

Responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar y de establecimientos medicoasistenciales – Seguro de responsabilidad civil de los mismos y distintas coberturas – Perspectivas de la República Argentina*

ENRIQUE JOSÉ QUINTANA**

Fecha de recepción: 23 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2014

SUMARIO

Introducción

1. De las modificaciones de aquel escenario
2. La responsabilidad civil de los médicos y otros profesionales del arte de curar en el derecho argentino
3. La legislación colombiana respecto de seguros de responsabilidad civil
- 3.1 De algunas opiniones de calificada doctrina especializada de Colombia

* Investigación realizada por el autor para la ponencia presentada en la Pontificia Universidad Javeriana el día 6 de mayo de 2014 con motivo del 2° Congreso Internacional de Derecho de Seguros de Fasesolda temática “Conferencia Internacional Responsabilidad Médica y su aseguramiento: perspectiva Argentina, la cual aborda, a partir del derecho comparado entre las legislaciones colombiana y argentina, la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil para los establecimientos medicoasistenciales y los profesionales que se desempeñan esta área.

** Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica de Argentina Santa María de los Buenos Aires. Realizó un posgrado en asesoramiento Jurídico a Empresas. Profesor de Derecho de Seguros de posgrado en diversas universidades. Asesor en seguros y consultor jurídico de la Confederación Panamericana de Seguros (COPAPROSE). Correo electrónico: equintana@sicoar.com

- 3.2 De dos artículos que pueden considerarse superfluos y que con el dictado del artículo 4° de la Ley 389 dejan vacío
- 3.3 Del análisis conjunto de dos artículos claves, el 1127 y el 1133
- 3.4 Del análisis preliminar del artículo 1113
- 3.5 Del análisis de los artículos 1128 y 1132
- 3.6 Del análisis comparativo de la legislación colombiana y argentina respecto del seguro de responsabilidad civil, y de aspectos previstos en esta última
4. El concepto de siniestro en los seguros de responsabilidad civil
5. La prescripción en los seguros de responsabilidad civil
6. Las denuncias, reclamos y acciones posibles del damnificado y del asegurado respecto del asegurador en los seguros de responsabilidad civil
7. El escenario que se le presenta a un juez en los juicios de daños y perjuicios por responsabilidad civil cuando existe un asegurador que hubiera emitido una póliza de seguro de responsabilidad civil
8. Las coberturas de seguro de responsabilidad civil para profesionales médicos en Argentina-evolución
9. Las cláusulas Claims Made en relación con la ley del contrato de seguro de Argentina –algunos elementos contractuales aprobados por Superintendencia de Seguros de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales- del escenario actual
10. Las razones del nacimiento de las cláusulas Claims Made en Europa – de la jurisprudencia y de las modificaciones legislativas para admitirlas
11. Las cláusulas Claims Made en el seguro de responsabilidad civil en Colombia
12. Conclusión

RESUMEN

La póliza de responsabilidad civil, específicamente respecto de los médicos y profesionales dedicados al arte de curar, ha sido objeto de debate respecto a su siniestralidad y correspondiente modalidad de cobertura. Por lo tanto este artículo plantea un análisis legislativo de los países de Argentina y Colombia respecto a la manera cómo se ha desarrollado su reglamentación, inicialmente de la responsabilidad civil en general, para posteriormente abordar aquella que versa sobre los profesionales médicos. En este mismo orden de ideas mediante un paralelo de derecho comparado entre ambos

países presenta los cambios y tendencias jurisprudenciales que a lo largo del tiempo se han establecido.

Palabras clave: Responsabilidad civil, profesional médico, legislación colombiana, legislación argentina, derecho comparado, Claims Made.

Palabras clave descriptor: Desarrollo jurisprudencial y legislativo, acciones legales, contrato de seguro.

ABSTRACT

The liability insurance policy, specifically the one for medical professionals dedicated to the art of healing has been historically discussed regarding its loss experience and correspondent coverage basis. This article raises a legislative analysis of Argentina and Colombia regarding the way how its regulation has been developed, beginning with general civil liability, and then to address medical professional liability. In this same line of thinking, using comparative law and case law, presents the changes in trends over time that have been established between the two countries

Key words: Civil Liability, Medical Professionals, Colombian legislation, Argentinian legislation, Comparative Law, Claims Made.

Descriptor: Case law and legislation evolution, civil suits, insurance contract

INTRODUCCIÓN

Treinta años atrás, un docente en una cátedra de grado, si tenía sólidos conocimientos de la materia, era estudioso, y metodológicamente ordenado, no tenía grandes inconvenientes en dictar una clase, charla, o conferencia, sobre “Responsabilidad Civil en general”; “Responsabilidad Civil en relación con las diferentes profesiones” y “Seguros de Responsabilidad Civil”, en general, y/o aplicados a la profesión sobre la que versara la disertación.

La clase comenzaba con una semblanza general respecto de la responsabilidad civil, y decíamos que para que exista responsabilidad civil, deben concurrir cuatro elementos: 1) Un hecho antijurídico; 2) Un daño; 3) Relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño, y 4) Un factor de atribución. Aludir al factor de atribución, nos permitía explicar no sólo la responsabilidad civil por el hecho propio del autor del daño, sino además explicar las responsabilidades reflejas, o indirectas, respecto de un hecho ajeno.

Luego de esta aproximación, señalábamos que el Código Civil contenía dos tipos de responsabilidad, la contractual que se generaba por el incumplimiento de un contrato, y la extracontractual (en algunos países cuasicontractual), que podía ser de tipo delictual o cuasi delictual (hecho ilícito, culpa, y dolo). Luego, analizábamos las obligaciones que según la clásica distinción de René Demogue se dividían en obligaciones de medio, que son aquellas en las que se requiere diligencia y aptitud que no aseguran un resultado, y obligaciones de resultado en las que se compromete un resultado. Los hermanos Mazeaud las denominaron “obligaciones generales de prudencia y diligencia” y “obligaciones determinadas”, respectivamente.

Señalábamos también las diferencias que existen en cuanto a la prescripción según se tratara de acciones por responsabilidad civil contractual (en Argentina, 10 años, art. 4023 del Código Civil), respecto de las acciones por responsabilidad civil extracontractual (en Argentina, dos años, art. 4037 de Código Civil), que se computan desde el incumplimiento contractual, o del hecho, salvo circunstancias muy especiales. Recordábamos ciertas reglas o deberes de conducta establecidas en el Código Civil, tales como los artículos 512, 902, 909, 1066, 1067, 1109, 1111 y 1113, entre otros, que dicen: Art: 512 “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Art 902: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. Art: 909: “Para la estimación de los hechos voluntarios las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que imponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes”.

Respecto de los actos ilícitos, recordábamos que el artículo 1066 del Código Civil dispone “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuera expresamente prohibido por las leyes..., y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiera alguna disposición de la ley que la hubiera impuesto”. Artículo 1067: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”. Artículo 1068: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades”. Conforme al artículo 1109 del Código Civil “todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio”. Decíamos también que el artículo 1111 dispone que el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna, y nos deteníamos en el análisis del artículo 1113 que dispone que la obligación del que ha causado un daño, se extiende a los daños que causen los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que de su parte no hubo culpa, pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Nos deteníamos en el análisis de este artículo, porque se producía la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de daños causados con las cosas, y se introducía en los casos de daños producidos “por el riesgo o vicio de la cosa” (cosa riesgosa) la responsabilidad objetiva del dueño o guardián.

Respecto de la extensión de la reparación en los casos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, señalábamos las diferencias entre ambas. Respecto de la responsabilidad civil contractual el incumplidor debía daños e intereses (art. 511), pero no era responsable si el incumplimiento de la obligación obedecía a caso fortuito o fuerza mayor (art. 513), definiéndose el caso fortuito como aquél el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse (art. 514), artículo que en la nota del codificador ejemplificaba ambos conceptos. Pasábamos revista a las consecuencias inmediatas, y a las mediatas, precisábamos que en los supuestos de actos ilícitos la obligación de resarcir el daño además de la indemnización de pérdidas e intereses se extendía a la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima (art. 1078), en cambio en los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad civil, y circunstancias del caso (art. 522), y que si la inejecución hubiese sido maliciosa, los daños e intereses comprenden además de las consecuencias inmediatas, a las mediatas.

Además de los preceptos de la ley, apoyábamos lo que estábamos señalando con el aporte de calificada doctrina, y con jurisprudencia prácticamente pacífica e uniforme.

Como vemos, las previsiones del Código Civil Argentino, no difieren en demasía de las previsiones del Código Civil colombiano contenido, entre otros, en los artículos 63 (culpa); 64 (fuerza mayor o caso fortuito), 1602, 1603, 1604, 1613, 1615, 1616, 2302, 2341, 2345/2356, y normas concordantes.

Luego del análisis de la responsabilidad civil en general, que hemos descripto, ingresábamos en el análisis de la responsabilidad civil profesional (de la profesión que correspondiera a la disertación). En este punto, señalábamos que el Código Civil no contiene disposiciones especiales distintas de las señaladas en general respecto de la responsabilidad civil profesional. Nos deteníamos puntualmente en el análisis de las leyes que regulan cada actividad profesional (en el caso de los médicos en Argentina Ley 17132) (en Colombia Ley 23 de 1981, Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud y Protección Social respecto de historia clínica, y concordantes), señalábamos los deberes, prohibiciones, mencionábamos los códigos deontológicos, y también nos apoyábamos en el aporte de calificada doctrina, y jurisprudencia prácticamente pacífica y uniforme.

Luego de analizar los aspectos generales y particulares de la responsabilidad civil, pasábamos al análisis de la ley de contrato de seguro (en Argentina Ley 17.418), en especial el Capítulo II, Seguros de Daños Patrimoniales, Sección XI, Seguro de Responsabilidad Civil (artículos 109 a 120), señalábamos las normas inmodificables por su letra o naturaleza, y las sólo modificables a favor del asegurado (art. 158) entre ellas, arts. 110, 114 y 116 (pago de gastos y costas judiciales, posibilidad de cubrir la culpa grave, cuestiones de reconocimiento de responsabilidad y transacción). Analizábamos las pólizas en concreto (sumas máximas aseguradas, franquicias, exclusiones de cobertura), recordando que en Argentina las condiciones generales de las pólizas son aprobadas previa a la utilización por los aseguradores por Resoluciones Generales de la Superintendencia de Seguros de la Nación, con carácter de generales y uniformes para toda la plaza. La Resolución 15517 fue la primera aprobada respecto de responsabilidad civil médica (en aquella época la póliza era de ocurrencia, no existían las cláusulas *claims made*). Además de las normas de la ley de contrato de seguro, del análisis de la póliza, también apoyábamos la disertación con el aporte de calificada doctrina, y de jurisprudencia pacífica y uniforme.

En aquella época, como dije, ley, doctrina especializada, y jurisprudencia, transitaban por el mismo sendero, había predictibilidad respecto de las sentencias judiciales, y un razonable marco de seguridad jurídica.

1. DE LAS MODIFICACIONES DE AQUEL ESCENARIO

Con el paso del tiempo, aquel escenario se fue modificando al influjo de doctrinas de derecho comparado, y de posturas propias de calificados doctrinarios civilistas que entendían que debía producirse un giro copernicano en el análisis de las cuestiones de la responsabilidad civil, entendiendo que la normativa expresada en el Código Civil miraba la cuestión desde la óptica del sujeto dañador, y entendían que la responsa-

bilidad civil no debía analizarse desde una deuda de responsabilidad, sino como un crédito de indemnización, teniendo en mira el interés del damnificado, y por ello el eje debía pasar por el daño. En función de esas ideas, la antijuridicidad, la culpa, la causalidad, la imputabilidad, debían pasar a un segundo plano. Calificaban en síntesis a la responsabilidad como una sanción de una conducta reprochable, a un simple problema moral, en cambio, mirando a la víctima no era importante el “castigar”, sino el “reparar”, y por ello el eje de la mirada debía centrarse en la reparación del daño “injustamente sufrido”, antes que el daño “injustamente causado”, y en esa inteligencia debían aligerarse las cargas probatorias a cargo del damnificado, por el principio “a favor de las víctimas” o “débiles”, y ampliarse la frontera del daño resarcible. Según tal concepción, debía nacer en el firmamento “el derecho de daños”. La esencia del fenómeno resarcitorio debía enfocarse en el daño, y no en un acto calificado como ilícito. El daño debía ser el núcleo y la indemnización, la reparación. La antijuridicidad se configuraría así ante la violación del principio “alterum non laedere” (principio de no dañar a otro), constitucionalmente protegido. Asimismo, dentro de estas concepciones, se remarca que el daño, no sólo debe ser reparado, sino fundamentalmente “prevenido” (el derecho de daños en función preventiva), ya que el objetivo de reacción respecto de perjuicios “injustos”, es impedir que los daños ocurran (evitación del daño mediante los criterios de prevención y precaución). Prevención, reparación, y derecho a la indemnidad oponible “erga omnes”, “celeridad indemnizatoria”, “tutelas anticipatorias”, “medidas autosatisfactivas”, “presunciones”, cargas probatorias dinámicas”, etc. La doctrina citada, propone también la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, así como que la acción u omisión dañosa es antijurídica, salvo que se pruebe que está justificada. Respecto de los factores de atribución se señala como tal la existencia de un hecho u omisión que cause un daño a otro, si no está justificada, proponiendo también eliminar la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado. Respecto de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, le incumbe en principio a quien los alega, pero como esta regla en algunos casos puede considerarse rígida en los casos que existan dificultades en el acceso a los medios de prueba, o en la presentación de la misma, se establece que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias y disponer si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debiendo comunicarlo a las partes para su producción y evitar de ese modo la afectación de la defensa en juicio. En relación al daño resarcible “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances, incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Respecto de la actividad profesional liberal (responsabilidad profesional) se propone: 1) Aplicar las reglas de las obligaciones de hacer. 2) La imputación es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. 3) Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no es objetiva, excepto que causen un daño derivado de su vicio. 4) La actividad del profesional liberal no está comprendida

en la responsabilidad por actividades riesgosas. 5) El profesional promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de su profesión, sin que pueda asegurar un resultado, de allí que la imputación sea subjetiva, y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio si promete un resultado, la imputación es objetiva. El profesional actúa con cosas, pero su imputación sólo es objetiva cuando estas exorbitan el obrar humano por un vicio. No puede considerarse que exista una actividad riesgosa en general, calificada “ex ante”.

Se propone también reducir los plazos de prescripción a tres años.

Respecto a tales teorías o doctrinas caben las siguientes reflexiones: El concepto de “daño injusto” se encuentra contenido en el artículo 2043 del Código Civil Italiano, artículo que se encuentra contenido en el Título VIII de dicho Código “Del enriquecimiento sin causa” y que establece el resarcimiento por el acto ilícito. Dicho artículo dispone “Cualquier hecho doloso o culposo que cause a otro un daño injusto obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño. En el código civil italiano, no se disocia el daño injusto del hecho causado con dolo o culpa, aspecto central no tenido en cuenta en el trasvasamiento de tal formulación como principio de doctrina. La objetivación de la responsabilidad para ciertas actividades peligrosas, con reglas precisas y contornos definidos, (vgr. Contaminación ambiental) constituyen excepciones a la regla general, proponer convertir la excepción, en regla general amerita la profundidad de un necesario debate. En algunos países de Europa, la objetivación de responsabilidad se compensa con la tarificación de la indemnización, o su limitación. Tal limitación económica es descartada por los mentores de las doctrinas señaladas.

Los avances doctrinarios a los que hemos hecho mención, no convertidos en ley, son utilizados desde hace algunos años por la justicia argentina, en sentencias, aún dictadas por altos tribunales, lo que importa sin más un apartamiento a la ley vigente. El juez, tiene como misión ajustarse a la ley. No es función del juez “crear la ley”. Se percibe un activismo judicial, que incluso llega a declarar inconstitucionalidades de artículos de leyes, aún de oficio.

Los criterios de doctrina a los que hacemos referencia proponen extender el abanico de responsables, en la búsqueda de sujetos solventes que satisfagan indemnizaciones ilimitadas. El patrimonio del obligado, de las aseguradoras, e incluso de fondos específicos del Estado están en la mira de tales doctrinarios. Nada se dice de la reducción de honorarios en tales ideas “altruistas”.

La generación de nuevos costos por prevención y reparación pueden ser solventados por la gran empresa, pues tiene la posibilidad de trasladar los costos a los consumidores, el problema se presenta para quienes no tienen posibilidad de trasladar tales costos. Conviene reflexionar respecto de qué porcentaje de las indemnizaciones van efectivamente al bolsillo de los damnificados, y que proporción se destina a cubrir honorarios, gastos judiciales y conexos. De disminuir el fraude, la extorsión del juicio, o la industria del juicio, nada se habla.

Es ante este panorama que el mejor consejo actual que uno puede proponer, además de actuar con la máxima prudencia y diligencia, es que por las dudas siempre se contrate un seguro de responsabilidad civil por montos significativos, si se pretende proteger el patrimonio singular, familiar, o societario.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS Y OTROS PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR EN EL DERECHO ARGENTINO

Los médicos y otros profesionales del arte de curar, así como otras profesiones liberales, no tienen un régimen específico y propio de responsabilidad civil, por ello se encuentran comprendidos en las normas y principios establecidos en el régimen general de responsabilidad civil. La responsabilidad profesional del médico frente al paciente es de carácter contractual, y se rige por los principios generales de las obligaciones que enuncian los artículos 512, 519 a 522, 902 y 909 del Código Civil argentino, artículos a los que hemos hecho referencia precedentemente.

El médico contrae frente al paciente una obligación de medios, y no de resultado, obligación de medios consistente en la aplicación del profesional de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo. El profesional no asume la obligación de curar al enfermo, sí debe observar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. El fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios, no significa incumplimiento. Así, entonces, para que quede comprometida la responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho, y la relación de causalidad entre el incumplimiento, y el daño experimentado. Sólo excepcionalmente la obligación del médico puede ser de tipo delictual (vgr. Si se cometiera un ilícito penal).

El ejercicio de la medicina y de otros profesionales del arte de curar está reglado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la ley 17.132. El control del ejercicio de las profesiones y actividades, así como el gobierno de la matrícula está a cargo del Estado (Secretaría de Estado de Salud Pública dependiente del Ministerio de Salud) El artículo 2° de la ley considera ejercicio profesional el anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico, y/o tratamiento de las enfermedades de las personas, o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas. El artículo 4° dispone que queda prohibido a toda persona que no esté comprendida en la presente ley participar en las actividades o realizar las acciones previstas en la misma. Para ejercer la medicina es necesario contar con título válido y matrícula. El artículo 19 de la ley 17132 establece las obligaciones de los médicos, y el artículo 20 las prohibiciones. Entre las prohibiciones para los profesionales que ejerzan la medicina se encuentran: 1) Anunciar o prometer la curación, fijando plazos. 2) Anunciar o prometer la conservación de la salud, anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles, publicar falsos éxitos terapéuticos, delegar en su personal auxiliar facultades, funciones o atribuciones inherentes o privativas de

la profesión. Ante la clara prohibición de la ley, en mi opinión ni siquiera la cirugía estética embellecedora podría considerarse como una obligación de resultado, sino a lo sumo, de medios agravada.

Podríamos definir a la responsabilidad profesional como aquella responsabilidad de quien ejerce una profesión, al faltar a los deberes que dicho ejercicio le impone. Los profesionales deben informar al paciente de manera lo suficientemente clara acerca de los riesgos que el paciente afronta, requerir el consentimiento informado, cumplir con los recaudos formales y sustanciales en la elaboración de la historia clínica, brindar una atención diligente e idónea al enfermo sobre las bases de la regla del arte del ejercicio de la medicina, quedándoles prohibido como dije, asegurar que el resultado perseguido se va a obtener.

En cuanto a la culpa médica, la misma puede presentarse o como negligencia, o como imprudencia, o como impericia. La apreciación de responsabilidad médica, debe efectuarse con prudencia y ponderación. La ciencia médica no es una ciencia exacta, predomina una materia opinable. Si se produce el óbito del paciente, respecto de sus causahabientes, la responsabilidad es extracontractual y no contractual.

La actividad profesional en el ejercicio de la medicina, ciertamente no se agota en el diagnóstico, prescripción de medicamentos, o intervenciones quirúrgicas, ya que el profesional utiliza cosas inanimadas, y el uso de las cosas inanimadas puede causar daño (vgr. Fuentes de calor, radiaciones, etc.) y estas cuestiones constituyen materia de análisis especial de la responsabilidad, al igual que la responsabilidad del equipo médico, y las obligaciones y la responsabilidad de las clínicas y sanatorios ya que éstos asumen una obligación tácita de seguridad. Capítulo aparte se da respecto de la responsabilidad civil de los médicos por óblitos u olvidos quirúrgicos (vgr. Olvidos en el paciente de gasas e instrumental), en donde la responsabilidad surge de presunciones. Hay casos (vgr. Emitir un diagnóstico patológico basado en un análisis histopatológico en el que el resultado erróneo se lo ha asimilado al incumplimiento total de la obligación, y por ende calificado como obligación de resultado, pues en estos casos se ha dicho, no está en juego el curar a un enfermo, sino que la praxis requerida constituye un “medio diagnóstico” que debe ser certero y exacto –tesis que podríamos ampliar a análisis clínicos de laboratorio o de radiodiagnóstico–). En estas prácticas, no existe “alea” y el profesional deberá probar el caso fortuito o la fuerza mayor. Quizá ésta sea una excepción a la regla general.

Como obligaciones de las clínicas y sanatorios, éstos responden por el hecho de sus dependientes, por ejemplo personal de enfermería. Se han dado casos de delegación de funciones por escasez de personal de enfermería en mucamas. Así, un caso emblemático fue el pedido de una enfermera a una mucama que le diera un caldo a una paciente internada en la cama 10 que estaba con suero. La mucama parece que no entendió bien y le colocó el caldo en el suero con el resultado inevitable del deceso. Cuestión también de interés es la falta de asepsia que puede provocar infecciones intrahospitalarias, en tal caso el análisis de la bacteria es fundamental para entender si

la bacteria es intrahospitalaria o no, o infecciones provocadas por material quirúrgico o de osteosíntesis contaminado.

Los profesionales médicos, en general, no provocan la enfermedad del paciente, y es posible que en enfermedades graves o terminales, la muerte sobrevenga por la propia gravitación o evolución de la enfermedad. En estos casos –y de existir alguna responsabilidad del médico–, la consecuente indemnización debería circunscribirse a la pérdida de chance concreta, no se trata de indemnizar un daño integral, sino de merituar la oportunidad remanente del paciente. Cuando el daño proviene de la “pérdida de chance de supervivencia” no sería lógico ni razonable que una sentencia pueda condenar al profesional como si el mismo hubiera matado al paciente, ya que la muerte igual podría ocurrir en tiempo más o menos próximo a la intervención del profesional. Deben también analizarse las incapacidades preexistentes del paciente.

En las actividades clínicas, el “opus” del profesional se cumple en varias fases. La revisión del paciente, el consejo o prescripción de estudios, análisis e investigaciones necesarias para un diagnóstico, el tratamiento, y el cuidado del enfermo. No es lo mismo diagnóstico, que pronóstico, por ello, respecto de errores de diagnóstico corresponde evaluar si el error resulta en su caso grave e inexcusable, un error “objetivamente injustificado”. No se le podría atribuir en cambio responsabilidad al profesional, si el error es de “apreciación subjetiva, discutible u opinable”.

Otro tema digno de mención se encuentra en el supuesto de “hallazgo médico” en una intervención quirúrgica, en donde el cirujano advierte que el paciente presenta una dolencia no prevista, que requiere también una cirugía, dolencia no conocida por el paciente, y por ello no se requirió respecto del hallazgo el debido consentimiento informado. En estos casos, en interés del paciente, el cirujano debe continuar y modificar la cirugía prevista, ya que resulta urgente e inaplazable abordar la cirugía necesaria frente al hallazgo, dejando documentado el hecho en la historia clínica.

La prueba fundamental en casos de mala praxis médica es la pericia médica donde colegas del supuesto responsable deberán asesorar al juez sobre las acciones u omisiones del profesional reprochado.

La casuística juega un rol prevalente en este tipo de acciones, por ello hemos señalado las precedentes consideraciones generales, ya que sería impropio de este trabajo abordar las responsabilidades de determinadas especialidades tales como la obstetricia, psiquiatría, psicología, etc, que presentan sus propias particularidades, así como analizar la culpa del paciente en el no seguir las prescripciones médicas, o abandonar los tratamientos aconsejados.

Respecto del análisis de la responsabilidad civil médica a la luz del derecho y de la jurisprudencia de Colombia, me remito en un todo a la obra “Responsabilidad Civil Médica” del Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo publicada por la Pontificia Universidad Javeriana, colección ensayos 8 ciencias jurídicas en 2002, libro en el

que además del análisis particular de cada uno de los tópicos contiene un excelente apéndice legislativo y jurisprudencial transcribiendo la ley 23 de 1981 y normas reglamentarias y las sentencias emblemáticas de la Corte Suprema de Justicia dictadas en el período 1940/2002.

No puedo dejar de destacar que algunas sentencias aisladas de Tribunales de Colombia, tales como una de 1959, y otra de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala Penal) del 11 de abril de 2012 ha calificado la prestación de servicios médicos como “actividad peligrosa”. Sostener que la prestación del médico constituye una actividad peligrosa, aunque lícita, entendiendo que tan noble actividad implica riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, así como que por el sólo hecho de desarrollar la actividad peligrosa, la culpa como factor de atribución se presume, es una teoría que personalmente no comparto, ni siquiera en el contexto en el que ésta última sentencia de la Sala Penal fue dictada (intervención quirúrgica estética).

Prescindir en el análisis que la actividad médica tiene fundamentos éticos y científicos, y que tal actividad se justifica por ser ontológicamente y razonablemente necesaria para el bienestar del paciente, es un craso error.

Una Resolución del Consejo de Estado del 24 de Octubre de 1990, había señalado que la prueba de diligencia y cuidado incumbe al médico demandado. En Colombia se han estructurado sentencias basadas sólo en presunciones, y en algún caso hasta se ha invocado el principio de cargas probatorias dinámicas. Estas resoluciones de objetivación de la responsabilidad, presunción de culpa, inversión de la carga de la prueba, cargas probatorias dinámicas, demuestran que aquellas tendencias de doctrina de Argentina, también se verifican en Colombia, y hay que prestarles la condigna atención. ¿Tales tendencias tienden a abaratar o encarecer el costo de las prestaciones médicas y de los seguros de responsabilidad civil?.

Finalmente, no puede prescindirse de un posible replanteo de esta temática a la luz del Estatuto del Consumidor, ley 1480 del 12 de Octubre de 2011, en cuanto prevee el artículo 1° la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud, ya que algunas interpretaciones posibles del derecho del consumo pueden trastocar la recta inteligencia de las disposiciones del Código Civil.

3. LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA RESPECTO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El Título V del Código de Comercio de 1971, Sección IV se refiere al seguro de responsabilidad civil en los artículos 1127 a 1133. Algunos de estos artículos fueron modificados por la ley 45 del año 1990 (art. 1127 por el art. 84; art. 1128 por el art. 85; art. 1131 por el art. 86 y art 1133 por el art. 87). No sufrieron modificación los arts. 1129, 1130 ni el 1132. Adquiere también interés para el análisis el art. 4° de la ley 389 de 1997, que no se ha incorporado como párrafo, numeral o inciso a ninguno de los 7 artículos antes citados. Tanto los artículos 1129 y 1130, así como el artículo

4° de la ley 389 se refieren a Seguros de Responsabilidad Civil Profesional, éste último permite los seguros contratados en base a reclamaciones (claims made).

3.1. De algunas opiniones de calificada doctrina especializada de Colombia

Calificada doctrina especializada de derecho de seguros, expresa en general una opinión crítica respecto de las normas vigentes en cuanto al seguro de responsabilidad civil. La crítica se centra en tres planos: 1) las normas modificadas, respecto de las derogadas. 2) el contenido de las normas vigentes. 3) Las omisiones o lagunas de la legislación en temas que resultaría conveniente contemplar. No pretendo ser calificador del contenido de las normas que no tienen vigencia en mi país, pero en mi visión personal, y tal como la describiré, no tengo dudas que la calificada doctrina colombiana podría elaborar un texto de mejor factura técnico jurídica. He efectuado un análisis absolutamente personal, desinteresado, desapasionado y ajeno a las coyunturas internas, y les ofrezco mi humilde aporte, practicando una sistematización propia del contenido normativo.

3.2. De dos artículos que pueden considerarse superfluos y que con el dictado del artículo 4° de la ley 389 dejan un vacío

Los artículos 1129 y 1130, presentan hipótesis obvias, y podrían incluso no haber sido escritos por sobreentendidos. En el caso de las profesiones liberales (médicos, abogados, contadores públicos, ingenieros, arquitectos, etc.) para el ejercicio profesional se requiere título académico y habilitación profesional. En los seguros de responsabilidad civil profesional, y a diferencia de otras coberturas de responsabilidad civil, se ampara la responsabilidad civil del profesional en el ejercicio de su profesión. Ello importa que si el asegurado no se encuentra habilitado para el ejercicio de la misma, no puede ejercer su profesión, y si resulta inhabilitado, o abandona el ejercicio profesional no podría ser asegurado. Sin perjuicio de lo expuesto, ambos artículos pueden colisionar con las previsiones del artículo 4° de la ley 389, ya que puede suceder que un profesional deje de ejercer la profesión pero deba continuar contratando o extendiendo contratos de seguros contratados, en la modalidad de claims made, respecto de posibles hechos ocurridos durante el ejercicio activo de la profesión, que aún no se hubieran convertido en reclamos. El artículo 4° de la ley 389 no modifica los artículos citados previendo tal hipótesis.

3.3. Del análisis conjunto de dos artículos claves, el 1127 y el 1133

El artículo 1127 en su redacción original, expresaba: “El seguro de responsabilidad civil impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que SUFRA el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, con la restricción indicada en el artículo 1055”. El artículo 84 de la ley 45/90 (texto actual) respecto de la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, expresa:

“El seguro de responsabilidad civil 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 beneficiario de las indemnizaciones, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

El artículo 1133 en su redacción original, expresaba “El seguro de responsabilidad no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece en tal virtud de acción directa contra el asegurador”. El artículo 87 de la ley 45/90, establece la siguiente redacción del artículo respecto de la acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad civil. “En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante 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” (El artículo 1077 establece “corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida si fuera el caso”).

Propongo metodológicamente el análisis conjunto y concordado de los artículos 1127, y 1133 pues ambos artículos constituyen el núcleo central de las disposiciones sobre el seguro de responsabilidad civil.

Resulta positivo que el legislador hubiera concedido a la víctima y/o sus derechohabientes una acción que deberá ser sustanciada de modo conjunto y en la misma acción respecto del asegurado a quien se le imputa responsabilidad civil, y al asegurador de éste. Destaco la sustanciación de modo conjunto, pues no se trata de una acción directa autónoma, sino no autónoma, lo que evita que los damnificados pudieran accionar solamente respecto del asegurador, con prescindencia del asegurado. Ello permite al asegurador una adecuada defensa.

El derogado artículo 1133 disponía que el damnificado carecía de acción directa porque el seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. En mi opinión, la circunstancia de que el legislador conceda la denominada acción directa no autónoma, cuestión eminentemente procesal, no convierte al seguro de responsabilidad civil en un seguro a favor de terceros. (En igual sentido Fernando Sanchez Calero en “Líneas generales de la evolución de la Responsabilidad civil y de su seguro” VI Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, CILA 2000 Cartagena de Indias página 295 del libro oficial “No obstante por el hecho de que el perjudicado tenga un derecho propio frente al asegurador, el seguro no se transforma en contrato a favor de terceros, ya que el contrato se efectúa en interés del asegurado. El asegurador cubre el riesgo del nacimiento de una deuda en el patrimonio del asegurado. Cuando el asegurador paga al tercero perjudicado libera al asegurado de esa deuda que gravaba su patrimonio”).

Es más, no advierto en el texto actual del artículo 1133 ninguna referencia que diga que el seguro de responsabilidad civil sea un seguro a favor de terceros. El artículo 1127 dispuso que la víctima se constituye en “beneficiario de la indemnización”, concepto absolutamente diferente de expresar que el seguro es en beneficio de terceros. Del mismo modo, tampoco puede confundirse los “seguros por cuenta ajena” con “estipulaciones a favor de terceros”. En mi concepto, los seguros de responsabilidad civil, ni son seguros por cuenta ajena, ni estipulaciones a favor de terceros, sino claramente, seguros por cuenta y en interés propio del asegurado. El asegurado es quien tiene el interés asegurable, ya que procura mantener indemne su patrimonio, en los términos del contrato de seguro por algún débito de responsabilidad civil que pueda reprocharle algún tercero. A mayor abundamiento, el artículo 1083 del Código de Comercio expresa: “Tiene interés asegurable, toda persona cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente por un riesgo”.

Los artículos 1127 y 1133 utilizan refiriéndose al “tercero” los conceptos “víctima” (1127); “víctima” y “damnificado” (1133). El artículo 1132 “damnificado”, y el artículo 1131 “víctima”. En ninguno de los 7 artículos relacionados con el seguro de responsabilidad civil, ni en el artículo 4° de la ley 389 se menciona al damnificado o víctima como “tercero”. La única mención a “terceros estaba contenida en la primera parte del derogado artículo 1133. Técnicamente “la víctima o damnificado” no es parte en el contrato de seguro de responsabilidad civil, es un “tercero”. Parece que al legislador colombiano en su estructura de pensamiento le interesa “el daño”, cuando en realidad “el daño” interesa a la responsabilidad civil. La obligación del asegurador en los seguros de responsabilidad civil es mantener indemne el patrimonio del asegurado, en los términos y condiciones del contrato de seguro. Llama la atención que en los artículos en comentario, no se haga referencia alguna a los límites económicos de la póliza contratada por el asegurado. No es ciertamente lo mismo imponer a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado; referirse a “resarcimiento de la víctima”, “Demandar la indemnización del asegurador” que referirse concretamente a los límites de la póliza. No se me pasa por alto que por inferencia interpretativa de los artículos 1044 y 1077 va de suyo que “el damnificado” no tiene un derecho más extenso que aquél que surja de la póliza, respecto del asegurador, pero para evitar posibles interpretaciones disvaliosas hubiera sido aconsejable referirse a los límites económicos del contrato. Así por ejemplo, el artículo 109 de la Ley 17.418 de contrato de seguro de Argentina precisa “la responsabilidad prevista en el contrato”, y el artículo 118 establece “que la sentencia dictada contra (el asegurado) sólo será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro”.

Respecto del cambio de concepto contenido en el artículo 1127 en la comparación de textos “perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado”, por perjuicios patrimoniales que cause el asegurado, si bien tiene connotaciones jurídicas, podemos señalar que el asegurado contrata el seguro de responsabilidad civil para mantener indemne su patrimonio en la medida del contrato. Desde ésta óptica busca evitar perjuicios patrimoniales que pueda sufrir su patrimonio, pero el legislador colombiano pensando en

el daño, más que en la cobertura, entendió conveniente referirse al daño que pudiera causar el asegurado, en lo que considero un error de técnica legislativa.

Parece una limitante impropia, no modificada por la ley 45/90 mantener la cobertura solamente respecto de los “perjuicios patrimoniales que cause el asegurado”, pues enfocada la cuestión desde el punto del vista del daño y su reparación, el derecho de la víctima o damnificado respecto del autor del daño, no se limita conforme al código civil, sólo a los daños patrimoniales, sino también a los denominados extrapatrimoniales (vgr. Partidas por daño moral, perjuicios fisiológicos, daños a la vida de relación, daño psicológico, etc.). La doctrina ha considerado como perjuicios patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante, ello sin perjuicio que el artículo 1614 del código civil, se refiera a daños materiales. Nada obsta que una póliza en concreto determine sublímites convencionalmente establecidos para la cobertura de los denominados daños extrapatrimoniales, pues tal “ampliación de cobertura a favor del asegurado”, no se encuentra prohibida. Por el necesario principio de ubérrima buena fe que preside el seguro, se debería advertir al asegurado de esta contingencia. Si el artículo 1127 al ser reformado hubiera eliminado la palabra “patrimoniales” se hubieran evitado inconvenientes. Para el asegurador una vez establecidos los límites económicos de la póliza de conformidad a la ecuación prima y riesgo, resulta indiferente como se componen las partidas de la condena respecto del asegurado.

La modificación del artículo 1127 permite únicamente para los seguros de responsabilidad civil, la cobertura de la culpa grave, quedando solamente excluido de la cobertura el dolo. El artículo 1127 no impone la cobertura de la culpa grave, sólo la posibilita. De acuerdo al texto legal la cobertura de la culpa grave debiera ser objeto de convención expresa entre asegurador y asegurado, y mediante el pago de la pertinente extraprima en su caso, más tal no parece ser el criterio jurisprudencial que parece entender que la posibilidad, se ha convertido en obligación de cobertura.

3.4. Del análisis preliminar del artículo 1131

El artículo 1131 conforme al Código de Comercio expresaba: “Se entenderá ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado pero la responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, sólo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización”. El texto actual del artículo 1131, conforme al artículo 86 de la ley 45/90, dice: “En el seguro de responsabilidad civil se entenderá ocurrido el siniestro en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado, ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial”.

Va de suyo que para las coberturas de seguros de responsabilidad civil profesional, contratados con cláusulas “claims made”, la cuestión se rige conforme a lo previsto en la ley 389 de 1997, y no por el artículo 1131. Parece cuanto menos impropio abordar

en el mismo artículo dos cuestiones tan absolutamente diferentes como momento en el cual se considera ocurrido un siniestro, con el tema de la prescripción. Sobre este particular volveremos en extenso en este trabajo. El artículo 1131 está previsto específicamente en el artículo 1162 como norma inmodificable, pero el artículo 4° de la ley 389 ha modificado lo previsto como inmodificable, sin efectuarse las pertinentes salvedades.

3.5. Del análisis de los artículos 1128 y 1132

El artículo 1128 (modificado por el artículo 85 de la ley 45/90) y bajo la voz “Responsabilidad del asegurador” establece que el asegurador responderá aún en exceso de la suma asegurada por las costas del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra, o la del asegurado, con las salvedades siguientes: 1) Si la responsabilidad proviene de dolo o CULPA GRAVE (el subrayado es propio), o está expresamente excluido del contrato de seguro. 2) Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador. 3) Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma asegurada que conforme a los artículos pertinentes de este título delimita la responsabilidad del asegurador, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponde en la indemnización.

Advierto algunas contradicciones e incongruencias. Como expresamos precedentemente mediante el artículo 1127 se posibilita la cobertura de la culpa grave, pero el artículo siguiente de la misma ley 45/90 establece como excepción de la contribución del asegurador por las costas del proceso, en caso de culpa grave, lo que luce claramente como contradictorio. El mismo inciso exime al asegurador de afrontar las costas en caso de dolo. Mi pregunta es, si podría existir condena respecto de un asegurador en caso de dolo, ante la clara previsión del artículo 1055 que prohíbe la cobertura del dolo.

Respecto de la liberación del asegurador respecto de las costas si el asegurado afronta el proceso contra la orden expresa del asegurador, me pregunto que pasaría en un juicio en que se verifique tal hipótesis pero la diligencia del asegurado y de sus abogados obtengan una sentencia por la cual se rechaza la demanda promovida por el tercero, entendiéndose que no existía responsabilidad civil del asegurado. En ese escenario la actitud del asegurado debe sin duda considerarse como un gasto de salvamento. El asegurado con su conducta benefició al asegurador, sería lógico que este no participe en las costas, o jurídicamente la situación podría encuadrarse dentro de la doctrina del enriquecimiento sin causa.

El artículo 1132 (no modificado por la ley 45/90), expresa bajo la voz “ausencia de un derecho propio” en caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado, el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco. En general las legislaciones de otros países también consagran un privilegio a favor del damnificado. Parece que el texto, luce como incompleto, pues su lectura literal da a entender que en caso de quiebra

o concurso del asegurado, el asegurador debería depositar la indemnización en el concurso o quiebra, lo que colisiona con el texto del artículo 1127 que considera al damnificado o sus causahabientes como destinatarios de la indemnización. Además del privilegio del crédito del damnificado, otras legislaciones establecen la preferencia del damnificado o sus causahabientes no sólo respecto del asegurado, sino de cualquier acreedor en caso de quiebra o concurso civil del mismo. En la versión del artículo que data de 1971 parecería que el legislador entendió al seguro de responsabilidad civil en la modalidad de “reembolso del asegurado”, y en tal modalidad el asegurador hubiera debido “depositar la indemnización debida en un eventual concurso o quiebra, y por ello otorgó el privilegio al damnificado, privilegio con una restricción, porque se ubica detrás del privilegio del fisco. Supongamos que un asegurado se presente en concurso denunciando solamente un acreedor, el fisco, y se tratara de una abultada deuda fiscal. De contar con un seguro de responsabilidad civil, el asegurado no extremaría las diligencias para que un siniestro no ocurriera, ya que la sentencia de condena entraría en el concurso o quiebra del asegurado, y cobraría el fisco como acreedor preferente, perjudicando a la víctima. El asegurado aliviaría su pasivo fiscal. Va de suyo que tal hipótesis no fue prevista por el legislador ateniéndonos a la redacción literal del artículo en análisis.

3.6. Del análisis comparativo de la legislación colombiana y argentina respecto de seguro de responsabilidad civil, y de aspectos previstos en esta última

Si realizamos un comparativo de la legislación colombiana, respecto de la legislación argentina de los seguros de responsabilidad civil (en Argentina, artículos 109 a 120 de la ley de contrato de seguro 17.418), podemos señalar que existen previsiones en la legislación argentina no contempladas en el capítulo de los seguros de responsabilidad civil de la legislación colombiana. Así:

- a) La posibilidad del depósito en pago de la suma asegurada, y el importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento, en el juicio promovido por el tercero víctima, que puede efectuar el asegurador, liberando al mismo de los gastos y costas que se devenguen posteriormente.
- b) La dirección del proceso, que en Argentina se consagra a favor del asegurador.
- c) En Argentina, el artículo 46 de la ley de contrato de seguro contiene una disposición genérica respecto de la denuncia de siniestro, que establece que el tomador o derechohabiente en su caso comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo, pero en el capítulo de los seguros de responsabilidad civil, el artículo 115 expresa “el asegurado debe denunciar el hecho del que nace su eventual responsabilidad en el término de tres días de producido, si es conocido por él o debía conocerlo, o desde la reclamación del tercero si antes no lo conocía. Dará noticia inmediata al asegurador cuando el tercero haga valer judicialmente su derecho”. La legislación colombiana, no contiene previsiones específicas

- en cuanto a las particularidades de la denuncia “del hecho” en el capítulo de los seguros de responsabilidad civil, ello mas allá de que el artículo 1072 establezca que se denomina siniestro a la realización del riesgo asegurado, y que el artículo 1075, bajo la voz aviso al asegurado exprese que el asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido, o debido conocer. La especificidad de los seguros de responsabilidad civil amerita previsiones específicas al respecto.
- d) Conforme a la legislación argentina, el asegurador no es pasible de condena en el juicio de responsabilidad civil promovido por la víctima, damnificado, o sus causahabientes, respecto del responsable del incumplimiento contractual o extracontractual (el asegurado), sino sólo se le puede extender los efectos de la condena al asegurador “en la medida del seguro” (artículo 118). Asimismo, el artículo 116 dispone que “el asegurador” cumplirá la condenación judicial en la parte a su cargo en los términos procesales.
- e) En Argentina, el privilegio sobre la suma asegurada que se concede a favor del damnificado, no sólo tiene preferencia sobre el asegurado, sino además respecto a cualquier acreedor de éste “aún en caso de quiebra o de concurso civil (artículo 118)”.
- f) En Argentina existe una norma precisa para la hipótesis de pluralidad de damnificados, (artículo 119) que dispone que si existe pluralidad de damnificados, la indemnización debida por el asegurador se distribuirá a prorrata, y se establece además que cuando se promuevan dos o más acciones, se acumulan los diversos procesos para ser resueltos por el juez que previno. La legislación específica de Colombia sobre el seguro de responsabilidad civil no contiene normas específicas respecto de pluralidad de damnificados.
- g) La ley argentina prevee normas sobre competencia territorial para el ejercicio de la “citación en garantía”. En una acción por responsabilidad civil contractual o extracontractual respecto de un asegurado, la competencia en cuanto al domicilio del asegurado, o del lugar del hecho, está establecida en el Código Procesal Civil y Comercial, pero si se cita en garantía al asegurador, el damnificado puede agregar a su elección, la jurisdicción del domicilio del asegurador. En apretada síntesis, estas son las diferencias que advertimos entre ambas legislaciones.

4. DEL CONCEPTO DE SINIESTRO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

El tema del siniestro en el seguro de responsabilidad civil ha ocupado a la doctrina de los diversos países. Dejemos por un instante de lado las cláusulas “claims made” que establecen que el siniestro lo constituye “el reclamo”. También dejemos de lado los seguros de responsabilidad civil “pay to be paid”, denominados de reembolso. Centremos nuestro análisis en las coberturas denominadas de ocurrencia.

La doctrina no es pacífica en cuanto al momento en que ocurre el siniestro. Algunos sostienen que el momento del siniestro es el hecho generador de responsabilidad civil, otros sostienen que el momento del siniestro es el reclamo del damnificado, otros, el de la liquidación, otros el del pago del asegurador, y finalmente también se sostiene que en realidad, se trata de un hecho complejo que abarca distintas etapas comprendidas desde el momento de la ocurrencia del hecho, hasta el momento del cumplimiento de la obligación del asegurador, respecto del tercero damnificado, y/o se sufragaran las costas del proceso seguido por el damnificado.

En lo personal, antes de intentar dar una respuesta, me parece cuanto menos prudente analizar a qué efectos se pretende la respuesta, respecto del momento del siniestro, por las siguientes razones:

- 1) Puede ocurrir un hecho, que no configure daño respecto de terceros, en tal caso, sin daño, no existe responsabilidad civil del asegurado, y no existiría siniestro indemnizable por un asegurador, ni débito de responsabilidad del asegurado frente al damnificado.
- 2) Puede ocurrir un hecho que comprometa la responsabilidad civil del asegurado, que no genere la reclamación de un tercero.
- 3) Puede ocurrir un hecho que genere reclamación de un tercero que se transforme en un llamado a juicio a un asegurador, en el que no exista condena para el asegurado, y por ende no exista desembolso respecto de un asegurador en relación con el damnificado.
- 4) Puede ocurrir un hecho que genere reclamación de un tercero, que se transforme en un llamado a juicio a un asegurador, en el que exista responsabilidad del asegurado, pero que el asegurador pueda oponer defensas tales como falta de cobertura, anulación de la póliza, falta de pago del premio, dolo del asegurado, etc, y que no generen desembolso del asegurador al prosperar tales defensas.
- 5) Hipótesis en los que se cita erróneamente a un asegurador a un proceso, ya sea porque el asegurado o el tercero se equivoquen de asegurador, y toda otra infinidad de hipótesis imaginables, respecto de un caso concreto.

Normalmente, en los seguros de daños patrimoniales, y en los de personas (vgr. Seguros de vida), ocurre un hecho que importa la realización del riesgo asegurado (vgr. Incendio, robo, muerte). En tales casos, el siniestro es la realización del riesgo asegurado. Verificada la existencia del mismo, el asegurador deberá liquidarlo y abonarlo al asegurado o al beneficiario, en caso de aceptación del siniestro, pero este escenario difiere en los seguros de responsabilidad civil. En estos casos, no hay diferencias doctrinarias respecto del momento de ocurrencia del siniestro.

La legislación colombiana en el artículo 1131 define el momento de siniestro como el hecho externo imputable al asegurado, y ante tal categórica definición, no

caben mayores discusiones, sin perjuicio claro está del derecho de la doctrina de criticar tal posición.

El hecho, es importante para analizar las defensas del asegurador propias del contrato de seguro, frente al asegurado y al damnificado, ya que el asegurador sólo puede oponer defensas “presiniestros”. Si desde esta perspectiva ubicáramos al siniestro en un momento diferente al del hecho, posibilitaríamos que el asegurador pudiera liberarse alegando que el asegurado dejó de pagar el premio luego del hecho, frustrando el cumplimiento de sus deberes y obligaciones.

En otras ramas diferentes al seguro de responsabilidad civil, no se asocia el pago del asegurador, al siniestro. En los seguros de vida el siniestro es el deceso, no el pago de la prestación convenida.

En todas las ramas de seguros, si no existe denuncia y/o reclamación, no se pone en funcionamiento el mecanismo que da lugar al pago del siniestro. Con la denuncia o reclamación se pone en funcionamiento el mecanismo del análisis que debe efectuar el asegurador. Desde ese momento el asegurador debe constituir las reservas técnicas, pero en los seguros de responsabilidad civil el asegurador debe constituir la reserva técnica denominada IBNR (incurred but not reported), pues se supone la ocurrencia de siniestros no reportados.

Mas allá de la posibilidad de transacción, en los seguros de responsabilidad civil, se debe dictar una sentencia judicial de condena, pasada en autoridad de cosa juzgada que determine la existencia de responsabilidad civil y la cuantía, para exigir al asegurador su contribución económica respecto del damnificado. Es menester tal juicio ya que el asegurado tiene derecho a ser oído, y recién será responsable civil cuando sea vencido en el juicio. El asegurador puede fundadamente rechazar la pretensión del tercero o del reclamo extrajudicial señalando la no existencia de sentencia firme, hasta que ello no ocurra el asegurador no estaría técnicamente en mora en relación al tercero, ni su decisión podría calificarse como renuente, y menos maliciosa. Estas consideraciones demuestran las particularidades propias del seguro de responsabilidad civil respecto de otras ramas y coberturas.

5. DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Más allá de la prescripción liberatoria prevista en el artículo 2536 del código civil (t.o. ley 640/2001), y de las causales de suspensión y de interrupción de la prescripción, así como desde que momento se inicia el cómputo de la prescripción, lo concreto es que el código de comercio, en el artículo 1081 contempla la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, distinguiendo dos tipos de prescripción, la ordinaria y la extraordinaria, “términos que no pueden ser modificados por las partes” conforme lo establece la parte final del citado artículo. A su turno, el artículo 1131 establece momentos diferentes en cuanto a la fecha a partir de la cual correrá

la prescripción respecto del damnificado, y frente al asegurado. El tema de la prescripción luce como complejo en la legislación colombiana, y tan complejo lo es, que incluso la sentencia de la Corte Suprema del 29 de junio de 2007 debió pronunciarse respecto de la prescripción de la acción directa no autónoma del damnificado con relación al asegurador. Ríos de tinta ha destinado la calificada doctrina colombiana sobre esta materia. A mayor abundamiento, basta la atenta lectura del Capítulo XXI del libro “Teoría General del Seguro – El contrato” que se titula “la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en el derecho colombiano”, capítulo en el que el insigne maestro Efrén Ossa Gómez analiza y desmenuza las distintas posturas de la doctrina sostenidas en los IV, V, y VI encuentros de Acoldese, llevados a cabo hace más de 30 años, y realiza su propia interpretación respecto del texto normativo.

El profesor argentino Juan Carlos Felix Morandi, fue invitado por su dilecto amigo Efrén Ossa Gómez, para participar en el VI encuentro nacional de Acoldese celebrado en Medellín en 1980. Su disertación sobre “la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro” puede leerse en las Memorias de aquél encuentro, páginas 135 a 145. Decía el profesor Morandi “que advertía las dificultades de efectuar una exposición que pudiese resultar provechosa para los participantes del evento, porque todo lo atinente a la prescripción tiene un colorido local que se relaciona con ese particularismo que guardan las legislaciones sobre todo cuando tratan un instituto en el que se nota el acento singular de cada país que se expresa a través de normas disimiles, las que a su vez se vinculan con otras donde obran los principios fundamentales que como ser en la prescripción no son exclusivos del seguro”. Luego de analizar el tema respecto a los seguros de responsabilidad civil conforme a la legislación Argentina, el profesor Morandi expresaba los siguientes conceptos: “Cuando el asegurador es citado en garantía puede hacer valer la prescripción contra el tercero, corriendo en este aspecto la acción ejercida por este último la misma suerte que tiene su pretensión contra el directamente responsable. El asegurador conserva su obligación de mantener indemne a su asegurado y responde en la medida del seguro “ante” el tercero damnificado durante todo el plazo que dure la prescripción de la acción que este último tiene como consecuencia del hecho dañoso. Si el tercero no hubiese citado en garantía al asegurador y dirigió la acción exclusivamente contra el asegurado, aquél tiene la obligación de asumir la dirección del proceso. En tal caso ello importa un reconocimiento interruptivo por toda la duración del proceso y la prescripción de la acción del asegurado contra su propio asegurador, nacerá cuando haya terminado definitivamente el litigio. Si en el supuesto anterior el asegurador declina la dirección del proceso y niega la garantía, o bien no toma a su cargo la dirección del proceso pero no niega la garantía, queda obligado en ambos casos hasta que en juicio se fije la indemnización en definitiva, porque la prescripción no corre atento que el asegurado está impedido de establecer la medida de su reclamo y la obligación del asegurador no está vencida. Antes de ese momento no estará en condiciones de accionar, porque no sabe sí, y cuanto el tercero pretenderá de él, y eventualmente a cuanto ascenderá la condena dispuesta por la autoridad judicial. Por eso, aún cuando pueda sostenerse válidamente que la obligación del asegurador nace con la ocurrencia del hecho lesivo para el tercero, ella para el asegurado, recién se convierte en exigible, cuando la

deuda adquiere liquidez, lo que ocurre con la sentencia que lo condena a indemnizar. Mientras en el proceso penal o civil se sostiene la inocencia o su irresponsabilidad frente al tercero, no será exigible la prestación prometida por el asegurador y toda acción dirigida en ese sentido debe reputarse extemporánea porque ante la acción no nacida, es bien sabido que no corre la prescripción.”

Así las cosas, para la legislación argentina el tema de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil, no ofrece mayores dificultades porque no se aplica la prescripción específica del contrato de seguro, sino la de la acción de la víctima o damnificado respecto del asegurado. Si entendiéramos la cuestión de otro modo no se estaría manteniendo indemne al asegurado por su débito de responsabilidad si la prescripción entre ambas acciones no fuera correlativa y homogénea, y/o dependiera de circunstancias externas al asegurado.

Tal como puede consultarse en el libro José EFREN OSSA GOMEZ “VIDA Y OBRA DE UN MAESTRO”, página 383, en aquella presentación del Profesor MORANDI al auditorio, el ilustre tratadista colombiano decía “Como compatibilizar la prescripción de la acción o derecho del asegurado contra el asegurador (en el seguro de responsabilidad civil) con la o las de los derechos de la víctima o sus causahabientes contra el asegurado responsable civil del daño. Cómo, en que sentido proyecta su influjo en el régimen de la prescripción la sentencia condenatoria del asegurado que suele consignarse en esta clase de pólizas como condición previa a la indemnización a cargo del asegurador”. Precisamente, tales inquietudes fueron abordadas en la disertación que he recordado.

6. LAS DENUNCIAS, RECLAMOS Y ACCIONES POSIBLES DEL DAMNIFICADO Y DEL ASEGURADO RESPECTO DEL ASEGURADOR EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Puede suceder que el asegurado entienda, crea o conozca que ha acontecido un hecho del que nace su responsabilidad, y lo ponga en debido conocimiento del asegurador. Puede suceder también que no conozca la ocurrencia de ese hecho, y que reciba una reclamación extrajudicial de un tercero, en cuyo caso, el asegurado debe poner en conocimiento del asegurador dicha circunstancia. Puede suceder que el, o los damnificados tengan conocimiento que el asegurado tiene contratado un seguro de responsabilidad civil y que sepan quien es el asegurador, o que el damnificado ignore tal circunstancia. Conozca o no la existencia del contrato de seguro, al tercero damnificado le asiste el derecho de promover juicio sólo respecto del causante del daño (el asegurado). En dicho juicio el asegurado demandado por el damnificado puede llamar en garantía al asegurador conforme la previsión del artículo 57 del código procesal colombiano (hoy artículo 64 ley 1564/2012). La otra posibilidad judicial para el damnificado, es la acción directa no autónoma prevista en el artículo 1133. Pueden haber otras acciones procesales posibles, por ejemplo la del reclamo pecuniario en causa penal, entre otras.

Dentro de las facultades ordenatorias que tiene los jueces, en el supuesto de que el damnificado no promueva la acción directa no autónoma, el magistrado podría ordenar al asegurado manifieste si tiene contratado seguro de responsabilidad civil, y en su caso acompañe la póliza, encaminando la contienda hacia la acción directa no autónoma en aras de la celeridad procesal y por resultar un mecanismo especial para tales controversias.

7. DEL ESCENARIO QUE SE LE PRESENTA A UN JUEZ EN LOS JUICIOS DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO EXISTE UN ASEGURADOR QUE HUBIERA EMITIDO UNA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En los juicios relativos a responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual) se le presenta al juez el siguiente escenario: El damnificado pretende del supuesto responsable civil una reparación plena e integral. Esta parte de la controversia se rige por las disposiciones aplicables del código civil.

Los aseguradores como tales, no diagnosticaron al paciente, no usaron bisturí alguno, no se olvidaron ningún óblito quirúrgico, por ello, son ajenos a las normas del código civil. El asegurador no ejecutó un hecho, no actuó con culpa o negligencia, no vulneró ningún contrato, ni ocasionó daño alguno. No existe posibilidad de reprochar al asegurador responsabilidad civil.

De allí, que en el mismo juicio si el asegurador es llamado a juicio, o el damnificado ejerce la acción directa no autónoma, se ventilan dos cuestiones sustancialmente diferentes; las relativas a los daños y perjuicios y a la responsabilidad (controversia entre el tercero víctima y el asegurado). El asegurador no tiene solidaridad con el autor del daño pues es ajeno al hecho ilícito o al incumplimiento del contrato, y la segunda relación que involucra al asegurador, se trata de una relación contractual derivada del contrato de seguro y no del daño. En los juicios de daños y perjuicios técnicamente no puede dictarse una sentencia de condena respecto del asegurador del responsable civil, sino, y en los casos que así correspondiera, se le puede extender al asegurador los efectos económicos de una eventual condena dictada contra el responsable civil “en la medida del seguro” pudiendo el asegurador oponer al tercero y al asegurado las defensas previstas en el contrato de seguro. Si se extendieran los efectos de la condena al asegurador contrariando las previsiones del contrato de seguro, se lo estaría condenando a efectuar un pago sin causa. El seguro de responsabilidad civil se contrata en beneficio del asegurado, y los terceros sólo pueden aprovechar los efectos en la medida del contrato de seguro. El tercero no tiene un derecho más extenso contra el asegurador de aquel que surge del contrato de seguro. Cualquier diferencia de condena en más deberá exigírsela al responsable civil, ello más allá que el damnificado resulte destinatario de las sumas que deba proveer el asegurador. Por ello, las relaciones jurídicas difieren ya que corresponden a sujetos diferentes, objetos diferentes, pretensiones diferentes y causas diferentes.

8. DE LAS COBERTURAS DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA PROFESIONALES MÉDICOS EN ARGENTINA - EVOLUCIÓN

Los primeros elementos contractuales específicos para la cobertura de responsabilidad civil de médicos, y otros profesionales del arte de curar, fueron aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación por Resolución 15.517, con carácter de general y uniforme, dictada el 31 de Enero de 1980. Esta cobertura comprende simultáneamente la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, adaptándose así los elementos de la cobertura a la actividad propia de las particularidades del ejercicio profesional. Se caracteriza por la personalización de la cobertura, ya que ampara las obligaciones que el profesional asegurado sea deudor a título personal en relación a los pacientes, o en su caso causahabientes. Abarca también la responsabilidad de los auxiliares del médico, sus asistentes, y el equipo médico de contratarse la cobertura específica de jefe de equipo. En Argentina no se cubre la culpa grave ni el dolo, ni claro está los actos o intervenciones prohibidas por la ley. La cobertura no cubre cualquier otro débito de responsabilidad diferente que las acciones u omisiones incurridas en el acto de la práctica médica. No cubre el deber de guardar el secreto profesional. Existen elementos contractuales específicos para clínicas y sanatorios. El asegurado, es el médico, el paciente el tercero. Si se cubre la responsabilidad del médico como especialista, debe tener el título habilitante como tal. Se conviene la suma asegurada que no se reduce por siniestros parciales. Habitualmente las pólizas contemplan franquicias y descubiertos obligatorios. Las pólizas son en base a ocurrencia (ya formularemos algunas consideraciones sobre las cláusulas claims made). El 17 de Octubre de 2013, la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó la Resolución 37.849 aprobando con carácter general las condiciones generales, específicas, y cláusulas adicionales para el riesgo, derogando a partir del 1° de Abril de 2014 las Resoluciones anteriores. Conforme al nuevo texto, Riesgo cubierto, cláusula 1, el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derechohabiente del mismo hasta la suma máxima prevista en el frente de la póliza en razón de la responsabilidad civil contractual o extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico, según consta en la habilitación correspondiente otorgada por la autoridad competente y actuando habitualmente en la especialidad o especialidades que se detallan en el frente de la póliza. Conste asimismo que se cubrirá únicamente las consecuencias de acciones u omisiones imputables al asegurado cometidas durante la vigencia de la póliza. La suma asegurada, no podrá ser inferior a \$ 120.000 por año, evento y profesional cubierto (hoy aproximadamente U\$S 15.000). La cláusula 3 establece la franquicia o descubierto obligatorio que no podrá ser superior al 5% de la suma asegurada, pudiendo convenirse porcentajes menores. Como riesgos excluidos, entre otros, se mantiene el incumplimiento del secreto profesional, los actos o intervenciones prohibidas por la ley, el convenio que garantice el resultado de cualquier intervención quirúrgica o tratamiento, la culpa grave asimilable al dolo, y el rechazo terapéutico por parte del paciente o familiares. Para la cobertura del profesional como Director o Jefe de equipo deberá cubrirse específicamente abonando el recargo de prima que se establece. Estas cláusulas específicas se complementan con las condiciones generales para los seguros de responsabilidad civil, entre ellas las relativas a la

defensa en juicio civil, la eventual defensa en proceso penal, la rescisión unilateral, la caducidad por incumplimiento de obligaciones o cargas, etc.

9. DE LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE EN RELACION CON LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO DE ARGENTINA – ALGUNOS ELEMENTOS CONTRACTUALES APROBADOS POR SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE OPINIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES – DEL ESCENARIO ACTUAL

La ley de contrato de seguro 17.418 de Argentina, que entró en vigencia el 1° de Julio de 1968, establece, como ya dijimos, en la Sección XI, las disposiciones aplicables a los seguros de responsabilidad civil. El artículo 109, dispone que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido. La Superintendencia de Seguros de la Nación, a comienzos de la década de los 90, aprobó con carácter particular a algunos aseguradores elementos contractuales del tipo “claims made” para responsabilidad civil de médicos. Comenzó a partir de allí un interesante debate doctrinario entre defensores, y detractores de este tipo de cláusulas, y si podían tener cabida a la luz y letra de la ley de contrato de seguro de Argentina. Muestra elocuente de tal debate tuvo lugar en oportunidad de la celebración del IV Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros celebrado en el año 1995 en Santiago de Chile. El expositor central de la ponencia asignada a Argentina estuvo a cargo del Profesor Juan Carlos Felix Morandi. El título del relato fue “Seguro de Responsabilidad Civil”. El texto completo puede ser consultado en la Revista Iberoamericana de Derecho de Seguros, N° 8, páginas 7 a 21. Sobre las cláusulas claims made, expresó: “En la legislación Argentina el artículo 109 de la ley 17.418 tuvo quizá la virtud de establecer los principios que sustentan la naturaleza y el alcance del seguro de responsabilidad civil expresando que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”. Agregó: “Dentro de la estructura de normas inmodificables por su letra o naturaleza se ubica el artículo 109 por lo que existiendo un contrato vinculante entre asegurador y asegurado de acuerdo a la ley, no podría el asegurador oponer al asegurado cláusulas contrarias a la ley en cuanto a la cobertura basada en la fecha del reclamo que éste deduce y frente a la víctima o el asegurado. El asegurador no podría oponer las cláusulas de un contrato de reaseguro que hubiera celebrado, pues ni el asegurado, ni la víctima, son partes en el contrato de reaseguro. Luego de recordar que las cláusulas “claims made” eran impuestas por los reaseguradores internacionales, y de analizar el concepto “reclamo”, expresó: “Estrictamente desde el punto de vista del articulado de la ley de seguros argentina, en el capítulo responsabilidad civil, me pronuncio por la no aplicación de dichas cláusulas, pero en el análisis de dichas cláusulas hay que tener muy presente lo que disponen las respectivas leyes de contrato de seguro en cada país”. Morandi, señaló su concepto en el sentido que tales cláusulas importan una desnaturalización del vínculo asegurativo a través de una restricción a los derechos del asegurado y una

ampliación de los derechos del asegurador, y obligaría a contrataciones asegurativas por todo el plazo de la prescripción (asegurado cautivo).

Han existido algunos proyectos legislativos proponiendo la modificación de la legislación argentina para posibilitar –sin objeciones jurídicas– que los aseguradores pudieran ofrecer coberturas *claims made*, sin éxito a la fecha.

Jurisprudencialmente, en los autos “R.M.A c/Obra social del peronal de la sanidad”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, el 29 de Agosto de 2003 (la ley 2003 F página 372) consideró ilícita y abusiva, debiendo tenerse por no escrita la cláusula *claims made* inserta en un seguro de responsabilidad civil médica. Del mismo modo se expresó la Sala C de la misma Cámara el 2 de mayo de 2006 en autos “Barral de Keller Sarmiento G c/ Guevara Juan Carlos y otros (el derecho 12/02/2007). En estos autos el médico asegurado planteó la inconstitucionalidad de la cláusula *claims made*. En el fallo se efectuó un completo análisis de la cuestión, y se consideró que la cláusula era abusiva. Analizada la Resolución 23160 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que había aprobada la cláusula utilizada por el asegurador, se expresó que no obsta a lo dispuesto el dictado de la Resolución ya que ello no impide a los jueces inspeccionar la legalidad de la resolución, y nunca una Resolución de un Órgano Administrativo puede habilitar la realización de un acto contrario a una ley, y menos aún a la propia Constitución.

Los pronunciamientos judiciales desfavorables, se refieren a cláusulas *claims made puras*. Para evitar los reproches algunos aseguradores obtuvieron autorización para operar con cláusulas *claims made impuras* o ampliadas, así por ejemplo Resolución SSN 29.014 del 15 de Noviembre de 2002. Mediante estas cláusulas se da cobertura al hecho médico que dio origen al daño siempre y cuando se cumplan conjuntamente las siguientes condiciones: 1) Que los actos, hechos u omisiones culposos o negligentes del asegurado que ocasionen el daño hayan ocurrido durante el período de vigencia de la presente póliza, o durante el período de retroactividad para el supuesto de futuras y sucesivas renovaciones. 2) Que los reclamantes hayan formulado y notificado al asegurado en forma fehaciente su reclamo económico durante el período de vigencia de esta póliza o bien dentro del período estipulado en la póliza (cinco o diez años siguientes a su vencimiento o rescisión). La extensión del período para recibir denuncias, es sin extraprima.

Retroactividad y período extendido para evitar reproches de abuso. En el formulario de propuesta, el asegurable debe suscribir una especie de “consentimiento informado” que establece que el asegurable tiene pleno conocimiento que está contratando una póliza con cobertura en base a reclamos de terceros, conociendo las limitaciones previstas en el contrato de seguro, ya que esos reclamos deben ser relativos a hechos cometidos en la fecha retroactiva señalada en la póliza. El documento se refiere también a las sucesivas pólizas que el asegurable vaya renovando, y que si la cobertura no es renovada se le concederá cobertura automática sin extraprima hasta cinco años después de la póliza. Este formulario busca suplir reproches por falta de información.

Estas modalidades, no cuentan con las certezas de las coberturas de ocurrencia, pero intentan aproximarse a éstas, y se presenta la posibilidad de elección entre diferentes coberturas posibles, entre ellas ocurrencia pura.

A partir del 1° de Abril de 2014, habrían perdido vigencia las autorizaciones para operar con cláusulas claims made impuras, excepto autorización particular.

No podemos dejar de señalar como mérito del sano debate, que en Argentina no tienen cabida las cláusulas claims made puras.

10. LAS RAZONES DEL NACIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE EN EUROPA – DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS PARA ADMITIRLAS

En el mercado de seguros de Londres, durante la década de 1960, comenzaron a ofrecerse alternativas diferentes a las de ocurrencia para los seguros de responsabilidad civil de profesionales médicos, que cubrían “reclamos”. En Estados Unidos, en Octubre de 1985 comienzan a ofrecerse las mismas cláusulas, y se extienden a otros mercados aseguradores del mundo. Tales cláusulas transpoladas del derecho anglosajón fueron objeto de conocimiento y decisión judicial en varios países de la Europa continental, y las decisiones judiciales decretaron la invalidez de las mismas, conforme a su derecho interno que sólo posibilitaba la cobertura de ocurrencia, tales los casos de Bélgica, España y Francia entre otros. Ello motivó que se modificaran las leyes de contrato de seguro (ley del 25 de junio de 1992 y del 14 de marzo de 1994 en Bélgica; artículo 73 de la ley de Ordenación de España en 1995, Ley 706 del 2 de Noviembre de 2003 en Francia). La razón de ser de las modificaciones apuntadas obedecen a que los reaseguradores mundiales y los aseguradores no desean estar expuestos a extensos períodos de prescripción. Si la prescripción tuviera un plazo más breve que el que rige en la generalidad de los países, no tendrían demasiado sentido las cláusulas claims made. Reducir la exposición a riesgo evita constituir reservas de IBNR y de siniestros pendientes, coadyuva a evitar siniestros de cola larga o long tail. No está en mira el beneficio de la víctima, o la seguridad jurídica del asegurado. Por ello es privativo de cada país admitirlas o no.

11. LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE COLOMBIA

El artículo 4 de la ley 389 de 1997 posibilita que la cobertura se circunscriba a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado, o a la aseguradora, durante la vigencia de la póliza, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Asimismo se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad civil siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato el cual no será inferior a dos años. La norma, no previene al menos para el primer contrato cobertura retroactiva, tampoco establece qué suma asegurada debe tenerse en cuenta

respecto de períodos extendidos, si se modificaran las sumas. La responsabilidad civil en la relación asegurado–damnificado se rige por el momento de ocurrencia del hecho dañoso, y no por el momento en el que el damnificado le formula el reclamo. El damnificado tiene derecho a reclamarle al asegurado respecto de su responsabilidad civil durante todo el período de la prescripción establecida en el Código Civil. Si el reclamo no se produce conforme lo establece la cobertura claims made el damnificado no sería destinatario de cobertura alguna, y el asegurado no estaría cubierto. Disociar “ocurrencia de hecho, y reclamo” importa crear un álea externa al asegurado, y ajena a su conducta. La ley 389 utiliza el término “damnificado” es decir quien sufrió un daño como consecuencia de una acción antijurídica. Para tener la seguridad de una adecuada cobertura el asegurado queda cautivo del asegurador debiendo contratar todos los años la misma cobertura, y si se jubila, se incapacita o fallece él o sus deudos obtener períodos extendidos por el período de prescripción, afectando su libertad de contratar. Ya señalamos precedentemente que encontramos algún obstáculo frente a los artículos 1129 y 1130 del Código de Comercio. Los aseguradores durante el período de vigencia de una póliza pueden rescindirla unilateralmente, o no renovarla a su vencimiento, no veo prohibición normativa al respecto. Depende de las circunstancias el asegurado si conoce la existencia de un hecho que compromete su responsabilidad puede intentar aumentos de sumas aseguradas, o convenir con el damnificado el momento en que éste formalice su reclamo.

Entre otros destacados doctrinarios colombianos, Carlos Ignacio Jaramillo, Javier Tamayo Jaramillo, Andres Ordoñez, Juan Manuel Diaz Granados y otros, se han ocupado del análisis de esta modalidad y sus efectos en cuanto a la prescripción. Juan Manuel Diaz Granados en el XXIV Encuentro Nacional de Acoldece, páginas 243/290 admite que habrá casos en que estemos en presencia de eventos que carecen de cobertura, y otros por el contrario en los cuales dos pólizas cubran a la vez un mismo hecho (página 280). Me remito a tales calificadas opiniones.

Del análisis del clausulado de algunas pólizas de responsabilidad Civil Médico Profesional de algunas aseguradoras colombianas, se describe la cobertura básica en cuanto al objeto, de la siguiente manera: “Por la presente póliza en desarrollo del inciso 1 artículo 4 de la ley 389 de 1997, el asegurador indemnizará en exceso del deducible, y hasta el límite de responsabilidad los daños y/o gastos legales a cargo del asegurado provenientes de una reclamación presentada por primera vez en contra del asegurado durante el período contractual derivado de la responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley (y/o durante el período adicional para recibir reclamaciones en caso de que este último sea contratado) por causa de un acto médico erróneo en la prestación de sus servicios profesionales. Los actos médicos erróneos que originen una reclamación deben haber sido cometidos con posterioridad al inicio de la fecha de retroactividad especificada en las condiciones particulares, y con anterioridad a la finalización del período contractual. La póliza contiene coberturas adicionales para herederos legales, cónyuges, gastos legales incurridos en una investigación iniciada contra el asegurado, gastos penales para cirugías reconstructivas posterior a un accidente y la cirugía correctiva de anomalías congénitas, empleados no profesionales contratados, suministro, prescripción o administración de medicamentos, utilización

y posesión de instrumentos propios de la medicina, sublímites para daños extrapatri-
moniales causados por el asegurado, excluyéndose la mala fe y el dolo. Se prevee la
forma de la revocación unilateral conforme al artículo 1071 del código de comercio,
dando el asegurador en tal caso un preaviso de diez días. La póliza se refiere a las
obligaciones de la ley 23 de 1981 así como al llenado de la historia clínica, a transmitir
el derecho de repetición, prohíbe al asegurado efectuar transacciones que en su caso
quedan reservadas al asegurador. Se reglamenta el procedimiento de reclamaciones,
así como los reclamos judiciales y extrajudiciales. El asegurado debe asumir su defensa
presentando cotización de los honorarios del abogado para ser abonados por el asegu-
rador. Tal en líneas generales el contenido de la póliza, ajustada al sistema claims made.

EPÍLOGO

La problemática de la responsabilidad civil médica en algunos países constituye una
temática social de gravedad. La proliferación exponencial de reclamos y demandas
judiciales han llevado a establecimientos sanatoriales a limitar o incluso suprimir
especialidades tales como obstetricia, ginecología y hasta traumatología. Las primas
de seguros han alcanzado en algunas especialidades montos económicos significativos,
difíciles de afrontar para profesionales jóvenes o de clase media. El temor de los
profesionales respecto a una posible acción judicial, con fundamento, o no, ha generado
el ejercicio defensivo de tan noble profesión. Antes de dar un diagnóstico presuntivo, o
incluso antes de recetar un simple analgésico, se solicitan diversos estudios, incluso de
alta complejidad, para excusar cualquier reproche futuro, lo que genera sobrecostos
de importancia en la cobertura de salud. En general, las sumas máximas aseguradas
no resultan suficientes respecto a reclamos excesivos. Asociaciones profesionales han
constituido fondos solidarios o de garantía, o subsidios ya sea en sustitución de la
contratación de seguros, o en exceso de la suma asegurada, y esta situación, si bien
no reprochable en general, si lo es respecto de la actividad aseguradora, ya que en
realidad el profesional abona un precio, esperando una contribución de un tercero en
los límites de tal convenio, si ocurre el evento previsto, la reclamación de un potencial
damnificado. Tales contratos o convenios presentan todas las características propias
de un contrato de seguro, sin que los receptores de tales fondos cumplan con las
exigencias técnicas y de solvencia de las aseguradoras, y sin que puedan jurídicamente
ser convocadas a juicio, constituyendo un claro ejemplo de ejercicio anormal o ilegal
de la actividad aseguradora sin sanción, y una cuanto menos competencia desleal
de aseguradoras que actúan en el marco del interés público. Es resorte entonces
de los poderes públicos advertir el fenómeno que describo y adoptar las soluciones
necesarias antes que sea demasiado tarde. No ayuda tampoco a la problemática que
mencionamos los extensos plazos de prescripción y menos el artículo 94 del código
general del proceso (ley 1564 de 2012) que permite interrumpir la prescripción. No es
lo mismo suspensión de prescripción que interrupción de prescripción. El asegurador
debe arbitrar los medios de asesoramiento necesario al asegurado, para procurar
evitar siniestros en lo posible, concientizando en cuanto a los deberes de diligencia
del profesional, frente al escenario actual son aconsejables las medias proactivas, si
el asegurador es un simple espectador de la realidad, las consecuencias pueden no
resultar positivas.