indemnización de seguro se subroga por ministerio de la ley hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiere podido hacer valer contra el damnificado. A petición del asegurador, el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria.”

omisiones hayan originado la responsabilidad por parte del asegurado,¹⁸¹ pero asimismo se establece que la acción subrogatoria será procedente en el caso en que el asegurado haya actuado con dolo. Dicho lo anterior resulta ilógico considerar que estas reglas se podrán aplicar en el caso de los seguros de responsabilidad civil ya que esa “cualquier persona” de la que habla el mencionado artículo es, en nuestro caso, el mismo asegurado y no podrá proceder la acción subrogatoria por dos razones. Primero, lo que se pretende mediante la figura de la subrogación es que no se produzca un enriquecimiento sin causa, ya sea por parte del asegurado o del tercero que ha causado el daño¹⁸² (esto en los seguros generales de daños); y, segundo, en el caso del seguro de responsabilidad civil no se está produciendo ningún enriquecimiento a ninguna de las partes porque el asegurado traslada el riesgo de una eventual la indemnización.

Esto sucede por que el planteamiento de la ley respecto de la acción subrogatoria se hace en base a la responsabilidad civil general considerando que naturalmente el asegurado podrá realizar el reclamo de la compañía y ésta podrá repetir el pago contra el tercero que ha inferido el daño, pero en el seguro de responsabilidad civil profesional, al ser el asegurado la misma persona que ha cometido el acto por el cual la compañía se ha visto obligada a indemnizar a la víctima y en razón de un contrato sobre el cual el asegurado ha pagado una prima a la compañía de seguros.

Por lo expuesto y en consideración a las características del seguro de responsabilidad civil como tal la figura de la subrogación resultará inaplicable.

¹⁸¹ *Ibíd.* Art. 39. “El asegurador no puede ejercer la acción subrogatoria contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que respecto del asegurado sean parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o segundo de afinidad ni contra el cónyuge separado no divorciado. Pero esta norma no tiene efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave o si está amparada por un contrato de seguro. En este último caso la acción subrogatoria estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.”

¹⁸² Esta figura opera en los seguros generales de daños, y se busca evitar el enriquecimiento sin causa de las partes ya que el asegurado no podrá reclamar la indemnización en virtud del contrato de seguro y al mismo tiempo del tercero que le ha producido el daño; y, en el caso de evitar el enriquecimiento del tercero, se plantea el supuesto en que éste no quede libre del pago que deberá hacer como consecuencia de la producción de un daño.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de esta tesina se han analizado una serie de premisas importantes sobre las cuales hemos determinado que de acuerdo al avance y evolución que ha tenido la institución del seguro de responsabilidad civil sobre su cobertura e interés asegurable es pertinente proponer una reforma normativa dentro de nuestra legislación. A medida que se han tratado los presupuestos legales tanto de la esencia de la institución del seguro de responsabilidad civil como dentro de su aplicación práctica y, en nuestro caso, en base a la profesión médica, hemos llegado a varias conclusiones, si no evidentes, necesarias para fundamentar la solución planteada al inicio de este trabajo: la inclusión del damnificado como beneficiario de la póliza de un seguro de responsabilidad civil por mala

práctica, reconocido éste como un seguro a favor de terceros, permitirá que quien ha sufrido el perjuicio pueda ejercer una acción directa en contra del asegurador.

En virtud de la característica proteccionista de las víctimas que se le ha dado al seguro de responsabilidad profesional por mala práctica, considero que deberá reconocerse como un seguro a favor de terceros, donde la víctima encuentre la tutela necesaria para el ejercicio de su derecho de reparación en razón del daño sufrido. A esta nueva implementación, más que todo basada en una reforma normativa, la acompañan varias modificaciones, todas encaminadas al fin último de proporcionarle a la víctima una acción directa para que pueda realizar directamente el reclamo a la compañía de seguros, convirtiéndose en el beneficiario de la prestación ejecutada por la compañía de seguros en razón de la existencia del contrato entre ésta y el asegurado. Sin embargo, el seguro en cuestión no dejará de ser un seguro patrimonial porque mientras que protege a la víctima no deja de brindar protección al patrimonio del asegurado.

En primer lugar, a raíz de la carencia de normas que regulan el funcionamiento del seguro de responsabilidad civil profesional y la responsabilidad que deriva de la práctica médica, lo relacionado con estas materias encuentra su normativa en los principios generales tanto del seguro de responsabilidad como de la teoría general de la responsabilidad. De esta manera hemos llegado por inercia a la primera conclusión: es necesario un cambio dentro de nuestra legislación en lo referente al seguro de responsabilidad civil por mala práctica en la que se extienda la protección hasta la víctima de tal forma que no se ampare únicamente al profesional; esto necesariamente implica que el tercero que se ha visto perjudicado por la actuación del médico pueda interponer el reclamo directamente al asegurador y en el caso en que se requiera de un proceso judicial donde se establezca la responsabilidad del profesional, la persona que ha sufrido el daño podrá probar en el mismo proceso la existencia de la responsabilidad y demandar el pago del asegurador en virtud de contrato de seguro.

En segundo lugar, hemos determinado que las obligaciones de los médicos serán generalmente de medio a excepción de las obligaciones que persiguen un resultado concreto como son las determinadas por una cirugía estética; asimismo, las obligaciones

del médico serán de carácter contractual a menos de que la actividad se desarrolle en eventos especiales como es una emergencia donde el paciente no ha podido brindar su consentimiento y el médico presta sus servicios impulsado por una disposición legal y no un acuerdo de voluntades entre médico y paciente. Por último, la responsabilidad del médico podrá ser tanto de origen contractual como extracontractual, destacando que ambas responsabilidades son asegurables. Así, el seguro de responsabilidad profesional operará cuando ésta se haya configurado, sea por el incumplimiento de la obligación contractual o por la existencia de los elementos clásicos de la responsabilidad: la culpa, el daño y el nexo causal.

En tercer lugar, que el seguro de responsabilidad sea reconocido como uno a favor de terceros implica ciertas consideraciones: la calidad de asegurado la sigue manteniendo el médico que es quien contrata la póliza y por lo tanto es quien mantiene el interés sobre la relación económica asegurable; el beneficiario por su parte, será un tercero ajeno a la relación contractual entre asegurado y asegurador, siendo determinable al momento de la ocurrencia del siniestro. Una vez se determine la persona del beneficiario, que será quien sufra el resultado perjudicial de la mala práctica médica ésta adquirirá el derecho al pago de la indemnización por parte del asegurador, mediante el ejercicio de la acción directa de la que se vuelve titular al ser considerado como beneficiario.

Por último, la inclusión de la acción directa supone cinco ámbitos en los cuales irremediamente se suscitan cambios, a saber: primero, el damnificado podrá acceder a la información proporcionada por la Superintendencia de Bancos y Seguros con el objeto de conocer sobre la existencia de un seguro de responsabilidad civil profesional contratado por el médico; segundo, el siniestro se configurará en el momento en que el tercero de aviso a la compañía de seguros de la ocurrencia del hecho dañoso, o, cuando el médico avisa a la compañía de la ocurrencia del hecho dañoso porque la víctima lo ha requerido de manera judicial o extrajudicial; tercero, la acción directa del beneficiario (damnificado) y su derecho no podrán verse afectados por el incumplimiento contractual de obligaciones inherentes a la persona del asegurado o del asegurador; cuarto, de producirse el desarrollo de un proceso judicial el beneficiario podrá, en la sustanciación de un mismo proceso

donde los demandados (asegurador y asegurado) conformarán un litisconsorcio necesario, probar la responsabilidad del médico y a su vez demandar el pago de la indemnización por parte de la compañía de seguros; y, por último, la acción directa podrá ser ejercida durante el plazo de dos años, sin perjuicio de que la víctima opte por demandar daños y perjuicios en la vía ordinaria, sea por no haber hecho uso de la acción directa nacida del contrato de seguros o por demandar un monto que excede la suma asegurada. De igual manera tendrá una prescripción de cuatro o diez años de tratarse de responsabilidad extracontractual o contractual respectivamente.

Después de haber establecido que el derecho al que se hace acreedor el beneficiario nace de la existencia de un seguro de responsabilidad civil profesional que contrató el médico y, cuáles son los parámetros para que la responsabilidad del mismo se configure, es apropiado entonces proponer la introducción de una reforma a la Sección 3ª del Capítulo II Del Seguro de Daños en el Decreto Supremo 1147, según la cual el tercero podrá ejercer la acción directa al segurador para el pago de la indemnización fundado en la existencia del Seguro de responsabilidad civil como un seguro a favor de terceros y cuyo propósito ha tenido el análisis de los temas tratados en el desarrollo de esta tesina.

El Seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica será reconocido como “Seguro de Responsabilidad civil con acción directa”, donde el beneficiario será una víctima o damnificado determinable al momento de la ocurrencia del siniestro y esto implicará la protección tanto a la víctima que ha sufrido el daño como la protección al asegurado en su patrimonio ya que será el asegurador, en virtud de la existencia de una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional el que hará frente al pago de las indemnizaciones a las que el asegurado se haya visto obligado por su responsabilidad civil. Así, mediante la reforma planteada, nuestra legislación habrá acogido, al igual que muchas otras, una eficiente manera del traslado del riesgo y la protección efectiva a las víctimas que hayan sufrido un daño en su vida o integridad a causa de una mala práctica médica.

PROYECTO DE REFORMA AL DECRETO SUPREMO 1147

ART (...) innumerado.- Los seguros de responsabilidad civil profesional por mala práctica constituyen un seguro a favor de terceros. El damnificado, en su calidad de beneficiario, será titular de acción directa en contra del asegurador.

Bibliografía

Fuentes bibliográficas:

1. ACHÁVAL, ALFREDO: *Responsabilidad Civil del Médico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
2. ALARCÓN FIDALGO, JOAQUÍN: “El Aseguramiento de las Responsabilidades Médicas y Hospitalarias”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 1996.
3. BARRERA T., CARLOS DARÍO: “La Prescripción de las Acciones derivadas del Seguro de Responsabilidad Civil”, en *Memorias del XXI Encuentro Nacional de Seguros*, Bucaramanga, Guadalupe, 1998.
4. BOTERO MORALES, BERNARDO: “Régimen Legal y Seguro de Responsabilidad Profesional en Colombia”, en *Ensayos Sobre Seguros*, Bogotá, Guadalupe, 1992.
5. CELI MUNERA: “La acción directa en el seguro de responsabilidad civil”, en *XVI Encuentro nacional*, de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros “Acoldese”, Guadalupe, Bogotá, 1991
6. COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H.: *Responsabilidad civil y Relación de Causalidad*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1984.
7. CORTÉS, EDGAR: *La Culpa contractual en el sistema jurídico Latinoamericano*, Bogotá, Salamanca, 2001.
8. DÍAZ – GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL: *El Seguro de Responsabilidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
9. DÍAZ – GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL: “La delimitación Temporal de la Cobertura en el Seguro de la Responsabilidad Civil Profesional”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y El Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Guadalupe, 2005.

10. DÍEZ – PICAZO, LUIS Y GULLÓN ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2004.
11. FUNDACIÓN MAPFRE SEGUROS: *Manual del seguro de responsabilidad civil*, MAPFRE, Madrid, 2004.
12. GHERSI, CARLOS ALBERTO: *Teoría General de la Reparación de Daños*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.
13. ISAZA POSSE, MARÍA CRISTINA: “El seguro de responsabilidad civil extracontractual. Dificultades que se presentan en el mercado colombiano”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 2006.
14. ISAZA POSSE, MARÍA CRISTINA: “El Seguro de Responsabilidad Civil y la Cobertura de los Perjuicios Extrapatrimoniales”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 2004.
15. JARAMILLO, CARLOS IGNACIO: “La acción directa en el Seguro de Responsabilidad civil en América Latina”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 1996.
16. JARAMILLO J., CARLOS IGNACIO: *Responsabilidad civil médica*, Bogotá, JAVEGRAF, 2002.
17. LARROUMET, CHRISTIAN: *Responsabilidad Civil Contractual*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
18. LÓPEZ BLANCO: *Comentarios al contrato de seguro*, Dupre, Bogotá, 2004.
19. LÓPEZ MESA, MARCELO J.: *Tratado de Responsabilidad Médica*, Buenos Aires, Legis, 2007.
20. MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá, Temis, 1998.
21. MEILIJ, GUSTAVO RAÚL: *Seguro De Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
22. MEILIJ, GUSTAVO RAÚL: *Manual de Seguros*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
23. MELICH ORSINI, JOSE: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Venezuela, Anauco, 1995.

24. NASRI, ZOULIKHA: “El Beneficiario de la Presentación de Seguro” en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 1998.
25. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E.: *El contrato de Seguro*, Bogotá, Salamanca, 1998.
26. OSSA G., J. EFREN: *Teoría General del Seguro. El Contrato*, Bogotá Temis, 1991.
27. OSSA G., J. EFREN: *Tratado Elemental de Seguros*, Bogotá, Lerner, 1959.
28. OSSA G., J. EFREN: *Tratado Elemental de Seguros*, Bogotá, Lerner, 1963.
29. PALACIOS SÁNCHEZ, FERNANDO: *Seguros Temas Esenciales*, Bogotá, ECOE, 2007.
30. PEÑA TRIVIÑO, EDUARDO: *Manual de Derecho de Seguros*, Guayaquil, Edino, 1999.
31. PRÉVÔT, JUAN MANUEL, CHAIA RUBÉN ALBERTO: *Pérdida de chance de Curación*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.
32. RAMÍREZ GÓMEZ, JOSÉ FERNANDO: “La Responsabilidad Civil Médica”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y El Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Guadalupe, 2005.
33. RIEGEL, ROBERT Y S. MILLER, JEROME: *Seguros Generales, Principios y Prácticas*, México D.F., Continental, 1977.
34. RIPPE, SIEGBERT: “La Configuración del Siniestro en el Seguro de Responsabilidad Civil”, en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 2004.
35. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: *Responsabilidad Contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
36. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: “La Acción Directa del Tercero Damnificado contra el Asegurador” en *Revista Ibero - Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 1997.
37. SOBRINO R., WALDO AUGUSTO.: *Seguros y Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Universidad, 2003.
38. SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL: *Lesiones que ponen en peligro la Vida*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2008.
39. SOTO NIETO, FRANCISCO: “El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y Coincidencias”, *Estudios y Comentarios sobre la Ley de*

- Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Madrid, Editorial Mapfre S.A., 1997.
40. STEINFELD, EDUARDO R.: “Aspectos Generales del Seguro de Responsabilidad Civil en Argentina” en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 1998.
 41. STIGLITZ, RUBÉN S.: “Seguro Contra la Responsabilidad Civil Profesional”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y El Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Guadalupe, 2005
 42. TAMAYO JARAMILLO, JAVIER: “Balance y Perspectivas del Seguro de Responsabilidad Civil en el Código de Comercio”, en *Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguro en Colombia*, Bogotá, Editora, 2001.
 43. TAMAYO JARAMILLO, JAVIER: *De la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Temis, 1996.
 44. TAPIAS ROCHA, HERNANDO: “Prescripción de las Acciones Derivadas del Seguro de Responsabilidad Civil”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y El Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, 2005.
 45. VARGAS VASSEROT, CARLOS: “El Beneficiario en el Seguro de Daños” en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, Editorial JAVEGRAF, 1999.
 46. VÁSQUEZ FERREYRA, ROBERTO A.: *Responsabilidad del Médico Generalista*, Argentina, Rubinzal – Culzoni, 2003.
 47. VILLA ZAPATA, WALTER: “La Responsabilidad Civil en el Contrato de Seguro” en *Revista Ibero – Latinoamericana de Seguros*, Bogotá, JAVEGRAF, 1995.
 48. VILLANUEVA AGUILAR, JUAN: *Manual de Seguro de Responsabilidad Civil*, Madrid, MAPFRE S.A., 2004.
 49. ZANNONI, EDUARDO A.: *El daño en la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993.

Sitios Web:

TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO: “Responsabilidad Civil Médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”, en *Revista de Derecho Valdivia*, versión 15

n. 2 Valdivia Diciembre, pp. 75 – 111., 2003 disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502003000200004&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Resoluciones:

Ecuador:

- Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, R.O. No. 43. 19 de Marzo de 2003, No. 229 – 2002
- Corte Suprema de Justicia, 20-V-1996, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Expe. No. 93-94, R.O. 982, 5-VII-96.
- Corte Suprema de Justicia, 23-II-99, Primera Sala, Expe. No. 118-99, R.O. 160, 31-III-99.

Colombia:

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29-VI-2007 Mag. Pon. Carlos Ignacio Jaramillo, Ref. Exp. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 10-02-2005, Ex. 7614, Mag. Pon. Jaime Alberto Arrubla Aucar

España:

- Tribunal Supremo de España, Sala 3ª, Sección 6, 14/10/2002, ponente: Sr. Peces Morate.

Argentina:

- CNCiv., Sala F, 15/04/1997, “M.R.S. y otro c. A., D. Y otro”, LL 1997 – F, 796.
- CNCiv., Sala F, 05/02/1998, “M.A.N. c Fernández, Elsa S.”, LL 1998 – E, 96.
- CNCiv., Sala H, 04/10/1996, “Consentino, Jose M. C. Cohn de Hari, Noemi S.”, LL 1998-A-473 (40.132-S)

Leyes:

- Ley 45 de 1990, Diario Oficial No. 39.607, del 19 de diciembre de 1990, Congreso Nacional de Colombia.

- Ley 50/1980, de 8 de Octubre, Ley del Contrato de Seguro Español, Boletín Oficial del Estado 17 de Octubre.
- Ley Sobre el Contrato de Seguro, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935.