

PRINCIPALES ASPECTOS DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD MÉDICA *

Ligia Catherine Arias Barrera¹

INTRODUCCIÓN.....	1
I. Definición	3
II. Introducción del seguro de responsabilidad civil en la legislación nacional.....	5
1. Código de Comercio 1971	5
2. Ley 45 de 1990.....	7
2. Ley 389 de 1997	12
III. Elementos esenciales del seguro de responsabilidad civil médica	18
1. Riesgos asegurables	18
a. Asegurabilidad de la culpa grave	19
b. Tipos de responsabilidad asegurables	21
2. Prima	27
a. Tiempo de pago.....	28
b. Determinación de su valor	28
c. Mora	29
3. Interés asegurable	29
4. Obligación condicional del asegurador	30
IV. Características del seguro de responsabilidad civil profesional.....	31
1. <i>Responsabilidad contractual</i>	31
2. <i>Responsabilidad extracontractual</i>	36
3. <i>Necesidad del consentimiento del asegurado para la transacción que realice el</i> <i>asegurador</i>	38
V. Modalidades	38
<i>Mal practice, errores y omisiones</i>	39
Segunda parte: aspectos generales de la responsabilidad civil médica	43
I. Responsabilidad profesional-médica	43
1. ¿Régimen agravado de responsabilidad?	45
1.1. <i>Tipos de responsabilidad profesional</i>	47
1.2. <i>Causas de los juicios de responsabilidad civil médica</i>	49
1.3. <i>Tipos de relación médico-paciente</i>	52
CONCLUSIONES.....	61

INTRODUCCIÓN

Por estos días la principal preocupación de la responsabilidad, como tema de las relaciones jurídicas es determinar qué intereses deben ser considerados dignos de tutela, y en ese sentido debe concebirse la posibilidad de resarcimiento cuando han sido vulnerados. Este camino de reconocimiento de intereses dignos de ser protegidos se ha iniciado como consecuencia del interés de la responsabilidad por la víctima y ya no tanto

* Este artículo fue presentado a la revista el día 29 de marzo de 2010 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2010, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogada y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Coordinadora y asistente de investigación del Departamento de Derecho Comercial.

por el victimario. Tarea que ha sido encomendada a la jurisprudencia, pues es la actividad del juez la que estudia los nuevos casos que nutren el tema de la responsabilidad; a partir de los fallos de los altos tribunales es que se ha dado el avance en materia de reconocimiento y límite de intereses tutelados. Cada ordenamiento jurídico debe decidir cuáles son los intereses merecedores de tutela y protegerlos con la responsabilidad aquiliana; es decir, determinar hasta dónde está dispuesto a llegar en materia de reparación de daños.

En este sentido encontramos en las más destacadas versiones del Código Civil normas generales de responsabilidad que abren la puerta al reconocimiento de los nuevos “tipos” de daños que deben considerarse resarcibles; así, por ejemplo, en el Código Civil francés, artículo 1382, se establece que todo daño debe ser reparado. A su turno, el Código Civil alemán enumera los eventos en los que el daño debe ser reparado, haciendo uso de tipos más o menos amplios: “el que cause un daño a la vida, a la salud, a la integridad, etc.”. En el Código Civil italiano el artículo 2043, indica: “todo aquel que cause un daño injusto debe repararlo”, tendencia a partir de la cual la doctrina ha venido a determinar qué daños son injustos, pues este es el filtro que se utiliza para establecer los daños resarcibles, entendiendo por injusto que no exista ningún derecho para causarlo y que la víctima, sin tener el deber de soportarlo, vea afectado un interés tutelado.

La responsabilidad ha cambiado, pero no solo porque los factores que pueden causar daños hayan aumentado, también los daños resarcibles (aunque los patrones de responsabilidad siguen siendo los mismos: responsabilidad subjetiva y objetiva). Tampoco puede decirse que la responsabilidad ha cambiado solo porque ha aumentado el número de daños. En realidad, el punto de cambio está en la definición de los intereses que deben ser tutelados. La víctima ubicada en el centro de la responsabilidad puso de presente lo que la doctrina ha llamado la socialización de los riesgos, para los casos en los que no se conoce al agresor, pero no por ello puede dejarse desamparada a la víctima. En esos eventos hay que socializar los riesgos como desarrollo del principio constitucional de solidaridad, entonces, de lo que se trata es de que la sociedad en conjunto repare esos daños, y son varios los mecanismos a los que se ha acudido para configurar este fenómeno: el seguro privado, los seguros obligatorios, los fondos de solidaridad y el sistema de seguridad social.

Así las cosas, y debido a la especial relevancia del tema, en artículo publicado con anterioridad realizamos un estudio de los principales problemas del seguro de responsabilidad civil profesional en su modalidad de responsabilidad médica. En este artículo, en una primera parte, pretendemos hacer un recorrido por la definición del seguro de responsabilidad civil, la forma en que fue introducido en nuestra legislación, centrándonos en el Código de Comercio de 1971, la Ley 45 de 1990 con la consagración del aseguramiento de la culpa grave y la acción directa en cabeza de la víctima; para seguir con la Ley 389 de 1997 que introdujo la modalidad de las *cláusulas claims made*. Posteriormente el estudio se enfoca en los elementos esenciales y las características del seguro de responsabilidad civil profesional en su modalidad de responsabilidad médica, lo que conocemos como seguro de mal practice, errores y omisiones.

La segunda parte se refiere a la responsabilidad médica como tal; cuestiona si se trata o no de un régimen agravado, determinando los tipos de responsabilidad profesional, así como las principales causas de los juicios, los tipos de relación médico-paciente: contractual, extracontractual y las llamadas zonas grises.

Primera parte: contrato de seguro de responsabilidad civil profesional

I. Definición

El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional puede ser definido como aquel contrato que genera una protección patrimonial para el asegurado frente a los daños que hayan sido causados a un tercero llamado víctima, como consecuencia de una acción u omisión en el ejercicio de su profesión. Así, considero que no puede afirmarse, tal como lo hace el autor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO², que dicha acción u omisión tenga que ser calificada de negligente, pues al hacerlo se estaría circunscribiendo el ámbito de este seguro al de la responsabilidad contractual, que es en el que se ha trabajado la noción de culpa, como criterio para establecer la responsabilidad.

La calidad de profesional es protegida constitucionalmente, pues en virtud del artículo 26 de la Carta de 1991:

Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Se deriva entonces la necesidad de entender por profesional a la persona que ejerce un arte o una ciencia, y que se encuentra certificada para tal efecto; con el título obtenido se acredita la idoneidad, para que las demás personas puedan confiar en ella y encargarle sus intereses. En esta medida la responsabilidad a él imputable adquiere un matiz de mayor exigencia, pues se trata de una persona con mayores conocimientos en un ramo específico.

Así, el profesional se encuentra en la necesidad social y práctica de acudir al seguro, y en esa medida el seguro de responsabilidad profesional se encuentra consagrado en el artículo 1127 del Código de Comercio que indica:

El seguro de responsabilidad impone al asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra, de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

² FERNANDO SÁNCHEZ CALERO. *La acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil*, Memorias del XX Encuentro Nacional 35 años ACOLESE y AIDA, Medellín, octubre 1996, p. 191.

Se trata de un seguro de daños, pues pretende proteger las afectaciones económicas que pueda sufrir una persona, en este caso dichas afectaciones recaen sobre la integridad de un patrimonio, razón por la cual es un seguro de carácter patrimonial. Sin embargo, hay que aclarar que el daño cuya consecuencia se está asegurando necesariamente debe ser producido en el ejercicio de la profesión de quien actúa en el contrato como asegurado, bien en el evento de una responsabilidad contractual o de una responsabilidad extracontractual.

Dentro del esquema del seguro de responsabilidad civil son varias las coberturas que se encuentran incluidas, una de estas es precisamente los costos del proceso que en seguimiento del artículo 1128 están a cargo del asegurador, incluso si estas exceden el valor de la suma asegurada, lo cual implica que la obligación a cargo del asegurador va más allá del valor asegurado en la póliza. En estos eventos es clara la presencia de la carga en cabeza del asegurado de evitar la ocurrencia del siniestro, lo mismo que su extensión o propagación una vez haya ocurrido; que en el caso del profesional se hace más estricta, pues se trata de una persona que, como antes se indicaba, tiene especiales conocimientos en un área, lo que hace que sea la máxima diligencia el parámetro de comportamiento que se toma como referente. Por su parte, el asegurador tendrá que asumir los costos, que sean razonables, del eventual proceso que haya sido iniciado por el tercero damnificado o por sus causahabientes. Dentro de este tema podría verse una contradicción con el artículo 1079 del Código de Comercio, que establece que el asegurador sólo está en la obligación de responder hasta la concurrencia de la suma asegurada; sin embargo, no debe verse como una contradicción sino como una excepción a ese principio general. En opinión del doctor ANDRÉS ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ: “Bien valdría la pena, por lo demás, que se aclarara lo que en este punto es evidente y que algunas aseguradoras todavía se niegan a aceptar, y es que el amparo de gastos de defensa opera aun cuando no exista la responsabilidad civil y así se declare al cabo del proceso judicial cuyos gastos debe soportar proporcionalmente el asegurador”³. Se trata de una cobertura que no está sometida a condición, sino que de haber sido pactada se encuentra a cargo del asegurador.

El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias puede ser profesional o empresarial, todo depende del sujeto que actúe como contratante del seguro; si se trata de una póliza institucional, se comprende la responsabilidad del profesional pero solo dentro de determinado contexto. En opinión de algunos autores, respecto de la cual disiento, “el tema de la responsabilidad civil de los médicos no es en realidad un tema propiamente dicho para los juristas, y, consecuentemente, tampoco para los aseguradores de la responsabilidad civil”⁴. Esta apreciación la considero equivocada en la medida en que el derecho tiene como función la de acompañar cada uno de los fenómenos sociales para regularlos y proteger los derechos subjetivos que se encuentren involucrados. Tan importante resulta la intervención del Derecho, que es determinante la correlación que en el caso del ejercicio de los profesionales de la salud surge con otras ramas del conocimiento como la psicología y la ética, lo mismo que la interrelación con diferentes formas de responsabilidad, tales como la administrativa, penal o disciplinaria. Decimos que hay influencia de ramas del conocimiento como la psicología, por

³ ANDRÉS E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. Lecciones número 2*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 111.

⁴ JOAQUÍN ALARCÓN FIDALGO. “El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 8, junio, 1996, p. 32.

situaciones fácticas tales como que el médico tiene la obligación de trabajar por más de veinticuatro horas seguidas, sin consideraciones por parte de la entidad que actúa como empleadora, además de soportar muchas veces condiciones técnicas precarias, tales como la ausencia de recursos necesarios para la realización de un diagnóstico acertado. En esta circunstancia el médico empieza a ver que existen algunos pacientes que pueden representar un alto riesgo de demandas, prefiriendo entonces dejar de atenderlos, aplicando lo que se conoce como “medicina defensiva”.

La póliza de responsabilidad civil médica es una garantía para el patrimonio del profesional contratante⁵, pues se está cubriendo frente a las consecuencias desfavorables que para él se pueden generar, es esa la principal razón por la cual se contrata el seguro, pues diariamente vemos la avalancha de demandas que en contra de los profesionales de la salud se presentan. En todo caso, una vez producido el siniestro, el asegurador tiene el deber de comprobar la responsabilidad del asegurado, con los elementos propios de la responsabilidad civil.

II. Introducción del seguro de responsabilidad civil en la legislación nacional

El seguro de responsabilidad antes del Código de Comercio de 1971 no se encontraba regulado, en la medida en que se veía que bajo esta modalidad resultarían siendo asegurables algunos riesgos que no eran de la mayor aceptación en el mundo jurídico, esto porque en el Código de Comercio Terrestre de 1887 la noción de riesgo estaba referida a: “... la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar pérdida o deterioro de los objetos asegurados”⁶. Se establecía una exclusión total de asegurar actos de carácter culposos, y también, como lo anota el autor JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS⁷, se admitía el aseguramiento de los hechos fortuitos, que pueden ser causales de exoneración en el régimen general de responsabilidad.

1. Código de Comercio 1971

Se cambia la definición del riesgo del artículo 1054 del Código de Comercio, indicando:

Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

⁵ ANTONIO RIVAS PÉREZ. “El médico ante la responsabilidad civil”, conferencia pronunciada en la Jornada sobre la responsabilidad civil del médico, organizada por INESE, enero de 1993. Citada por ALARCÓN FIDALGO, *ibíd.*, p. 38: “Es misión del seguro de responsabilidad civil evitar el peligro de que los frutos de nuestro trabajo, total o parcialmente, nos sean robados. Y, ¿cómo? Mediante la agrupación de un gran número de personas con la finalidad de reunir los recursos económicos necesarios para hacer frente al daño que amenaza a todos ellos de la misma manera, siguiendo el lema de los mosqueteros “uno para todos y todos para uno”.

⁶ Art. 636 C. de Co.

⁷ DÍAZ-GRANADOS. *El Seguro de Responsabilidad*, 1.ª ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 32.

Como resulta del texto de la norma se incluye la calidad de incierto del riesgo, pero además la condición de ser futuro, lo cual es visto desde el momento de la celebración del contrato, y que por tanto excluye el cubrimiento de un riesgo putativo como riesgo asegurable. En todo caso, este riesgo al que nos referimos como asegurable es el que ha sido llamado en la doctrina como riesgo puro, que es el que se concreta en una afectación física o patrimonial, no así la posibilidad de pérdida o de ganancia que se conforma como el denominado riesgo especulativo. Esta noción de riesgo se encuentra entonces delimitada por los elementos ya mencionados (futuridad e incertidumbre) y por la no dependencia de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario⁸, en donde debemos tener claro que esa no dependencia está calificada porque debe ser un carácter exclusivo, y en esa medida, si por ejemplo concurren la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario con la de un tercero, el riesgo seguiría siendo asegurable.

En este tema del riesgo encontramos que el artículo 1055 del Código de Comercio⁹ establece como uno de los riesgos no asegurables a la culpa; sin embargo, en el régimen del seguro de responsabilidad civil modificado por la Ley 45 de 1990, se introdujo como riesgo asegurable la culpa grave, rompiendo así con este precepto. Esta inclusión normativa ha sido criticada en el sentido de que representa problemas al momento de calificar la culpa con la que actuó el asegurado, pues mientras que él estará interesado en que sea vista como grave, el asegurador buscará variarla a leve o levísima, en orden a evitar la generación de la obligación condicional a su cargo. Otro problema que puede derivarse de esta reforma se refiere a que se estaría abriendo paso a que el asegurado se comporte en forma totalmente negligente en sus relaciones aseguradas, sin cumplir con su carga de tratar de evitar la ocurrencia del siniestro, lo cual resultaría totalmente contrario a la buena fe¹⁰, principio que rige las relaciones jurídicas y que en forma reiterada es consagrado en la normativa mercantil, exigiéndola por lo demás calificada, pues se trata de una buena fe exenta de culpa. Hay que anotar que esta clasificación de la culpa¹¹ es aplicable de acuerdo con nuestra regulación civil al régimen de

⁸ Se habla de tomador, asegurado y beneficiario, porque existen hipótesis en donde estas tres calidades pueden ser desempeñadas por personas diferentes, entonces debemos entender que el tomador es la persona que concurre a la celebración del contrato; el asegurado, quien es el titular del interés asegurable; y beneficiario, la persona llamada a recibir la prestación derivada de la ocurrencia del siniestro.

⁹ *Artículo 1055*: El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

¹⁰ Para KARL LARENZ, citado por la Corte Constitucional en sentencia T-469 de 1992: “la buena fe no es un concepto sino un principio formulado por la forma exterior de una regla de derecho. El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por tanto de paz jurídica”.

¹¹ *Artículo 63. Culpa y dolo*. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación,

responsabilidad contractual, mas no extracontractual, pues el artículo 1604 del Código Civil establece el régimen de culpa aplicable según el criterio de la utilidad contractual, criterio que por lo demás ha sido estudiado desde el derecho romano¹². Este tema se relaciona con la necesidad o no de estipulación de la culpa como riesgo asegurable dentro del esquema de un seguro de responsabilidad civil, aspecto que será objeto de estudio en los capítulos siguientes.

Del Código de Comercio de 1971 es fundamental destacar el hecho de que introdujo la regulación en forma específica del seguro de responsabilidad civil, que fue objeto de reforma por las leyes 45 de 1990 y 389 de 1997, esta última introduce dos modalidades de cobertura: reclamación y especial, que serán objeto de estudio en el desarrollo de la presente tesis.

2. Ley 45 de 1990

Como ya lo anticipábamos, esta ley introdujo reformas al contrato de seguro tanto en el ámbito privado como público; en el primero, el que ahora nos interesa, introdujo unas consecuencias especiales para la mora de algunas obligaciones que surgen para las partes en el contrato. Respecto de la mora del asegurado en el pago de la prima estableció que se genera la terminación automática, que era algo que solo estaba regulado para los seguros de vida, con algunas morigeraciones; y respecto de la mora del asegurador en el pago de la indemnización impuso la sanción de acortar el tiempo para el pago de la misma. Así, vemos que esta consecuencia ha sido objeto de varias reformas, tal como lo anota HILDA ESPERANZA ZORNOSA¹³: “En el año de 1971 se contempló el pago de intereses a la tasa moratoria del 18%; luego en el año de 1990 se redujo el plazo, de sesenta días a un mes, y se incrementó el monto de los intereses por el pago extemporáneo, pues el asegurador debía liquidarlos a la tasa promedio más alta en el momento en que efectuara el pago. En estas dos regulaciones se conservó la posibilidad de elegir entre reclamar los intereses o acudir a la indemnización de perjuicios, en donde

significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

¹² D.50,17,23: “Algunos contratos tan sólo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan sólo dolo, el depósito y el precario; por dolo y culpa el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, así mismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia; la sociedad y la copropiedad exigen la responsabilidad por dolo y culpa. Pero esto es así que no se haya convenido una responsabilidad mayor o menor en el contrato que sea, pues debe observarse lo que se ha convenido en un primer momento, excepto lo que cree CELSO que no vale, de convenir que no se responda por dolo, pues esto es contrario a los juicios de buena fe, y así se observa en la práctica. De los accidentes y la muerte de los animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen ser atados, de los robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie” (ULPIANO 29 Sab.).

¹³ ZORNOSA PRIETO. “Las partes en el contrato de seguros”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n.º 18, Bogotá, septiembre de 2002, p. 10.

por supuesto se tenía la carga de probar daño y valor del mismo; ya hacia 1999 se fijó como tope máximo de los intereses de mora el valor del interés bancario corriente adicionado en la mitad”.

Respecto del seguro de responsabilidad civil las reformas se refieren al aseguramiento de la culpa grave y el establecimiento de la acción directa en cabeza de la víctima para reclamar directamente frente al asegurador.

2.1. Aseguramiento de la culpa grave

Refiriéndonos al aseguramiento de la culpa grave, esta quedó consagrada en el artículo 1127 del Código de Comercio, así:

... Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055...

Este aparte de la norma, en concepto de JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS¹⁴, se interpretará entendiéndose que debe “considerarse asegurable la culpa grave del asegurado, mas no sus conductas dolosas ni tampoco las sanciones de carácter penal y policivo”. Siguiendo esta línea de pensamiento, se advierte que hubo un error en la redacción de la norma, y es evidente la falta de técnica legislativa en la que allí se incurrió, pues el artículo 1055 del Código de Comercio precisamente se encarga de enumerar los riesgos considerados como inasegurables, dentro de estos está la culpa grave, pero luego este artículo 1127 del mismo código viene a excluirlo, se trata entonces de una excepción mas no de una restricción. En el punto de analizar si es necesario o no pactar expresamente el aseguramiento de la culpa, la norma guardó silencio, ello ha llevado a que se convierta en un centro de discusión entre los autores que estudian el tema. Encontramos, por ejemplo, que para EFRÉN OSSA “en el futuro, en esta clase de seguros, a menos que ella sea objeto de exclusión expresa, la culpa grave ha de entenderse asegurada como causa del siniestro”¹⁵. Como se deriva del texto, en esta corriente doctrinaria se entiende incluida la culpa; sin embargo, la posición contraria ve la culpa grave como un riesgo que se ubica dentro de los que tienen que ser pactados expresamente, pues se trata de una circunstancia excepcional.

“Como consecuencia del aseguramiento de la culpa grave se perdió la concordancia con el artículo 1099 del Código de Comercio”, afirma DÍAZ-GRANADOS¹⁶, en la medida en que el artículo mencionado se refiere a casos en que no hay lugar a la subrogación, y en su inciso segundo indica:

Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance, de acuerdo con los términos de dicho contrato.

¹⁴ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *El seguro de responsabilidad civil y la reforma introducida por la Ley 45 de 1990*. Memorias del XVI Encuentro Nacional ACOLDESE y AIDA, Santa Marta, agosto 1991, p. 16.

¹⁵ OSSA. *Teoría General del Seguro, el Contrato*, Bogotá, Temis, 1991, p. 104.

¹⁶ DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad...*, cit., p. 17.

Lo que se dice es que sí habrá lugar a la subrogación en los eventos en que la responsabilidad provenga de culpa grave, riesgo que por la reforma de la Ley 45 de 1990 puede estar resguardado en el seguro de responsabilidad civil.

2.2. Consagración de la acción directa de la víctima

Respecto de la segunda reforma, la ley¹⁷ en comento agrega al seguro una segunda función, cual es la de indemnizar a la víctima, quien se constituye como beneficiario legal de la indemnización, de ahí precisamente se deriva la acción directa que ahora está legitimando para incoar; se trata de un nuevo derecho que se le reconoce a un tercero, que no es parte en el contrato de seguro pero que depende del mismo. Para proceder al ejercicio de esta acción debe estar demostrada la responsabilidad en que incurrió el asegurado, y además que se trate de una clase de responsabilidad cubierta por el seguro contratado. En cuanto al reconocimiento de la responsabilidad civil, es importante anotar que, en beneficio de la víctima, existe libertad probatoria, por tanto no es dable al asegurador exigir la declaración judicial, que por lo demás se configuraría como una dilación injustificada en el camino de la reclamación de la indemnización a la cual tiene derecho la víctima. Puede presentarse la hipótesis de que sea el mismo asegurador el que acepte la existencia de la responsabilidad del asegurado. Corresponde a la víctima dentro del esquema del seguro de responsabilidad civil acreditar no solo la existencia del daño sino también su cuantía¹⁸, en este punto debe aclararse que la presencia del asegurado en el proceso de la acción directa no es un requisito de procedibilidad, en la medida en que la víctima se encuentra en libertad de convocar solo al asegurador, pero si su intención es que la sentencia le sea oponible también al asegurado, tendrá que citarlo, esto en virtud de la protección del derecho al debido proceso del asegurado, en su expresión del derecho de contradicción¹⁹; en este sentido tenemos la sentencia de la Corte de Casación francesa, Sala de Casación Civil, de trece de diciembre de 1938²⁰: “El ejercicio de la acción directa exige necesariamente, en ausencia de texto en contrario, la presencia del asegurado, cuando [...] ninguna condena ha sido previamente impuesta contra él, con el objeto de fijar contradictoriamente entre las partes, primero, la existencia de la obligación de reparación, y su monto y, en segundo lugar la indemnización debida por el asegurador”. Para el caso del derecho colombiano, la víctima al ser titular de dos acciones puede acudir a la acumulación de pretensiones, la cual es procedente siempre y cuando cumpla con la disposición contenida en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, muy seguramente, si no se cumple con el requisito de que esté

¹⁷ Art. 87 Ley 45 de 1990 reformativo art. 1133 C. de Co.

¹⁸ En este sentido, OSSA, refiriéndose a la carga del asegurado, o en este caso de la víctima, de probar la cuantía de la pérdida, afirma: “... No sin una advertencia previa: la que de la cuantía de la pérdida envuelve, de una parte, el concepto de *entidad* y, de otra, el de *magnitud* económica del daño asegurado. La entidad dice la relación a la incidencia del siniestro sobre el interés asegurado que puede traducirse en su *pérdida total* o en su *pérdida parcial* y que, en esta hipótesis, puede ser de la mitad, de la tercera, de la cuarta parte, etc. La *magnitud económica*, estrechamente vinculada, como es obvio, a la *entidad del daño*, es la expresión de esta en dinero, su valor patrimonial, el detrimento efectivo de las cosas objeto del contrato (seguros reales) o del patrimonio del asegurado (seguros patrimoniales)...”. OSSA. *Teoría General del Seguro, el Contrato*, ob. cit., p. 421.

¹⁹ El derecho de contradicción es aquel que pertenece a todo sujeto, bien sea persona natural, jurídica o patrimonio autónomo, por el simple hecho de ser demandado, mediante el cual se defiende de las pretensiones a través de la formulación de excepciones. Este derecho es una expresión del derecho de defensa, consagrado constitucionalmente.

²⁰ Citada por DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad...*, cit., p. 29.

acreditada la responsabilidad del asegurado, no podrá la víctima obtener una condena favorable. En todo caso, es pertinente advertir que en virtud del carácter indemnizatorio del seguro, la víctima no puede acumular indemnizaciones, además debe tener en cuenta que el seguro de responsabilidad civil tiene el doble propósito de indemnizar a la víctima y cubrir el patrimonio del responsable.

La acción en cabeza de la víctima, acción directa, recibe su denominación por ser opuesta a la acción indirecta o subrogatoria, es un mecanismo procesal que se ejerce por parte de la víctima a nombre propio por el acreedor contra el deudor (asegurador) que está obligado a cumplir con el otro deudor (asegurado).

Así, la legitimación para el ejercicio de la acción directa está radicada en cabeza de la víctima directa, de las víctimas de rebote, los herederos de unos u otros y los causahabientes a título singular de los derechos de la víctima. En este sentido la doctrina de la responsabilidad civil destaca que el punto por diferenciar es si se actúa *iure proprio* o si lo hace como heredero; en el primer caso el carácter personal del daño se da por establecido²¹, mientras que si demando como heredero debo acreditar mi calidad para que se dé el reconocimiento de ese carácter personal del daño²². Por víctima directa se entiende aquella que sufre el perjuicio en su propio patrimonio, o persona; por víctima de rebote, aquella persona que sufre las consecuencias del hecho dañino, se refiere generalmente a los familiares del lesionado y a los interesados, quienes tienen la posibilidad de alegar un daño que igualmente es personal, se piden los derechos que me corresponden por el daño ocasionado a otro, siempre que él no lo haya exigido.

Sin embargo, fueron hechos históricos los que exigieron un cambio de regulación; antes de la reforma se empezaron a dar una serie de situaciones fácticas que representaban algunos problemas tal como lo describe JAIME A. CELI MÚNERA:

... en caso de quiebra del asegurado se otorgó protección al derecho de ese tercero dañado; se expresó que el asegurado no podía ceder el crédito que tenía contra el asegurador a personas extrañas a dicho tercero damnificado, ya que su crédito únicamente lo facultaba para exigir del asegurador que se le evitara un daño y no para el pago de una suma de dinero; se afirmó que en relación con tal crédito no era posible la subrogación o el embargo del mismo por parte de otros acreedores del asegurado; y por último, se negó la posibilidad de que el asegurador pudiera pagar válidamente al asegurado fundando dicha aseveración en el hecho de que el seguro de responsabilidad civil ya no tiene la connotación de reparador sino, más bien, de un seguro preventivo y, en consecuencia, en virtud del carácter indemnizatorio de este

²¹ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de diciembre de 1994, C. P.: BETANCUR JARAMILLO, exp. 11204, citada por JUAN CARLOS HENAO. *El Daño*, 5.ª reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2005, p. 109.

²² En este sentido, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de noviembre de 1967, C. P.: MONTES HERNÁNDEZ, exp. 414, indicó: “si bien es cierto que según el artículo 2342 del Código Civil, entre los que pueden pedir una indemnización se cuenta el dueño o poseedor de la cosa o su heredero, parece claro que cuando se obre en esta última condición, sea preciso que se demuestre”.

tipo de seguro se hace imprescindible que el tercero dañado sea indemnizado siempre...”²³.

Estas situaciones fueron superadas con la reforma del artículo 1127 del Código de Comercio, pues allí se aclaró que el beneficiario legal de la indemnización resulta siendo un desconocido al momento de la celebración del contrato, se trata de una posición que vendrá a ser ocupada por el eventual afectado por la conducta del asegurado. A pesar de esta plausible aclaración, la acción directa no deja de presentar algunos problemas, que en este aparte sólo se enunciarán, pues serán objeto de profundización más adelante.

Vemos que como no hay una regulación que proteja a la víctima frente a la aplicación del principio de la oponibilidad de las excepciones, consagrado en el artículo 1044 del Código de Comercio²⁴, también es notoria la falta de claridad en cuanto a los mecanismos que se utilizan para garantizar que las víctimas conozcan de la existencia del seguro de responsabilidad civil contratado por el causante del daño²⁵. En este tema hay que tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 29 de junio de 2007, con ponencia de CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, se refirió a la exigencia que se impone al asegurado de informarle a la víctima del daño acerca de la existencia del contrato de seguro, en los siguientes términos:

... Por tanto, el comportamiento leal y probo que se espera de aquél, debe ser positivo –no una mera abstención– y dirigido a colaborar estrecha y responsablemente con la víctima en la reparación del daño causado, para lo cual debe informarla de la existencia del contrato y de las particularidades del mismo que le permitan el logro de ese objetivo tutelar, todo como corolario del acerado axioma de la solidaridad, el que cobija el de la cooperación, de tanta valía en la hora de ahora.

De esta interpretación jurisprudencial se deriva que el deber de información del asegurado con la víctima del daño no es nada diferente a una manifestación del principio de buena fe.

Respecto del término de prescripción, no se aplica la diferenciación del artículo 1081, toda vez que el artículo 1131 del Código de Comercio señala expresamente que el término de

²³ JAIME CELI MÚNERA. *La acción directa en el seguro de responsabilidad civil*. Memorias del XVI Encuentro Nacional ACOLESE y AIDA, Santa Marta, agosto 1991, p. 40.

²⁴ “Excepciones que puede oponer el asegurador. Art. 1044. Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador”.

²⁵ En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional C-388 de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ afirma como una de las diferencias entre víctima y asegurado: “Otra diferencia particularmente relevante entre la víctima y el asegurado, en el contrato de seguro de responsabilidad, surge desde el punto de vista de la información de la cual disponen una vez ocurrido el siniestro, para efectos del amparo que del mismo se deriva. En efecto, la existencia misma del contrato de seguro, así como las condiciones pactadas en dicho contrato, pueden ser desconocidas por completo por la víctima, mientras que serán plenamente conocidas por parte del tomador-asegurado”. Vemos que esta decisión jurisprudencial no tiene en cuenta lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada, pues establece como diferencia entre asegurado y víctima el conocimiento o no del contrato de seguro, ignorando la carga de buena fe que es predicable del asegurado.

prescripción de la acción directa comienza a correr desde el momento en que se produce el hecho dañoso, tenga conocimiento o no del mismo la víctima. Así, en el seguro de responsabilidad civil la prescripción de la acción directa de la víctima es de cinco años contados a partir del momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado²⁶.

3. Ley 389 de 1997

A través de la Ley 389 de 1997 se introdujo la modalidad de las cláusulas *claims made* (reclamo hecho). La ley dice que el seguro de responsabilidad civil podrá circunscribirse a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o la compañía aseguradora durante la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación; así mismo, se entenderán cubiertos los hechos que ocurran durante la vigencia del seguro, siempre que la reclamación se efectúe durante el término establecido en el contrato, que no puede ser inferior a dos años.

En este punto se ha discutido si con la introducción de las cláusulas se ha modificado el concepto de riesgo, respecto de lo cual algunos opinan que no, en la medida en que solo se ve como una forma excepcional de introducción del riesgo putativo, es decir, aquel cuya ocurrencia es ignorada al momento de la celebración del contrato, la ley lo único que hace es condicionar su cubrimiento a la presentación de un reclamo por parte de la víctima. En este tema se han venido desarrollando varias tesis, que ANDRÉS E. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ²⁷ ha clasificado así:

3.1 Tesis del hecho dañoso

Esta tesis sostiene que el siniestro se entiende realizado en el momento en que se produce el hecho dañoso, esta posición fue recogida en nuestro Código de Comercio en el artículo 1131, que indica:

Art. 1131. *Modificado. L.45/90, art. 86. Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil.* En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en 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 formula la petición judicial o extrajudicial.

Se trata entonces de que el siniestro se entiende ocurrido en el momento en el que opera el daño dentro del esquema de la responsabilidad civil, es decir, tal como lo enuncia

²⁶ En este sentido, ver sentencia de 29 de Junio de 2007, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO: "En este orden de ideas, la referencia que hace el artículo 1131 al momento en que 'acaezca el hecho externo imputable al asegurado', es determinante para establecer la ocurrencia del siniestro, y por ese mismo camino determinar el momento a partir del cual corre la prescripción frente a la víctima. Entonces al mirar esta disposición frente al contenido del artículo 1081, la Corte interpreta que debe entenderse que se está aludiendo a la prescripción extraordinaria, pues determinar el momento a partir del cual corre la prescripción para la víctima, como aquel en el que acaece el hecho, establece que se optó por un criterio netamente objetivo, que es el propio de la prescripción extraordinaria".

²⁷ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *El contrato de seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 87 a 95.

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO: "... el hecho dañoso es la causa del siniestro que precisamente es el nacimiento de la deuda de la responsabilidad civil..."²⁸. En nuestra jurisprudencia se ha reiterado esta tesis afirmando que "el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel es lo que determina el siniestro en esta clase de seguro"²⁹.

3.2 Tesis del reclamo de la víctima

Esta tendencia sostiene que el siniestro se entiende ocurrido en el momento en el que la víctima formula la reclamación en contra del asegurado para obtener la reparación. Esta posición debe ser aceptada con precaución, en la medida en que los mismos autores que la apoyan³⁰ han indicado que está sujeta a ciertos límites y a ciertas reservas, esto lo explican, por ejemplo, en el tema de que no es posible decir que se pueden cubrir todas las reclamaciones de la víctima, pues lo importante es la ocurrencia de los hechos dañosos, lo cual genera que la reclamación, entendida aquí como configuración del siniestro, deba presentarse durante la vigencia del contrato de seguro.

3.3 Tesis de la liquidación del daño

Se hace coincidir en esta tesis el siniestro con el momento en el que ya se ha realizado la liquidación del daño ocasionado, la liquidación puede resultar bien de un acuerdo entre las partes, lo cual es muy extraño, o de la actuación dentro de un proceso judicial, que por obvias razones puede resultar mucho más garantista y objetiva, esto gracias a la intervención del juez.

3.4 Tesis del pago

En el evento en el que el pago de la indemnización a la víctima se verifica, se entiende realizado el siniestro; es una posición que considero totalmente errada en la medida en que al pagar la indemnización vemos que el daño está siendo reparado o por lo menos compensado, dependiendo de la clase de daño de que se trate³¹. Tal como lo anota DÍAZ-GRANADOS³², se está dejando atrás y desconociendo la función de la acción directa de la víctima contra el asegurador, consagrada entre nosotros en la Ley 45 de 1990, como atrás indicábamos.

3.5 Tesis del hecho complejo

²⁸ SÁNCHEZ CALERO. "La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro", en *Revista Española de Seguros*, n.º 89, 1997, p. 14, citado por DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad*, ob. cit., p. 188.

²⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 10 de febrero de 2005, citada por DÍAZ-GRANADOS, ibíd., p. 189.

³⁰ Son ellos HEMARD, PICARD y BESSON.

³¹ Para los daños de carácter patrimonial, se habla de una indemnización, en la medida en que la pérdida puede ser evaluada en dinero; mientras que si se trata de los daños de carácter extrapatrimonial lo procedente es hablar de compensación, pues en ellos no es posible restablecer el estado anterior de las cosas, se busca una forma de reparación.

³² DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad*", ob. cit., p. 193.

Se trata de la unión de varias etapas históricas en la causación y reparación del daño; se habla de una conjugación de causa, daño, reclamación, liquidación y pago. Esta tesis teóricamente puede apreciarse como buena, en la medida en que es completa, pero no resultaría siendo muy útil en la práctica. En defensa de esta tendencia doctrinaria se encuentra MARÍA DE LOS ÁNGELES CALZADA CONDE, quien ha dicho:

Por último, y como se ha expuesto, hecho causal y reclamación no son riesgos distintos, sino momentos de realización de un mismo y único riesgo, el de responsabilidad civil. El eventual responsable no está expuesto a un riesgo de hechos causales o a un riesgo de reclamaciones. Está expuesto siempre a un mismo riesgo, sin duda complejo, como es el de tener que sacrificar su patrimonio para hacer frente a las reclamaciones de terceros basadas en su presunta responsabilidad por los daños derivados de acciones u omisiones en que haya podido incurrir frente a aquel. Un seguro de responsabilidad civil de reclamaciones no cubre al asegurado frente al riesgo de responsabilidad civil durante el tiempo de vigencia del contrato, sino solamente en el periodo de reclamaciones³³.

Decimos que no se trata de una teoría muy útil en la práctica, en la medida en que tanto para el asegurado como para el asegurador es necesario establecer el momento exacto en el que se entiende realizado el siniestro, pues dicho evento determina el surgimiento de una serie de cargas. Así, en el caso del asegurado debe informarle al asegurador para que éste a su vez tome, de ser pertinente, las medidas necesarias para evitar la causación de un resultado mayor en términos económicos.

3.6 Tesis del no siniestro

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO sostiene que en el seguro de responsabilidad civil no se puede hablar de siniestro, porque no existe daño para el asegurado. Considero que esta tesis es equivocada, pues el seguro de responsabilidad civil, entendido como un seguro de carácter patrimonial, está precisamente para cubrir la afectación que el patrimonio del asegurado puede sufrir como consecuencia de la generación de algún tipo de responsabilidad, bien contractual o extracontractual.

Encontramos también otra posición doctrinaria referida a considerar que la concepción de siniestro sí se ha modificado³⁴, esto porque si a las partes les es permitido pactar que el riesgo asegurado está limitado a las reclamaciones que se presenten durante la vigencia del contrato, debe entenderse modificado el artículo 1131 del Código de Comercio, pues el siniestro ya no se entenderá configurado cuando acaezca el hecho externo imputable al asegurado. También es apoyada esta tesis por CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO:

No desconocemos que este tema pueda ser objeto de discusión, bajo el argumento de que el sistema particular o extraordinario al que nos estamos refiriendo, implica tan solo un acortamiento de la cobertura –o

³³ CALZADA CONDE. "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro (LCS)", artículo publicado en la *Revista Española de Seguros*, n.º 89, enero-marzo de 1997, Madrid, p. 63, citada por ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios*, ob. cit., p. 92.

³⁴ Esta tesis es defendida por DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad*, ob. cit., p. 226.

una exclusión–, pero no una reformulación del concepto de siniestro, según ya se ha manifestado a nivel internacional [...] Empero, en todo de acuerdo con la lógica que debe presidir la interpretación del alcance del nuevo sistema y de los cambios, de suyo profundos que él envuelve, creemos con la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de analizar este difuso tema que la delimitación de la cobertura mediante las cláusulas comúnmente identificadas mediante la expresión: “claims made”, entraña una reestructuración del concepto de siniestro y, por ende, del momento en el que se entiende materializado, el cual reiteramos, no es otro que el de la reclamación, en sí misma considerada, por lo menos a la luz del nuevo esquema³⁵.

En mi opinión, aunque la tesis antes descrita sea apoyada por la mayoría de la doctrina, no resulta siendo de recibo en la medida en que no se puede afirmar tajantemente que se haya cambiado la noción de siniestro, pues acudiendo al criterio literal de interpretación³⁶, el enunciado que se le dejó al artículo 1131 es claro, “Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil”, por tanto se trata de una excepción al régimen general, mas no una modificación de la noción del mismo.

Por otra parte, con esta ley se pasa del riesgo ocurrencia al riesgo reclamación; sin embargo, de su regulación emerge un problema que es el referido a qué sucede con los hechos ocurridos dentro de la vigencia del seguro que no alcance a reclamar durante ésta, pues el asegurado se vería obligado a contratar otro seguro para buscar la cobertura con otra compañía de seguros. La disposición que contiene la reforma es la siguiente:

Artículo 4.º: En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia de seguro de responsabilidad 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.

Parágrafo. El gobierno nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.

³⁵ Citado por DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad*, ob. cit., p. 27.

³⁶ Es un tipo de interpretación que le atribuye a las disposiciones normativas su significado propio, apela entonces al significado ordinario de las palabras y a las reglas gramaticales de la lengua, esto implica que de una disposición normativa es posible determinar expresiones propias del lenguaje común, o del sentido jurídico que han adquirido o también expresiones pertenecientes al lenguaje técnico, según sea el caso. En este caso, la interpretación gramatical se nos presenta como una interpretación textual, en el sentido natural de las palabras.

En una tendencia de acoger las cláusulas *claims made*, podemos hablar de la modalidad de la reclamación, que cubre sólo las reclamaciones formuladas durante la vigencia del contrato de seguro, entonces puede ser que los hechos generadores de la responsabilidad civil hayan ocurrido antes de su entrada en vigencia pero serán cubiertos dependiendo del momento de presentar su reclamación. Esta modalidad es de gran conveniencia para el asegurador, pues el cubrimiento se da sobre reclamos y no sobre hechos dañosos y, en consecuencia, se limitará el tiempo de la cobertura en forma más correcta. Precisamente esta situación lleva a que en nuestra legislación se acoja la modalidad de las cláusulas *claims made*.

Por su parte, en la modalidad especial, que se encuentra en el inciso 2.º del artículo 4.º de la Ley 389 de 1997³⁷, se ha planteado el problema de saber si el término al que se refiere el artículo debe ser contabilizado desde la ocurrencia del hecho o a partir de la finalización de la vigencia del contrato de seguro. En opinión de algunos doctrinantes³⁸, se debe contar a partir de la terminación de la vigencia, aclarando además que no se trata de un plazo de prescripción. En este sentido, adhiero a esta posición, en la medida en que las normas sobre la prescripción son de carácter imperativo, de orden público, y por tanto no permiten la disposición de las partes dentro de un contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Se solucionan con la adopción de estas cláusulas algunos problemas como, por ejemplo, el caso de los hechos que generan consecuencias desfavorables después de mucho tiempo de haber sido realizados, bien sea porque se desconoce su nocividad o porque sus efectos adversos se conocen pero se manifiestan con posterioridad, aspecto que resulta de notable importancia para algunos casos de responsabilidad civil médica.

Existen varias modalidades de este tipo de cláusulas, que en este acápite solo se enunciarán, pues no son el objeto de este artículo. Nos referimos a las siguientes, en seguimiento de la clasificación presentada por ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ:

- a) Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso y su aviso al asegurador se produzcan dentro del término de vigencia del contrato.
- b) Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso, su aviso al asegurado y la reclamación de la víctima se presenten dentro del término de vigencia del contrato.
- c) Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso se produzca dentro de la vigencia del contrato de seguro y que la reclamación del tercero se lleve a cabo dentro de esa vigencia o dentro de un término posterior al hecho o a la terminación de la vigencia del contrato.

³⁷ "... Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia de seguro de responsabilidad 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...".

³⁸ En este sentido, DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *El Seguro de Responsabilidad*, ob. cit., p. 232: "Si fuese regla de prescripción, el siniestro se configuraría con el hecho externo imputable al asegurado y, a partir de dicho momento, aplicando el artículo 1131 del Código de Comercio, se contaría el plazo de prescripción de dos años".

d) Cláusulas que hacen depender la cobertura simplemente de que la reclamación del tercero se presente dentro del término de vigencia o dentro de un periodo posterior al hecho mismo o al término de vigencia del contrato, incluyendo hechos que hayan podido acaecer antes de la vigencia del contrato de seguro y sobre los cuales o sobre cuyas consecuencias dañosas el asegurado no tuviere conocimiento. Este tipo de cláusulas se caracterizan por su especial singularidad de implicar un cubrimiento de tipo retroactivo que no se encuentra en las demás modalidades, en tanto que se extiende a cubrir hechos anteriores a la vigencia del contrato de seguro³⁹.

Estas cláusulas generan un problema que puede ser enunciado como la imposición a la persona del asegurado de una situación de disyuntiva, en la medida en que si realiza la declaración del estado de riesgo en cumplimiento de la carga de buena fe, que acompaña a todo contrato mercantil, se verá abocado a que el asegurador se niegue a cubrir esos riesgos, pues no cumplen con uno de sus requisitos de asegurabilidad, cual es el de la futuridad. Pero si, por el contrario, decide realizar una declaración reticente o inexacta, entonces asumirá las consecuencias establecidas en el artículo 1058 del Código de Comercio⁴⁰, incumpliendo con una de las cargas⁴¹ a él impuestas por la ley mercantil. También resultará una práctica común en el medio asegurador el hecho de acortar los términos de vigencia de los contratos de seguro, para evitar cubrir hechos dañosos que estén por fuera de lo pactado en el contrato.

El seguro de responsabilidad civil hasta antes de la reforma de la Ley 45 de 1990 no era considerado como un contrato a favor de tercero, hoy esto es diferente, pues es latente que se busca la protección de las víctimas. Este cambio es muy importante pero necesita estar acompañado de una regulación clara respecto del principio de oponibilidad de las

³⁹ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *El Contrato de Seguro, la Ley 389 de 1997 y otros estudios*, ob. cit., p 119.

⁴⁰ *Declaración del tomador sobre el estado del riesgo*. Art. 1058. "El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente".

⁴¹ "La carga se diferencia de la obligación en que implica la subordinación del interés de quien está sujeto a la carga a otro interés suyo y no estrictamente al de otro, y en esa medida el cumplimiento de la carga no puede ser exigido coactivamente. Simplemente, si la carga no se cumple, los efectos previstos por quien debe cumplirla no se verán realizados", en ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. *Obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro. Lecciones número 3*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 9.

excepciones y dentro de este el de la oponibilidad de las cláusulas *claims made* a las víctimas.

III. Elementos esenciales del seguro de responsabilidad civil médica

Los elementos esenciales del contrato de seguro, de acuerdo con el artículo 1046 del Código de Comercio, son: el riesgo asegurable, el interés asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

1. Riesgos asegurables

El artículo 1054 del Código de Comercio define riesgo: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”, contenido que se ve ampliado para el caso del seguro de responsabilidad civil, por lo dispuesto en el artículo 1127: “Naturaleza del seguro de responsabilidad civil. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”. Hacemos esta afirmación, pues en el esquema del seguro de responsabilidad civil se aseguran hechos que podrían analizarse como dependientes de la voluntad del asegurado, responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En este sentido, la discusión puede centrarse en que los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio establecen que los actos meramente potestativos se constituyen como inasegurables. Así, en el caso del seguro de responsabilidad civil el riesgo se constituye precisamente por la responsabilidad del asegurado. Sabiendo que, tal como lo anota Juan Manuel Díaz-Granados⁴², “el hecho de tener un seguro de responsabilidad no debe agravar ni atenuar la situación del responsable”, lo cual implica que el seguro se constituye como un mecanismo de protección del patrimonio del asegurado, pero dentro del escenario de su reclamación los elementos de la responsabilidad deben ser acreditados con igual exigencia, como si se tratara de un proceso de responsabilidad civil. El riesgo asegurado debe ser expresamente incluido en el texto de la póliza, y en esta medida los riesgos que no hayan sido estipulados, se entenderán excluidos.

Frente a la noción de riesgo putativo entendido como la incertidumbre subjetiva, que existe solo en la conciencia de las partes (tomador y asegurador), respecto de un hecho que pudo o no verificarse en el pasado, solo tiene excepción en el caso del seguro marítimo por disposición del artículo 1706 del Código de Comercio y en los seguros que cubren riesgos financieros en los términos del artículo 23 de la Ley 35 de 1993. Sin embargo, en este punto podemos cuestionarnos acerca de la definición de “riesgos financieros”, pues se trata de posibilidades de pérdida o de ganancia que se dan dentro

⁴² DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. *Seguro de Responsabilidad...*, ob. cit., p. 49.

de la actividad financiera, y que en el caso colombiano se encuentran vigilados por la Superintendencia Financiera⁴³, lo cual hace pensar que cuando se trata de pólizas de responsabilidad civil profesional, tomadas por entidades vigiladas por dicha Superintendencia, es dable admitir la inclusión de las cláusulas *claims made*. La cobertura de esta clase de riesgos implica entender que los mismos son de carácter visible, y que en esta medida se buscará minimizar los efectos de su ocurrencia, diferente será el caso de la incertidumbre en donde no es posible prever por no tener información o conocimiento del futuro.

El artículo 1127 del Código de Comercio anuncia que a cargo del asegurador estará el pago de los perjuicios patrimoniales que el asegurado le haya causado a la víctima; sin embargo, en la medida en que esta norma no sea de carácter imperativo, es posible que se pacte entre las partes contratantes el cubrimiento de los daños de carácter extrapatrimonial, esto en busca de proteger a la víctima. En este sentido el Consejo de Estado se pronunció:

El artículo 1127 del Código de Comercio al precisar la naturaleza del seguro de responsabilidad civil señala que éste impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurador con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley. Pero, perjuicios patrimoniales y materiales no son sinónimos. El primero es el género y el segundo es la especie, es decir, perjuicios patrimoniales son los que se pueden tasar en dinero y si bien, en relación con el perjuicio moral, la indemnización no es reparadora ni restitutiva, sí constituye una compensación que se puede valorar pecuniariamente⁴⁴.

a. Asegurabilidad de la culpa grave

Con la Ley 45 de 1990 reformando el Código de Comercio, se introdujo la culpa grave como riesgo asegurable, excepcionando el régimen general de riesgos establecidos en el artículo 1055. En un comienzo se consideraba que la culpa grave era un riesgo inasegurable porque llevaría a que el asegurado optara por realizar conductas negligentes, confiado en la cobertura otorgada por el seguro; sin embargo, debe entenderse como una hipótesis excepcional en la medida en que debe dejarse muy claro dentro del contenido de la póliza la forma en la que se calificará la culpa grave y qué supuestos se entenderán cubiertos por la póliza. Así, no será lo mismo un actuar en extremo negligente dentro de una intervención quirúrgica, por ejemplo, hacer una incisión equivocada, a haber dejado un instrumento quirúrgico dentro del cuerpo del paciente; y es en estos casos en donde en el momento de la reclamación vendrá el debate entre el asegurado y asegurador, con consecuencias para la víctima del daño. Este debate podría ser morigerado gracias al pacto de una cláusula que clarifique si no los eventos, cosa que es casi imposible definir, sí los elementos de calificación de las conductas derivadas de la culpa grave, y que deban por lo demás, entenderse cubiertas por el contrato de seguro.

⁴³ Artículo 1.º Decreto 663 de 1993, refiriéndose a la descripción básica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia indica: Estructura General. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera: a) Establecimientos de Crédito; b) Sociedades de Servicios Financieros; c) Sociedades de Capitalización; d) Entidades Aseguradoras; e) Intermediarios de seguros y reaseguros.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de diciembre de 2004, exp. 14250, citada por DIAZ-GRANADOS ORTIZ. *El seguro de responsabilidad...*, ob. cit., p. 181.

En todo caso cuando se consagra la inasegurabilidad de la culpa grave: “El asegurador no cubrirá bajo ninguna circunstancia reclamaciones y/o indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar por daños y perjuicios que sean consecuencia directa o indirecta de: [...] h) La provocación intencional del daño (dolo) y/o culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud”⁴⁵, se hace referencia a la inasegurabilidad de los actos meramente potestativos, es decir, aquellos que se derivan de la voluntad; sin embargo, en el caso de la culpa hay que partir de que se le ha calificado de grave, lo cual implica que seguimos la clasificación romana de la culpa tradicionalmente conocida, circunscribiéndonos a la responsabilidad de carácter contractual, que es precisamente en la que encuentra aplicación dicha clasificación; entonces al clasificar la culpa como grave no sería predicable de la responsabilidad extracontractual, frente a la cual se habla de culpa levísima. Las consecuencias se reflejan en el campo probatorio, pues la culpa contractual se presume y la culpa extracontractual exige prueba. La cobertura de la culpa grave fue consagrada en búsqueda de establecer una mayor protección a la víctima como beneficiaria legal de la indemnización.

En el punto de definir si se trata de un riesgo que debe entenderse incorporado al contenido de la póliza, o si por el contrario debe pactarse expresamente, las opiniones son encontradas, pues en defensa de la primera posición se afirma que al ser el contrato de seguro un negocio de carácter consensual, debe pactarse en forma expresa la consagración de la culpa grave como riesgo asegurado. En este caso un ejemplo de cobertura de culpa grave podría verse en el siguiente texto que hace parte del instructivo entregado por el agente de seguros al tomador de la póliza de responsabilidad civil para profesionales de la salud, ofrecida por Agrícola de Seguros:

Dentro de los posibles errores o faltas médicas amparadas por la póliza de seguros, podríamos nombrar las siguientes:

- ✓ Errores basados en la omisión de cuidados de carácter general:
 - a. No cerciorarse previamente a una intervención quirúrgica que la radiografía examinada pertenece al paciente en cuestión.
 - b. Exodoncia de una pieza sana
 - c. Defectos de vigilancia del paciente...⁴⁶.

En la lista de amparos de la póliza debe incluirse la de la culpa grave, y en cumplimiento del deber de información, instructivos como el anterior son entregados a los profesionales de la salud, para que a manera de ejemplo se entienda qué clase de conductas culposas se encuentran cubiertas y cuales no. Estos instructivos, en la medida en que no hacen parte del clausulado del contrato de seguro, no vinculan a las partes, solo hacen parte del material que se utiliza para promocionar las pólizas de responsabilidad civil para profesionales de la salud.

⁴⁵ Condiciones Generales, *Seguro de Responsabilidad Civil para Profesionales de la Salud*. Aseguradora Mapfre.

⁴⁶ El texto anterior pertenece a Thelseguros Ltda. Allí, al conocer el tema de la presente tesis, sus funcionarios facilitaron el acceso a la información de la Póliza de Responsabilidad Civil Médica, además de comentar sus experiencias con la promoción de esta clase de seguros.

Por el contrario, respecto de la segunda posición defendida por EFRÉN OSSA, se advierte que la culpa es uno de los elementos propios de la responsabilidad, que es en esencia el objeto de protección en esta clase de seguros, razón por la cual su cobertura se entiende implícita, de donde se infiere que su exclusión tendrá que ser expresa.

La culpa grave como riesgo asegurado debe tener de referente la conducta de un buen profesional, y no el modelo general de un *bonus pater familiae*, es una exigencia especial pues se tendrán como referentes la diligencia⁴⁷, prudencia y cuidado de un buen profesional, actuando bajo las mismas circunstancias. La diligencia adquiere una especial relevancia, frente al principio de buena fe, pues se trata de una carga de carácter contractual, que implica la exigencia de solidaridad durante la formación y la interpretación del contrato, ya que la actuación del deudor debe estar encaminada a la satisfacción del interés del acreedor, sin exigir la obtención de un resultado sino la utilización de los medios adecuados para realizar con éxito la prestación, en este caso el acto médico; dichos medios serán juzgados a partir de criterios de normalidad, es decir, teniendo en cuenta normas técnicas y jurídicas aplicables al caso concreto.

b. Tipos de responsabilidad asegurables

Como parte de las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil médica, suele consagrarse dentro de los riesgos asegurables tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, así entonces vemos que se cubren los daños causados por: "... 1.1 El ejercicio de la profesión médica del asegurado, legalmente autorizado para ejercerla, indicada en la solicitud del seguro y en la carátula de la póliza. La presente póliza se extiende a cubrir la responsabilidad civil del asegurado, imputable a este por actos y omisiones cometidos en el ejercicio de una actividad profesional médica, por el personal médico, paramédico, médico auxiliar, farmacéutico o laboratorista que se encuentre al servicio y bajo la supervisión del asegurado, vinculado con éste mediante contrato laboral...⁴⁸". En este sentido es dable entender que al referirse a la responsabilidad civil del asegurador están comprendidas las dos modalidades enunciadas. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta responsabilidad se extiende a los actos realizados por sus dependientes, aspecto que será objeto de estudio en los acápite siguientes.

Como muestra de la cobertura de la responsabilidad extracontractual en el mismo condicionado general citado, se indica: "La Responsabilidad civil extracontractual por daños materiales o daños personales, ocurridos dentro de los predios del asegurado, sean estos de su propiedad, en arriendo o en usufructo, donde se desarrollan las actividades propias de la profesión médica a que se refiere este seguro, indicada en la carátula de la póliza"⁴⁹.

⁴⁷ "La diligencia consiste en el empleo adecuado de las energías y los medios idóneos para la realización de un determinado fin. En las relaciones obligatorias y en la vida de relación la obligación de la diligencia impone, justamente, el esfuerzo volitivo y técnico adecuado para satisfacer el interés del acreedor y para no lesionar los derechos ajenos", enseña MASSIMO BIANCA. *Derecho Civil 3. El Contrato*, FERNANDO HINESTROSA y EDGAR CORTÉS (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 527.

⁴⁸ Condiciones Generales. Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para médicos. Agrícola de Seguros.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 5.

Como elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad civil han sido estudiados en la doctrina el hecho contrario a derecho, la imputabilidad del resultado dañoso en cabeza del causante del mismo, el daño, y además un nexo causal entre el hecho y el daño; todos estos pasarán a ser analizados desde la óptica del ejercicio de la profesión médica.

Al referirnos al hecho contrario a derecho, señalamos que el agente actúa en contra de un deber jurídico, que en el caso de la responsabilidad contractual se encuentra determinado y delimitado por el contenido contractual; mientras que en el evento de la responsabilidad extracontractual la acción se desplegará cuando se comete un hecho prohibido o se omite uno preordenado, explicado tradicionalmente como el *naeminen laedere*. Así, en el caso de las obligaciones del profesional de la salud derivadas de un contrato, cualquiera sea su naturaleza, se entenderá realizado el hecho contrario a derecho cuando, teniendo el deber contractual de hacerlo, no empleó los medios necesarios para la obtención de un fin, o en el caso de obligación de resultados, con el actuar desplegado no se obtuvieron los mismos. Por ejemplo, en el caso de una cirugía plástica, en donde la obligación del médico es de resultados, y el mismo es determinado por el grado de satisfacción del paciente; la obtención de resultados similares o estrechamente cercanos con el esperado resulta siendo del todo insuficiente, pues es el interés del acreedor el que debe estar satisfecho en su integridad, si no es así nos podemos encontrar bien frente a un incumplimiento total o frente a un cumplimiento imperfecto, en todo caso generadores de responsabilidad. Si la falta del profesional de la salud se configura en alguna de las etapas del acto médico, estaremos asistiendo a la configuración de la responsabilidad contractual, realizándose el riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil.

En estos casos hay que advertir la diferencia en cuanto al régimen de carga de la prueba, si se trata de una obligación de medios o si se trata de una obligación de resultados. En el caso de las obligaciones de medios es necesaria la acreditación por parte del acreedor de la prestación, la existencia de la norma legal o convencional que obliga al deudor, y la falta de conformidad de la actuación desplegada con la misma, es decir, la ausencia de diligencia y cuidado propios del profesional de la materia. Por su parte, las obligaciones de resultados morigeran la carga probatoria reduciéndola a la existencia de la norma legal o convencional, sin necesidad de acreditar la negligencia, impericia o falta de cuidado, ni tampoco siendo posible y útil para el deudor probarlas en aras de exonerarse de responsabilidad, pues la única vía para liberarse es demostrar que por un hecho que le es extraño no se pudo obtener el resultado prometido.

Si se trata, por el contrario, de una hipótesis de responsabilidad extracontractual, como cuando una persona herida es dejada en un hospital, sin que tenga algún seguro, o protección del sistema de seguridad social integral en salud, para el caso colombiano, y recibe atención por parte de un profesional de la salud, causándole algún daño; vemos que la fuente misma de la responsabilidad es la violación al principio de no dañar a nadie, y por tanto habrá lugar a entender cubierto el riesgo realizado en el seguro de responsabilidad civil médica, tomado por el causante del daño.

En el tema de la imputabilidad hacemos referencia a la posibilidad de atribuir la realización del hecho dañoso a un autor específico, así MOSSET la explica: “la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho que pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto de que deba soportar sus

consecuencias⁵⁰. Como se ha clasificado la responsabilidad en objetiva y subjetiva, así también se ha hablado de imputabilidad objetiva e imputabilidad subjetiva, la primera referida a la teoría del riesgo creado, en virtud de la cual quien genere con su actuar, o en este caso con su profesión, un escenario de riesgo, asume la responsabilidad por los daños que dentro de este marco se generen; aspecto que es discutido en la doctrina, pues sus detractores afirman que esta posición reduce la responsabilidad a la mera causalidad externa o física, que no puede verse como una forma de configuración de responsabilidad propiamente dicha, y en todo caso se presenta como algo peligroso. Por su parte, la imputabilidad subjetiva se presenta como el extremo contrario, pues la prelación imperante es el criterio de la culpa, bien sea culpa probada, así opina la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil médica, o como culpa presunta, según afirma el Consejo de Estado, con las morigeraciones propias de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Respecto del elemento daño, entendido como la lesión que experimenta la víctima en su patrimonio, y que afecta un bien jurídicamente tutelado. En este caso los daños, que por regla general se dan en el ejercicio de la profesión médica, afectan la salud y la vida, como bienes jurídicamente protegidos. Afirmamos que la responsabilidad civil existirá solamente en el momento en el que efectivamente se haya producido el daño, y es dable que según la voluntad del asegurador, en el seguro de responsabilidad civil se cubra una responsabilidad, que tuvo su origen en un hecho anterior a la entrada en vigencia de la póliza.

Y por último, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, tema que ha sido objeto de estudio para la creación de tres teorías, a partir de las cuales se pretende encontrar la mejor forma de establecer la relación antes indicada.

La teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las condiciones históricas anteriores a la producción del daño se convierten en causa del mismo. A partir de ese enunciado general, siguiendo a un gran sector de la doctrina, podríamos decir que nunca terminaríamos de hacer la concatenación histórica de los hechos anteriores a una producción del daño, eso nos llevaría a una dificultad para determinar la verdadera causa de un daño y así poder determinar el nexo causal o la causalidad. Sin embargo, en defensa de esta teoría se puede argüir que hay que darle una utilización mediante unos juicios de valor lógicos y con la utilización de un recuento histórico razonable para determinar la causalidad, dependiendo del caso en concreto.

Por eso, para darle un tratamiento razonable a esta teoría se habla de la “condición *sine qua non*”, que es la condición histórica sin la cual el daño no se hubiese producido. Es ahí la abstracción del hecho histórico, de condiciones anteriores a la producción del daño, sin cuya existencia el daño no se habría producido. No necesariamente la abstracción para que sea la condición *sine qua non* para la producción del daño debe hacerse respecto del último evento, puede ser uno de los eventos anteriores a la producción del daño. Un caso traído de la jurisprudencia Francesa⁵¹, en el cual una persona sufre un accidente de

⁵⁰ JORGE MOSSET ITURRASPE y CARLOS ALBERTO SOTO COAHUILA. *El contrato en una economía de mercado*, Ed. Normas Legales, Perú, 2004, p. 308, citado por JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles*, t. I, *Teoría General del Negocio Mercantil*, Biblioteca Jurídica Dike, 12 Edición, 2007, p. 386.

⁵¹ Consejo de Estado Francés, Ass., 24 de noviembre de 1961, citado por Juan Carlos Henao. *El Daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 5.ª reimp., noviembre, 2005, p. 252.

tránsito por culpa de un tercero, la persona accidentada llega al hospital donde tienen que intervenirlo como consecuencia de una lesión en su columna vertebral, lo están interviniendo cuando pierde la visión de un ojo porque uno de los medicamentos que le aplicaron le hizo perder la visión. En el juicio de responsabilidad se dijo que el nexo causal de la pérdida del ojo depende de la teoría que apliquemos: si recurrimos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, debemos decir que la causa o la condición determinante para la producción del daño fue el accidente que llevó al paciente del hospital; haciendo la abstracción del accidente el paciente de seguro no habría tenido que ir al hospital y no se le habría tenido que aplicar el medicamento, luego uno de los efectos colaterales del medicamento no habría hecho efecto en ese paciente y no habría perdido la visión; si aplicamos la teoría de la causa próxima decimos: ¿cuál fue el último hecho anterior, “la aplicación del medicamento o la intervención quirúrgica”?, cualquiera de las dos es la causa de la pérdida de la visión; y si aplicamos la teoría de la causa adecuada, diríamos que por lo general un accidente que tiene como consecuencia un golpe en la columna vertebral normalmente no produce la pérdida de la visión, entonces el accidente como tal no fue la causa del daño.

La teoría de la causalidad adecuada es una teoría en la que lo relevante no es la concurrencia de condiciones anteriores equivalentes sino la existencia de una causa real. Pasamos de determinar todo como condición para denominarlo causa real, es la causa de la producción del daño la que normalmente, de acuerdo con la experiencia de la vida, produce el resultado dañoso. Se habla de la causalidad adecuada o la causa eficiente, porque solo determinados resultados pueden ser causados por determinadas conductas, eso cierra todo el espectro de la concurrencia de condiciones para empezar a analizar cuáles de los hechos fácticos históricos anteriores a la producción del daño producen normalmente, según la experiencia y el transcurso de la existencia de las cosas, el hecho dañoso o el resultado que produce el hecho dañoso. Así las cosas, en el caso que una persona haya sido herida por un disparo, no es responsable de homicidio quien diseña el arma o la vende sino quien la dispara, pues ya dejamos de hablar de condiciones para centrarnos únicamente en la causa del daño.

Esta teoría es la que hoy se acepta en nuestro medio, pues permite realizar juicios de valor más certeros para efectos de poder imputar el daño a una persona, permite realizar unos juicios de valor mucho más reales, jurídicos, justos y equitativos, porque si tenemos en cuenta única y exclusivamente las causas eficientes de la producción de determinados hechos dañinos cerraremos el espectro y no vamos a permitir condenar a personas que no tienen la obligación jurídica de responder.

La teoría de la causa próxima considera que la causa del daño es la más cercana al resultado, es una causalidad de carácter fáctico o físico que resuelve rápidamente el problema de la causalidad, pero que resulta siendo criticable por su simplicidad e inmediatez, pues fácilmente se puede caer en un juicio injusto e inequitativo.

Sin embargo, existen eventos en los cuales ninguna de las tres teorías servirá para lograr determinar la causalidad; se habla⁵² de dos eventos bien especiales que son la pérdida de oportunidad y la causalidad dentro de la responsabilidad médica

⁵² En este sentido se encuentran: JARAMILLO JARAMILLO. *Responsabilidad civil médica: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002; CARLOS A. GHERSI. *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín, 1998.

Respecto de la primera, la pérdida de oportunidad, existen eventos en los cuales las personas solicitan indemnización por perjuicios derivados de hechos dañinos que les han quitado la probabilidad de una oportunidad. Entonces cuando pretendo que me indemnicen por la pérdida de esa oportunidad, es decirles “yo hubiese obtenido tal ventaja pero como consecuencia de un hecho dañino que usted me provocó, yo no pude obtener esa ventaja por lo que usted debe indemnizar”. Para casi toda la doctrina, en estricto sentido lógico y jurídico, la pérdida de una oportunidad no debería indemnizarse, en la medida en que no existe certeza total del daño, ni se logra determinar efectivamente la causalidad entre el daño y la conducta del causante del mismo.

Si esto es así, ¿por qué se indemniza? Muy seguramente por razones de equidad. Se aduce que no se trata de un problema de causalidad sino de certeza del daño. Y es por eso que el tema de la pérdida de oportunidad se debe estudiar tanto dentro del estudio de la certeza del daño como de la condición de existencia del daño indemnizable como relación de causalidad. Lo que se indemniza son las probabilidades que tenía la persona para conseguir una oportunidad, probabilidades que fueron eliminadas, cambiadas o alteradas como consecuencia del hecho dañino.

En caso de responsabilidad médica, la pérdida de oportunidad encontraría grandes dificultades probatorias, y muy seguramente de ser pedido su reconocimiento no se tendría en cuenta por parte de la mayoría de los jueces al dictar la sentencia; sin embargo, podría presentarse en el evento en el que una persona decide escoger a determinado profesional de la salud para realizar su intervención quirúrgica, por la promesa de un resultado favorable, y luego, al haber sufrido el daño, alegue dentro del marco de un proceso que se le quitó la oportunidad de escoger a otro profesional de la salud dedicado al mismo ramo, con el que seguramente no se hubieran sufrido los perjuicios padecidos. Se ha hablado de pérdida de oportunidad pero no tanto como pérdida de oportunidad económica sino pérdida de la oportunidad de recuperación del paciente; con determinados hechos, omisiones, en la actividad médica se le quita al paciente la probabilidad de la recuperación. En este caso la forma de medir la posibilidad de recuperarse del paciente está determinada por pruebas periciales, estadísticas; así, por ejemplo, si a un paciente no le realizan el examen TAC a tiempo, viene la demanda por efecto de una mala asistencia médica; el vínculo es contractual, y en razón de esto la familia sostiene que el señor murió porque no le hicieron el TAC. Puede afirmarse que hubo un mal procedimiento, pero resulta que está probado científicamente que el paciente tenía un aneurisma cerebral y que de igual forma si no se le hubiera hecho la operación, las probabilidades de vivir eran tan solo del 10%, entonces se le indemnizará sobre el porcentaje de probabilidad de recuperarse, de acuerdo con las estadísticas y el peritaje, que es solo un 10%.

La causalidad nos lleva al momento del TAC, y de ahí en adelante no hay causal al 100%, sino que lo que se haga es por razones de equidad, se indemniza ese porcentaje de oportunidad que le quitaron de recuperarse, porque no es lo mismo que no atiendan a alguien por un preinfarto cuya la posibilidad es mucho más grande.

El segundo evento especial, para el tema de la causalidad, es el de la responsabilidad médica, pues allí se ha desarrollado la discusión clásica entre la culpa presunta y la culpa probada.

Cuando el régimen aplicable es el de la responsabilidad por culpa presunta se busca la inversión de la carga de la prueba; el demandante ya no debe probar que el médico obró con culpa o sin ella, sino que el demandado debe probar que actuó con diligencia y cuidado. En este tema encontramos autores cuya doctrina es criticada, como JAVIER TAMAYO JARAMILLO⁵³, que dicen que cuando se presume la culpa, la falla, la falta de diligencia y cuidado se arrastra a que se dé una presunción de causalidad. Él plantea que a pesar de que el Consejo de Estado lo niega al decir que no es una presunción de causalidad, para TAMAYO la presunción de culpa arrastra la presunción de causalidad, porque el demandante está exonerado de probar la culpa, y la causalidad, porque se hace una línea entre culpabilidad y causalidad. Lo que se plantea es que si el médico logra probar la ausencia de culpa, finalmente lo que pasará es que no hay condena y en consecuencia no habrá causalidad. Según TAMAYO, la presunción de culpa arrastra la causalidad.

En el evento de las denominadas aleas terapéuticas, ocasiones en las cuales en la responsabilidad médica no se logra determinar la causa del daño porque existen estas aleas, son eventos total y absolutamente inesperados por causa desconocida; la jurisprudencia ha dicho que los jueces pueden ponderar, en la responsabilidad médica, cuando existan esos eventos en los cuales no se logra probar 100% la causalidad; mediante indicios, el juez podrá determinar si existió tal probabilidad frente a ese daño con una intervención quirúrgica, con un acto médico o con la aplicación de un medicamento. Por eso se admite que no se pruebe al 100% el nexo causal sino que mediante pruebas el juez llegue a la plena convicción que se da la existencia de esa causalidad, valiéndose de indicios, pruebas científicas que le indiquen al juez que existió la posibilidad que ese daño hubiese sido consecuencia de la intervención quirúrgica.

Por otra parte, en la responsabilidad médica existen eventos en los cuales probar el nexo causal es totalmente complicado y en ocasiones imposible; por ello, teniendo en cuenta unos indicios o pruebas periciales, el juez puede deducir la probabilidad de la existencia de un daño y condena.

Como eximentes de responsabilidad se han estudiado en la doctrina, y siguiendo la clasificación hecha por el profesor JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR⁵⁴, los siguientes: la inculpabilidad, la causa extraña, las eximentes convencionales. Al hablar de la inculpabilidad, nos referimos al debate probatorio en el que se circunscriben deudor y acreedor, sea que se trate del régimen de culpa probada o del régimen de culpa presunta, dentro de un juicio en el que se pretenda la declaración de responsabilidad del causante del daño. En el régimen de culpa presunta, el éxito estará determinado por el hecho de desvirtuar la presunción, a cargo del deudor; mientras que en el régimen de culpa probada el éxito de la inculpabilidad dependerá de la dificultad en la que se encuentre la víctima del daño. Lo cual generalmente resultará siendo de mayor facilidad para el profesional de la salud, pues es quien además de poseer conocimientos científicos, cuenta con la mayoría de las herramientas probatorias para apoyar su posición dentro de

⁵³ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la Responsabilidad Civil*, t. 2, *De los perjuicios y su indemnización*, Temis, 1986, p. 17.

⁵⁴ ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles*, t. 1, *Teoría General del Negocio Mercantil...*, cit., pp. 395 y ss.

un proceso; sin embargo, habrá eventos excepcionales en los que la posición privilegiada la tendrá el paciente como víctima del daño.

Como causa extraña generalmente se hace referencia a la fuerza mayor y al caso fortuito⁵⁵, la primera entendida como todo hecho que impide el cumplimiento de la obligación por su carácter irresistible, se trata de un hecho externo; y la segunda como todo hecho proveniente de la actividad de la persona ejecutante, que impide igualmente el cumplimiento de la obligación pero por su carácter imprevisible. En el caso de la responsabilidad médica, para que al profesional de la salud le sea dable exonerarse de responsabilidad alegando la fuerza mayor, es necesario que acredite el carácter extraordinario e irresistible del hecho que impidió el cumplimiento de su obligación, así es el caso de un hecho de la naturaleza, por ejemplo, la reacción totalmente inesperada de una persona al tratamiento empleado, siempre que se salga del curso natural y ordinario de las cosas. En esta parte, en materia de responsabilidad del Estado, se ha hecho referencia al caso del príncipe, para indicar aquellos eventos en donde el deudor queda en la imposibilidad de ejecutar el contenido de la prestación como consecuencia de la decisión del Estado.

En el hecho de un tercero, se trata de trasladar la imputación del daño a otra persona, ajena a la relación entre el acreedor y el deudor; entonces, frente al ejercicio de la profesión médica, la hipótesis de configuración del hecho de un tercero se daría cuando, bajo advertencias médicas especiales, el paciente, después de someterse a un tratamiento, decide acudir a un profesional de la salud diferente para obtener un tratamiento alternativo, que finalmente resulta causándole un daño.

Puede darse también el hecho de la víctima, que algunos han llamado culpa de la víctima. Se trata de aquellos eventos en los que el daño resultó ocasionándose por un acto imputable a la víctima. En la responsabilidad médica puede darse el caso en el que se exige al paciente observar determinados cuidados relacionados con el tratamiento o intervención realizada y decide bien deliberada o culposamente inobservarlos, caso en el que el profesional de la salud tendrá toda su responsabilidad salvada, pues el daño no fue consecuencia directa de la ejecución del acto médico.

Finalmente, al referirnos a las eximentes convencionales, hacemos referencia a aquellas cláusulas negociales que limitan o exoneran de responsabilidad, como por ejemplo cuando se establece una suma máxima de responsabilidad frente a la eventual causación de un daño, o acortar el tiempo de exigibilidad de la obligación en cabeza del deudor.

Son asegurable dentro del esquema del seguro de la responsabilidad civil médica, la responsabilidad contractual, extracontractual y la responsabilidad por el hecho de los dependientes.

2. Prima

⁵⁵ La Ley 95 de 1890, en su artículo 1.º, define fuerza mayor o caso fortuito: “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros”.

La prima entendida como elemento esencial del contrato de seguro es manifestación de su carácter oneroso, pues en la medida en que se da el traslado del riesgo, se afectará su valor.

a. Tiempo de pago

El término para el pago de la prima está determinado por vía legal, así el artículo 1066 del Código de Comercio:

Término para pago de la prima. Art. 1066. Modificado. L. 45/90, art. 81. Término para el pago de la prima. El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella.

Esta norma es igualmente aplicable al seguro de responsabilidad civil médica; sin embargo, en la conocida modalidad ofrecida por el Grupo Corporativo SCARE, la forma de pago es diferente porque se establece una cuota fija que deberá ser cancelada durante un término de diez años para obtener una cobertura por el resto del ejercicio de la vida profesional.

b. Determinación de su valor

En el seguro de responsabilidad civil el problema que se presenta es el de la determinación de la prima pura, que es la parte destinada a cubrir el pago de los siniestros, pues ello depende de la naturaleza del riesgo; en el caso del seguro de responsabilidad civil médica los riesgos dependen del ramo de especialización del asegurado, así en tratándose de una especialidad con bajo porcentaje de intervenciones, el riesgo será menor, y por tanto lo será el valor de la prima; mientras que si se trata de un cirujano, el riesgo estará calificado en un nivel superior y por tanto el valor de la prima será mayor.

La prima se expresa en términos de valor absoluto y es una suma de dinero que resulta de la aplicación de un porcentaje o razón, que se denomina tarifa al valor asegurado declarado en el contrato. La tarifa involucra cuatro elementos o factores fundamentales: la prima pura, costos de administración, costos de intermediación y utilidad esperada. Del elemento de la prima pura se hace consistir en el costo básico del contrato de seguro, es decir, el traslado del riesgo del asegurado al asegurador, y surge de un análisis estadístico de la probabilidad de realización del mismo; el costo de administración, que se deriva de la actividad del asegurador y en los eventos en los que se hace necesario un reaseguro también se incluye su valor. En materia de seguro de responsabilidad civil médica es común que cuando se trata de profesionales de la salud cuyos procedimientos son de alta complejidad, y por tanto en el evento de una indemnización, sea excesivamente oneroso para el asegurador cubrirla.

Frente a los costos de intermediación, como en todo negocio jurídico, en el contrato de seguro la presencia de un intermediario es accidental; pero implica un costo adicional

para el seguro. En todo caso ese servicio de intermediación suele confundirse con el hecho de colaborar con la celebración del contrato de seguro, aspecto que es diferente.

Sobre este tema la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de agosto del 2000, se analiza por qué un servicio de asesoría prestado de manera exclusiva al asegurado no comporta de suyo intermediación, y cuál es el significado de las disposiciones legales que en materia de seguros ponen en cabeza del asegurador la obligación de pagar las comisiones del intermediario que, como ya se dijo, no implican que como responsable de la erogación no concurra el mismo asegurado a través del pago de la prima.

c. Mora

La prima se hace exigible como regla general en términos muy cortos contados a partir de la iniciación de la vigencia del contrato, no se devenga sino proporcionalmente al transcurso del tiempo corrido del riesgo (art. 1070 C. de Co.), esto salvo el seguro de transporte, de acuerdo con el artículo 1119 del Código de Comercio, en donde la prima se entiende devengada sólo por el asegurador una vez los riesgos comienzan a correr en su contra. Este efecto de exigibilidad inmediata pero paulatina adquisición de la prima es de gran importancia porque explica por qué un alto porcentaje de las sumas que recibe el asegurador no le pertenecen todavía y está potencialmente obligado a devolverlas a los tomadores del seguro, cuando por una u otra razón los contratos de seguro terminen de manera anticipada. Esta circunstancia explica a su vez la vigilancia estatal sobre la operación del seguro, que busca evitar la defraudación eventual de la clientela respecto de esos dineros, que son todavía de su propiedad y cuya protección se hace necesaria y se realiza a través del sistema de reservas técnicas, del sistema de inversiones obligatorias y, finalmente, del conjunto de garantías financieras en general, como son los márgenes de solvencia y los fondos de garantías.

3. Interés asegurable

Es el elemento esencial del contrato de seguro, que se define como una relación económica que vincula a un sujeto con un determinado bien o patrimonio que constituye el objeto sobre el que recae. En el caso del seguro de responsabilidad civil, la relación económica se entabla con el patrimonio, y lo que se busca es la protección integral del mismo, así entonces el asegurado estará tranquilo frente a la ocurrencia de un siniestro, sin afirmar que sea algo ajeno a su incumbencia, en la medida en que se establece un deducible, como un mecanismo a través del cual el asegurado asume solo una parte de la pérdida en el evento de verificarse la ocurrencia del siniestro. Como no es posible establecer el valor del patrimonio del asegurado, en la medida en que esta es una unidad variable, se trata del aseguramiento de una unidad susceptible de ser estimada en dinero.

El seguro de responsabilidad civil es una excepción al principio en virtud del cual el valor del interés delimita el monto del valor asegurado. En todo caso el monto de la indemnización irá hasta el límite de la pérdida, pues el seguro es típicamente indemnizatorio, pero teniendo como máximo tope el establecido por la suma asegurada, por tanto la responsabilidad no resulta siendo ilimitada ni tampoco indeterminable.

El interés como relación económica debe ser referida a derechos subjetivos de carácter patrimonial, es decir, susceptibles de apreciación monetaria, sin embargo, debe aclararse que el objeto del contrato es diferente del objeto asegurado mismo, pues sobre este

último puede existir diferentes intereses asegurables. Entonces, cuando el objeto asegurado es un bien, se trata de un seguro real, mientras que cuando es un patrimonio sin especificar componentes, el seguro es patrimonial. Estos seguros pueden ser tomados por el propietario o también por quien no lo es, por ejemplo, el arrendatario, pues su interés estará determinado por evitar que se configure la responsabilidad civil, que le generará afectaciones económicas; en estos casos es recomendable mencionar al propietario del objeto asegurado. El artículo 1084 del Código de Comercio expresa que todos los intereses que concurren sobre una misma cosa son asegurables simultánea o sucesivamente hasta por el valor de cada uno de ellos, pero en caso de producirse el hecho que origina la indemnización, ésta no puede exceder el valor total de la cosa en el momento del siniestro, y la distribución se hará teniendo en cuenta el perjuicio patrimonial efectivamente sufrido y el valor real del interés asegurado.

El interés asegurable debe estar presente durante toda la vigencia del contrato, desde su celebración hasta su terminación, pues se trata de un elemento esencial del contrato de seguro; esa existencia no exige una determinación desde el principio sino que se puede presentar la posibilidad de enunciarlo genéricamente y determinarlo con posterioridad. En esta línea decimos que si el interés asegurable desaparece, desaparecerá también el contrato de seguro, pues ya no cumple con los requisitos de la esencia, lo mismo si desaparece la cosa sobre la cual recae el interés asegurable, pues ineludiblemente se dará también la desaparición del interés de esa relación económica que sobre ella recaía.

4. Obligación condicional del asegurador

La obligación del asegurador se describe como condicionada, porque su exigibilidad está sometida a la ocurrencia del siniestro; es decir, la realización de uno cualquiera de los riesgos asegurados. Pero además de ser condicional es alternativa, en la medida en que el asegurador se encuentra en la posibilidad de decidir si, en el caso de los seguros de daños, paga en dinero el valor de la indemnización, o si por el contrario acude a la reparación, reposición o reconstrucción de la cosa asegurada; sin embargo, estas últimas hipótesis no son predicables del seguro de responsabilidad civil, pues como el objeto asegurado es un patrimonio, la única forma de pago de la indemnización sería el subrogado pecuniario. Además, aceptar la posibilidad que un asegurador se ponga en la posición de un profesional de la salud, para reparar el daño que ha sido previamente ocasionado, sería poner al asegurador en una circunstancia en exceso gravosa y, por tanto, en riesgo de generar el efecto contrario al deseado; es decir, generando un daño mayor. En estas condiciones, autores como EFRÉN OSSA consideran que no se trata de una obligación alternativa sino facultativa, pues el deber primigenio es el de pagar una suma de dinero, y las otras son solamente vías adicionales de cumplir la obligación.

Respecto de la obligación del asegurador se pueden diferenciar claramente estos conceptos, que suelen confundirse porque en muchos casos los dos se producen simultáneamente en el tiempo. La exigibilidad de la obligación del asegurador se produce cuando deja de estar sometida a condición, es decir, con la ocurrencia del siniestro en todos los casos, salvo en los seguros de responsabilidad civil en donde se presenta cuando la víctima formula el reclamo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1131 del Código de Comercio.

Al ser exigible la obligación, el beneficiario del seguro puede de inmediato proceder a ejercer su derecho de que el asegurador le pague, y puede hacerlo judicial o

extrajudicialmente. Por eso el artículo 1080 del Código de Comercio establece no un plazo para la obligación del asegurador sino para determinar a partir de qué momento se inicia la mora del mismo. Esto también explica por qué el término de prescripción de la acción del beneficiario contra el asegurador para el cobro de la indemnización se comienza a contar desde la ocurrencia del siniestro. La exigibilidad de la obligación la determina la ocurrencia del siniestro, otra cosa es que para efectos de la mora se requiera el reclamo formal.

IV. Características del seguro de responsabilidad civil profesional

En referencia al seguro de responsabilidad, debemos indicar que su cobertura se encuentra mayoritariamente en la responsabilidad contractual, aunque también puede tener cobertura la responsabilidad extracontractual. En cuanto a la distinción, que en opinión de algunos debería ser abolida, de los regímenes de responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de mayo de 1983, con ponencia del magistrado JORGE SALCEDO SEGURA, se refirió en los siguientes términos: “la necesidad jurídica de reparar un daño en que una persona se coloca frente a otra puede tener varias causas. Unas veces es la mora o el simple incumplimiento de las obligaciones previamente adquiridas, evento que supone que las personas involucradas estaban atadas por un vínculo obligacional, normalmente aunque no siempre un contrato, razón por la cual la nueva obligación se denomina genéricamente responsabilidad contractual. Otras veces hay lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar perjuicios cuando sin vínculo obligacional previo una persona le causa a otra un perjuicio. La ausencia del previo vínculo determina que a esta especie se le denomine responsabilidad extracontractual”⁵⁶. Esta distinción implica que en el momento de escoger los riesgos cubiertos por el seguro en comento, estos deben ser delimitados, de tal forma que una vez ocurra el siniestro debe conocerse si el mismo se encuentra o no cobijado por la póliza de seguro.

El seguro de responsabilidad civil comparte con el seguro en general su carácter de consensual, bilateral, oneroso y aleatorio. Sin embargo, como no este el objeto principal de este trabajo consideramos más oportuno referirnos a la responsabilidad contractual, extracontractual y la necesidad de contar con el consentimiento del asegurado para la transacción que realice el asegurador, como notas características del contrato que estudiamos.

1. Responsabilidad contractual

Tradicionalmente afirmamos que nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter contractual cuando el daño y como consecuencia de este la obligación de indemnizar surgen del incumplimiento de un contrato o en general de un negocio jurídico. Así, la responsabilidad contractual consiste “en la obligación de indemnizar el incumplimiento o cumplimiento imperfecto o tardío de una obligación que de él emana; por lo tanto, para que exista responsabilidad contractual necesitamos la presencia de un acreedor y de un deudor de una obligación contractual y el incumplimiento por parte del

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de mayo de 1983, M. P.: JORGE SALCEDO SEGURA, exp. 1098.

deudor de dicha obligación⁵⁷. Sin embargo, el incumplimiento al que nos referimos debe necesariamente ocasionar un daño, de lo contrario no se configura la responsabilidad. En este sentido la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado así:

Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión en el patrimonio del actor, y c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo⁵⁸.

Quien pretenda la reparación tiene la carga de probar el daño⁵⁹ derivado del incumplimiento contractual, lo mismo que su cuantía; pues la condena que efectivamente vaya a imponer el juez del proceso no puede superar nunca dicho valor. En el caso del seguro de responsabilidad civil el valor máximo de reconocimiento de la indemnización estará determinado por el valor de la suma asegurada, en el evento en el que el asegurador considere que el siniestro es de tal magnitud para reconocer.

Es notorio el hecho de que en materia de responsabilidad médica es predominante la responsabilidad contractual, pues la relación médico-paciente generalmente está enmarcada en un contrato de prestación de servicios, tal como lo aceptó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de noviembre de 1986: “Es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual cuando las obligaciones que ellos asumen, frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales⁶⁰”.

Respecto de los contratos de servicios médicos existen varias teorías, como son la de mandato, la de comisión civil, la de arrendamiento de obra⁶¹, la de arrendamiento de

⁵⁷ CARLOS DUCI CLARO. *Responsabilidad Civil*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1971, p. 17, citado por ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles*, t. I, *Teoría General del Negocio Mercantil...*, cit., p. 377.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de julio de 2002, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, exp. 6461.

⁵⁹ En este sentido la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia de 12 de diciembre de 1989: “Y como el incumplimiento –ha dicho la Corte– de una obligación no irroga siempre perjuicios al acreedor y casos hay en los que incluso le proporciona beneficios, obvio es concluir que el perjuicio no es un efecto forzoso del incumplimiento, ni una presunción de él. Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron, tal como se deduce de los artículos 1617 y 1599 del Código Civil, relativos a la mora en el cumplimiento de una obligación dineraria y al pago de una obligación con cláusula penal, respectivamente, que, de manera excepcional, consagran dos casos en que esa presunción es posible, ratificando de paso el fundamento de la regla general”.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de noviembre de 1986, M. P.: HÉCTOR GÓMEZ URIBE, exp. 1378.

⁶¹ Reinhard Zimmermann. *The Law of obligations: Roman Traditions of the civilian tradition*. Oxford University Press, New York, 1996, p. 395: “... It is equally obvious, however, that there are a variety of marginal cases where it can be very difficult to decide on which side of the borderline between *locatio conductio operis* and *operarum* they fall. These difficulties continue to persist in all those legal systems which have adopted the trichotomy of contracts grafted on to the Roman *locatio conductio* by the writers of the *ius commune*. Take, for example, the legal relationship between physician and patient. It is normally taken to be a contract of service by the modern German courts:

empresa⁶², la de arrendamiento de servicios⁶³, la de contrato de trabajo⁶⁴. Sin embargo, este tema no resulta del todo claro, y aún sigue en discusión. En esta línea algunos consideran que es un contrato de carácter innominado, y que la doctrina ha preferido llamar de “asistencia médica”⁶⁵.

En todo caso debemos afirmar que el contrato que surge entre un profesional de la salud y un paciente para la prestación del servicio⁶⁶, y cuyo aseguramiento está presente en la mayoría de las pólizas de responsabilidad civil médica, se caracteriza por ser un contrato *intuitu personae*, en la medida en que es la persona escogida por el paciente, con especiales calidades profesionales, quien se encargará de prestar el servicio, en el caso de nuestro régimen de seguridad social integral, a pesar de que directamente no se contrata con el profesional de la salud, sí se da la libertad para escoger⁶⁷ dentro de las opciones que presente la Entidad Promotora de Salud, el profesional que va a prestar sus servicios. La prestación del servicio de medicina a través de una entidad⁶⁸ no resta el carácter contractual de la relación que existe entre el profesional de la salud y el paciente,

the contract only obliges the physician to carry out, *lege artis*, an indicated medical treatment; it is not intended to make him liable for the success of such treatment. But it is very doubtful whether the same applies if a physician accepts a patient for sterilization. The Federal Supreme Court has gone further and even regarded it as a contract of service if a dentist promises to produce a dental prosthesis or to crown a tooth. This appears to be wrong, even if it is conceded that removal of the toothache cannot reasonably be taken to be the object of the contract. It is, indeed, not a therapeutic success that the dentist promises. Nevertheless, he undertakes to produce a more limited result (namely to prepare and fit onto the tooth a suitable crown), which in turn will (it is hoped) have the desired therapeutic consequences. Another notorious problem are in German law is the classification of the contract between an architect and his customer”.

⁶² Es el contrato en el que el deudor posee los conocimientos para hacer alguna obra, puede obligarse a realizarla.

⁶³ El artículo 2069 del Código Civil establece que todos los artículos anteriores se aplican a los servicios que según el artículo 2144 se sujetan a las reglas del mandato. El artículo 2144 indica: “Los servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

⁶⁴ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 30 de marzo de 1998, M. P.: RAFAEL MÉNDEZ ARANGO.

⁶⁵ FERNANDO GUZMÁN MORA y EDUARDO FRANCO DELGADILLO, ob. cit., p. 524.

⁶⁶ En este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, que será analizada en el capítulo quinto de la presente tesis.

⁶⁷ Ley 100 de 1993, art. 153. “*Fundamentos del servicio público*. Artículo condicionalmente *exequible*. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

[...]

“4. *Libre escogencia*. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores de las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley” (subrayado es nuestro).

⁶⁸ La entidad puede ser: hospitalaria de servicio público; del sistema de seguridad social integral; entidades privadas que contratan ofreciendo al médico como parte en el contrato; y las empresas de medicina prepagada.

sino que involucra al tercero que es precisamente la entidad encargada de la prestación de servicios.

También se trata de un contrato de carácter consensual, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades, en este evento se requiere especialmente un consentimiento que ha sido estudiado en la doctrina como “consentimiento informado”. En este tema debemos empezar afirmando que el consentimiento es uno de los elementos que deben estar presentes en todo contrato, sin ninguna clase de vicios que afecten la declaración de voluntad de alguna de las partes contratantes, pues de estar bajo esta afectación, la autorización o consentimiento será inválido. Nuestro Código Civil define el consentimiento, en los términos del artículo 1517: “*Objeto de la declaración de voluntad. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración*”. En este sentido el consentimiento en medicina adquiere una relevancia especial, en la medida en que al otorgarlo se toma una decisión sobre uno derecho fundamental, el derecho a la vida, en conexidad el derecho a la salud. En opinión de algunos autores⁶⁹, el consentimiento puede ser otorgado con fines específicos:

- ✓ El consentimiento, en el campo médico, puede ser otorgado con fines específicos, entre otros:
 - Para tratamiento farmacológico
 - Para procedimientos diagnósticos no invasivos
 - Para procedimientos invasivos diagnósticos
 - Para procedimientos terapéuticos no quirúrgicos.
 - Para procedimientos quirúrgicos
 - Para cirugía estética
 - Para tratamiento no convencional “heroico”
 - Como sujeto de experimentación
 - Como donante de órganos.

Hay una serie de condiciones para que exista consentimiento en medicina, la primera de ellas es la capacidad⁷⁰, que merece especial tratamiento para el caso en el que el paciente es un incapaz en términos legales, caso en el cual la autorización debe ser otorgada por un familiar cercano⁷¹. La segunda condición es la posesión del derecho, en

⁶⁹ GUZMÁN MORA y FRANCO DELGADILLO. Ob. cit., p. 538.

⁷⁰ Artículo 1503 del Código Civil: “Toda persona es legamente capaz, excepto aquellos que la ley declara incapaces”. Artículo 1504 del Código Civil: “*Incapaces absolutos y relativos. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender (por escrito)*. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución*”.

Inc. 3.º. *Modificado. D. 2820/74, art. 60.* “Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”.

“Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

⁷¹ Ley 23 de 1981 artículo 14: “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

este caso se trata de la titularidad de dos derechos: el derecho a la vida y el derecho a la salud; y es precisamente en este punto donde según algunos puede haber lugar a discusión acerca de si lo más importante es la preservación de la vida o de la calidad de vida del paciente. La tercera condición es la información adecuada, que debe ser proporcionada por el profesional de la salud en términos que sean claros y entendibles para el paciente, resolviendo además los cuestionamientos que surjan en el proceso de discusión de las condiciones de la prestación del servicio o de la realización del acto médico. La cuarta condición es la causa⁷² o motivo del acto, que debe ser lícita, expresa pero además debe provenir de ambas partes, del paciente en la necesidad de beneficiarse del servicio profesional, y del profesional de la salud, de ejecutar el acto médico, y no como se pensaría, un objetivo lucrativo. La quinta condición es que ese consentimiento sea otorgado por escrito, con el objeto de probar dicha circunstancia, sin embargo, cuando la atención deba ser prestada de urgencia el profesional de la salud debe ser precavido y dejar constancia de dicha situación en la historia clínica.

Se trata de un contrato de carácter bilateral que genera obligaciones tanto para el profesional de la salud como para el paciente, las cuales serán objeto de estudio más adelante.

En todo caso en el ámbito de cobertura del seguro de responsabilidad civil médica se encuentran enmarcados los daños que puedan derivarse de la relación contractual que se constituyó con el paciente, así se enuncia la cobertura de “los perjuicios a terceros causados por el ejercicio de la profesión médica”, dicha forma de estipulación de los riesgos cubiertos es bastante amplia y permite entender incluidas tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Hoy en día el trabajo médico, en su mayoría, se realiza en grupo, en equipo⁷³, esto hace indispensable que al momento de determinar la responsabilidad por la causación de un daño sea necesario delimitar el campo de acción de cada uno de los intervinientes en el proceso de diagnóstico y tratamiento que hacen parte de la prestación de un servicio médico. Esto para que en el evento de la generación de un daño, en el proceso de la delimitación de responsabilidad determine también el monto de la indemnización, y por tanto el valor de la obligación a cargo del asegurador dentro del marco del seguro de responsabilidad civil, que haya sido contratado por cada uno de ellos.

Bajo esta circunstancia, cada asegurador tendrá que establecer si el daño causado se encontraba dentro de su cobertura o no, para que la víctima tenga derecho a constituirse como beneficiario legal de la indemnización frente a cada uno de los aseguradores. En este caso es indiscutible la dificultad que representará para la víctima poder obtener la parte de la indemnización a cargo de cada asegurador, pues necesariamente tendrá que acudir a un intermediario llamado ajustador para realizar la correspondiente reclamación,

⁷² Código Civil. Artículo 1524: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁷³ Son características del trabajo en equipo la complementariedad, la coordinación, la comunicación y la confianza.

y evitar así posibles evasivas del asegurador; esto contando con una decisión judicial en donde se haya establecido claramente la responsabilidad de quienes en esos contratos actuaron como asegurados.

2. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual del médico tiene lugar cuando no ha mediado entre él y el paciente una relación previa al momento de la realización del acto médico, en todo caso se trata de eventos totalmente excepcionales. Se entiende que se genera esta clase de responsabilidad cuando el profesional de la salud atiende urgencias, cuando el paciente está inconsciente y no media la voluntad, en el caso en el que el paciente se rehúsa a recibir atención médica y cuando el paciente es llevado por un tercero con el cual no tiene ninguna relación.

En el evento de la generación de un daño, el causante del mismo se ve abocado a pagar una indemnización para reparar los perjuicios patrimoniales y a buscar una forma de reparación para los perjuicios extrapatrimoniales; esto en virtud del principio de reparación integral del daño, que se encuentra presente en todos los sistemas jurídicos, así, por ejemplo en el sistema anglosajón la reparación integral del daño adquiere una faceta adicional con los daños punitivos, imponiendo una condena a los particulares con una especial connotación social. Por su parte, en los sistemas jurídicos de tradición continental europea, la regla de la reparación integral varía, pues las opiniones están divididas, hay quienes dicen que para aplicar la regla de la reparación integral debe hacerse una diferenciación entre si los daños indemnizables son los que tienen un carácter patrimonial o extrapatrimonial. Otros consideran que el daño es una aminoración patrimonial, y entienden que el patrimonio es el conjunto de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

La jurisprudencia ha aplicado tradicionalmente la regla de la reparación integral del daño, pero en el orden legal solo fue consagrada en la Ley 446 de 1998 que en su artículo 14 lo consagró como un principio, indicando: “en todo juicio donde se repare un daño, este deberá hacerse conforme a la regla de la reparación integral, a la equidad y a los criterios técnicos actuariales”. Dicha norma ha dado lugar a múltiples cuestionamientos, por ejemplo si la norma obliga a la valoración del daño como punto de partida para lograr una reparación integral, ¿qué pasa con aquellos daños que tienen por vía legal⁷⁴ un tope indemnizatorio establecido antes de la entrada en vigencia de esta ley?; en opinión del profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO⁷⁵, la Ley 446 de 1998 no pretendía derogar las normas anteriores, solo quiso elevar a rango legal el principio de la reparación integral del daño.

⁷⁴ El Código de Comercio en uno de sus artículos referidos a la indemnización de las víctimas de los transportes aéreos establece unos límites. También el Código Penal, e igualmente existen materias en las cuales hay límites preestablecidos a la indemnización por ejemplo: en el transporte aéreo internacional o nacional, cuando se compra un pasaje dice: “el transportador responderá en caso de muerte hasta ‘X’ suma, en caso de lesiones hasta ‘X’ y en ‘X’ suma por pérdida del equipaje.

⁷⁵ TAMAYO JARAMILLO. *De la Responsabilidad Civil*, t. 2, *De los perjuicios y su indemnización*, Temis, 1986, p. 89.

En todo caso debemos entender que el principio de la reparación integral del daño⁷⁶ tiene algunas limitaciones como son los límites indemnizatorios y su carácter obligatorio cuando son establecidos por vía legal o contractual, son topes que en todo caso no tienen en nuestro medio una aplicación generalizada, sino que se derivan de unas actividades determinadas como es el caso del transporte aéreo. Diferente es el caso de España en donde existe la ley de accidentes de tránsito con unas tablas indemnizatorias que se deben aplicar al reparar el daño a las víctimas de dichos accidentes, dejando al juez la tarea de evaluar el daño, hacer uso de la tabla y limitarse a una operación matemática para establecer el valor de la reparación del daño; ante esta situación se demandó la norma ante el Tribunal Constitucional español, el cual determinó que la norma era constitucional porque el legislador, por razones de igualdad, solidaridad y economía, podía válidamente establecer esos baremos. Precisamente por la ausencia de un manual de valoración del daño, en Colombia es posible aplicar el principio de la reparación integral del daño.

Para la reparación de los daños materiales hay una facilidad en materia probatoria, pues se sabe con certeza hasta dónde se puede indemnizar; el fin es proteger los derechos e indemnizar los daños que al titular de aquellos sean causados, con un carácter meramente resarcitorio. En este caso es dable comprobar la extensión del daño y el monto, para lograr así una reparación integral. Por la naturaleza jurídica de esta clase de perjuicios, el objetivo de la indemnización es devolver las cosas al estado anterior a la causación del daño.

En los daños inmateriales la medida del daño es completamente imposible de determinar, por ejemplo, es imposible determinar el daño sufrido por un hijo ante la pérdida de su madre, no podemos determinar su extensión. En este sentido la jurisprudencia hasta 1922 decía que las lágrimas eran inmonedables, ya con el paso del tiempo y con la maduración jurídica que otorga la casuística se llegó a la conclusión de que los daños inmateriales se podían tasar de cierta manera. Lo que hizo fue crear presunciones de tipo jurisprudencial para indemnizar esos daños inmateriales, que tiene más un carácter compensatorio que resarcitorio. En nuestro medio, el daño moral, los daños inmateriales en general, han sido tasados con sumas de dinero, que estuvieron representadas en pesos, en gramos oro, y actualmente lo están en salarios mínimos legales mensuales vigentes. Los topes que históricamente han sido establecidos son arbitrarios en la medida en que dependen de la decisión del juez, además son solamente indicativos, mas no obligatorios.

Como manifestación del principio de la reparación integral del daño, en virtud del cual el daño debe ser reparado en toda su extensión y dimensión, surge el principio de la *compensatio lucri cum damno*, consistente en que únicamente se debe reparar el daño, por lo que la víctima no puede derivar un lucro del daño que le ha sido infligido, y es precisamente el daño la medida de la reparación. Existen ocasiones en las cuales de un mismo hecho dañino se pueden derivar múltiples indemnizaciones, lo que este principio busca es evitar que el daño se convierta en fuente de enriquecimiento. Se trata de determinar si la víctima puede devengar o no todas las ventajas derivadas del hecho dañino. Debemos decir que hay ocasiones en las cuales no solamente está obligado a pagar las consecuencias del daño su responsable directo sino que pueden existir terceros obligados a pagarlas también, por ejemplo los seguros, que es el caso que nos interesa.

⁷⁶ Para algunos no se trata de un principio sino de una regla, en la medida que permite la existencia de algunas excepciones, característica que no es propia de los principios.

En el contrato de seguros generalmente se asegura un riesgo, acaecido este, la aseguradora se encarga de proveer la indemnización que han pagado por vía de la póliza. Pero hay ocasiones en las cuales ese daño causado puede tener un culpable y se trata establecer si puede la víctima recibir válidamente la indemnización que debe el responsable del daño y la indemnización debida por la aseguradora. Para poder responder a este interrogante es importante diferenciar el caso del seguro daños, que es el caso del seguro de responsabilidad civil médica, y el evento del seguro de personas.

En el primer caso, cuando el riesgo asegurado corresponde a un contrato de seguro de daños, la víctima no puede recibir ambas indemnizaciones en forma válida, pues según la legislación comercial colombiana, el pago hecho por el seguro de daños subroga al asegurador en los derechos que tiene la víctima para poder cobrar al responsable directo del daño. Entonces, una vez el asegurador paga a la víctima la indemnización que le debe por la realización del riesgo asegurado, la víctima pierde toda la posibilidad de cobrarle al responsable directo del daño por la subrogación legal que existe.

Tratándose de seguros de personas, por el contrario, la ley comercial colombiana no permite una subrogación del asegurador en los derechos de la víctima, entonces ella puede acumular válidamente ambas indemnizaciones, tanto la que paga el asegurador como la que paga el responsable directo del daño.

Entonces, el punto de diferencia entre ambas modalidades de seguro es la subrogación. Mal podría pensarse que si la aseguradora se subroga en los derechos de la víctima pueda ir esta a perseguir al responsable directo del daño, toda vez que ya no le asiste poder jurídico para hacerlo.

3. Necesidad del consentimiento del asegurado para la transacción que realice el asegurador

En el seguro de responsabilidad civil profesional, una vez se ha adelantado la reclamación ante al asegurador y éste ha decidido pagar la indemnización a la víctima⁷⁷, se hace necesario que exista un consentimiento previo y expreso del asegurado, pues es su imagen como profesional la que se puede llegar a ver afectada, al aceptar que se ha generado una responsabilidad en el ejercicio de su profesión⁷⁸. Es esta una forma de protección al buen nombre.

V. Modalidades

⁷⁷ “Se trata del negocio jurídico de transacción, que en el derecho romano era conocido como el acto en virtud del cual las diferencias litigiosas podían terminarse sin esperar decisión judicial y mediando para ello la renuncia recíproca de intereses. El Código Civil define en el artículo 2469 la transacción como el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual; por eso se excluye de la transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa o el simple desistimiento de un pleito”. BONIVENTO FERNÁNDEZ. *Los principales contratos civiles y comerciales*, t. II, Bogotá, Ediciones del Profesional, 2005, p. 107.

⁷⁸ BERNARDO BOTERO MORALES. *Estudio de los aspectos técnicos y económicos del contrato de seguro*, Centro Suizo de Formación Aseguradora, Zurich (Suiza), p. 15.

Mal practice, errores y omisiones

Es necesario advertir en este punto que las consecuencias que surgen de la mala praxis médica se dan en el campo ético, profesional, pero además en el campo patrimonial del sujeto al que le es imputable la causación del daño; en este sentido se ha opinado que “el seguro de responsabilidad civil surge como una necesidad inherente al ejercicio profesional actual, generando la seguridad de que los posibles daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional podrán ser resarcidos, o al menos paliados”⁷⁹. Sin embargo, es importante advertir que la existencia de seguros de responsabilidad civil profesional, y la garantía que ellos representan de una reparación integral del daño, conlleva una avalancha de demandas por parte de las víctimas.

Cuando se trata de determinar la cobertura de una póliza de responsabilidad civil médica es esencial que se tenga clara la distribución del riesgo que se da entre el centro de atención médica, el profesional de la salud y el paciente, con el objeto de poder establecer certeramente la fuente del daño y a quién es atribuible esa responsabilidad. En este sentido se ha afirmado: “El postulado de que al paciente hay que darle un servicio o asistenta médico-sanitaria técnicamente cualificado y sin fisuras supone que la póliza de R. C. tiene que enfrentarse al hecho de conjugar y equilibrar las exigencias del derecho con las propias fronteras y limitaciones de la medicina”⁸⁰. No pueden verse como ramas distanciadas y sin ninguna relación, pues lo que debe lograrse es una concatenación de conceptos del derecho de seguros con nociones de la medicina, y así entender en cada caso los límites de la responsabilidad de las personas cuya función ha participado en el tratamiento, procedimiento o diagnóstico que ha causado el daño a la víctima.

En este sentido JOAQUÍN ALARCÓN HIDALGO considera que “la póliza tiene que adentrarse en el análisis de responsabilidades por esferas competenciales”⁸¹, así, entonces, hay un reparto vertical y un reparto horizontal del trabajo. En el primer evento, quien se encuentra a la cabeza es el profesional de la salud con mayor preparación en el respectivo tratamiento, acudiendo a una serie de auxiliares para desarrollarlo, quienes cuentan con conocimientos más básicos en el tema, por lo cual la diligencia de la cabeza de grupo se extiende a los demás miembros de la cadena, sin afirmar por esto que en ellos no pueda llegar a radicarse una responsabilidad personal, sino que su obligación será la de vigilar que las funciones delegadas a los auxiliares hayan sido cumplidas en la forma prescrita.

⁷⁹ FRANCISCO MIRANDA SUÁREZ. “Seguro de responsabilidad civil por mal praxis médica. Delimitación temporal de la cobertura del seguro. Cláusulas Claims Made”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* n.º 16, junio, 2001, p. 107.

⁸⁰ ERICH STEFFEN en “Der Arzhaftpflichtschaden: Afuelle Probleme zur Haftung für Behandlungsfehler”, coloquio organizado en Münchener Rück, Munich, noviembre 1987. El autor, presidente del IV Senado (civil) del Tribunal Supremo Federal alemán, insistía en la preocupación existente en el Alto Tribunal sobre las crecientes cifras de procedimientos. Así, mientras el IV Senado del BGH hasta 1978 tenía que pronunciarse sobre unos 35 recursos por año, en temas de R. C. profesional médica, a partir de 1978 la cifra ha crecido considerablemente hasta alcanzar un promedio anual de 80, con tendencia a aumentar. Citado por ALARCÓN HIDALGO. “El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros* n.º 8, junio 1996, p. 49.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 49.

En el caso de la repartición del trabajo horizontal la situación es diferente, en la medida en que aquí los profesionales de la salud intervinientes poseen formación académica similar pero en diferentes ramos; por ejemplo, el cirujano general cuando acude al anesthesiologo para poder realizar su intervención. La colaboración que se da en este trabajo en equipo hace que ante la causación de un daño y el pago de la correspondiente indemnización se tenga en cuenta la fuente del daño y así se determine responsabilidad que en este caso, a diferencia del anterior, no podrá verse como compartida entre los participantes del acto médico.

La noción de error médico ha venido variando con el paso del tiempo, pues se encuentra influido no solamente por el desarrollo de la tecnología en medicina, sino por la especialización del conocimiento⁸²; se evolucionó de un error meramente ligado a la imprudencia y a la negligencia del profesional de la salud, para entender que en un error pueden intervenir la tecnología utilizada en los procedimientos médicos. Ya en estos casos de error con mediación de la tecnología el hecho imputable al médico estará centrado en determinar el cuidado en la manipulación del equipo, entonces además de conocer la *lex artis* de su especialidad, el profesional de la salud debe conocer perfectamente el manejo de los equipos tecnológicos utilizados en los procedimientos médicos, conocimiento que por lo demás exigen ser cuidadoso, y evitar causar daños en el cuerpo del paciente, cuando se trata por ejemplo de procedimientos invasivos. Así, en el momento de determinación de la responsabilidad del profesional de la salud, el asegurador se encontrará obligado a conocer todas estas hipótesis para saber si acepta o rechaza la reclamación que por vía de la acción directa ejercerá en contra suya la víctima del daño. Si se trata de que el equipo médico arroja datos errados, con base en los cuales el médico hace su diagnóstico, vemos que hay una fuente externa al ejercicio de la propia profesión que actuó como generadora del daño, tema este que tendrá que ser objeto de estudio para saber si nos encontramos frente a la configuración de una responsabilidad civil, que determine además el surgimiento de la obligación condicional en cabeza del asegurador.

La existencia de equipos médicos hace necesario que la cobertura de las pólizas de responsabilidad civil médica tengan en cuenta los riesgos que surgen de la utilización de los mismos, por tano, si el error en el tratamiento o en el diagnóstico se produce como consecuencia de un defecto en la fabricación del equipo, habría un reenvío a la responsabilidad del productor, y la aseguradora, por ende, no estaría obligada al pago de la indemnización. Puede surgir además el evento en el que el daño que se produjo por el defecto del producto se debió a una falla en el *software* del equipo, caso en el que la discusión versará sobre la imputación de responsabilidad.

Haciendo referencia a la responsabilidad por el hecho de los dependientes hay que advertir que en el campo de la responsabilidad civil médica absolutamente todos los actos médicos hacen parte de una cadena de colaboración, que se presenta en aras de lograr un fin, preservar o mejorar la salud. Por ende, dentro del marco de la academia en medicina es común ver que el tratamiento es ordenado por una serie de dependientes del

⁸² Münchener Rück en Tecnología Médica, Munich, 1992, explica detenidamente, en cuanto a tecnología y a seguro, los retos a los que se ve enfrentada la industria aseguradora, teniendo que desarrollar tareas muy exigentes e intrincadas con la circunstancia de que los equipos de la técnica de la medicina suponen elevadas inversiones de capital y elevadas "inversiones" también en responsabilidades. Citado por ALARCÓN HIDALGO. *ibíd.*, p. 50.

profesional de la salud con el que se celebró el contrato, o por lo menos con quien fue designado para prestar el servicio. Es el caso de los estudiantes de las especialidades médicas, quienes estando en su proceso de formación son muchas veces los que toman las decisiones fundamentales frente al proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico, incluso de patologías de alta complejidad. En estos casos, muy seguramente, al generarse un daño en la prestación del servicio se configuraría la responsabilidad por el hecho de otro, frente al profesor encargado del mismo; esto sin que se excluya la responsabilidad personal del agente directo del daño, quien muy seguramente será juzgado con menor rigor, pues se trata de una persona que hasta ahora está recibiendo el entrenamiento suficiente para ejecutar determinados procedimientos médicos. En este sentido la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de referirse diciendo:

Sobre el principio de confianza la doctrina ha considerado que el radio de acción de la teoría –de la imputación objetiva– se debe extender a todas aquellas actividades en las cuales participan pluralidad de personas, y por ello la división del trabajo debe tener como su soporte a la confianza. Empero, la división del trabajo se debe entender dentro de sus respectivos límites y uno de ellos es cuando una persona dentro de la empresa no cumple a cabalidad con las funciones que le han sido asignadas, no puede posteriormente entrar a justificar su comportamiento con base en que los demás sujetos que conforman el conglomerado laboral sí deben hacerlo, y menos cuando una de sus tareas sea precisamente la de verificar el cumplimiento de labores del personal que está a su cargo⁸³.

Así, la división del trabajo, sea horizontal o vertical, exige que cada una de las personas que forman la cadena de trabajo se encuentre lo suficientemente capacitada para el ejercicio de su profesión, pudiéndose generar así un ambiente de trabajo basado en la confianza, en aras de alcanzar los resultados esperados. Cuando se trata de división de trabajo personal, evidentemente la responsabilidad de cada uno de los intervinientes será individual, y por tanto, en la medida en que sea posible, se dividirán las etapas del acto médico realizado, para determinar el momento y el acto en el se ocasionó el daño al paciente, elemento que será de vital interés para las aseguradoras que concurran en un caso de responsabilidad médica a través de la reclamación presentada por la víctima. En tratándose de una división vertical del trabajo se deben diferenciar dos hipótesis: aquella en que a pesar de que los demás miembros del equipo médico estén siendo dirigidos por un médico especialista, cada uno de ellos cuenta con alguna formación técnica o profesional respecto de la cual se exige cierta pericia en la ejecución de las labores ordenadas; y aquella en la que las personas que están bajo la dirección del médico se encuentran, como enunciábamos, en proceso de formación. En el primer caso considero que la única forma de generación de responsabilidad para la cabeza de grupo como consecuencia de un hecho de sus dependientes es aquel en el que el tratamiento que ordenó y fue ejecutado no fue el apropiado y se ocasionó un daño, pues los demás miembros del equipo actuaron en cumplimiento de las órdenes de un superior, quien además cuenta con especiales conocimientos científicos que le otorgan mayor experticia

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, sentencia de 14 de septiembre de 1995, citada por OLGA CUBIDES MORENO, LUISA FERNANDA GAONA, JOHN EDUARDO FONSECA y CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO. “El trabajo en equipo: en el ámbito de la responsabilidad médica”, en *Revista Médico-Legal on line*, n.º 4, 2005, p. 42.

de acuerdo con la *lex artis*. En el segundo caso la responsabilidad por el hecho de los dependientes se configura con mayor claridad porque existe frente a los miembros del grupo de trabajo una subordinación derivada de las relaciones académicas que se conforman dentro de las especialidades médicas.

Segunda parte: aspectos generales de la responsabilidad civil médica

I. Responsabilidad profesional-médica

La responsabilidad que le corresponde a un profesional de la salud se encuentra claramente determinada por la definición de la profesión médica como “el arte de conservar y restaurar la salud para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad”⁸⁴, ello implica que la labor no se centra solamente en conservar la vida, sino en hacerlo en condiciones buenas para el paciente, el hecho de decir que su ejercicio profesional está dirigido a “hacer la vida más fácil” no debe ser entendido como conservar la vida a toda costa, pues en la toma de las decisiones médicas es importante considerar la calidad de vida que el paciente tiene o espera tener, dependiendo de la patología que lo aqueje; sin embargo, hay que considerar que el médico en la toma de estas decisiones se encuentra sujeto al consentimiento del paciente mismo, cuando es posible, o de sus familiares, esto en aras de proteger la dignidad humana, la libre autodeterminación, entre otros derechos.

El ejercicio de la profesión médica exige entender que se trata de una carrera humanística y de servicio, que por lo demás se encuentra definida en el parágrafo 1.º del artículo 1.º de la Ley de Ética Médica, en los siguientes términos:

La medicina es una profesión que tiene como fin la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinción de nacionalidad, ni de orden económico, social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

De esta definición se deriva la necesidad de que el médico sea una persona comprometida con el ejercicio de su profesión, a tal punto que no permita influencia externa alguna, que pueda afectar la prestación de su servicio; este compromiso le exige un alto grado de conocimiento de la técnica, y de lo que se ha llamado *lex artis*, para significar el parámetro de juzgamiento de un acto médico dentro de las condiciones del caso concreto. Para hacer más clara esta afirmación se hace necesario referir algunas nociones sobre acto médico y sobre *lex artis* en medicina.

Al referirnos al acto médico debemos tener en cuenta lo que enseña el artículo 4.º de la Ley 23 de 1982, en referencia a la relación médico-paciente:

La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico...

De acuerdo con dicha ley, la relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos:

1. Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes.
2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia.

⁸⁴ GUZMÁN MORA y FRANCO DELGADILLO. Ob. cit., p. 345.

3. Por solicitud de terceras personas.
4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

El acto médico es entonces una forma en la que puede constituirse la relación entre el médico y el paciente, cuyo objeto fundamental es la prestación de un servicio que compromete la salud de una de las partes contractuales; se trata de una relación de confianza entre quien se encuentra afligido por el padecimiento de una enfermedad y la persona que cuenta con los conocimientos científicos suficientes para orientar su proceso de curación y conservación de la salud, en la medida en que esto sea posible. En esta relación el elemento subjetivo está determinado por los dos sujetos ya enunciados; el elemento objetivo por lo que se debe dar, hacer o no hacer; y el elemento jurídico, el vínculo que surge entre las partes contractuales. Sin embargo, la obligación asumida por el médico es por regla general de medios, y solo por vía excepcional, como se verá más adelante, se convierte en una obligación de resultado. En este sentido la Corte Suprema de Justicia hizo referencia:

... La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...⁸⁵.

En seguimiento de la doctrina el acto médico tiene cuatro características:

La profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada *lex artis ad hoc*, sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud, o sea su concordancia con las normas legales⁸⁶.

El carácter de profesionalidad exige que la persona que ejerce la actividad médica esté lo suficientemente capacitada para realizar los procedimientos que estén a su cargo, sin pretender exceder sus competencias ni tampoco, en un sentido “heroico”, realizar procedimientos que deben ser realizados por un profesional con una formación específica para el caso concreto. Esta primera característica se encuentra estrechamente ligada con la segunda denominada ejecución típica, que exige la adecuación a unos parámetros previamente establecidos para realizar diferentes procedimientos médicos, es este el caso de las conocidas en el medio médico como “Guías de Manejo”, las cuales, por lo demás, en la mayoría de los casos se convierten en un soporte básico en la defensa del médico en un eventual proceso de responsabilidad civil.

La tercera característica: “tener por objeto la curación y rehabilitación del enfermo” se encuentra referida a una especial consideración aplicable a la profesión médica, y que

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de marzo 5 de 1940, M. P.: LIBORIO ESCALLÓN.

⁸⁶ GUZMÁN MORA y FRANCO DELGADILLO. Ob. cit., p. 294.

surge por lo demás del juramento hipocrático⁸⁷, que si bien es un juramento de carácter ético, determina en gran parte la forma como se orienta la práctica de su oficio. La curación se define como la recuperación de la salud, lo cual implica que de ser posible el médico debe utilizar los medios que su ciencia le presenta para lograr restaurar la salud del paciente, reiterándose así el carácter de obligación de medios que tienen las cargas que están en cabeza del médico. En esta línea de argumentación la doctrina ha clasificado el acto médico en directo y documental; el primero ha sido definido así: “Se llaman actos médicos directos aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación”⁸⁸. Entendemos de esta definición que se encuentran en ella enmarcados la mayoría de las actividades realizadas por los profesionales de la salud.

Respecto del Acto Médico Documental, este se presenta más como un medio de prueba que como un acto médico propiamente dicho, es el caso de la fórmula médica, los certificados médicos y la historia clínica, se trata de registros de las actuaciones del médico y es por eso que puede llegarse a convertir en el elemento esencial de la defensa del profesional de la salud en un proceso en donde se pretende sea declarada su responsabilidad.

1. ¿Régimen agravado de responsabilidad?

La responsabilidad profesional del médico es efectivamente una forma de agravación del régimen general de responsabilidad, pues se parte de que el profesional es una persona con especiales conocimientos en la ciencia médica, que para el caso colombiano está

⁸⁷ “Juro por Apolo, el médico, Esculapio, por Hygeia y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que éste mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento.

A aquel quien me enseñó este arte, le estimaré lo mismo que a mis padres; él participará de mi mandamiento y si lo desea participará de mis bienes. Consideraré su descendencia como mis hermanos, enseñándoles este arte sin cobrarles nada, si ellos desean aprenderlo. Instruiré por precepto, por discurso y en todas las otras formas, a mis hijos, a los hijos del que me enseñó a mí y a los discípulos unidos por juramento y estipulación, de acuerdo con la ley médica, y no a otras personas.

Llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y discernimiento será en beneficio de los enfermos y les apartará del perjuicio y el terror. A nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin. De la misma manera, no administraré a la mujer supositorios para provocarle aborto; mantendré puras mi vida y mi arte.

No operaré a nadie por cálculos, dejando el camino a los que trabajan en esa práctica. A cualesquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción, y de lascivia con las mujeres u hombres libres o esclavos. Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas.

Ahora, si cumplo este juramento y no lo quebranto, que los frutos de la vida y el arte sean míos, que sea siempre honrado por todos los hombres y que lo contrario me ocurra si lo quebranto y soy perjuro”. Este juramento se pronuncia cuando se está optando por el grado en medicina ante los otros médicos y ante la comunidad.

⁸⁸ GUZMÁN MORA. “El acto médico: consideraciones esenciales”, en *Revista Médico Legal On Line*, de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE), vol. IV, n.º 2, mayo-agosto, 1998, p. 1.

sometido a una serie de exigencias para poder ejercer, las cuales están enunciadas en el artículo 26 de la Ley 23 de 1981, así:

Para ejercer la profesión de médico se requiere:

- a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.
- b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud.
- c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales.

Estas exigencias cumplen una función de protección, la referida a los pacientes quienes pueden tener la certeza de que la persona que va a prestarles sus servicios médico-asistenciales está plenamente capacitada para hacerlo, con la experticia requerida para estos efectos. Este criterio de especialidad del conocimiento tiene un refuerzo en la ley de ética médica⁸⁹, permitiéndole al médico excusarse de la obligación general de prestar asistencia, cuando “el caso no corresponda a su especialidad”.

Este tema de la idoneidad del título ha sido estudiado por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C-377 de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA:

Título de Idoneidad. La exigencia de títulos de idoneidad apunta al ejercicio de la profesión, porque es una manera de hacer pública la aptitud adquirida merced a la formación académica. Y, en general, todo ejercicio de una profesión tiene que ver con los demás, no solamente con quien la ejerce. La libertad de escoger profesión, entendida ésta como la que requiere una formación académica, no pugna con la facultad concedida al legislador de exigir títulos de idoneidad.

En cuanto al ejercicio de tales profesiones, corresponde a las autoridades competentes de la rama ejecutiva su inspección y vigilancia, de conformidad con la reglamentación que expida el legislador. Todo, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, que obedece a la función social implícita en el ejercicio profesional⁹⁰.

Estas exigencias imponen una agravación en el juicio de responsabilidad que se les hace a los profesionales, cuando en el ejercicio de su profesión han ocasionado algún daño, bien en virtud de una responsabilidad contractual o extracontractual. Se trata de cualquier clase de alteración en la salud del paciente derivada de errores en la práctica médica, incurriendo así en iatrogenia⁹¹, que de acuerdo con las enseñanzas de Hipócrates hace parte de un principio básico al iniciar cualquier tratamiento, evitar la causación de un daño, *priman non nocere*, lo cual no es nada diferente a la consagración de un deber de diligencia que debe acompañar el acto médico, y que exige un conocimiento a fondo del paciente, de su patología, de sus circunstancias de agravación, etc. El deber de cuidado es entonces una manifestación del principio de la buena fe, pues se deriva de la norma civil consagrada en el artículo 1603 del Código Civil.

⁸⁹ Art. 7.º Ley 23 de 1981.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-377 de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

⁹¹ Iatrogenia deriva del griego: *iatos*: médico y *genia*: origen. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Dícese de toda alteración del estado del paciente producida por el médico”.

En este deber se le exige al médico dedicarle al paciente el tiempo suficiente para realizar el diagnóstico⁹²; sin embargo, en el caso de nuestro sistema general de salud el cumplimiento del mismo se hace casi imposible, en la medida en que, por ejemplo, en las consultas de medicina general la costumbre en las Entidades Promotoras de Salud es darle al profesional de la salud un tiempo de 15 minutos para atender a cada paciente, sin hacer una discriminación acerca de la clase de paciente o de enfermedad de la que se trate. Esta limitación puede generar errores en la apreciación que el médico puede tener de la patología, y evitará que la actitud del médico pueda ser de apoyo para el paciente, pues está pensando más en la falsa eficiencia que representa una atención rápida, que en la calidad de las relaciones interpersonales que puedan generarse durante el tiempo de la consulta, incumpliendo así el precepto indicado en el artículo 11 de la Ley 23 de 1981.

En el proceso de comunicación del médico con el paciente debe haber un ingrediente de cautela, pues se trata de lograr una recepción de los planteamientos que el primero le hace al segundo, bajo el entendido de que si el médico no tiene certeza de algún riesgo que genere para esa persona el tratamiento propuesto, no debe comunicárselo, tal como lo exige el artículo 15 de la Ley de ética médica:

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

1.1. Tipos de responsabilidad profesional

En la legislación nacional siempre ha existido fundamento normativo para indilgar diferentes clases de responsabilidad por la prestación de servicios de salud. En este esquema vemos que el autor SERGIO YEPES RESTREPO⁹³ ha clasificado los tipos de responsabilidad profesional, según el ámbito o la causa en responsabilidad: civil, administrativa, penal, laboral y tributaria.

1.1.1 Responsabilidad civil

Se trata de la responsabilidad que se genera como consecuencia de la causación de un daño en la prestación de los servicios de salud. Se entienden aquí incluidos los daños sufridos por el paciente y por sus familiares. La acción que las víctimas pueden ejercer estará dirigida en contra de personas naturales y jurídicas⁹⁴. La responsabilidad civil puede ser, como se estudiará más adelante, de carácter contractual y extracontractual.

⁹² Ley 23 de 1981 art. 10.º.

⁹³ YEPES RESTREPO. *La Responsabilidad Civil Médica*, 6.ª ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2004, pp. 45 y ss.

⁹⁴ Sentencia Tribunal Superior de Medellín, Sala Mixta, mayo 12 de 2003. Refiriéndose a la Ley 712 de 2001 y a la Ley 100 de 1993 dijo: "La mala práctica médica, con las consecuencias que ello acarrea, y por cuyo efecto se gestiona la responsabilidad civil en que hayan incurrido los galenos, no puede en forma alguna adscribirse a ese juez especializado, y por lo tanto el competente para ello deberá ser el juez ordinario", citada por YEPES RESTREPO. *La Responsabilidad Civil...*, cit., p. 53.

1.1.2 Responsabilidad administrativa

Es la responsabilidad que se genera por la actuación de funcionarios del Estado, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 90 de la Constitución Política, que impone en cabeza del Estado una responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que hayan sido ocasionados por autoridades públicas; sin embargo, el Estado tiene la posibilidad de repetir en contra del funcionario público, por el valor que a título de indemnización se haya visto abocado a pagarle a la víctima, pero esto solo es posible cuando el daño haya sido causado por dolo o culpa del asegurado.

La generación de esta forma de responsabilidad se encuentra restringida a los eventos en donde la prestación del servicio médico se haya prestado en hospitales públicos. En este caso la acción que se ejerce es la de reparación directa⁹⁵, evento en el que lo que entrará a ser debatido en el proceso es si hubo o no una falla del servicio. En este sentido el Consejo de Estado se ha pronunciado:

Falla del servicio médico - inexistencia/obligación de medio - servicio médico/obligación de resultado - improcedencia/responsabilidad objetiva - inexistencia. Es cierto que está acreditada la existencia del daño sufrido por la paciente y la relación de causalidad de dicho daño con la intervención quirúrgica, lo que hace presumir la falla del servicio en la entidad demandada, en la medida en que el resultado dañoso no era lo normalmente esperado como producto de intervención médica; y precisamente la circunstancia de que el cumplimiento de la prestación médica estuvo a cargo de la demandada es lo que hace, en virtud de la presunción antes enunciada, que a ella le corresponda acreditar que ésta se desarrolló en debida forma. En otras palabras, demostrado como está en el sub júdece que el servicio se desarrolló diligentemente; o, lo que es lo mismo, evidenciada la ausencia de falla en el servicio, la entidad demandada queda exonerada de responsabilidad, toda vez, como ha tenido oportunidad de reiterarlo la Sala, la obligación que a ella le incumbe en este tipo de servicios no es obligación de resultado sino de medios, en la cual la falla del servicio es lo que convierte en antijurídico el daño⁹⁶.

1.1.3 Responsabilidad penal

⁹⁵ Código Contencioso Administrativo, art. 86. Modificado por el art. 31 de la Ley 446 de 1998. “*Acción de reparación directa.* La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, 3 de abril de 1997.

En materia de responsabilidad penal los delitos que con mayor frecuencia pueden ser imputados a los profesionales de la salud, especialmente a los médicos, son homicidio y lesiones personales en su modalidad culposa; generalmente se imputa esta responsabilidad como consecuencia de fallas en la obtención del consentimiento del paciente. La acción que en este caso podrá ejercer la víctima está sometida al término de prescripción de seis años para el caso del homicidio culposo, y si este es cometido por un médico, que además es servidor público, el término se amplía a ocho años.

1.1.4 Responsabilidad ético-disciplinaria

En el caso de los médicos el Código de Ética Médica se encuentra consignado en la Ley 23 de 1981, razón por la cual ellos se encuentran sujetos a su cumplimiento en forma obligatoria y su violación puede acarrearles responsabilidad de tipo disciplinario, en este caso, en opinión de SERGIO YEPES RESTREPO⁹⁷, se encuentra un punto de convergencia entre lo jurídico y lo ético. Frente a la prescripción de la acción ético-disciplinaria, el Tribunal Nacional de Ética se pronunció:

Ya se ha sostenido por la jurisprudencia de esta corporación que al no haber establecido la Ley 23 de 1981 un periodo prescriptivo, ha de concluirse ante la imposibilidad que existan penas imprescriptibles hay que acudir a la remisión a otras normas que contemplen una solución al vacío existente en esta legislación, dando la aplicación de esta manera al principio de integración y en este caso nada más preciso que acudir al Código Único Disciplinario, que en su artículo 34 dispone un periodo prescriptivo de cinco años para faltas disciplinarias⁹⁸.

1.2. Causas de los juicios de responsabilidad civil médica

Son múltiples las razones que llevan a que un paciente decida ejercer acción de responsabilidad civil en contra del profesional de la salud que previamente le ha prestado sus servicios, es así, como lo reseña la doctrina⁹⁹, que la historia de los reclamos contra los médicos es bastante antigua, ya en el Código de Hammurabi se imponían graves sanciones a los cirujanos cuando causaban daños en la ejecución de sus intervenciones, podían incluso llegar a responder hasta con su propia vida. Varios años después, hacia 1374, se da un primer antecedente jurisprudencial en el derecho anglosajón con el caso del cirujano JOHN SWANLOND, en donde el juez JOHN CAVENDISH dijo: "... Si el cirujano hace todo lo que puede y emplea toda su diligencia en la curación, no es justo culpabilizarlo...". Luego, en 1687, en Inglaterra por vía legal se produce la definición de mala práctica como "una ofensa a la ley natural (sea por curiosidad, experimentación o negligencia), que rompe la confianza que la comunidad coloca en el médico". En estos antecedentes históricos se ve reflejado en forma común la confianza que socialmente genera la actividad desempeñada por el profesional de la salud, lo cual a la vez se convierte en una exigencia.

⁹⁷ YEPES RESTREPO. "Responsabilidad Ético Disciplinaria", en *Revista Médico-Legal*, vol. 1, n.º 2, abril-junio, 1995, p. 1.

⁹⁸ Citado por el Departamento Penal Scare, "La Prescripción de las acciones en los procesos de responsabilidad médica sancionatoria", en *Revista Médico Legal on line*, año X, n.º 1, 2004, p. 5.

⁹⁹ GUZMÁN MORA y FRANCO DELGADILLO. Ob. cit., p. 459.

En seguimiento de la clasificación de las causas de los juicios de responsabilidad hecha por el autor LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR¹⁰⁰, vamos a estudiar los eventos generadores de responsabilidad civil médica, partiendo de que la responsabilidad contractual es la que en forma más frecuente se presenta.

1.2.1. Inejecución del contrato de prestación de servicios médicos

Bajo el entendido de que el deudor de toda obligación tiene en cabeza suya un deber de comportamiento muy especial que es el referido a lograr con el cumplimiento de la obligación a su cargo la satisfacción del acreedor, reduciendo por lo demás el riesgo de incumplimiento. Se dará la hipótesis de inejecución del contrato de prestación de servicios médicos en el evento de inasistencia del profesional de la salud a la realización del procedimiento a su cargo.

1.2.2. Cumplimiento defectuoso de la obligación contractual médica

La exactitud de la obligación ejecutada por el deudor es uno de los temas que mayor debate genera en las relaciones contractuales, pues exige tener unos parámetros de referencia para determinar si la prestación ejecutada es o no conforme al contenido del pacto previamente celebrado entre las partes contratantes. En términos de Fernando Hinestrosa, la exactitud de la prestación es un “concepto básico en el desenvolvimiento de la relación obligatoria¹⁰¹”.

1.2.3. Falta médica

La falta puede constituirse a través de la imprudencia, la impericia, la negligencia y la violación de reglamentos.

1.2.3.1. Imprudencia

Se configura cuando el profesional de la salud realiza un procedimiento sin haber hecho los estudios previos suficientes para decidir si es la mejor opción para la salud de su paciente; se trata de un actuar totalmente imprudente, en la medida en que parte de la exigencia de la profesión médica radica en tener certeza respecto de la necesidad de determinado tratamiento para la patología del caso concreto.

1.2.3.2. Negligencia

La negligencia consiste en no seguir los pasos necesarios para la realización del acto médico, teniendo la posibilidad de hacerlo. Se trata de un incumplimiento de los propios deberes, pues ninguna circunstancia impide o limita la ejecución de ese acto médico.

1.2.3.3. Impericia

¹⁰⁰ SERRANO ESCOBAR. *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000, pp. 115 y ss.

¹⁰¹ FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes*, ob. cit., p. 118.

Se configura en el evento en el que el profesional de la salud realiza un acto médico que exige determinado grado de preparación sin estar habilitado científicamente para ello, pues sus conocimientos son inferiores. En este caso se habla de una especialización del conocimiento, que implica que cada profesional de la salud se dedica solo a una parte del cuerpo humano o a un sistema y ejerce actos médicos relacionados con aquellos; cuidándose de no exceder su órbita de acción.

1.2.3.4. *Violación de reglamentos*

Se trata de la violación de las normas que en materia del ejercicio de la medicina regulan la forma de los comportamientos que el profesional de la salud está en la obligación de observar. La falta surge de la violación directa de las normas legales.

Las faltas médicas pueden ser de diferentes clases y dependen del momento de la realización del acto médico. Puede tratarse de una desatención al deber de información, o una falla en la etapa de diagnóstico y tratamiento, o también en la etapa posterior al tratamiento.

Cuando se trata de una falta en contra del deber de información hacemos referencia a la carga de claridad que debe estar presente en el momento en el que el profesional de la salud le va a comunicar al paciente el diagnóstico, que gracias a sus conocimientos científicos ha realizado; esta carga es de suma importancia en la medida en que a partir del entendimiento del receptor de la información se da en determinado sentido el consentimiento para el desarrollo del tratamiento o intervención que hacen parte del acto médico.

En el caso de la falta en el momento del diagnóstico y durante el tratamiento hay que determinarla en el caso concreto en la medida en que no todos los diagnósticos pueden ser iguales, pues varían de paciente a paciente, a pesar de que tengan la misma patología; es por eso que algunos afirman que no se puede hacer un comparación con un modelo o prototipo; otros, por el contrario, consideran que generalmente estos errores son imputables a título de culpa, partiendo del criterio del buen profesional. En este sentido la Corte Suprema de Justicia se ha referido indicando: “El error de diagnóstico o de tratamiento no admite excusa en los casos en que la ciencia los tiene bien estudiados y conocidos, y que se presume que el facultativo no puede ignorar respecto de aquellos lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente”¹⁰². La falta puede darse por impericia, caso en el cual el médico no cuenta con los conocimientos necesarios para realizar el acto médico; o también por inobservancia del artículo 10.º de la Ley 23 de 1981, en el evento en el que no dedicó el tiempo suficiente para la realización del diagnóstico.

Cuando se trata de la etapa siguiente a la terminación del acto médico, nos referimos a la fase de recuperación del paciente, que generalmente es una de las más difíciles, pues se presentan complicaciones que deben ser atendidas por el profesional de la salud, precisamente porque su causa directa está en el acto médico previamente realizado,

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P.: LIBORIO ESCALLÓN, Bogotá, marzo 5 de 1940.

puede ser entendida como una responsabilidad extendida por un tiempo posterior a la ejecución.

1.3. Tipos de relación médico-paciente

1.3.1. Contractual

Para que exista una relación contractual entre el profesional de la salud y el paciente es necesaria la existencia de un contrato celebrado previamente a la prestación del servicio, de donde puede generarse responsabilidad cuando ha mediado un incumplimiento del mismo que ha ocasionado un perjuicio a la víctima¹⁰³.

1.3.1.1. Derechos y obligaciones del médico

En la medida en que el acto médico comprende una serie de etapas¹⁰⁴, que en forma consecutiva llevan a la obtención de un resultado, el médico se encuentra sujeto a la asunción de varias obligaciones, que estudiaremos a continuación.

En opinión de CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO: “es necesario distinguir entre el deber de prestación céntrico, a fuer primario, y los apellidados deberes secundarios o accesorios de conducta”¹⁰⁵, en esta línea de pensamiento se habla de deberes de conducta en la medida en que el incumplimiento de cualquiera de ellos puede generar la afectación de la conducta en su integridad. A pesar de que en opinión del citado autor se trata de deberes y no de obligaciones, si se analizan las hipótesis de inobservancia de los mismos, las consecuencias están referidas a las mismas derivadas del incumplimiento, entendido este como el actuar del deudor en la inejecución de la prestación de conformidad con el negocio jurídico previamente celebrado en busca de la satisfacción del interés del acreedor, lo cual hace que en el caso de las obligaciones con objeto fungible el deudor se encuentre obligado a desplegar toda la actividad que sea necesaria para alcanzar el fin económico del contrato; mientras que para las obligaciones específicas, al deudor le corresponde ejecutar una actividad específica, que en el caso del profesional de la salud será el acto médico en su integridad, sin olvidar que, salvo contados eventos, no está garantizando la obtención de un resultado; según SCHLOSSMANN, “en toda obligación debe distinguirse entre la actividad y conducta del deudor, y el resultado de esa actividad, el contenido u objeto de la obligación, no es el resultado sino la actividad del deudor, y el resultado es el fin de la obligación”¹⁰⁶.

¹⁰³ En este sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P.: HÉCTOR GÓMEZ URIBE, 26 de noviembre de 1986, dijo: “Síguese de lo dicho, que para que pueda darse la responsabilidad de que se trata, será necesario establecer primero la existencia de la relación contractual entre el demandante y el demandado, la cual puede haberse constituido mediante un contrato verbal, un contrato solemne o un documento privado. En segundo lugar, habrá de probarse el daño causado a la víctima, luego la conducta descuidada del demandado y por último que esta fue la causante del daño”.

¹⁰⁴ Se trata de una relación jurídica compleja, pues el deber a cargo del deudor está formado por una pluralidad de conductas.

¹⁰⁵ JARAMILLO JARAMILLO. *Responsabilidad civil médica: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 196.

¹⁰⁶ Citado por ARTURO VALENCIA ZEA. *Derecho Civil*. t. III, *De las Obligaciones*, Bogotá, Temis, 1990.

La obligación principal del médico es la prestación de servicios propios del acto médico que el paciente le ha solicitado. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO¹⁰⁷ indica una sistematización de los deberes secundarios del médico, de la siguiente forma:

... los deberes secundarios de conducta, corolario de la buena fe y, de ordinario, fruto de recepción legislativa (preceptiva deontológica), atañen a variados débitos galénicos, entre otros: el deber de información; el deber de guardar secreto médico; el deber de prescripción farmacéutica; el deber de certificación; el deber progresivo de continuar con el tratamiento iniciado; el deber de diligenciar la historia clínica, etc. ...

Valiéndonos de la enunciación referenciada, se desarrollarán a continuación las obligaciones que dentro del esquema de la relación contractual surgen para el profesional de la salud.

El deber principal del médico consiste en la prestación del servicio asistencial a través del acto médico, que se encuentra formado por tres etapas: el diagnóstico, el tratamiento y la intervención operatoria, cuando es del caso. En la etapa del diagnóstico el profesional de la salud encaminará su actividad a establecer el cuadro clínico del enfermo, es decir, la naturaleza, posible origen y tipología de la enfermedad: esta etapa es de suma importancia, pues de que se haga un acertado diagnóstico dependen las etapas siguientes del acto médico. Ya en la fase del tratamiento, el fin es erradicar o por lo menos tratar a manera de paleativo la patología encontrada, aquí la responsabilidad del médico está en escoger la mejor forma de curar, si es posible, o de ayudar al paciente a sobrellevar la enfermedad. Y en la tercera fase, la de intervención u operatoria, la exigencia es seguir las guías de manejo para evitar incurrir en errores o imprecisiones que puedan llegar a poner en riesgo la vida del paciente. Como consagración de este deber principal del médico la Corte Suprema de Justicia dice lo siguiente: "... el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría..."¹⁰⁸.

En este punto es importante afirmar que la labor desplegada por el médico está centrada en conseguir el mejor resultado posible en lo que en cada caso puede considerarse como tal, nunca su obligación puede hacerse consistir en una recuperación integral de la salud, pues este es un factor que no depende exclusivamente de su diligencia, sino que hay factores externos, tales como las condiciones individuales del paciente que influyen en la obtención del enunciado fin. Es precisamente el tema acerca de si la obligación es de medios o es de resultado, el que ha sido objeto de amplia discusión, afirmándose por la mayoría, que las obligaciones de los médicos por regla general son de medios¹⁰⁹.

¹⁰⁷ JARAMILLO JARAMILLO. *Responsabilidad civil médica...*, cit., p. 178.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 13 de septiembre de 2002, exp. 6199.

¹⁰⁹ En este sentido: "Obligación de medios es la que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo [...] el deber de los médicos es de 'medios'...". FÉLIX REPRESAS TRIGO. *Reparación de daños por mala praxis médica*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1995, pp. 26 y 27.

Un aspecto que reitera el carácter de medios de la obligación del médico es el referido a la concausa, que se da en el evento en el que el paciente posee determinada patología que hace que el objeto del tratamiento médico se complique, en estos casos si la acción médica acrecienta la situación preexistente, cuyo efecto es el daño, no necesariamente debe concluirse que debe imputársele la obligación de reparar el daño.

Otra hipótesis puede referirse al evento en que el médico en la ejecución del acto médico realiza un diagnóstico y ordena el seguimiento de un tratamiento específico, que no es seguido en forma estricta por parte del paciente, caso en el que por evidentes razones no habría lugar a hacer un juicio de responsabilidad derivado del acto médico, en el sentido de exigir un resultado favorable.

Por su parte, los deberes secundarios del médico, son los siguientes:

El primero es el deber de información, que consiste en el otorgamiento por parte del médico de la información necesaria para obtener el consentimiento del paciente para la realización del acto médico. Es una obligación con doble cara, pues es atribuible a ambas partes contratantes, tanto al paciente, así se verá más adelante, como al médico, quien poseyendo el conocimiento suficiente para desplegar el acto médico debe explicarle al paciente las condiciones de salud en las que se encuentra, así como el diagnóstico, pronóstico y tratamiento por seguir. La forma en que sean expresados los anteriores factores, determina si el consentimiento dado por el paciente está acorde o no con el acto médico efectivamente realizado. El consentimiento dentro del marco de la relación médico paciente está formado por varias etapas tal como lo explica MARÍA PATRICIA CASTAÑO RESTREPO:

... a distinguir dos fases de la voluntad jurídica del paciente: 1. La que integra el elemento consentimiento necesario para la formación del contrato, es decir, el momento inicial en que el médico acepta tratar al paciente y éste acepta ser tratado, acordando las condiciones en que se desarrollará dicha relación, y 2. La que constituye el asentimiento que se requiere para poderle aplicar al paciente un tratamiento o procedimiento en el campo de la salud. Dicho asentimiento generalmente hace parte de la etapa de ejecución contractual, obviamente cuando hay de por medio un contrato¹¹⁰.

Esta clasificación implica que el consentimiento va unido a las etapas de celebración y ejecución del contrato; sin embargo, ambas fases se encuentran regidas por las mismas exigencias: que sean libres y sin afectación de ninguna clase de vicios. La información presentada por el profesional de la salud debe ser completa, refiriéndose no solo a los beneficios del tratamiento, sino también a los riesgos a los que quedará expuesta la salud del paciente, para que en este último haya plena conciencia de las consecuencias del acto médico que va a ser realizado; pero en el evento en que se trate de personas que según el derecho son consideradas como incapaces, le corresponderá a sus familiares o tutores tomar la correspondiente decisión¹¹¹. La descripción de los riesgos debe hacerse

¹¹⁰ CASTAÑO RESTREPO. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 50 y 223, citada por JARAMILLO JARAMILLO, ob. cit. p. 222.

¹¹¹ En este sentido la Corte Constitucional en sentencia de 23 de octubre de 1995 dijo: "hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. En estos eventos es claro que los padres pueden decidir por el

de acuerdo con lo que generalmente sucede, es decir, con los parámetros básicos que determinan un caso similar. Hay algunas excepciones a este deber de información, que el profesor JARAMILLO¹¹² clasifica así:

... Cuando el destinatario de la información es otro profesional conocedor de la especialidad respectiva, lo que hace innecesaria su estricta ejecución...

En este caso estamos frente a personas que tienen la misma especialidad del conocimiento, lo que en tema de responsabilidad implica que el consentimiento por él otorgado es plenamente consciente.

... Cuando el paciente, en forma reiterativa o repetitiva, ha sido sometido a un simétrico tratamiento, el que en su momento, de manera previa, motivó que el médico informara amplia y suficientemente alrededor del mismo...

En este evento a pesar de que inicialmente el paciente no posee los conocimientos suficientes para entender en su integridad la patología que lo aqueja, ha tenido una experiencia con el tratamiento que le ha permitido conocerla personalmente junto con sus riesgos y consecuencias.

Cuando el conocimiento de la información médica, merced a las condiciones físicas o psíquicas del enfermo, antes que favorecerlo o ayudarlo, evidentemente lo minaría más, en claro desmedro de su propia salud, ya menguada (pronóstico fatal o por lo menos reservado).

Se configura esta hipótesis cuando la situación del paciente es en extremo grave y conocer su fatal situación puede generara una afectación anímica tal que puede repercutir en el estado de la patología y en su desarrollo.

Cuando el paciente, *motu proprio*, anticipada y reflexivamente, renuncia –en forma expresa– a su derecho a ser informado, hipótesis que, no por inusual, debe ser soslayada.

Es una decisión personal que debe ser respetada por encima de todo, por parte del profesional de la salud, debe cederse ante la autonomía de la voluntad del paciente que debe ser previamente expresada. En este caso es importante dejar constancia de la voluntad del paciente para efectos de un eventual proceso de responsabilidad.

hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad [...] En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y molestando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte”, citada por JARAMILLO JARAMILLO. Ob. cit., p. 234.

¹¹² JARAMILLO JARAMILLO. Ob. cit., p. 241.

Cuando el paciente sea un menor de edad, en los casos ya contemplados con anterioridad, sin perjuicio de que en dichas hipótesis los destinatarios serán terceros... padres, tutores o allegados.

Para estos efectos nos remitimos a lo anteriormente indicado.

Otro deber del profesional de la salud es el referido a guardar el secreto médico, es una manifestación del secreto profesional, que no es nada diferente a entender que el profesional se convierte en el depositario de la confianza del paciente, en este sentido para el caso de los médicos hay una serie de enfermedades directamente relacionadas con aspectos personalísimos que por obvias razones no pueden ser de público conocimiento. Tan importante es la consagración de este derecho que la Constitución Política de Colombia lo ha consagrado en los siguientes términos: “El secreto profesional es inviolable¹¹³”. Por su parte, en el orden legal también ha encontrado consagración este deber, así el artículo 2.º de la Ley 23 de 1981, haciendo referencia al juramento del médico, indica: “Prometo solemnemente [...] guardar y respetar los secretos a mí confiados”¹¹⁴. Este deber encuentra su excepción en los casos en los que el hecho es estudiado bien con fines académicos o en el escenario de una junta médica en donde se va a decidir el mejor tratamiento para realizarle al paciente. También se excepciona en los casos en los que es el mismo paciente el que autoriza a revelar la información considerada como secreto¹¹⁵.

También hay algunos deberes auxiliares ligados al deber general de diligencia, como son los referidos a contar con los conocimientos suficientes que le otorguen pericia y habilidad suficientes para realizar el acto médico; es prohibido para el médico no especialista realizar procedimientos que se encuentran fuera de su órbita de acción, en una actuación heroica que puede generar daños en la salud de los pacientes. Dentro de este deber se encuentra por supuesto implícito el de mantenerse actualizado, con los últimos avances de la ciencia de la medicina, no solo en el orden científico sino también en el orden técnico del manejo de equipos de diagnóstico. Finalmente, en este esquema encontramos un deber que al ser cumplido puede llegar a ser de gran ayuda para el médico, es el deber de documentar el acto médico, es decir, de realizar la historia clínica.

1.3.1.2. *Derechos y obligaciones del paciente*

El paciente, como contraparte contractual en la prestación del servicio médico, actúa como beneficiario del mismo, sin embargo, tiene en cabeza suya algunos deberes que

¹¹³ Art. 74 C. P.

¹¹⁴ También se refiere a este tema el artículo 37 de la misma ley: “... por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por las disposiciones legales”.

¹¹⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-062 de 1998, refiriéndose al secreto profesional, dijo: “La idea de secreto profesional ligada al ejercicio de ciertas actividades resalta la relación de confianza que surge entre peritos en determinada materia o área del conocimiento y las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada. El deber profesional de conservar sigilo o reserva sobre la información conocida es elemental correlato del vínculo personalísimo que emana de este tipo de relaciones y que tiene por objeto fomentar la confianza pública y el adecuado desarrollo de las actividades sociales”.

consisten básicamente en pagar el valor de los honorarios y asumir parte del riesgo en el momento en el que otorga su consentimiento para la realización del acto médico, esa asunción implicará ser responsable con la ejecución del tratamiento ordenado por el profesional de la salud.

Dentro de la relación médico-paciente están presentes algunos derechos que podrían ser considerados como personalísimos, como es el de disposición sobre el propio cuerpo, derecho que es una derivación del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, los dos se encuentran subordinados al derecho fundamental a la vida, que es precisamente la razón de ser de la profesión médica, la preservación de la salud y de la vida. En este sentido, para que el paciente pueda tomar una buena decisión en cuanto a la disposición de su cuerpo, es necesario que el profesional de la salud haya informado en debida forma las condiciones del tratamiento.

Dentro de este derecho se encuentra la posibilidad de negarse al tratamiento, lo cual no genera mayor debate si se trata de una persona cuya decisión no afecta la salud de otro ser, pero en el caso de una mujer en estado de embarazo cualquier decisión en este sentido podría llegar a ser perfectamente cuestionada, esto porque el médico en el ejercicio de su profesión siempre querrá evitar ser involucrado en un proceso de responsabilidad civil por mala práctica, cuando la fuente del eventual daño no se ha generado en decisiones o prácticas personales. El autor CARLOS GHERSI refiere como requisitos del derecho en estudio los siguientes: “a) Una acción autónoma no debe ser forzada; b) Implica tener opciones reales; c) Debe poseer toda la información relevante”¹¹⁶.

Como excepciones a este principio encontramos en primera medida el derecho del médico a su propia autonomía, que se refleja en el caso de la objeción de conciencia, por ejemplo. En estos casos el médico no puede ser forzado a hacer determinados procedimientos que van en contravía de sus concepciones morales y religiosas. Lo mismo sucede en casos de urgencia, en donde el médico será el que tiene el deber de decidir el procedimiento médico por seguir para salvar la vida del paciente.

Otro deber del paciente es el de proporcionar la información suficiente acerca de los síntomas, para que el médico tenga herramientas de juicio en el proceso de elaboración del diagnóstico. En la práctica este deber no es cumplido en forma muy clara, pues hay una distancia abismal entre los términos que son usados por el común de la gente para describir la sintomatología de las patologías que los aquejan, y los términos científicos. Es entonces al médico al que le corresponde entender y “traducir” a términos médicos las afirmaciones hechas por los pacientes.

Los demás deberes están directamente relacionados con las obligaciones que antes se indicaron para los profesionales de la salud.

1.3.1.3. *Derechos de terceros afectados con la ejecución del contrato*

Un tercero puede ser, según la doctrina tradicional, absoluto o relativo. En este caso nos interesan los relativos, pues son los que pueden resultar afectados por la ejecución del contrato. Frente a la prestación de los servicios médicos, esos terceros generalmente

¹¹⁶ GHERSI. *La relación médico-paciente en la responsabilidad civil*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 1998, p. 93.

serán los familiares del paciente, que actuarán como víctimas indirectas frente al daño que eventualmente pueda derivarse de la realización del acto médico, bien tratándose de la muerte o de la causación de lesiones personales. En uno y otro evento el daño por ellos sufrido será de carácter personal y cierto, tal como se reseñó en el capítulo anterior al referirnos al principio de reparación integral del daño.

El derecho que surge para los terceros, frente a la causación del daño como consecuencia de la ejecución del contrato, es el derecho a la indemnización que por lo demás debe ser integral. También son titulares de un derecho de información, siempre y cuando las circunstancias de hecho lo permitan, es decir, se trate de una persona incapaz, o no siéndolo el mismo paciente autorice que los familiares conozcan el estado de su salud.

1.3.2. *Extracontractual*

La responsabilidad extracontractual está bajo la tendencia de la reparación de la víctima, mas no en la condena al causante del daño, el fin que rige esta clase de responsabilidad es resarcir el daño, lo cual puede ser posible a través de la celebración de un contrato de seguro. Esta vía de imputación del daño está siendo dirigida por el camino de la objetivación, dejando atrás el estricto seguimiento de la noción de culpa; sin embargo, hay que advertir que la responsabilidad objetiva conserva un fundamento en aquella, tratándose de una especie de presunción *iuris et de iure* de culpa generalizada, en opinión de algunos. Esta especie de responsabilidad surge como consecuencia de la violación del deber general de cuidado, lo cual hace que el daño pueda ser ocasionado bien al paciente o bien a terceros.

En el tema de la actividad médica es necesario referirse a la responsabilidad derivada de actividades peligrosas, para que de manera tajante sea excluida toda posibilidad de considerarla como tal¹¹⁷. Si la actividad médica se entendiera como una actividad peligrosa, “el médico se presumiría responsable y sólo podría exonerarse mediante la

¹¹⁷ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, realizó esta aclaración en la sentencia de 30 de Enero de 2001, haciendo referencia a la evolución jurisprudencial en este sentido: “... Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que esta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que esta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G. J. n.º 2217, pp. 759 y ss.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era “aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”. Además, anteladamente había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante hacer todo un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató su estudio diciendo: “el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aun excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, mas no, así en aquellos que, como el presente —el mal de rabia—, la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía”.

prueba de una causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o hecho exclusivo de la víctima)¹¹⁸. En opinión de TAMAYO JARAMILLO¹¹⁹, la responsabilidad extracontractual por el riesgo beneficio sólo existe cuando la víctima no necesita la actividad peligrosa, razón que soporta la afirmación acerca de que en materia de responsabilidad civil extracontractual médica no puede entenderse la presencia de una actividad peligrosa, en la medida en que aquí la eventual víctima acude al médico precisamente porque necesita beneficiarse de sus servicios asistenciales.

Como fuentes de la responsabilidad extracontractual del médico podemos apreciar la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio, por el hecho de un tercero, por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Frente al primero, debemos afirmar que se configura cuando el médico por su negligencia e impericia ha causado un daño que debe ser reparado, sin que exista previamente un negocio jurídico con el paciente, o en el caso en el que los miembros de equipo que realizó el acto médico no tienen ninguna clase de vínculo contractual con el paciente, caso en el que se configura una responsabilidad de tipo extracontractual.

En el caso de la responsabilidad por el hecho de terceros¹²⁰, nos encontramos con la hipótesis de que en la realización del acto médico intervienen el profesional de la salud y un equipo de auxiliares, entre quienes existe una relación de subordinación o dependencia¹²¹ y es en cabeza del primero en quien recae la responsabilidad por el daño ocasionado, sin que deje de existir la responsabilidad personal en quien directamente causó el daño.

Por su parte, la responsabilidad por el hecho de las cosas se genera en el evento en el que la cosa tuvo una importante intervención en la realización del acto médico y en la generación del daño. Se tratará de un error en la maniobra del equipo o máquina que se esté utilizando, pues si se tratase de errores en el sistema o en el *software* del mismo, la responsabilidad ya no recaería en el operador sino en el productor, tema que actuaría como un eximente de responsabilidad, frente al estudio de imputación del médico en un juicio de responsabilidad médica.

¹¹⁸ TAMAYO JARAMILLO. *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, p. 71.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 73.

¹²⁰ *Responsabilidad por el Hecho Ajeno*. Artículo. 2347. “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Inc. 2.º *Modificado*. D. 2820/74, art. 65. “Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado”.

Inc. 4.º *Derogado*. D. 2820/74, art. 70.

¹²¹ A estos casos es aplicable la siguiente disposición: “*Daños causados por criados o sirvientes*. Artículo 2349. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

Al referirnos a la atención médica en los casos de urgencia, nos encontramos ante la prestación del servicio médico en ausencia de consentimiento, por las circunstancias de hecho que lo rodean, las cuales consisten básicamente en que no media el consentimiento del paciente que permita inferir la existencia de un contrato de prestación de servicios. El hecho de que el fundamento de la responsabilidad se dé por circunstancias fácticas genera que la fuente normativa sea el artículo 2341 del Código Civil, en virtud del cual el que ha inferido daño a otro por culpa es obligado a pagar la indemnización de perjuicios, en este sentido la doctrina se ha referido así: “Creemos que el médico debe cumplir con las mismas obligaciones que pudieran derivarse del contrato si este se hubiera celebrado; y el paciente quedaría entonces con las obligaciones correlativas”¹²².

1.3.3 Zonas Grises

En este caso nos referimos a aquellos eventos en donde la línea que diferencia la responsabilidad contractual y extracontractual no resulta tan clara, cuando por ejemplo quien presta realmente el servicio médico asistencial no es el médico contratado, o escogido a través de la Entidad Promotora de Salud, sino una persona diferente, en este caso el problema se encuentra en que, tal como se indicaba antes, este contrato sea cual sea la tipificación que merezca se caracteriza por ser *intuitu personae*, entonces si en la ejecución del acto médico no está presente el médico contratante sino uno diferente, en la causación del daño no podríamos hablar de una responsabilidad contractual, en la medida en que no es aquel el directamente obligado. Pero tampoco podría hablarse tajantemente de una responsabilidad extracontractual, porque quien efectivamente realizó el acto médico estaba ejecutando una prestación ajena, que se deriva de un contrato preexistente. En este caso la solución que podría darse es acudir a las normas relativas al mandato, en donde es posible que se configure la delegación, pero sólo si ha sido específicamente autorizada, hecho que de manera muy eventual se da en los casos de prestación de servicios médicos¹²³.

¹²² LINA JARAMILLO E. y HUGO DIDIER PÉREZ. “Responsabilidad civil del médico en la legislación colombiana y comparada: aspectos de ética médica”, en *Revista de Derecho Privado* n.º 8, diciembre 1990, p. 12.

¹²³ Es el caso de la relación entre médicos profesores y los residentes que como estudiantes de su especialización pueden ser encargados de la realización de determinados actos médicos.

CONCLUSIONES

En el ámbito de cobertura del seguro de responsabilidad civil médica se encuentran enmarcados los daños que puedan derivarse de la relación contractual que se constituyó con el paciente, así se enuncia la cobertura de “Los perjuicios a terceros causados por el ejercicio de la profesión médica”, dicha forma de estipulación de los riesgos cubiertos es bastante amplia y permite entender incluida tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Hoy en día el trabajo médico en su mayoría se realiza en grupo, en equipo, lo que hace indispensable que al momento de determinar la responsabilidad por la causación de un daño se haga necesario delimitar el campo de acción de cada uno de los intervinientes en el proceso de diagnóstico y tratamiento que hacen parte de la prestación de un servicio médico. Esto para que en el evento de la generación de un daño, en el proceso de la delimitación de responsabilidad determine también el monto de la indemnización, y por tanto el valor de la obligación a cargo del asegurador, dentro del marco del seguro de responsabilidad civil, que haya sido contratado por cada uno de ellos.

El seguro de responsabilidad civil médica es un seguro de daños, pues pretende proteger las afectaciones económicas que pueda sufrir una persona, en este caso dichas afectaciones recaen sobre la integridad de un patrimonio, razón por la cual es un seguro de carácter patrimonial. Sin embargo, hay que aclarar que el daño cuya consecuencia se está asegurando, necesariamente debe ser producido en el ejercicio de la profesión de quien actúa en el contrato como asegurado, bien en el evento de una responsabilidad contractual o de una responsabilidad extracontractual.

Dentro del esquema del seguro de responsabilidad civil son varias las coberturas que se encuentran incluidas, una de las cuales es precisamente los costos del proceso que en seguimiento del artículo 1128 están a cargo del asegurador, incluso si estas exceden el valor de la suma asegurada, esto implica que la obligación a cargo del asegurador va más allá del valor asegurado en la póliza. En estos eventos es clara la presencia de la carga en cabeza del asegurado de evitar la ocurrencia del siniestro, lo mismo que su extensión o propagación una vez haya ocurrido; que en el caso del profesional se hace más estricta, pues se trata de una persona que, como antes se indicaba, tiene especiales conocimientos en un área, lo que hace que sea la máxima diligencia, el parámetro de comportamiento que se toma como referente.

La culpa grave como riesgo asegurado debe tener como referente la conducta de un buen profesional, y no el modelo general de un *bonus pater familiae*, es una exigencia especial pues se tendrán como referente la diligencia, prudencia y cuidado de un buen profesional, actuando bajo las mismas circunstancias. La diligencia adquiere una especial relevancia, frente al principio de buena fe, pues se trata de una carga de carácter contractual, que implica la exigencia de solidaridad durante la formación y la interpretación del contrato, pues la actuación del deudor debe estar encaminada a la satisfacción del interés del acreedor, sin exigir la obtención de un resultado sino la utilización de los medios adecuados para realizar con éxito la prestación, en este caso el acto médico. Dichos medios serán juzgados a partir criterios de normalidad, es decir, teniendo en cuenta normas técnicas y jurídicas aplicables al caso concreto.

Con la Ley 45 de 1990, que reforma el Código de Comercio, se introdujo la culpa grave como riesgo asegurable, excepcionando al régimen general de riesgos establecidos en el artículo 1055. En un comienzo se consideraba que la culpa grave era un riesgo inasegurable porque llevaría a que el asegurado optara por realizar conductas negligentes, confiado en la cobertura otorgada por el seguro; sin embargo, debe entenderse como una hipótesis excepcional en la medida en que debe dejarse muy claro dentro del contenido de la póliza la forma en la que se calificará la culpa grave y que supuestos van a entenderse cubiertos por la póliza.

En el seguro de responsabilidad civil el problema que se presenta es el de la determinación de la prima pura, que es la parte destinada a cubrir el pago de los siniestros, pues ello depende de la naturaleza del riesgo, en el caso del seguro de responsabilidad civil médica, los riesgos dependen del ramo de especialización del asegurado, así en tratándose de una especialidad con bajo porcentaje de intervenciones, el riesgo será menor, y por tanto lo será el valor de la prima; mientras que si se trata de un cirujano, el riesgo estará calificado en un nivel superior y por tanto el valor de la prima será mayor.

El seguro de responsabilidad civil es una excepción al principio en virtud del cual el valor del interés delimita el monto del valor asegurado. En todo caso el monto de la indemnización irá hasta el límite de la pérdida, pues el seguro es típicamente indemnizatorio, pero teniendo como máximo tope el establecido por la suma asegurada, por tanto la responsabilidad no resulta siendo ilimitada ni tampoco indeterminable.

La Responsabilidad profesional del médico es efectivamente una forma de agravación del régimen general de responsabilidad, pues se parte de que el profesional es una persona con especiales conocimientos en la ciencia médica, que para el caso colombiano está sometido a una serie de exigencias para poder ejercer, establecidas en la ley 23 de 1981. Estas exigencias cumplen una función de doble protección, la referida a los pacientes, quienes pueden tener la certeza de que la persona que va a prestarles sus servicios médico-asistenciales, está plenamente capacitada para hacerlo con la experticia requerida para estos efectos, este criterio de especialidad del conocimiento tiene un refuerzo en la ley de ética médica, permitiéndole al médico excusarse de la obligación general de prestar asistencia, cuando “el caso no corresponda a su especialidad”. Estas exigencias imponen una agravación en el juicio de responsabilidad que se les hace a los profesionales, cuando en el ejercicio de su profesión han ocasionado algún daño, bien en virtud de una responsabilidad contractual o extracontractual.