

## PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL EN SU MODALIDAD DE RESPONSABILIDAD MÉDICA \*

Ligia Catherine Arias Barrera<sup>1</sup>

**SUMARIO.** Introducción. A. Régimen de oponibilidad de excepciones. B. Derechos de la Víctima como beneficiario legal de la indemnización. 1. Acción Directa. 1.1. Legitimación activa y pasiva. 1.2. Declaración de Responsabilidad. 1.3. Responsabilidad cubierta por el contrato de seguro. 2. El plazo de prescripción 2.1. Según la ley 45 de 1990. 2.2. Según la ley 389 de 1997 2.2.1. Modalidad de reclamación 2.2.2. Modalidad especial 3. Ventajas y Desventajas de las Cláusulas *Claims Made* C. Asunción por parte del asegurador de los Costos del Proceso 1. Naturaleza de los costos 2. Exclusiones 2.1. De la Responsabilidad por dolo 2.2. Cuando el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador. 2.3. Condena excede los límites de la responsabilidad del asegurador. D. Conclusiones.

### INTRODUCCIÓN

El Seguro de Responsabilidad Civil Profesional es un tema que ha adquirido relevancia por las problemáticas que en él se hacen presentes, en este sentido, vemos el tema de la aplicación del principio de la oponibilidad de las excepciones, lo mismo que los derechos de la víctima como beneficiario legal de la indemnización, las cláusulas *claims made* introducidas en nuestra legislación por la ley 389 de 1997 y los riesgos que en esta modalidad son asegurables. En él son además comunes los cuestionamientos que surgen de la responsabilidad profesional, tema que está siendo objeto de estudio en la medida en que es una manifestación rigurosa del régimen general de responsabilidad tanto contractual como extracontractual.

---

\* Este artículo fue presentado a la revista el día 16 de septiembre de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 28 de noviembre de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Asistente de Coordinación y de Investigación del Departamento Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2008). Actualmente se encuentra cursando la especialización en Derecho Comercial de la misma universidad. [Catherine.arias@uexternado.edu.co](mailto:Catherine.arias@uexternado.edu.co)

Respecto del régimen de oponibilidad de las excepciones, se analizarán los problemas de la aplicación del principio y las diferentes excepciones que afectan sin lugar a dudas el derecho de la víctima a obtener una reparación por el daño que se le ha ocasionado. Frente al ejercicio de la acción directa se estudiarán los requisitos para ejercerla, los temas de legitimación activa y pasiva, la discusión acerca de la configuración de litisconsorcio necesario, facultativo y para la acción ejercida en contra del asegurado la posibilidad de realizar llamamiento en garantía al asegurador. Siguiendo con los aspectos de carácter procesal, se hará referencia al régimen de prescripción aplicable bajo la vigencia de la ley 45 de 1990, y las modificaciones de la ley 389 de 1997. Se tratará igualmente el régimen de las Cláusulas *Claims Made*, analizando los beneficios y las desventajas de su consagración, esto en cada una de sus modalidades. Se hará referencia a los costos procesales que el asegurador debe asumir, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 1128 del Código de Comercio, discriminando los eventos de excepción indicados por vía legal y poniendo de presente las oposiciones que normalmente presenta el asegurador.

#### **A. Régimen de oponibilidad de excepciones**

La excepción en el ámbito del derecho procesal es en una forma de ejercer la defensa de los propios intereses dentro del escenario de un proceso, es una forma de oponerse a las afirmaciones hechas por el demandante en su demanda. La excepción, es un mecanismo paralelo a la acción, es un diálogo entre los sujetos procesales, que debe respetar las reglas de la igualdad. Lo que se da dentro de un proceso es la interacción de argumentos de demandante y demandado, ambos en busca de la defensa de sus intereses y de lograr la convicción del juez del proceso. El demandado con la excepción quiere aniquilar el ejercicio del derecho que ha sido invocado por el demandante.

Respecto de la naturaleza jurídica de la excepción procesal, se han creado diferentes teorías referidas a entenderlas como mecanismos de defensa que se encuentran a disposición del demandado o del contrademandado, según el caso. Siempre deben ser acompañadas de un fundamento tanto sustancial como probatorio. El derecho a presentar excepciones se caracteriza por ser, un derecho autónomo, pues existe con o sin la compañía del derecho sustancial; también es un derecho público, porque todos somos titulares del mismo, además de encontrarse protegido por vía constitucional a través de la consagración del derecho al debido proceso; es un derecho abstracto, que se concreta al ejercerlo dentro de un proceso.

Para poder entender la noción de excepción procesal debemos hacer una muy sucinta referencia a las conductas que asume el demandado. Así, puede llegar a asumir una actitud totalmente pasiva no compareciendo al proceso configurándose la contumacia. Puede ser que comparezca al proceso pero no formula ninguna clase de oposición a las pretensiones de la demanda; o también que comparezca y no ejerza defensa pero además acepte la veracidad de las pretensiones del demandante, caso que de presentarse en la acción derivada del seguro de responsabilidad civil médica, dejaría a la víctima en una posición bastante privilegiada, pues quedaría exonerada de varias cargas probatorias. Sin embargo, la conducta enunciada puede ser total o parcial, cuando es total, podríamos afirmar que el objeto del proceso estaría cumplido y el debate procesal

quedaría rezagado; por el contrario en el caso en el que la aceptación de las pretensiones sea parcial, por aquella parte que mantiene la discusión, se adelantará el discurso procesal de las partes. Esta segunda hipótesis puede darse en el caso de una acción directa cuando dentro del juicio de responsabilidad se acepta por parte del asegurador, el daño que se ha ocasionado pero se debate sobre la relación de causalidad entre éste y el hecho dañoso.

Diferente es el caso de la presentación de oposiciones, caso en el cual el debate procesal exige para las partes acreditar los hechos que están invocando, lo mismo que llevar una línea argumentativa coherente respecto de los mismos. Finalmente encontramos la posición más fuerte que es la presentación de una demanda de reconvencción, caso en el cual la oposición deberá ser presentada cumpliendo los requisitos que nuestro régimen procesal civil exige para la presentación de demandas. La reconvencción o contrademanda debe plantearse por el demandado siempre que los hechos en que la funde sean conexos por razón del objeto o del título de la demanda, pues de otra manera no puede surgir a la vida jurídico procesal.

Las excepciones que pueden ser presentadas pueden ser de fondo o previas; las primeras referidas a la parte sustancial del caso concreto; y las segundas presentadas para atacar vicios en el procedimiento, en su formulación hay que tener en cuenta que las excepciones procesales son diferentes a los presupuestos procesales, pues los primeros los hace valer el juez de oficio, mientras que las segundas deben ser alegadas o propuestas por las partes. Es precisamente respecto de las excepciones de fondo en donde adquiere mayor relevancia el principio de comunicabilidad de las excepciones, cuya aplicación genera los problemas que a continuación referiremos.

Finalmente, dentro del esquema general de la teoría procesal de las excepciones, debemos decir, que pueden clasificarse como excepciones de hecho cuando su fundamento es fáctico; de derecho cuando surgen de un acto jurídico, o mixto cuando por supuesto se configura de manera compacta.

Ya centrándonos en el tema concreto, decimos que el principio de la comunicabilidad de las excepciones implica que el asegurador como parte contractual se encuentra en la posibilidad, dentro del proceso de responsabilidad que se inicie, de oponer las excepciones derivadas del contrato mismo, las excepciones oponibles son las mismas frente al asegurado y frente a la víctima. Su consagración legal la encontramos en el artículo 1044 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

*“Artículo 1044:EXCEPCIONES QUE PUEDE OPONER EL ASEGURADOR 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.”*

En esta línea de argumentación la víctima encuentra restringido su derecho al contenido de aquél, del que era titular el asegurado. En el seguro de responsabilidad civil es igualmente aplicable la anterior regulación, en la medida en que dentro de las normas de

la Acción Directa no se previó su exclusión. El autor Juan Manuel DÍAZ GRANADOS<sup>2</sup> comenta al respecto:

*“Expedida la ley 45 de 1990, algunos comentaristas han afirmado, con base en la jurisprudencia internacional, especialmente en la francesa, que es necesario distinguir las excepciones anteriores y posteriores al momento de ocurrencia del siniestro, para concluir que, dado que con el siniestro nace un derecho propio para la víctima, absolutamente todas las excepciones posteriores a dicho momento son inmunes a hechos acaecidos luego”*

Sin embargo, él afirma que la distinción entre excepciones anteriores y posteriores no es la única que resulta procedente hacer, también es necesario acudir a la diferenciación entre las relaciones posteriores, las que son personales del beneficiario y las del asegurado. Siguiendo esta distinción debemos decir que las excepciones posteriores a la ocurrencia del siniestro, que provengan de la víctima, le son perfectamente oponibles, sin que se esté yendo en contravía de un criterio general de justicia; por el contrario cuando se trata de excepciones posteriores a la ocurrencia del siniestro pero que provienen del asegurado, no son oponibles pues de serlo podrían afectar gravemente los derechos de la víctima como beneficiario legal de la indemnización<sup>3</sup>.

El mencionado autor advierte que esta diferenciación entre las excepciones oponibles y las inoponibles, puede encontrar una gran dificultad para hacer aplicada en nuestra legislación, en la medida en que la norma no hace referencia a la misma, y donde el legislador no diferenció, no le es dable hacerlo al intérprete.

Dentro de las excepciones que son oponibles a la víctima encontramos las que restringen o condicionan el pago de la indemnización, por ejemplo, en el caso del seguro de responsabilidad civil médica, una cláusula que determine, que se va a pagar la indemnización sólo cuando previamente haya sido declarada judicialmente la responsabilidad civil del asegurado. En este punto es pertinente advertir la invalidez que acompaña a una disposición de este tenor, en la medida en que el siniestro puede ser probado por cualquier medio, y en el caso del seguro de responsabilidad civil médica, no puede excepcionarse la aplicación de este principio<sup>4</sup>; en este caso, el legislador consagró la libertad probatoria como un mecanismo para la protección de los derechos de la víctima, pues facilita su actuación dentro del proceso, dotándola de agilidad. Así en

---

<sup>2</sup> Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad Civil*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Primera edición. Bogotá. 2006., p 352

<sup>3</sup> En este sentido Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *“La acción directa en el seguro voluntario de Responsabilidad Civil y en el seguro obligatorio de automóviles”*, en Revista Ibero latinoamericana de Seguros, núm.8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1996, p.146. Citado por Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel, *El Seguro de Responsabilidad...Ob.Cit.* p.353.

<sup>4</sup> Refiriéndose al Principio de Libertad de los Medios de Prueba el autor Jairo Parra Quijano afirma: *“...Consideramos que se puede defender la tesis de la libertad de los medios de prueba, pero siendo enfáticos en afirmar que de ninguna manera se pueden violar los derechos individuales constitucionalmente garantizados...”*.Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones El Profesional Ltda. Décima Cuarta Edición. Bogotá, 2004. p.15

aplicación de los límites de la autonomía de la voluntad, no es posible que el asegurador establezca disposiciones contractuales que se aparten de la directriz fijada legalmente, pues de hacerlo estaría en curso en una causal de nulidad absoluta en los términos del Código Civil<sup>5</sup>. La explicación de esta invalidez, exige un análisis sistemático de nuestra legislación frente a las normas imperativas, así la nulidad que afirmamos, está fundada en el hecho de que a pesar de que el artículo 1077 del Código de Comercio, referido a la carga de la prueba no se encuentra enunciado en el artículo 1162 del mismo código, como norma que tiene carácter imperativo, por su naturaleza si lo es, en la medida en que es norma de carácter procesal y tal como lo prescribe el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil: “*Observancia de las normas procesales. Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley...*”; tema que encuentra apoyo en la disposición del artículo 16 del Código Civil, que establece la irrenunciabilidad de normas públicas así: “...*No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*”. Así entonces la libertad probatoria en materia de acreditación del siniestro, ubicada dentro del marco normativo explicado, determina que una cláusula contractual que pretenda limitar los medios de prueba de la ocurrencia del siniestro, además de carecer por completo de validez, debería ser excluida de las condiciones generales que se utilizan para el Seguro de Responsabilidad Civil.

También puede oponerse la excepción derivada de una cláusula de limitación del valor asegurado en la póliza, en el caso del seguro de “*mal practice*”, dicho valor depende de la modalidad escogida por el asegurado en el momento de la celebración del contrato, pues dichos valores pueden oscilar entre veinticinco millones de pesos y mil millones de pesos, sólo por vía excepcional y gracias a la intervención de una compañía reaseguradora, el valor asegurado podría ser mayor, decimos excepcional en la medida en que depende del riesgo que es asumido por el asegurador, cuando se trata de intervenciones médico quirúrgicas de extremo cuidado y realizadas por un profesional de la salud capacitado para estos efectos. En este caso si el valor probado del daño, que ha venido sufriendo la víctima, es mayor al valor de cobertura del seguro, la víctima en el ejercicio de la acción directa, recibirá solamente hasta ese tope, para obtener el resto del pago de la indemnización tendrá que ejercer la acción de responsabilidad civil en contra del causante del daño, que es además el asegurado. Es indiscutible que esta situación genera dificultades notorias para la víctima del daño, quien además de encontrarse en una circunstancia de afectación de su vida o de su salud, tratándose de daños ocasionados por un profesional de la salud, se ve avocado a enfrentar procesos legales que dilatan sin lugar a dudas, la reparación por ellas esperada.

---

<sup>5</sup> Artículo 1741 Código Civil: “NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”

Otra de las excepciones que son oponibles a la víctima es la proveniente de la nulidad relativa del seguro por reticencia e inexactitud en la declaración del estado de riesgo, en este caso la situación para la víctima se torna aún más injusta en la medida, en que es una excepción perfectamente oponible al asegurado, que fue la persona que teniendo conocimiento del estado de riesgo hizo una declaración total o parcialmente diferente, que hizo incurrir al asegurador en un vicio del consentimiento que determinó la celebración del contrato. Diferente es la situación de la víctima quien al momento de la celebración del contrato no estaba presente, para ese momento era un tercero indeterminado, razón por la cual su derecho a obtener la indemnización no puede estar condicionado al actuar contrario a la buena fe de uno de los sujetos contractuales, en este sentido existen reiteradas afirmaciones doctrinarias que indican que la buena fe en el contrato de seguro es más estricta, se habla de una “*ubérrima bona fidei*”<sup>6</sup>, lo cual implica que el asegurado además de estar incumpliendo una de las cargas contractuales exigidas por vía legal, con su actuación está afectando a terceros de Buena Fe.

Relacionado con el estado de riesgo surge la excepción proveniente del incumplimiento al deber de notificar las circunstancias que configuran agravación objetiva del mismo, en este caso las consideraciones son similares a las anteriores, pues la carga de declarar la agravación del riesgo, implica que la declaración inicial deviene en desactualizada, porque por alguna razón propia de la actividad que se asegura, el riesgo aumentó, como en el caso en el que un médico tomó la póliza siendo médico general, y habiendo hecho una especialidad que implica que puede hacer procedimientos de alto riesgo, no le informa al asegurador de dicha circunstancia. En este caso la consecuencia desfavorable para la víctima consistirá en dar por terminado el contrato, pero si además hubo mala fe por parte del asegurado o del tomador, el asegurador tendrá la posibilidad de retener la prima no devengada<sup>7</sup>.

Es oponible también la circunstancia de que el asegurador decida deducir de la indemnización el valor de los perjuicios por el aviso extemporáneo del siniestro, además del incumplimiento de las demás cargas derivadas de la ocurrencia del mismo. En este caso la víctima está sometida a que se corrobore un actuar diligente por parte del asegurado, tanto en su deber de evitar la propagación del siniestro una vez ocurrido, como en la carga de dar aviso, que sin mayores requerimientos formales, se exige con el objeto de que el asegurador pueda tomar las medidas suficientes para evitar que el siniestro se haga mayor y por tanto el valor de la indemnización también varíe en contra de sus intereses económicos.

Una de las consecuencias más desfavorables del incumplimiento de las cargas contractuales que resulta siendo oponible a la víctima, es la terminación automática del contrato por mora en el pago de la prima. En este caso la víctima queda en la misma posición, de aquella cuyo causante del daño no ha tomado ningún seguro, con el tiempo que requiere adelantar un proceso de responsabilidad civil, y con la dificultad probatoria

---

<sup>6</sup> Gutierrez, Hernando y otros. *El principio de buena fe en el contrato de seguro*. En Universitas-Javeriana. Número 76. Junio, 1989. p 132.

<sup>7</sup> Artículo 1060 del Código Civil

que para el paciente puede representar acreditar el nexo de causalidad entre el acto médico y el daño efectivamente sufrido. No se trata de decir, que ante el asegurador la víctima se ha librado de dichas cargas probatorias, sino que lo que sucede es que la reclamación es más ágil que un proceso de responsabilidad, además que en la primera hay certeza respecto de la liquidez del asegurador para obtener el pago de la indemnización, mientras que en el caso del proceso de responsabilidad civil, aún contando con la declaración de responsabilidad contenida en la sentencia no hay certeza de recibir efectivamente el pago, en la medida en que todo dependerá de la solvencia del causante del daño.

Frente a las situaciones enunciadas, la ley permite que sea pactada la restricción del principio de comunicabilidad de las excepciones como una forma de protección de los beneficiarios, sin embargo, esta posibilidad es totalmente ineficiente, en la medida en que, como en capítulo anterior se indicaba, el contrato de seguro es un contrato de adhesión, en donde el clausulado no permite ser discutido, pues previamente fue establecido por una de las partes contratantes.

Bajo las anteriores apreciaciones y planteamientos de algunas de las problemáticas presentes en el seguro de responsabilidad civil, proponemos una solución legislativa<sup>8</sup>, encaminada a proteger los intereses de las víctimas de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, dicha solución consiste en promover una reforma al Código de Comercio, bien a través de una modificación del artículo 1044 del mismo, o a través de la introducción de una nueva disposición como regla especial para el seguro de responsabilidad, referido a limitar las excepciones que pueden ser oponibles a la víctima a aquellas que se derivan de sus propios actos, y las relacionadas con la estructuración de un juicio de responsabilidad en contra de quien actúa dentro del contrato como asegurado. Las primeras, en cuanto resulta acorde con un criterio de justicia, que actuaciones contrarias a la buena fe o de carácter fraudulento, realizadas por la víctima, sean oponibles dentro de un proceso de reclamación de la indemnización. Las segundas porque a pesar de que su fuente, pueda considerarse como ajena a las actuaciones de la víctima, es evidente y coherente con el principio de equilibrio contractual, que el asegurador se encuentre en la posibilidad de rebatir los elementos configurativos de la responsabilidad del asegurado, pues si alguno de ellos no está acreditado o existe duda grave al respecto, no puede imponérsele al asegurador el cumplimiento de la obligación a su cargo, la cual, como ya se ha dicho surge una vez ocurrido el siniestro, que para el caso del seguro bajo estudio, es la comprobación de la existencia de la responsabilidad civil contractual o extracontractual en la que haya incurrido el asegurado en el ejercicio de su profesión, siempre que se encuentre cubierta por la póliza contratada.

## **B. Derechos de la Víctima como beneficiario legal de la indemnización.**

---

<sup>8</sup> Como se trata de la reforma a un Código, el trámite a seguir sería el de una ley ordinaria, en seguimiento de lo dispuesto en el Artículo 19 letra d) Constitución Política: “*Dictar las normas generales, y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:...*d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público...”

El fundamento de las relaciones entre asegurado, asegurador y víctima del daño, es la existencia del contrato de seguro y la ocurrencia del riesgo asegurado. Dentro de estas relaciones es determinante la protección de la víctima, y es así como a través de la ley 45 de 1990 se modificó el artículo 1127 del Código de Comercio para introducir el resarcimiento de la víctima como un propósito del seguro, lo hace constituyéndolo en beneficiario legal de la indemnización. Esta nueva posición hace que la víctima se coloque como acreedor frente al asegurador, sin embargo, aún existen algunos pagos que el asegurador debe al asegurado y no a la víctima, como son: “*Los gastos efectuados por el asegurado, destinados a evitar la extensión y propagación del siniestro...*”<sup>9</sup>. Se trata de unos gastos que por vía legal son exigidos al asegurado, como una carga de buena fe, y para calificarlos se establece que deben ser los gastos razonables. También debe asumirse por parte del asegurador “*...El reembolso de los pagos indemnizatorios que hubiere hecho el asegurado a la víctima...*”<sup>10</sup>. Esta es una forma de consagración del principio indemnizatorio en materia de seguros, que impide que la víctima logre alguna clase de beneficio excesivo o extra ante la causación de un daño, pues la medida de la indemnización es el valor del daño. Finalmente, dentro de estos costos están “*...los pagos correspondientes a los gastos del proceso que la víctima hubiera iniciado en su contra...*”<sup>11</sup>, es una de las coberturas incluidas en las cláusulas de las pólizas de responsabilidad civil médica, que será objeto de estudio más adelante.

## 1. Acción Directa

La acción directa en el seguro de responsabilidad civil, es el mecanismo procesal creado para reconocer la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador, y la posibilidad de hacerlo efectivo obteniendo el pago de la indemnización. Su consagración legal esta en el artículo 1133:

**“ART. 1133. — Modificado. L. 45/90, art. 87. Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad. En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.”**

El contrato de seguro es para el tercero *res inter alios acta*, en la medida en que a partir del momento de la celebración y durante su ejecución, los efectos que en principio se producen son para las partes contratantes, luego cuando se verifica el siniestro, aparece el tercero como beneficiario del contrato de seguro con las limitaciones anteriormente indicadas, ese tercero adquiere una posición jurídica que anteriormente a la reforma le impedía ser resarcido directamente por parte del asegurador.

---

<sup>9</sup> Diaz Granados, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad civil y la reforma introducida por la ley 45 de 1990. Memorias del XVI Encuentro Nacional. ACOLOSE y AIDA.* Santa Marta, Agosto, 1991. p 25.

<sup>10</sup> Ibid, p 25

<sup>11</sup> Ibid, p 25

Frente a la acción directa como creación de la ley 45 de 1990, el autor Jaime Celi Munera considera<sup>12</sup> que el legislador incurrió en un contrasentido en la medida en que por una parte le otorgó este mecanismo procesal para dirigirse en contra del asegurador, y por otro consagró a la víctima como beneficiario legal de la indemnización, es decir, como persona que tiene derecho a recibir la suma asegurada en el momento de verificarse la ocurrencia del siniestro. El citado autor propone una posible interpretación de la consagración hecha por el legislador, indicando que se quisieron crear dos clases de acciones, una derivada directamente del contrato de seguro y otra la acción directa. En este punto diferimos totalmente de esta posición, porque se trataría de dos acciones con exactamente el mismo fin, el de dejar a la víctima en la posibilidad de exigir el pago de la indemnización una vez ocurrido el siniestro; entonces si bien pueden existir varios mecanismos procesales para hacer efectivo un mismo derecho, quedando todos ellos a disposición de la víctima del daño; no sería útil concebir dos mecanismos con las mismas exigencias probatorias, para lograr el mismo objetivo.

Otro tema de discusión en torno a la acción directa es si en el momento de pagar la indemnización, debe entenderse que la obligación del asegurador es de dinero o es una obligación de valor, bajo el entendido que en la primera habría lugar al reconocimiento de una indexación de la suma de dinero, mientras que en el segundo caso no es así. Así debemos recordar que las obligaciones pecuniarias son de "dinero", es decir, de pagar una cantidad determinada, quedando el acreedor en la imposibilidad de exigir algo más por el deterioro o pérdida de poder adquisitivo. Es aquí donde se enfrentan nominalismo y valorismo. En este sentido el Doctor Fernando HINESTROSA, ha dicho:

*"La diferenciación entre las obligaciones de dinero y las obligaciones de valor, apareció en la segunda década del siglo XX, éstas últimas se constituyeron en el primer instrumento defensivo directo del acreedor de obligaciones en las que la sensibilidad social demanda restablecer el equilibrio, buscando que el deudor pague al acreedor el número de unidades monetarias que en el momento del pago sean menester para que este pueda obtener, el bien o la utilidad debidos. Ésta posibilidad se planteó primero en materia de estimación de perjuicios, en el supuesto de imposibilidad de resarcimiento in natura o vuelta de las cosas a su estado precedente (ovnis condemnatio pecuniaria)".*<sup>13</sup>

En el caso de la obligación del asegurador nos encontramos frente a una obligación de dinero, mas no de valor, en la medida en que el asegurado no ocasionó el daño, ni es responsable directamente de su resarcimiento, la fuente de su obligación como indicábamos es el contrato de seguro, del cual surge que dicha obligación se encuentra limitada al valor asegurado, tal como lo indica el artículo 1079 del Código de Comercio<sup>14</sup>. Se trata entonces de un límite contractual, pactado de acuerdo con las circunstancias de

---

<sup>12</sup> Posición presentada por Celi Munera, Jaime. *La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil*. Memorias del XVI Encuentro Nacional. ACOLDESE y AIDA. Santa Marta, Agosto, 1991, p 43

<sup>13</sup> Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. p 160.

<sup>14</sup> ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR. El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

cada caso, es una obligación de entregar cierta cantidad de unidades monetarias, que favorece al asegurador que viene a constituirse en este escenario como deudor. Así por ejemplo, si la suma asegurada fue de veinticinco millones de pesos, a pesar de que el daño acreditado por la víctima en su ocurrencia y cuantía, exceda dicha suma, el asegurador no estará obligado a nada diferente de la suma estipulada.

En todo caso debe analizarse este tema desde la óptica de la alternatividad<sup>15</sup> de la obligación del asegurador, pues de acuerdo con el artículo 1556 del Código Civil: *“...Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución a las otras.”* En este sentido la obligación del asegurador de pagar la indemnización puede darse bien *“...en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador...”*<sup>16</sup>, lo que implica que existe la posibilidad de cumplir la obligación con una cualquiera de las opciones que establece la ley, sin embargo, tal como se reitera más adelante, para el Seguro de Responsabilidad Civil Médica, como seguro de carácter patrimonial, esta alternatividad no resulta siendo aplicable, pues las opciones de reposición, reparación o reconstrucción solo son predicables de un bien específico y no, como lo es en esta clase de seguro, de un patrimonio. Se limita así la posibilidad del legislador a cumplir su obligación con el pago de la suma de dinero que corresponda al daño probado causado a la víctima, dentro de los límites del valor asegurado. De esta manera se refuerza la afirmación de que la obligación del asegurador es una obligación de dinero, mas no de valor, pues no está obligado a asumir la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; sin olvidar, los reajustes que se pactan entre asegurado y asegurador, cuando se ha dado una prórroga del contrato.

### **1.1 Legitimación activa y pasiva**

El ejercicio de la acción directa consagrada originalmente en cabeza de la víctima directa del daño causado por el asegurado, se extiende a todas las otras personas que por vía de un juicio de responsabilidad civil se encontrarían legitimadas para ejercer la acción. En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha dicho: *“Por consiguiente, la legitimación en la causa para su promoción será la que corresponda en materia de responsabilidad civil a todo aquel que ha recibido directa o indirectamente un daño, esto es, a la víctima o a sus herederos, siempre que sean titulares de intereses que se hayan visto afectados por la*

---

<sup>15</sup> Definiendo las obligaciones alternativas el Doctor Fernando Hinestrosa, afirma: *“Obligaciones Alternativas son aquellas en las que simultáneamente se deben varios objetos (pluralidad in obligatione), pero la satisfacción del acreedor ha de realizarse con uno solo de ellos (unidad in solutione), no obstante encontrarse todos destinados al pago (art.1556 c.c)...”*. Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes...Ob.cit.*, p. 369.

Refiriéndose a las obligaciones facultativas afirma: *“Las obligaciones facultativas, a diferencia de las alternativas, no previenen una pluralidad de objetos debidos. El contenido de la obligación es uno solo y una sola por tanto, la prestación debida. La facultad consiste en que el deudor puede satisfacer al acreedor, válida y eficazmente, ora con el objeto único debido, ora con otro indicado previamente como sustituto, y así se libera (art. 1562 c.c)...”* Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura, Vicisitudes...Ob.cit.*, p. 375

<sup>16</sup> Artículo 1110 del Código de Comercio, como Principio Común a los seguros de daños

*conducta nociva del agente del referido daño*<sup>17</sup>. Así entonces los legitimados para ejercer la acción directa serán además de la víctima directa, las víctimas de rebote, los herederos de unos y otros, lo mismo que los causahabientes a título singular de los derechos de la víctima<sup>18</sup>.

Para determinar el sujeto pasivo de la acción directa es necesario diferenciar las dos relaciones jurídicas que surgen entre los sujetos del contrato de seguro y de la realización del siniestro. La primera relación surge entre el asegurado como responsable y el damnificado, el objeto de esta es el pago de la indemnización por ser víctima del daño, la causa es la responsabilidad civil contractual o extracontractual, dependiendo de las circunstancias de cada evento, por su parte, el monto de la prestación dependerá del daño que haya sido efectivamente acreditado. La segunda relación surge entre el asegurado y el asegurador, en este caso el objeto de la obligación es mantener indemne el patrimonio del asegurado y la causa es la existencia del contrato de seguro, la prestación depende del monto probado del daño y del valor asegurado. Así debemos aclarar que son dos relaciones jurídicas distintas y queda desechada toda posibilidad de considerar la obligación del asegurador como accesorio o solidario a la del responsable del daño.

No se trata de una obligación accesorio, en la medida en que existe sin depender de una obligación principal, es decir, la celebración del Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil Médica, implica que el profesional de la salud acude al asegurador para que en el evento de que se configure una responsabilidad civil en cabeza suya, su patrimonio se encuentre protegido hasta por el valor de la suma asegurada. Sin embargo, para entender la independencia de las relaciones jurídicas enunciadas, es necesario hacer referencia a las nociones generales de negocio jurídico, que ayudan a zanjar cualquier discusión al respecto. Así se debe empezar por afirmar que uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es precisamente, la existencia de una obligación condicional en cabeza del asegurador, dicha obligación es la de pagar la suma de dinero correspondiente al valor del siniestro, o en su defecto la de reparar, reponer o reconstruir el bien asegurado; una vez se ha realizado el riesgo asegurado. Entonces, el elemento

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia 10 de febrero de 2005 Exp.7173

<sup>18</sup> Corte Suprema Justicia Sala de Casación Civil, sentencia 10 de febrero de 2005 Exp.7614: *“Conviene insistir una vez más que en lo tocante con la relación externa entre asegurador y víctima, la fuente del derecho de ésta estriba en la ley, que expresa e inequívocamente la ha erigido como destinataria de la prestación emanada del contrato de seguro, o sea, como beneficiaria de la misma (artículo 1127 del Código de Comercio). Acerca de la obligación condicional de la compañía (artículo 1045 del Código de Comercio), en efecto, ella nace de esta especie de convenio celebrado con el tomador, en virtud del cual aquella asumirá, conforme a las circunstancias, la reparación del daño que el asegurado pueda producir a terceros y hasta por el monto pactado en el respectivo negocio jurídico, de suerte que la deuda del asegurador tiene como derecho correlativo el de la víctima- por ministerio de la ley- para exigir la indemnización de dicho detrimento, llegado el caso. Con todo, fundamental resulta precisar que aunque el derecho que extiende al perjudicado los efectos del contrato brota de la propia ley, lo cierto es que aquel no podrá pretender cosa distinta de la que eficazmente delimite el objeto comercial, por lo menos en su relación directa con el asegurador, que como tal está sujeta a ciertas limitaciones”*. Citada por Diaz Granados, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad...Ob.Cit.p.336*.

esencial es la existencia de la obligación condicional, mientras que la condición es un elemento de carácter accidental del negocio jurídico.

Para hacer claridad sobre este punto, debemos recordar que la obligación condicional existe desde el momento en que es pactada por las partes, son sus efectos los que se encuentran sometidos a su acaecimiento, pues bien se define la condición como “*un acontecimiento futuro e incierto del que depende la producción de los efectos de un negocio o de un pacto singular del mismo (condición suspensiva), o la eliminación de los efectos ya producidos (condición resolutoria)*”<sup>19</sup>, en este sentido podría criticarse la posición expuesta diciendo que el acreedor no tiene ningún derecho, en el estado de pendencia de la condición suspensiva, y que solo lo adquiere cuando la condición se realiza; sin embargo, esta apreciación se rebate con el argumento referido a que el derecho con el que cuenta el acreedor, es un derecho eventual, tal como lo explican Mazeaud y Chabas<sup>20</sup>:

“En cuanto *pendente conditione*, la obligación no existe aún; diera la impresión de que el acreedor condicional no tiene ningún derecho hasta cuando sobreviene la condición suspensiva. Sin embargo, dicha consecuencia no puede ser aceptada [...] ¿Cuál es, entonces, la naturaleza del derecho del acreedor condicional *pendente conditione*? Es preciso responder: *un derecho eventual*. La situación intermedia entre la simple esperanza, que no es un derecho, y el derecho puro y simple [...] Un derecho menos eficaz que el derecho ordinario, que prepara el nacimiento eventual [...] El acreedor tiene ya un crédito”

Así entonces para el asegurado lo que surge es un verdadero derecho, que se encuentra en pendencia. En el caso del seguro de responsabilidad civil médica, la verificación de la condición se dará con el surgimiento de la responsabilidad que haya sido objeto de cobertura de la póliza, y que beneficiará a la víctima en la medida en que cumpla con sus cargas probatorias al momento de realizar la correspondiente reclamación.

En el momento de la ocurrencia del siniestro se dan dos hechos importantes: el primero referido a la realización del hecho futuro e incierto, que determina la producción de los efectos del contrato de seguro entre asegurador y asegurado; y el segundo referido al surgimiento de una relación de responsabilidad civil, contractual o extracontractual dependiendo del caso, entre el causante del daño, es decir el asegurado, y la víctima, quien es además beneficiario legal de la indemnización. Aquí a pesar de haber una cercana relación entre las relaciones jurídicas enunciadas, no existe una relación de dependencia, que permita afirmar la accesoriedad de una frente a la otra, pues cada obligación existe en forma separada.

---

<sup>19</sup> Bigliuzzi, Lina y otros. *Derecho Civil Tomo I Volumen 2*. Traducción: Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 947. Haciendo referencia al estado de pendencia antes que referirse a derechos eventuales, se prefiere hablar de situaciones de interés tuteladas o técnicamente de “expectativas” p. 959.

<sup>20</sup> Mazeaud et Chabas. *Lecons de droit civil, Obligations, Théorie Générale*, t.2, Vol 1, Paris, Montchrestien, 1998, p.1087. Citado por Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones...* Ob.cit., p 601

Hechas las anteriores consideraciones, establecemos que el sujeto pasivo de la acción directa es el asegurador, en la medida en que la víctima amparándose en la calidad de beneficiario legal de la indemnización, otorgada por la ley comercial en el artículo 1127, se encuentra legitimada para derivar los derechos contenidos en el contrato de seguro, específicamente la obtención del pago de la indemnización.

Como mecanismo para hacer efectivos los derechos, la acción directa nos remite a las normas generales del procedimiento civil, en donde es dable preguntarse si en el ejercicio de esta acción se da la figura del *litis consorcio*, buscando que al asegurado se le declare responsable y que al asegurador se le obligue a pagar a la víctima la indemnización dentro de los límites del valor asegurado. En este caso, la figura procesal que en nuestra opinión se conforma es la del *litis consorcio facultativo*, pues este tiene origen en una pluralidad de relaciones jurídicas materiales que comprometen a diferentes sujetos, pero por economía procesal se promueve un solo proceso, existiendo entre ellas una conexidad.<sup>21</sup>

Autores como CELI MUNERA<sup>22</sup> afirman que no se debe demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador, pues no es necesario que se encuentre demostrada previamente la responsabilidad civil por vía de decisión judicial. Respetuosamente, nos permitimos diferir de lo anterior, en la medida en que a pesar de que no es prerrequisito del ejercicio de la acción directa, la declaración judicial de responsabilidad, sí resulta siendo una forma de garantizar los derechos de la víctima del daño, pues tendrá la posibilidad de presentar el material probatorio con el que cuenta para acreditar la ocurrencia del siniestro, dentro del marco de un solo proceso, en el que podrá enfrentarse a asegurado y a asegurador al mismo tiempo, sin sufrir las dilaciones que representaría adelantar primero un proceso de responsabilidad civil y luego el proceso derivado del ejercicio de la acción directa, evitando también verse expuesta al fenómeno de la prescripción de esta última acción; todo lo anterior, en pro de la economía procesal y de una visión mucho más garantista<sup>23</sup>. En sentido contrario, el profesor Carlos Ignacio

---

<sup>21</sup> En este sentido Rojas Gómez, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano. Actualizado con la Ley 794 de 2003*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 86 dijo: “ *En presencia de relaciones jurídicas materiales por discutir, es perfectamente posible promover y tramitar un proceso por cada una de ellas y, como consecuencia, dar lugar a tantas sentencias cuantas relaciones jurídicas se esgriman. Pero si entre las diferentes relaciones sustanciales existe conexidad, bajo algunos condicionamientos surge la posibilidad de discutir las conjuntamente para que en una misma sentencia sean resueltos todos los planteamientos formulados acerca de ellas*”.

<sup>22</sup> Celi Munera, Jaime. *La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil*. Memorias del XVI Encuentro Nacional. ACOLOSE y AIDA. Santa Marta, Agosto, 1991, p 48

<sup>23</sup> En este mismo sentido el autorizado doctrinante Hernán Fabio López Blanco afirma: “...*Cuestión diferente es la que se presenta cuando el damnificado decide demandar al asegurado y a la aseguradora, conducta también perfectamente viable desde el punto de vista jurídico procesal, es más recomendable por cuanto integra así un litisconsorcio facultativo pasivo que implica economía procesal y plantea el problema de no permitir el llamamiento en garantía, pues esta figura es para vincular a un tercero ajeno al proceso y en este caso están citados como demandados asegurado y asegurador*”. López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*. Dupré Editores, Cuarta Edición, Bogotá, 2004, p. 378.

JARAMILLO JARAMILLO<sup>24</sup> critica duramente esta posibilidad, pues permitir que se adelante un juicio en donde se tenga como probada la responsabilidad civil del asegurado, sin que el pueda ejercer su derecho de contradicción es, a todas luces violatorio del derecho al debido proceso consagrado constitucionalmente, un proceso adelantado en estas condiciones impediría que la sentencia le fuera oponible al asegurado, hecho que afecta a la víctima, pues si el daño ocasionado supera el valor de la suma asegurada, tendría que adelantar un proceso ordinario por el remanente, para buscar en el mismo la declaración de su responsabilidad.

Diferente es el caso en el que la víctima ejerce una acción en contra del causante del daño, posiblemente ignorando la existencia del seguro de responsabilidad civil profesional contratado por él mismo, o en el evento de haber prescrito la acción directa; evento en el cual el asegurado tiene la posibilidad de hacer el llamamiento en garantía en los términos del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil: *“Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial de pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal reclamación”*.

Respecto de la discusión acerca de si se configura o no un litis consorcio, y si este es facultativo o necesario, en aras de zanjar la discusión doctrinal descrita, es posible proponer una solución por vía legal, según la cual se le permita a la víctima decidir si el proceso lo va a adelantar solo en contra del asegurador, o si también desea vincular al asegurado; esta disposición cuya inclusión se propone sea realizada dentro de la regulación de la acción directa. Aceptamos, en todo caso, que puedan presentarse críticas en el sentido de que en realidad no resultaría siendo nada diferente que una reiteración de las normas de los artículos 50 y 51 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, la utilidad de una norma en este sentido, se vería frente a aquellos jueces que acogiendo la posición según la cual la figura procesal que se presenta es la de litisconsorcio necesario, le niegan a la víctima, por razones estrictamente formales, el camino para exigir su derecho.

En el ejercicio de la acción directa surgen otros problemas de carácter procesal que son estudiados por el autor CELI MUNERA<sup>25</sup>, y que para efectos de esta tesis acogemos. Para el evento en el que la víctima decide demandar únicamente a la aseguradora el competente será el juez civil del circuito<sup>26</sup>, pues no se trata de un juicio de responsabilidad sino de una acción derivada del contrato de seguro propiamente dicho. Diferente será cuando la víctima demanda sólo al asegurado, caso en el que el juez competente es el juez civil municipal o de circuito, pues el tema es el del resarcimiento de perjuicios causados por el demandado. Pero en el evento en el que decida demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador, el conflicto podría ser de competencia, pues

---

<sup>24</sup> Citado por Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad*. Ob.Cit., p.48

<sup>25</sup> Celi Munera, Jaime. *La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil*. Memorias del XVI Encuentro Nacional. ACOLDESE y AIDA...Ob.cit.,p.46

<sup>26</sup> En el caso de Medellín el competente es el Juez Civil del Circuito Especializado, mientras que para el resto del país es el Juez Civil del Circuito.

en tratándose de los juicios de responsabilidad civil el competente es el juez civil municipal o del circuito, mientras que para temas del contrato de seguro en virtud del artículo 3 del Decreto 2273 de 1989 es el juez civil del circuito. La situación comentada es sin duda alguna, una de las más grandes restricciones al derecho a la reparación de las víctimas, pues por problemas procesales se está sacrificando la eficacia en la protección del derecho.

Es por esto que aquí se hace necesaria la introducción de una normativa que resuelva este conflicto de competencias, pues si bien sabemos que al presentarse esta situación, la ley dispone que corresponde solucionarlo al superior jerárquico, este mecanismo no representa nada diferente que una dilación injustificada del término para exigir el derecho a la reparación. Con miras a evitar la ocurrencia de estos problemas procedimentales, el legislador debe imponer una solución a partir de la conocida máxima “quien puede lo más puede lo menos”, en este sentido y por vía de interpretación consideramos que se podría entender que el juez civil del circuito, por factor de conexidad, sea el competente para conocer los procesos iniciados por el ejercicio de la acción directa de la víctima en contra del asegurado y del asegurador. Frente a este factor el profesor LÓPEZ BLANCO, afirma:

*“El factor de conexión encuentra su principal motivo de ser en el principio de la economía procesal, que se refleja, entre otras muchas formas, en el fenómeno de la acumulación de pretensiones y de procesos, casos en los cuales el juez competente para conocer de un proceso en el que existen pretensiones acumuladas o varios procesos que se van a acumular, será el juez que puede conocer del proceso de mayor valor, pues se aplica el conocido aforismo romano de que lo accesorio sigue a lo principal; se tendrá que lo accesorio, en este caso, es lo de menor valor<sup>27</sup>”*

Así entonces, a pesar de que el juicio de responsabilidad civil puede tener un mayor valor, que el proceso derivado del ejercicio de la acción directa; al tratarse de un proceso que está tan íntimamente relacionado con el otro, será el juez civil del circuito el que contará con los conocimientos suficientes para dirigir el debate probatorio que dentro del escenario procesal se ha presentado.

## **1.2 Declaración de la responsabilidad**

Uno de los requisitos para que la pretensión de la víctima dentro del esquema de la acción directa prospere es que sea establecida la responsabilidad del asegurado, bien sea dentro del esquema de un proceso judicial, o dentro de la reclamación formulada por el beneficiario en cumplimiento de las exigencias legales. En cuanto al establecimiento de la responsabilidad es posible que se de con anterioridad o dentro del ejercicio mismo de la acción directa. En la primera hipótesis la víctima tendrá la facilidad probatoria frente a los elementos de la responsabilidad del asegurado, y evitará que el asegurador le oponga excepciones provenientes del mismo. En la segunda hipótesis la víctima se verá en la obligación de acreditar los elementos de la responsabilidad además de las cargas propias de la reclamación ante el asegurador, evento en el que la discusión se centra en si el

---

<sup>27</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Dupré Editores Ltda, Bogotá, 2002, p 222.

asegurado debe ser citado forzosamente al proceso o por el contrario tal como antes se explicó lo que se configura es un litisconsorcio facultativo que no exige la presencia de ambos. Algunos autores consideran que no configurar el litisconsorcio necesario es contrario al ejercicio del derecho de contradicción<sup>28</sup>, además de resultar violatorio de las garantías procesales consagradas por vía constitucional, sin embargo, debemos advertir que no se trata de adelantar un juicio en contra de un “ausente”, sino de encontrar acreditados los elementos de la responsabilidad del asegurado para que la víctima tenga la posibilidad de obtener la reparación del daño que le ha sido ocasionado.

En el caso del seguro de responsabilidad civil médica, es evidente que la carga probatoria en cabeza de la víctima tiene una estructura bastante compleja, además de depender de la calidad del demandado y de la jurisdicción competente, así entonces en el caso de que el demandado sea un profesional de la salud del sector privado, la jurisdicción competente

---

<sup>28</sup> En este sentido el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, indicó: *“No se concibe, por lo menos en sana lógica, que pueda condenarse al asegurador sin que previamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado. Y sabido es que en un Estado de derecho no es posible realizar un reproche de responsabilidad, es decir, responsabilizar a una determinada persona, sin que se le haya oído y vencido en juicio. Esta elemental garantía, nos referimos a la del debido proceso orientada a evitar los juicios secretos, nada menos que por expreso e inequívoco mandato de la Constitución Política (Art.29), a la cual se encuentran subordinados todos los ordenamientos jurídicos, incluido, claro está, el Código de Comercio, que es precisamente el que regula la acción directa entre nosotros. Adelantar un proceso o una causa judicial contra el asegurador de la responsabilidad civil sin la oportuna vinculación previa, simultánea o posterior al asegurado, virtual responsable del daño, con el propósito de que la víctima obtenga el resarcimiento pleno de sus perjuicios, a nuestro juicio resulta no solamente impropio y violatorio de la estructura y cometido del seguro de responsabilidad civil- que hunden sus raíces en el débito de la indemnidad, esto es en el deber de preservar el patrimonio del asegurado, en tanto en cuanto él sea responsable del daño-, sino también inconstitucional, por cuanto ello sería atentatorio de las mínimas garantías de índole constitucional, connaturales, por lo demás, a todo sujeto de derecho. No se olvide, en efecto, que la prosperidad de la pretensión de la víctima o perjudicado, dependerá, desde un punto de vista sustancial, de la responsabilidad del asegurado. Al fin y al cabo, de manera general, el riesgo sobre el que descansa este seguro es precisamente la responsabilidad civil en que eventualmente pueda incurrir el asegurado, bien en el campo contractual o bien en el extracontractual. De lo anterior se desprende, por regla, que el asegurador es responsable frente a la víctima siempre que sea responsable el asegurado, es decir que si este no resulta responsable del daño a él atribuido, tampoco resultará obligado el asegurador (situación funcional de dependencia). Por consiguiente, la concurrencia judicial del asegurado- o causahabientes, según el caso- en la causa o litigio promovido contra el asegurador en nuestro entender, es en Colombia necesaria, tal y como acontece, ello es ilustrativo, en la generalidad de países que consagran tan novísimo mecanismo tuitivo. No de otra manera, válidamente, podría establecerse la responsabilidad de la entidad aseguradora, de suerte que la víctima o damnificado, para evitar posibles dificultades- sustanciales y procedimentales- dentro del respectivo proceso judicial, deberá vincular (en sentido amplio) al asegurado, o sea la causante del daño, con miras a establecerse, por contera, la responsabilidad del asegurado, con sujeción – eso sí- a los términos del contrato de seguro, marco de referencia de la relación jurídica trabada previamente con el tomador”* Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles*, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, número 8, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, p 149 Citado por Diaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad...Ob.Cit.*, p 347.

será la ordinaria, y los parámetros a seguir, los establecidos por la Corte Suprema de Justicia, que en la actualidad y después de muchos cambios<sup>29</sup> se ha establecido como culpa probada, está en cabeza del paciente probar la existencia de un contrato, del daño padecido y del perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento se busca, además de la relación de causalidad que es tal vez el factor que genera más dificultad. Por su parte en tratándose de un caso conocido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la situación cambia en la medida en que el Consejo de Estado<sup>30</sup> refiriéndose a la falla en la prestación del servicio médico ha afirmado que se aplica el sistema de la falla del servicio presunta y que por tanto la carga de la prueba que corresponde a la entidad prestadora del servicio de salud, consiste en acreditar un actuar diligente y que el daño sufrido por la víctima, no fue producto del acto médico desplegado.

### **1.3 Responsabilidad cubierta por el contrato de seguro**

Uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es la obligación condicional en cabeza del asegurador, en donde la condición se encuentra representada por la ocurrencia del siniestro, lo cual dentro del esquema del seguro de responsabilidad civil médica se encuentra dado por la configuración de la afectación en el patrimonio del asegurado, por la estructuración de la responsabilidad contractual o extracontractual, en el ejercicio de la profesión; siempre y cuando una u otra se encuentren dentro de la cobertura pactada en el contrato de seguro. Es este otro de los aspectos que deben ser probados por parte de la víctima, dentro de la carga de probar la ocurrencia del siniestro<sup>31</sup>.

## **2. El plazo de prescripción**

### **2.1. Según la ley 45 de 1990**

El artículo 1131 del Código de Comercio relata la noción de siniestro que se tiene dentro del régimen del seguro de responsabilidad civil indicando que: *“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”*.

---

<sup>29</sup> En este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez en Sentencia de 30 de enero de 2001.

<sup>30</sup> En este sentido el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia de 3 de abril de 1997. Radicación 9467.

<sup>31</sup> En este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia de 10 de febrero de 2005, antes citada dijo: *“(…) el buen suceso de la precipitada acción está supeditado principalmente a la comprobación de los siguientes supuestos: 1) La existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque sólo en cuanto a dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el contrato estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida y 2) la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro (…)”* Citada por Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad...Ob.Cit.*, p 348

Entonces el momento a partir del cual se empieza a contar la prescripción es aquél en donde se da el hecho dañoso, que en el caso de la práctica de los profesionales de la salud, será la etapa del acto médico en la que se ha causado el daño, que en todo caso se exige que sea dentro del periodo de vigencia de la póliza de seguro. Se destaca de la redacción de este artículo, que el elemento determinante para empezar a contar el término de prescripción es el acaecimiento del hecho, mas no la generación del daño, lo cual genera otro problema para la víctima, el cual consiste en la posibilidad de pérdida del derecho a ejercer la acción, pues en el caso de los daños que se manifiestan tardíamente es posible que ya haya operado la prescripción frente a esta acción. En el caso del acto médico, esta situación puede resultar siendo más común de lo que parecería, pues en diferentes tratamientos médico quirúrgicos las consecuencias adversas se producen después de mucho tiempo, al cabo del cual la acción directa, sometida a un término de prescripción ordinaria o extraordinaria, ya habrá prescrito. En cuanto al tema de la prescripción son varias las apreciaciones que se han hecho, pues el discurso argumentativo parte del artículo 1081 del Código de Comercio<sup>32</sup>, en donde se establecen dos momentos a partir de los cuales se empieza a contar el término de prescripción, así entonces se habla del “*hecho que da base a la acción*” y del “*momento en que nace el derecho*”<sup>33</sup>, sin embargo, para el caso del seguro de responsabilidad civil se da un rompimiento de este esquema, para entrar a afirmar que en la acción directa de la víctima frente al asegurador la prescripción se cuenta desde la fecha de ocurrencia del siniestro y el término es de cinco años, en la medida en que el parámetro que tomó el legislador para fijar el momento de partida, fue meramente objetivo, propio de la prescripción extraordinaria. Entonces en el Seguro de Responsabilidad Civil, la prescripción de la acción directa de la víctima en contra del asegurador es de cinco años contados a partir del momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> ART. 1081.—La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de julio 4 de 1977, Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper, dijo: “*a) El de la ordinaria (...) Este hecho no es, no puede ser otro, que el siniestro, entendido éste, según el artículo 1072 ibídem, como la realización del riesgo asegurado, b) El de la extraordinaria comienza a correr (...) desde el momento en que nace el respectivo derecho, expresión ésta que sin duda alguna equivale a la que emplea el segundo inciso del artículo que se comenta. El derecho a la indemnización nace para el asegurado o el beneficiario, en su caso, en el momento en que ocurre el hecho futuro e incierto a que estaba suspensivamente condicionado, o lo que es lo mismo, cuando se produce el siniestro*”.

<sup>34</sup> Diferente es el término de prescripción de la acción que el asegurado puede ejercer en contra del asegurador, en donde el fundamento que tomó el legislador es subjetivo, el momento en que la víctima formule la petición judicial o extrajudicial, es decir, cuando conoce del daño causado, por tanto de prescripción ordinaria con un tiempo de dos años.

A pesar de la circunstancia antes mencionada la víctima cuenta con otra vía procesal para obtener la reparación cual es la de la acción de responsabilidad civil, cuyo término de prescripción se encuentra regulado en la Ley 791 de 2002, quedando en diez años, hipótesis en la cual los términos de prescripción de la acción del asegurado frente al asegurador se contarán a partir del momento en el que la víctima lo requiere judicial o extrajudicialmente. En el caso en el que dentro de un proceso de responsabilidad civil iniciado en contra del asegurado, como causante del daño, se haga un llamamiento en garantía al asegurador, este último se encuentra en la imposibilidad de alegar la prescripción de la acción, en la medida en que él no es el demandado, y puede ser que sea condenada a pagar la indemnización, en este sentido el autor LÓPEZ BLANCO<sup>35</sup> opina que la situación enunciada comprueba la relatividad del plazo de prescripción, pues a pesar de haber prescrito la acción directa aún queda la posibilidad de obtener el mismo resultado por la vía procesal comentada. El término de prescripción de la acción frente al asegurado, empieza a correr no sólo con la presentación de la demanda, sino también cuando se ha presentado reclamación extrajudicial, sin embargo, aquí el problema será generalmente probatorio por lo que en la práctica las víctimas prefieren adelantar el correspondiente proceso, en todo caso puede consistir en cualquier requerimiento.

Frente a estos escenarios procesales, una víctima precavida se preocupará por ejercer en tiempo la acción directa en contra del asegurador, presentando una serie de *“pretensiones condicionales para el caso de que en un futuro pueda ser demandado y condenado”*<sup>36</sup>, así se estará cubriendo frente a las dificultades que por vía procesal se le puedan presentar.

## **2.2. Según la ley 389 de 1997:**

### **2.2.1. Modalidad de reclamación:**

El artículo 4 Inciso 1 de la ley 389 de 1997 indica que en el seguro de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. En este tema son dos las posiciones que se enfrentan, la primera, rechazada en este trabajo, referida a entender que el siniestro debe ser asimilado a la reclamación, que además debe ser presentada durante su vigencia, no se tendrá en cuenta el momento de la ocurrencia del siniestro sino por el contrario, la reclamación presentada en los términos que exige la normatividad comercial, es decir, cumpliendo la carga probatoria establecida en el artículo 1077, acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, hecho que por lo demás determinará el mérito ejecutivo de la póliza<sup>37</sup>, y el momento a partir del cual el asegurador se encuentra en mora

---

<sup>35</sup> Lopez Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*, Dupré Editores, Bogotá, 2004, p 283.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p 284

<sup>37</sup> ART. 1053.—Modificado. L. 45/90, art. 80. Mérito ejecutivo de la póliza de seguro. La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos(...) 3. Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las

en el pago de la indemnización<sup>38</sup>. En este sentido el artículo 1131 del Código de Comercio debe ser interpretado a la luz de la ley 389 de 1997, para entender que respecto de la víctima la prescripción iniciará su cómputo desde la reclamación que debe darse dentro de la vigencia del contrato de seguro. En contra de esta interpretación, el autor OrDOÑEZ ORDONEZ<sup>39</sup> afirma que con la introducción de la modalidad *Claims Made*, no se modificó la noción de siniestro y aún, en la modalidad de reclamación, continúa siendo el hecho externo imputable al asegurado.

El problema que surge para las víctimas en el seguro de responsabilidad civil médica, estará determinado por presentar la reclamación bajo la vigencia del contrato de seguro, pues él como tercero indeterminado en dicho contrato, no tiene acceso a la información acerca de la vigencia del mismo, razón por la cual no podrá presentar oportunamente su reclamación. Sin embargo, esta afectación no se presenta solo frente a la víctima, sino también frente al asegurado, quien en el momento en el que la víctima le presente su reclamación, no contará con la protección del asegurador, evento que muy seguramente no tuvo previsto en el momento de la celebración del contrato. Esta situación como veremos trató de superarse con la introducción de las cláusulas *Claims Made* que estudiaremos más adelante.

Bajo esta modalidad no se presentarían problemas de vacíos de cobertura si se trata de aquel asegurado, cuya actividad profesional no cesa sino que se desarrolla de manera continua en el tiempo. Pero si por el contrario se trata de que sí ha cesado, resultaría necesario seguir renovando pólizas para evitar que alguna reclamación quede sin cobertura<sup>40</sup>. Situación esta que puede jugar como ventaja frente a su utilidad contractual.

### **2.2.2 Modalidad especial**

Esta modalidad cubre los hechos que ocurran dentro de la vigencia del contrato, siempre que la reclamación se haga dentro de la misma o en el término adicional pactado que no podrá ser inferior a dos años. Se encuentra consagrado en el artículo 4, inciso 2, de la ley

---

condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.

<sup>38</sup> ART. 1080.—Modificado. L. 510/99, art. 111, par. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

<sup>39</sup> Ordoñez Ordoñez, Andrés E. *El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p 110.

<sup>40</sup> Diaz-Granados Ortiz, Juan Manuel. *La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil profesional: "Sistema Claims Made"*. En Revista Ibero latinoamericana de seguros Número 22. Enero, 2005. p 119

389 de 1997, en los siguientes términos: “Así mismo se podrán definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del 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”. Respecto de la caracterización de ese término se discute su calidad de término de prescripción, o de caducidad o de condición de cobertura.

En el caso de tomarse como término de prescripción sería fácilmente rebatible, en la medida en que los términos de prescripción son normas de orden público, por tanto de carácter imperativo y sin posibilidad para las partes contratantes de pactar al respecto. Tampoco se trata de un término de caducidad, pues la caducidad supone la existencia de un derecho y la posibilidad de exigirlo, lo que en el contrato de seguro, frente al asegurado y frente a la víctima se da solo con la presentación de la reclamación. Frente a considerarla como una condición de cobertura, estaríamos atendiendo a la imposición de un requisito adicional para que surja la obligación en cabeza del asegurador, es decir, además de la ocurrencia del siniestro, la presentación de la reclamación; evento que es posible y válido en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales, que será aplicable siempre que el asegurado lo acepte, aunque no debemos olvidar que dicha libertad en el caso del contrato de seguro, encuentra limitaciones importantes, pues se trata de un contrato de adhesión.

Podría entenderse que el término que estamos estudiando es un requisito legal de exigibilidad en la medida en que el derecho existe desde el momento en que el asegurado realizó el hecho externo a él imputable, que en el caso del profesional de la salud, será la configuración del acto médico; pero ese mismo derecho se hace exigible solo cuando la víctima presenta la reclamación ante el asegurado o ante el asegurador, en los términos antes referidos<sup>41</sup>.

Los problemas que de manera eventual pueden afectar a la víctima, bajo esta modalidad, se verán reflejados en los eventos en los que las consecuencias desfavorables del acto médico realizado, se manifiesten en un término mayor al pactado en la póliza de seguro de responsabilidad civil médica, para la presentación de la reclamación, por supuesto, excediendo también la vigencia misma de la póliza, situación que diferenciándose de la modalidad reclamación, no se sobrepasa al renovar indefinidamente los contratos de seguro. En la práctica aseguradora, las pólizas de este tipo se pagan por vigencias de un año renovables de acuerdo con lo estipulado por las partes. En este caso, si se trata de un profesional de la salud que para el momento de la realización del acto médico y por tanto la generación del daño, se encontraba asegurado, decide no renovar la vigencia del contrato de seguro, cuando el paciente afectado por dicha conducta empieza a notar los daños que le han sido ocasionados, la existencia de dicho seguro, no representaría ningún beneficio para esa víctima pues puede ocurrir que el término adicional pactado para la reclamación ya se haya vencido, evento en el que su único medio para buscar la indemnización será la acción general de responsabilidad civil en contra del causante del

---

<sup>41</sup> En este sentido Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad...Ob.Cit.* p 382 cita a la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de mayo de 1994.

daño, quién por su parte no obtendrá la protección patrimonial buscada con la celebración del contrato de seguro.

No obstante la circunstancia enunciada, en el tema de conocimiento tardío de las consecuencias dañosas del acto médico, resulta siendo aplicable el artículo 2530 del Código Civil, que hace referencia a la suspensión de la prescripción, determinando que dicha figura se aplica a todas aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista; así, en el caso de la víctima del daño derivado del acto médico, que conoce solo después de algunos años esas consecuencias, procederá entender suspendida la prescripción de la acción de responsabilidad civil, durante todo el tiempo, en el que por las circunstancias del caso, no se encontró en posibilidad alguna de conocer o al menos prever los daños derivados de dicho acto. Pero hay que anotar que este fenómeno no es igualmente predicable de la acción directa derivada del seguro de responsabilidad civil, pues en esta el elemento adoptado para determinar el momento a partir del cual se cuenta la prescripción es de carácter objetivo “*acaecimiento externo del hecho imputable al asegurado*”; así entonces, en el esquema de la responsabilidad civil médica, como responsabilidad asegurada, no siempre el momento del acaecimiento del hecho coincide con el momento en el que la víctima conoce del mismo, lo que implica que si una víctima pretende alegar en su favor la suspensión de la prescripción, encontraría como problema el encuentro de estos dos elementos, objetivo y subjetivo. La respuesta muy seguramente será que en tratándose de la acción directa del seguro de responsabilidad civil, la prescripción es de carácter extraordinaria, por tanto de talante plenamente objetivo, quedando excluida toda posibilidad de alegar fenómenos como el de la suspensión, por el carácter subjetivo (de conocimiento del hecho) que la acompaña.

Frente a las dificultades surgidas en el uso de las dos modalidades estudiadas, reclamación y especial, se han creado en la práctica médica colombiana, unas organizaciones de carácter corporativo<sup>42</sup>, que sin llegar a celebrar contratos de seguro propiamente dichos, en la medida en que quien los ofrece no está conformado como una aseguradora en los términos exigidos en la ley, ofertan coberturas frente a las eventuales indemnizaciones, que por mala *praxis* médica, pueden verse avocados a asumir los profesionales de la salud, además de la correspondiente asistencia legal. Estas formas organizativas ofrecen una “cobertura” durante todo el ejercicio profesional, y el valor de dicho contrato se paga diferido en un término de 10 años, lo cual hace que su difusión sea masiva y de fácil adquisición en términos económicos para los diferentes profesionales de la salud.

### **3. Ventajas y Desventajas de las Cláusulas *Claims Made***

Fueron introducidas en la legislación nacional a través de la ley 389 de 1997, como una forma de morigerar la modalidad de ocurrencia hasta ese momento aplicada en la práctica comercial aseguradora. En el mundo su primera consagración se dio en Estados Unidos, con la finalidad de tratar de evitar los siniestros tardíos, que son aquellas reclamaciones

---

<sup>42</sup> Es el caso de SCARE Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, con el Fondo Especial para auxilio solidario de demandas FEPASDE.

que se realizan varios años después de finalizada la vigencia de la póliza<sup>43</sup>. A pesar de tratarse de unas cláusulas bastante criticadas por los problemas que su consagración tiene, existen algunas ventajas que es dable destacar, así: la cobertura en forma retroactiva, de manera que el asegurado podría llegar a estar cubierto frente a eventos anteriores al momento de la contratación del seguro, lo cual representa una gran ventaja para el asegurado, y en el momento de la reclamación para la víctima. Así entonces en un caso de responsabilidad civil médica, si se ha realizado el acto médico generador del daño, sin que exista aún contrato de seguro, pero al momento de conocer las consecuencias perjudiciales del mismo, el profesional de la salud, ya ha celebrado un contrato de seguro de responsabilidad civil, tanto el asegurado como la víctima encontrarán el beneficio que para ellos genera la póliza, es decir, una protección patrimonial para el primero y un respaldo económico mayor, para el segundo. Otra ventaja igualmente destacable, es el aumento del valor de la suma asegurada, en la medida en que se vaya dando la correspondiente renovación del contrato, lo cual genera por supuesto una ventaja económica para el asegurador, pero además una ampliación de cobertura frente a la afectación del patrimonio del asegurado.

También existen una serie de desventajas que se develan en el discurso que en contra de este tipo de cláusulas se ha realizado, la principal de ellas es la desprotección del asegurado y de la víctima, en la medida en que la obligación en cabeza del asegurador parte de que el hecho generador del daño y la reclamación por parte de la víctima se presenten bajo la vigencia del contrato de seguro. Algunos estudian esta situación afirmando que hay “*dos víctimas y un privilegiado*”<sup>44</sup>. Uno de los eventos que pueden presentarse es el referido a que el asegurador para evitar hacerse responsable del siniestro, se niegue a renovar la póliza, en una condición meramente potestativa, quedando sin cobertura el asegurado, lo cual por lo demás, resultaría siendo contrario a lo establecido en el artículo 1535 del Código Civil Colombiano, que dispone: “*Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga*”.

En el caso del seguro de responsabilidad civil médica, la situación enunciada es igualmente grave, en la medida en que el profesional de la salud como asegurado, al encontrarse en riesgo de ser demandado procurará obtener una protección de su seguro de mala praxis, para cubrirse frente a una eventual afectación patrimonial, quedando defraudado en sus intereses, si la renovación del mismo no se ha comprobado. También resulta siendo cuestionable, el caso de los actos médicos en los que algunos daños han sido objeto de reclamación, pero otros quedan afectados por las circunstancias antes reseñadas y que podrían dar lugar a reclamaciones posteriores.

Bajo el entendido de que las cláusulas *Claims Made* fueron introducidas en nuestro medio por el legislador, y las motivaciones de su inclusión estuvieron determinadas por las ventajas que este tipo de cláusulas representa para el medio asegurador, hay que aclarar que una discusión doctrinaria entorno a su carácter de cláusulas abusivas o no, puede

---

<sup>43</sup> Sobrino, Waldo Augusto. *La Función Social del Seguro de Responsabilidad Civil Vs. Cláusula Claims Made*. En Revista Ibero-Latinoamericana de seguros N° 18, Septiembre, 2002 p.113.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p 116.

verse como poco útil y meramente académica, pero puede también convertirse en un llamado para que el legislador revise las falencias de la figura que la práctica ha evidenciado; esto en el camino de que el ordenamiento jurídico conserve su unidad y coherencia, en la medida en que como sabemos, son los principios generales del derecho, en este caso el de la Buena Fe, los que permiten la integración e interpretación de las normas, y por tanto debe existir coherencia entre ellos.

Por lo anterior consideramos que frente a las cláusulas *Claims Made*, la discusión doctrinaria debe estar orientada a determinar si tienen o no el carácter de cláusulas abusivas y por ende contrarias a la buena fe. Es así como partiendo de la noción de autonomía privada que se estudia como la libertad en la que se encuentran los particulares de decidir si contratan o no, de establecer con quién van a contratar, de escoger el tipo negocial que satisface sus intereses, lo mismo que determinar el contenido del negocio; vemos cómo esta última manifestación se ha visto restringida en los denominados contratos de adhesión o por adhesión, en donde precisamente es una de las partes contratantes, generalmente la más fuerte, la que predetermina dicho contenido, en evidente favorecimiento de sus intereses y correlativa afectación de los de la parte débil, generalmente denominada consumidor.

En este esquema de cláusulas predeterminadas, el Estado busca ejercer un control, a través del derecho público, con miras a proteger la parte débil, contractualmente hablando; sin embargo, dicha intervención en diferentes ocasiones puede tornarse insuficiente, razón por la cual en cada caso concreto el jurista se ve avocado a analizar si se trata de una cláusula que además de ser predeterminada y no negociada, se configura como una manifestación de abuso de posición dominante, convirtiéndose en cláusula abusiva o vejatoria. Son las cláusulas abusivas, aquellas disposiciones contractuales que se redactan y hacen cumplir en contra de las exigencias de la Buena Fe, generando un detrimento a la parte débil del contrato en la medida en que representan un desequilibrio económico en su contra, que a todas luces resulta siendo injustificado, y generalmente aunque no exclusivamente, presentes en los contratos por adhesión. Las consecuencias derivadas de la existencia de esta clase de cláusulas en el escenario contractual, están referidas generalmente a su exclusión, gracias al control posterior que del negocio jurídico concreto hace el juez, buscando en la medida en que ello sea posible, la conservación o preservación del contrato, con un ajuste del contrato a un equilibrio, así sea aparente. Refiriéndose al tema la Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

*“En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de éste último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo*

*aprovechada por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación*<sup>45</sup>”.

En el caso de las cláusulas *Claims Made*, una de las consideraciones que es posible realizar es la referida a que se trata de cláusulas generales<sup>46</sup> predeterminadas, en la medida en que su consagración se ha dado previamente por vía legal, así entonces cumplen un primer requisito para ser consideradas como cláusulas abusivas, la de no ser negociadas en el ejercicio de la autonomía privada de las partes contratantes, sin embargo, este primer requisito se plantea también como un argumento en contra, en la medida en que tal como indicábamos las cláusulas abusivas se caracterizan por provenir de disposiciones de tipo contractual, es decir, derivadas del querer de los contratantes, pero en este caso, el contenido de las mismas se encuentra establecido por el legislador; lo cual de manera ineludible lleva a la discusión acerca de si una disposición legal puede ser considerada como fuente de una cláusula que sea considerada como abusiva; de ser así, el legislador estaría actuando en contra del equilibrio contractual, además de abrir la vía de la desigualdad en el negocio jurídico, conclusión que no sería coherente. Por esta razón, a pesar de que el discurso que presentamos, está encaminado a reflexionar acerca del posible carácter vejatorio de las cláusulas bajo estudio, hay que entenderlo con la reserva de que las cláusulas *Claims Made* son de creación legal.

El segundo paso, es mirar si se trata de disposiciones contrarias a la buena fe, esta última entendida como límite a la voluntad negocial y como un principio cardinal del derecho que debe penetrar todas las esferas de la vida social, se trata de un precepto que ha generado dificultades en cuanto a la determinación de su contenido, sin embargo, su grado de reconocimiento es mucho más fácil de establecer, es entonces compleja en su definición, y un poco más sencilla en su reconocimiento, ha sido relacionada con consideraciones de lealtad, con comportamientos dirigidos a la satisfacción genuina de las necesidades de la contraparte dentro del contexto de la relación contractual, actuando conforme con la prestación pactada, sin reticencias ni ocultamientos de ninguna clase. El principio de la Buena Fe, se encuentra presente tanto en la etapa contractual, como en la precontractual, en este sentido encontramos su consagración legal en el artículo 1603 del Código Civil: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*”. Dicha exigencia indica que aunque las partes no hayan sido lo suficientemente explícitas para integrar el contenido contractual, ese marco negocial puede configurarse con otros deberes que busquen de manera genuina el interés de las partes.

---

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>46</sup> Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p 237 refiere: “Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales no hablan de las cláusulas generales de los contratos, sino de las cláusulas estándar, y las definen en el artículo 2.19 con el siguiente tenor: “Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte”.

Por su parte, la ley comercial también consagra este principio en el artículo 871: “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural*”. Esta norma contempla además de la ejecución, la celebración<sup>47</sup> del contrato, pues es en esta fase en donde se encuentran dos partes que tienen intereses contrapuestos, que buscan una ventaja económica, pero que deben cohesionarse de tal manera que se respeten los límites que a la autonomía de la voluntad han sido previamente impuestos. Este principio ha sido clasificado en diversos sentidos, así entonces, se ha hablado de buena fe subjetiva, resaltando la convicción íntima que se tiene de estar obrando correctamente; y la buena fe objetiva, que se refiere más a la norma de conducta que se espera sea desplegada por todo contratante en orden a que éste cumpla el contrato con honestidad, fidelidad y respeto hacia su contraparte.

Reiteramos que a pesar de las consideraciones anteriores hay que aclarar que las Cláusulas *Claims Made* son legales en Colombia, por tanto, cuando el asegurador decide adoptarlas dentro del esquema de un contrato de seguro, no está incurriendo en abuso alguno, pues es la ley la que está autorizando su actuación.

Las Cláusulas *Claims Made* también pueden ser objeto de un juicio de constitucionalidad<sup>48</sup>, en la medida en que la protección al consumidor es uno de los temas que han sido tomados en cuenta por parte de la Constitución como ámbitos especiales de protección. La consagración constitucional del derecho del consumo, la encontramos en lo que diferentes autores han llamado “constitución económica”, denominación bajo la cual entendemos la actuación del Estado en su función intervencionista de la actividad humana, se trata del establecimiento de normas que permitan el desarrollo de los factores de producción y distribución “*la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del Estado; de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos; de la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución*”<sup>49</sup>.

A partir de esta noción, se ha venido desarrollando en Colombia la doctrina del Derecho del Consumo, que parte de unos principios generales, con base en los cuales, se pretenden abarcar todas las facultades, deberes y exigencias de los sujetos que

---

<sup>47</sup> Este deber se encuentra reiterado en el artículo 863 del Código de Comercio: “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*”

<sup>48</sup> Hasta el momento la Corte Constitucional no se ha referido al respecto, la única oportunidad de hacerlo la tuvo en la sentencia C-388 de 2008, pero se declaró inhibida.

<sup>49</sup> López Camargo, Javier. *Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en Latinoamérica*. Revist@ E-merc@toria Volumen 2, Numero 2. 2003. P.2. Ha dicho en este sentido: “*la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del Estado; de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos; de la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución*”

intervienen en una relación de consumo, sin realmente llegar a establecer políticas concretas de protección que garanticen la efectividad de los derechos que de él se derivan.

En la Constitución Política de 1991 encontramos un primer referente a la materia, en el preámbulo, al indicarnos que la organización de la Nación se encuentra estructurada en aras de la búsqueda de la justicia y la igualdad dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. Con esta afirmación, la Carta fundamental está dando los parámetros para establecer un orden económico respetuoso de los derechos de los agentes del mercado y en general de los sujetos económicos. Igualmente, se elevó a la categoría de mandato constitucional, el derecho que nos asiste como consumidores para acceder a bienes y servicios de calidad e idoneidad, libres de vicios que puedan atentar contra la vida, la salud y la seguridad de las personas. Esto implica que la protección se extiende más allá del ámbito patrimonial, para acoger la garantía de derechos de carácter fundamental como la vida y la integridad física de todos los miembros de la comunidad.

En este sentido encontramos el artículo 78 constitucional<sup>50</sup>, el cual sienta las bases para fomentar la solidaridad entre los titulares del derecho del consumo, de modo que al organizarse como grupo, lo deben hacer de tal forma que tengan la posibilidad de intervenir en el estudio de las disposiciones que los afecten, cumpliendo siempre con una exigencia que en mi opinión es fundamental, consistente en que estas organizaciones deben ser representativas de los intereses de los consumidores y deben observar procedimientos democráticos internos en cuanto a su conformación; por vía de la aplicación de estas condiciones, se estarían garantizando básicamente dos elementos: de un lado, la existencia de las organizaciones privadas de protección de los derechos del consumidor; pero además que los mismos sean entes que representen verdaderamente el interés general de este grupo social, es decir, sean voceros reales de las necesidades o reclamos que surgen de las relaciones asimétricas de consumo, contrarrestando de alguna manera la limitación a la autonomía privada característica de estas relaciones entre consumidor, productor y distribuidor.

La Corte Constitucional ha dicho con relación al derecho del consumo: *“El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses, y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios, información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías, indemnización de perjuicios por productos defectuosos, acciones de clase, etc.); de orden participativo*

---

<sup>50</sup> ART. 78.—La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

(frente a la administración pública y los órganos reguladores)”. Es dable entender que se trata de un derecho de contenido complejo en la medida en que se expresa como la integración de unos elementos garantistas que se complementan para proteger la efectividad en su aplicación. Esta integración es parte que refleja el espíritu constitucional de búsqueda del restablecimiento de una igualdad entre los actores de la relación de consumo, entiéndase entre productores, distribuidores y consumidores; lo cual se logra a través del régimen de responsabilidad legalmente establecido. La relación asimétrica que pretende ser morigerada ha sido descrita por la jurisprudencia constitucional indicando que es una relación marcada por la posición dominante de una de las partes de la relación jurídica, el productor, y la correlativa indefensión de quien actúa como consumidor.<sup>51-52</sup>

Bajo estos parámetros la disposición a analizar en este caso, sería la contenida en el artículo 4 de la ley 389 de 1997, que consagra:

*“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 del 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”.*

El análisis de la norma demandada exige acudir, de manera muy sucinta, a las nociones existentes sobre interpretación jurídica, asumiendo que por interpretación debe entenderse, según autores como GUASTINI *“El resultado o producto de la actividad interpretativa, que no es otra cosa más que el ‘significado’ del objeto interpretado”*, y en el discurso jurídico referida a la determinación del significado de algún documento o texto jurídico, por tanto la norma no constituye el objeto sino el resultado de la actividad

---

<sup>51</sup> En este sentido se encuentra la Sentencia de la Corte Constitucional C – 973 de 2002 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis: *“Es deber del órgano legislativo tener en cuenta las relaciones asimétricas que generan la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios, y que surgen del papel preponderante del productor en cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor en razón de su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios; pero sobre todo, la ley debe observar con atención la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado”*.

<sup>52</sup> En desarrollo del tema del derecho del consumidor en el sector financiero sugerimos la lectura de nuestro artículo de investigación *Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero*. Revist@ e- mercatoria. Volumen 7 Número 1, (2008). Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Comercial. [www.emercatoria.edu.co](http://www.emercatoria.edu.co)

interpretativa, con la elaboración de esta interpretación contamos con el presupuesto necesario para la aplicación de la norma, buscamos así formular unos enunciados interpretativos para adscribir un significado de acuerdo con el contexto normativo. Así entonces y sin querer detenernos en aspectos hermenéuticos, debemos advertir que acudiendo a un criterio literal, la norma quiere significar una ampliación de cobertura del seguro de responsabilidad civil, a hechos que se configuran como siniestro ocurridos, antes de su entrada en vigencia, pero cuya reclamación se presente durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional no inferior a dos años, pactado por las partes contratantes. Según un criterio sistemático, es importante integrar el contenido del artículo 1131 del Código de Comercio, con el contenido del artículo 4 de la ley 389 de 1997, para entender que la noción de siniestro, sin estar afirmando su modificación, está referida a la presentación de la reclamación por parte de la víctima, en cumplimiento de las cargas probatorias exigidas legalmente. En un criterio teleológico, el fin de la norma fue precisamente el de sobrepasar las limitaciones que la modalidad de cobertura llamada ocurrencia representaba, tal y como fueron explicados en acápites anteriores, se quiso entonces ampliar la obligación del asegurador, no sólo respecto de los hechos configurativos de riesgo asegurado, acaecidos durante la vigencia del seguro sino incluir, aquellos ocurridos con anterioridad a la misma, y dando tiempo para presentar la reclamación, no sólo durante el término de vigencia de la póliza sino en un término adicional cuyo pacto se deja a las partes, sin que sea inferior al término legal de los dos años.

A partir de los anteriores criterios tenemos que estudiar su conformidad con los artículos constitucionales que consagran los derechos de los consumidores que se encuentran en juego en esta relación jurídico comercial, así entonces, en relación con el artículo 78 de la Constitución Política<sup>53</sup>, debemos decir que a pesar de encontrarse garantizada la “calidad” de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, lo cual en materia de seguros se manifiesta en el denominado Derecho Público de Seguros, tenemos que cuando el legislador decidió consagrar las cláusulas *Claims Made*, no se centró en la protección de los intereses de la parte asegurada, sino del gremio asegurador permitiéndole limitar temporalmente la cobertura del riesgo, y ejerciendo una posición totalmente dominante además de injustificada frente a la víctima, quien reiteramos, además de estar en una situación de parte débil, puede llegar a desconocer totalmente la existencia del contrato de seguro, lo que sin lugar a dudas puede llevarlo a presentar en forma extemporánea la reclamación. En este caso la calidad del servicio, se entiende como una forma de protección para el consumidor, una vía de salvaguarda de sus intereses, lo cual debe ser tenido en cuenta por el legislador en el momento de creación de la norma, sin embargo, el

---

<sup>53</sup> ART. 78.—La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

cumplimiento se dificulta por la intervención de intereses mayores como son los del gremio asegurador, que por supuesto son mucho más influyentes entre quienes tienen las facultades de legislador. En atención a las anteriores consideraciones podría llegar a ser cuestionable la constitucionalidad de la norma referida, pues se trata de una protección mínima que encuentra su real justificación en los intereses económicos del asegurador.

Es importante hacer una pequeña referencia a las diferentes clases de cláusulas *Claims Made* para determinar las ventajas o desventajas que cada una de ellas presenta para el caso concreto del seguro de responsabilidad civil médica. En el caso de las cláusulas de *Claims Made Puro*, es apreciable que son en exceso restrictivas pues el asegurado no obtiene la protección que busca para su patrimonio, lo cual ha pretendido ser cambiado por las partes pactando una cobertura extendida a hechos anteriores a su entrada en vigencia, que es lo que se ha llamado periodo de retroactividad. En el caso del seguro de responsabilidad civil médica, esta práctica resultaría siendo negativa, si por ejemplo, el profesional de la salud, no renueva el contrato de seguro, y los daños son conocidos por la víctima, después del término de vigencia.

Por su parte, las *Claims Made puro con periodo de retroactividad*, son benéficas para el seguro de mala praxis, en la medida en que la cobertura es más benéfica para el asegurado, pues puede ser que en tiempo anterior haya realizado un acto médico que haya ocasionado algún daño, del cual el profesional asegurado permanece ignorante, pero que dentro del tiempo de vigencia conoce, bien porque la víctima ha ejercido una acción judicial, o porque haya presentado una reclamación extrajudicial. En este caso el asegurador debe tener certeza respecto de que su asegurado ignoraba tal circunstancia en el momento de la celebración del contrato.

En el caso de las cláusulas *Claims Made mas notificación durante el periodo de vigencia*, el profesional de la salud asegurado, que haya conocido la reclamación de la víctima del daño causado por la realización del acto médico, tiene una carga de notificar al asegurador, carga que cumplirá en la medida en que mantenga su interés en la protección de su patrimonio, algo que resulta evidente como función económica del contrato celebrado.

Cuando se trata de *Claims Made con cobertura especial a futuro para hechos notificados*, la utilidad es aún más destacable para todas las partes contractuales, para el asegurado porque logrará lo que pretende en el momento de celebrar el contrato de seguro, cubrir su patrimonio por erogaciones provenientes de indemnizaciones en casos de responsabilidad civil por mala praxis; para el asegurador porque a pesar de que tenga que asumir el pago de una indemnización, aún cuando ya se haya agotado el término de vigencia del contrato o el término adicional, tiene la información acerca de los hechos dañosos que le han sido notificados en tiempo, y puede prever los efectos que de los mismos pueden derivarse; para la víctima, puede generar una ventaja siempre que el asegurado haya cumplido con la carga de informarle al asegurador acerca del acto médico susceptible de generar daño, pues a pesar que su reclamación se formule en período posterior al inicialmente cubierto, podrá obtener respuesta favorable del asegurador, sin embargo, de no ser así, haber pactado esta cláusula no le generará ningún beneficio.

Existen también las cláusulas *Claims Made puro con periodo adicional para notificaciones*, frente a las cuales son análogas las consideraciones que pueden realizarse, pues se trata de otra forma de extensión de cobertura, a cambio del cumplimiento de una carga contractual.

La estructura de las cláusulas *Claims Made* puede generar, como se ha reiterado, algunos problemas de cobertura, que han sido tratados por varios autores pero de manera ejemplificada por parte de la doctora FERNÁNDEZ MUÑOZ<sup>54</sup>. Para efectos de este trabajo se toma el ejemplo por ella explicado, para luego analizarlo. Así, en el caso del ejercicio de la profesión médica, se adelanta el acto médico, una intervención quirúrgica en el año 1995, los daños se conocen solo hasta el año 1997, pero el paciente decide demandar al médico sólo hasta 1998. El problema de cobertura se daría si existieran varias pólizas concurrentes, en el ejemplo, con cobertura para el año 1995, la primera; 1996 y 1997 la segunda; y para el año 1998 la tercera.

Si con la aseguradora 1 se pactó una cláusula *Claims Made* que exigía que la reclamación se presentara dentro del término de vigencia del contrato y dos años más, la acción de la víctima en contra del asegurador sería inocua, pues se trataría de que no se encuentra obligado por haberse agotado la cobertura; pero si este es el caso de la Aseguradora 2, cuya vigencia de póliza es por dos años, y bajo el entendido de que exista una estipulación en el mismo sentido, la situación sería diferente y tanto víctima como asegurado, contarían con el respaldo del asegurador, por cuanto la reclamación se estaría presentando en tiempo. Pero si por el contrario lo que sucedió con la Aseguradora 2, estuvo referido a pactar la cobertura solo sobre los hechos ocurridos durante su vigencia, la víctima y el asegurado quedan nuevamente desprotegidos.

Por su parte, en el evento en el que con la Aseguradora 3, se haya pactado cobertura para hechos acaecidos durante su vigencia y dos años anteriores, a pesar de presentarse reclamación durante la vigencia del contrato, tampoco estaría cubierto porque el daño se produjo en 1995, año que no se encuentra cobijado por el pacto realizado.

Estas circunstancias muestran la necesidad de pactar las cláusulas en el seguro de responsabilidad civil médica, de acuerdo con la especialidad, tratamiento, procedimientos que sean adelantados por el profesional de la salud contratante, y no esquematizar unas formas, que pueden llegar a afectar gravemente, en cuanto a sus intereses patrimoniales se refiere, no solo al asegurado sino a la víctima como beneficiaria legal de la indemnización. Hay que advertir, que la comprensión de estas consecuencias exigen que los agentes encargados de ofrecer esta clase de contratos, sean lo suficientemente claros con el tomador, al momento de la celebración del contrato, presentándole las diferentes hipótesis, si se pacta una cláusula en uno u otro sentido, pues es importante recordar que la función económico jurídica del seguro, está precisamente concretada, en la obligación

---

<sup>54</sup> Fernández Muñoz, Mónica Lucía. "Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil. En Revista de Estudios Socio-Jurídicos (Bogotá), Vol.4, n° 2 (Oct., 2002) p 231.

del asegurador de dar tranquilidad, certeza al asegurado frente a la realización del riesgo objeto del contrato.

Para garantizar el cumplimiento de la carga de información a la que estamos haciendo referencia, es necesario introducir mecanismos legales que ejerzan más presión sobre el gremio asegurador, estableciendo procedimientos que garanticen que el consumidor del seguro, que es la parte asegurada, tengan conciencia plena de las condiciones en las que celebraron el contrato y las consecuencias que se generarían en el momento de una reclamación. Esto solo es posible a través de un control externo, efectivamente ejercido por la Superintendencia Financiera, haciendo estudios de campo, comprobando la veracidad de los informes que el gremio asegurador le presenta, con una política de servicio al cliente, que tenga instrumentos de sanción, para ser aplicables en los casos en los que se juzgue sea necesario.

### **C. Asunción por parte del asegurador de los Costos del Proceso**

En aplicación del artículo 1128 del Código de Comercio, que dispone:

*“el asegurador responderá además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:*

- 1. Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro.*
- 2. Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y*
- 3. Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede de la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste solo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda en la indemnización”*

Debemos indicar que dentro de las coberturas de las pólizas de responsabilidad civil médica, se encuentra el valor de los costos del proceso, lo cual se concreta precisamente en cumplimiento de la referida disposición legal.

#### **1. Naturaleza de los costos**

Cuando nos referimos en términos procesales a costas y expensas, sus definiciones han sido claramente establecidas, y a pesar de que algunos puedan llegar a confundirlas, hay un acierto respecto de los elementos que las diferencian. Así entonces, se entiende por costas, aquellas erogaciones patrimoniales que debe asumir la parte que perdió el proceso, quien ejerciendo la acción u oponiéndose a ella, según la decisión judicial no le asistió la razón; el monto de las costas comprende el de las expensas y el de las agencias en derecho. Por su parte las expensas son los gastos realizados para adelantar el proceso, incluso erogaciones necesarias para poder iniciar el mismo, por ejemplo el

dinero que se necesite para obtener determinada prueba, el pago de peritos, o el desplazamiento de los testigos para realizar su declaración<sup>55</sup>.

Puede afirmarse que las costas en el sentido explicado, están a cargo del asegurador, como parte de la cobertura de la póliza contratada, sin embargo frente al rubro de las expensas podrían surgir algunas dudas, concretamente en el caso en el que la víctima haya acudido a un ajustador<sup>56</sup> para presentar la reclamación ante el asegurador, acto que genera honorarios que al momento de obtener la asesoría deben ser cubiertos por la víctima. Estos gastos podrían calificarse como erogaciones necesarias para iniciar el proceso en ejercicio de la acción directa, pues se trata de un profesional en la materia, al cual se acude para evitar las objeciones que los aseguradores suelen hacer a las reclamaciones, trámite que de manera eventual pudo haberse intentado por el beneficiario antes de iniciar el proceso. En el sentido de afirmar que los costos en cabeza del asegurador no solo son los judiciales, sino los extrajudiciales, se encuentra el autor DÍAZ GRANADOS, pues considera que: "...Sin embargo, al tenor de la ley, estos gastos se circunscriben a los costos del proceso, el cual no tiene que ser de carácter judicial, sino que incluiría todo tipo de proceso dirigido por la víctima contra la compañía de seguros o contra el asegurado, sea o no de naturaleza judicial"<sup>57</sup>. Sin embargo, dicha afirmación puede resultar siendo contradictoria, en la medida en que se habla de los costos que la víctima ha tenido que asumir "dentro del proceso... contra la compañía de seguros"; los cuales se circunscriben a los gastos propios del proceso judicial, razón por la cual podría verse como inapropiado referirse a gastos judiciales y extrajudiciales.

En todo caso, consideramos oportuno advertir que a pesar de que por vía de interpretación gastos como el enunciado sean admisibles como costos a cargo del asegurador, se debe ser muy estricto y riguroso frente a la prueba de ellos, en la medida en que la víctima puede querer obtener un provecho mayor, al que le correspondería sujetándose a los términos legales y judiciales.

El asegurador tendrá la carga de asumir los costos del proceso, tanto en la hipótesis en que él aparece como demandado, como cuando lo es solo el asegurado, y por supuesto en el evento en el que ambos han sido convocados al proceso en tal calidad; en todo caso si se trata del segundo supuesto, en tratándose de un juicio de responsabilidad, el asegurador tendrá que cumplir con esta obligación tanto si se declara como si no se declara la responsabilidad del asegurado, pues al observar los textos de las pólizas de responsabilidad civil médica, el compromiso del asegurador es el mismo en uno y otro

---

<sup>55</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Dupré Editores, Bogotá, 2002, p 1047. Dice al respecto: "Es nota característica de las expensas la de que su pago corra por cuenta de la parte que solicitó la prueba, diligencia o interpuso el recurso y su no oportuno cumplimiento en ocasiones puede determinar la ineficacia del derecho ejercitado tal como sucede, por ejemplo, con la declaración de desierto de determinados recursos cuando no se pagan oportunamente las copias necesarias para que se tramiten..."

<sup>56</sup> El ajustador es un intermediario en materia de seguros que por sus especiales conocimientos se encuentra habilitado para asesorar a las personas (asegurado o beneficiario) para presentar las reclamaciones ante las aseguradoras, algunos lo califican como perito.

<sup>57</sup> Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad...*, Ob.Cit., p 267.

evento, sin que pueda considerarse la condena como una condición necesaria para que se pueda hacer exigible dicha carga.

En el evento en el que no sea declarada la responsabilidad del asegurado, los costos tienen que ser asumidos por el asegurador, pues en aras de cumplir con una de las funciones del seguro de responsabilidad civil, cual es la de proteger el patrimonio del asegurado, el asegurador debe, como parte de la consecución de ese fin, asumir la defensa de aquél, lo cual supone no solo disponer de recursos jurídicos o técnicos, sino también monetarios. Entonces lo que debe aclararse en nuestra opinión, son las obligaciones que conlleva la protección del patrimonio del asegurado, las cuales serán no solo pagar la indemnización, que es la obligación principal, sino también ejercer la defensa y los costos que la misma conlleva, independientemente del resultado que se obtenga del proceso. Una disposición en el sentido de limitar la responsabilidad del asegurador a la asunción de los costos solo a los procesos en los que resulte una declaración de responsabilidad del asegurado, podría calificarse como abusiva en la medida en que la ley comercial<sup>58</sup> tampoco hace diferencia respecto de los costos que debe asumir el asegurador, lo cual implica que no hay exclusión de los derivados de procesos con decisiones condenatorias o absolutorias, la orden legal se aplica para todos. Si el asegurador dispone en contrario quedaría a merced de que, tal como lo advierte el profesor ARRUBLA PAUCAR<sup>59</sup>, el juez del caso considere de manera razonada que la cláusula es abusiva y decida inaplicarla para el caso concreto, pues el asegurador no se encuentra facultado para distinguir o limitar donde el legislador no lo hizo, o no autoriza a hacerlo.

Respecto de los gastos derivados de un Proceso Penal, es común que en las cláusulas de las pólizas de Responsabilidad Civil Médica, se excluya su cobertura en la medida en que en esta clase de procesos la intervención del asegurador solo puede darse cuando se

---

<sup>58</sup> Artículo 1128 del Código de Comercio.

<sup>59</sup> Comenta el Doctor Jaime Alberto Arrubla que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de febrero 2 de 2001, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (Inversiones Velar vs Analdecom), "(...) refiriéndose al tema del equilibrio contractual en el contrato de seguro aceptó la necesidad de limitar el contenido del negocio excluyendo algunas cláusulas abusivas... En ese sentido, su clasificación de leoninas, puede dar lugar a la figura del abuso de posición dominante y por tanto permite aplicar el art. 830 del C.Co...Acá entonces diríamos que en la medida que se exige celebrar los contratos de Buena Fe implica en los contratos de adhesión una imposición de la legislación a quien redacta un reglamento contractual de abstenerse de incluir cláusulas que contengan una ventaja injustificada. Así, como eslabón perdido de esta argumentación nos permitiría tratarlas de modo que si se incluyen tales cláusulas en un contrato, al haberse hecho en contra de una expresa prohibición legal, las mismas tienen objeto ilícito siendo nulas y si es clara y se dan las demás condiciones el juez las puede declarar de oficio, de modo que se soluciona así la problemática en un punto previo". Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles Tomo I Teoría General del Negocio Mercantil*. Biblioteca Jurídica Dike, 12° Ed. 2007 p 99.

presente demanda de parte civil<sup>60</sup>, y solo en algunos casos el asegurador de manera potestativa prestará colaboración en cuanto a asesoramiento jurídico o técnico que requiera el asegurado dentro del proceso penal<sup>61</sup>.

La razón de ser de la exclusión de la cobertura de los procesos penales, está radicada en que la responsabilidad penal, no es un tipo de responsabilidad asegurable, en esta clase de pólizas; por tanto es perfectamente posible que el profesional de la salud que haya contratado una póliza de Responsabilidad Civil Profesional, se vea incurso en un proceso penal, por un daño causado como consecuencia del ejercicio de su profesión, y no se encuentre respaldado por el Asegurador, en la medida en que dicho tipo de responsabilidad no se encontraba dentro de los amparos pactados.

La anterior circunstancia nos lleva a determinar qué sucede con los costos que surgen de un proceso penal adelantado por la víctima en contra del asegurado, aspecto que podría dar lugar a dos interpretaciones: La primera referida a entender que el asegurador está obligado a asumir dichos costos, en proporción a la suma asegurada, en la medida en que el artículo 1128 del Código de Comercio, impone esta obligación refiriéndose a “*los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado*”, así entonces, el legislador habló genéricamente de procesos en contra del asegurado, sin estar determinando que sean derivados de los tipos de responsabilidad cubiertos por la póliza contratada; sin embargo, una posición en este sentido resulta ser rebatible, porque cuando el asegurador decide que la responsabilidad cubierta será la responsabilidad civil, por ejemplo, esta obligación adicional de asumir los costos queda circunscrita a los procesos que surjan de los eventos de responsabilidad que sean de carácter civil. La segunda interpretación, como puede deducirse, es aquella referida a

---

<sup>60</sup> En este caso se impondrán al asegurador las mismas cargas que si se tratara de un proceso estrictamente civil, es decir, los costos, al igual que la indemnización que de allí surjan estarán a su cargo.

<sup>61</sup> “**Cláusula 13 Proceso Penal:** Si se promoviere proceso penal o, el Asegurado deberá dar aviso de inmediato al Asegurador. El Asegurado deberá designar al profesional o profesionales que lo defiendan e informarle al Asegurador el nombre del abogado defensor que designe y de las actuaciones producidas en el juicio y las sentencias que se dictaren.

**Si en el proceso penal se presentara demanda de parte civil, el asegurado deberá hacer citar en garantía al Asegurador quien comparecerá al proceso atendiendo exclusivamente lo atinente al proceso civil, siendo de aplicación lo previsto en la Cláusula 15 – Defensa en Juicio Civil.**

**El Asegurador podrá colaborar proporcionando al Asegurado, a su requerimiento, asesoramiento jurídico o de peritos o delegados técnicos. El asesoramiento efectuado por el Asegurador no implica la aceptación de responsabilidad frente al Asegurado o terceros en los términos de la presente póliza. Tampoco existirá aceptación de responsabilidad cuando el Asegurado designase a su cuenta y riesgo a profesionales vinculados con la Aseguradora.**

**Queda claramente establecido que el Asegurado tiene desde el inicio y en todo momento, la plena dirección del proceso penal, y con tales potestades, aceptar o no los aportes técnicos del Asegurador, sin que ello afecte en absoluto sus derechos como Asegurado emanados de este contrato”** (Subrayado fuera de texto) Condiciones Generales Póliza de Responsabilidad Civil Médica ofrecida por MAPFRE Seguros.

entender que solo se asumirán por parte del asegurador, aquellos costos derivados de los procesos que se deriven de los tipos de responsabilidad cuya cobertura se ha pactado en el contrato de seguro.

Por otra parte, como surge del texto del artículo 1128 del Código de Comercio, la responsabilidad del asegurador por los costos del proceso puede ir aún en exceso de la suma asegurada, pero en todo caso debe ser proporcional a ella, por ejemplo si la suma asegurada es de cincuenta millones de pesos los costos no podrían ser más de diez millones de pesos, la disposición en este sentido es la siguiente:

***“Costas y Gastos por Reclamos”:*** *El Asegurador toma a su cargo, como sublímite integrante de la suma asegurada, de su obligación a que se refiere la Cláusula 2, el pago de las costas judiciales en causa civil, y de los gastos extrajudiciales en que se incurra para resistir la pretensión del Tercero, dejándose sentado que, cualquiera que fuese el resultado del litigio, el monto de dicho accesorio no podrá superar el 20% de la suma asegurada. El excedente quedará a cargo del Asegurado.*

*Cuando el Asegurador no asuma o decline la defensa en juicio, el pago de los gastos y costas los debe en la medida en que fueron necesarios”.*<sup>62</sup>

La doctrina<sup>63</sup> hace referencia a una proporcionalidad con la suma asegurada, la misma entra a ser determinada por el asegurador en ejercicio de la autonomía privada y en protección de sus intereses económicos, a falta de una intervención más concreta por parte del legislador, que por lo demás resultaría siendo excesiva, pues en cada caso el asegurador podrá determinar los límites de cada una de sus obligaciones, dentro de los parámetros de la ley.

## **2. Exclusiones:**

### **2.1. De la Responsabilidad por dolo**

Para referirse a la Responsabilidad por Dolo es necesario, entender que el dolo es en general la intención positiva de inferir daño a alguien, en el caso del derecho privado el dolo puede estar presente en los actos ilícitos, en las obligaciones y en su incumplimiento, como vicio del consentimiento, y relacionado con la mala fe en general. En este caso nos interesa el dolo manifestado como vicio del consentimiento, y en el incumplimiento de las obligaciones. Como vicio, el dolo se entiende como la conducta intencional que provoca en la contraparte contractual una idea errónea del co-contratante, y que en todo caso determina el otorgamiento del consentimiento y la celebración del negocio. Dentro de la estructura del dolo es importante tener en cuenta el mecanismo o posición de la parte que en el incurre, y el resultado que logra respecto de la otra parte contractual.

Pensar que un profesional de la salud, atentará deliberadamente en contra de la vida de un paciente, resulta siendo un poco ajeno a la realidad, no solo por consideraciones

<sup>62</sup> Condiciones Generales Seguro de Responsabilidad Civil Médica de la Póliza de Mapfre Seguros.

<sup>63</sup> Díaz Granados Ortiz, Juan Manuel. *El Seguro de Responsabilidad...*, Ob.Cit., p 268.

jurídicas sino éticas y morales, y en todo caso porque en la profesión médica rige siempre un principio de no causar daño, por tanto la forma en la que aquí se estudia la responsabilidad por dolo es diferente.

En el caso del profesional de la salud, la exigencia es mucho mayor, en la medida en que se encuentra frente al paciente que es una persona que no tiene los conocimientos científicos pertinentes y por eso confía un bien personalísimo, como es la salud y la vida, para que utilice los medios idóneos en el tratamiento concreto; por tanto si un médico haciendo uso de su posición, genera en el paciente confianza suficiente para que le otorgue el consentimiento necesario para adelantar un acto médico, sin estar académicamente habilitado para hacerlo y causa un daño, nos encontramos frente a un caso de responsabilidad por dolo.

El dolo ha sido clasificado en diferentes sentidos, uno de los cuales es positivo y negativo. El primero generalmente consiste en hechos, que pueden ir desde las simples mentiras hasta las maniobras fraudulentas, como la utilización de testigos o de instrumentos falsos, la ocultación de personas, hechos o antecedentes que podrían revelar la verdad a la víctima del dolo, la presentación de las cosas en forma tal que ésta no pueda darse cuenta exacta de la verdad. Y el *dolo negativo* que consiste en una abstención cuando el que estando obligado a hablar por la ley, la costumbre o las circunstancias, guarda silencio deliberadamente, exigiéndose siempre la intención positiva de dañar, a este dolo negativo se le denomina en doctrina reticencia.

## **2.2. Cuando el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador**

Ocurre en aquellos eventos en los que por las circunstancias particulares del caso, se considera que es mejor realizar el pago de la indemnización, sólo exigiendo la presentación de la reclamación por parte de la víctima de manera extrajudicial y no dentro del marco de un proceso. Puede considerarse por parte del asegurador que llegar a un acuerdo sea mejor solución en términos económicos. Se trata de aquellos eventos en los que la responsabilidad civil en la que ha incurrido el profesional de la salud, resulta siendo de sencilla prueba para la víctima, y no existen elementos que permitan a la aseguradora ejercer una buena defensa del asegurado, así entonces, previendo que en el marco de un proceso no son favorables los resultados y por el contrario podrían ser más gravosos que los obtenidos dentro de una conciliación o una transacción.

En la relación contractual, el asegurador que es el profesional en el tema, tiene mayor pericia que el asegurado, para tomar las decisiones estratégicas en la resolución de un conflicto; razón por la cual si el primero da instrucciones de comportamiento al segundo, debe acatarlas y así como confió en el asegurador para contratar la póliza, debe también hacerlo frente a una reclamación.

## **2.3. Condena excede los límites de la responsabilidad del asegurador.**

En la medida en que el asegurador tenga una obligación limitada al valor asegurado, si la condena por los perjuicios que se han ocasionado es mayor, no responderá por nada adicional, entonces el exceso de la suma asegurada estará a cargo del asegurado

causante del daño. En estos procesos frente a la asunción de las costas, se tendrá que hacer proporcionalmente a la obligación impuesta al asegurador, entonces si se trata de pagar el 60% del total de la condena, sobre ese porcentaje se va a pagar las costas, y por el 40% restante estarán a cargo del asegurado.

#### **D. CONCLUSIONES**

El principio de la comunicabilidad de las excepciones implica que el asegurador como parte contractual se encuentra en la posibilidad, dentro del proceso de responsabilidad que se inicie, de oponer las excepciones derivadas del contrato mismo, las excepciones oponibles son las mismas frente al asegurado y frente a la víctima. La ley permite que sea pactada la restricción del principio de comunicabilidad de las excepciones como una forma de protección de los beneficiarios, sin embargo, esta posibilidad es totalmente ineficiente, en la medida en que, el contrato de seguro es un contrato de adhesión, en donde el clausulado no permite ser discutido, pues previamente fue establecido por una de las partes contratantes. Frente a esta situación se propone promover una reforma al Código de Comercio, bien a través de una modificación del artículo 1044 del mismo, o a través de la introducción de una nueva disposición como regla especial para el seguro de responsabilidad, referido a limitar las excepciones que pueden ser oponibles a la víctima a aquellas que se derivan de sus propios actos, y las relacionadas con la estructuración de un juicio de responsabilidad en contra de quien actúa dentro del contrato como asegurado.

La acción directa en el seguro de responsabilidad civil, es el mecanismo procesal creado para reconocer la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador, y la posibilidad de hacerlo efectivo obteniendo el pago de la indemnización. Algunos autores pretenden interpretar la disposición indicando que el legislador quiso crear dos clases de acciones, una derivada directamente del contrato de seguro y otra la acción directa. Sin embargo, la posición defendida en el presente trabajo se encamina a indicar que se trataría de dos acciones con exactamente el mismo fin, el de dejar a la víctima en la posibilidad de exigir el pago de la indemnización una vez ocurrido el siniestro; entonces si bien pueden existir varios mecanismos procesales para hacer efectivo un mismo derecho, quedando todos ellos a disposición de la víctima del daño; no sería útil concebir dos mecanismos con las mismas exigencias probatorias, para lograr un objetivo idéntico.

Por otra parte, en el caso de la acción directa podemos afirmar que la obligación del asegurador es una obligación de dinero, mas no de valor, en la medida en que el asegurado no ocasionó el daño, ni es responsable directamente de su resarcimiento, la fuente de su obligación como indicábamos es el contrato de seguro.

Frente al ejercicio de la acción por parte de la víctima, a pesar de que no es prerequisite del ejercicio de la acción directa la declaración judicial de responsabilidad, la misma si resulta siendo una forma de garantizar los derechos de la víctima del daño que a través de cualquier medio acredite su existencia, pues ante una reclamación se cubrirá frente a la posibilidad de que el asegurador le oponga excepciones referidas a la inexistencia de responsabilidad, pues será tema a agotarse no en dos fases o en dos procedimientos,

sino en uno mismo, en pro de la economía procesal y de una visión mucho más garantista frente al asegurado, como causante del daño. En este caso la figura procesal que en nuestra opinión se configura es la del *litis consorcio facultativo*, pues este tiene origen en una pluralidad de relaciones jurídicas materiales que comprometen a diferentes sujetos, pero por economía procesal se promueve un solo proceso, existiendo entre ellas una conexidad. Diferente es el caso en el que la víctima ejerce una acción en contra del causante del daño, posiblemente ignorando la existencia del seguro de responsabilidad civil profesional contratado por el mismo, o en el evento de haber prescrito la acción directa evento en el cual el asegurado tiene la posibilidad de hacer el llamamiento en garantía al asegurador.

Respecto de la discusión acerca de si se configura o no un litis consorcio, y si este es facultativo o necesario, es posible proponer una solución por vía legal, que en realidad no resultaría siendo nada diferente a reiterar las normas de los artículos 50 y 51 del Código de Procedimiento Civil. La disposición que se propone sea incluida dentro de la regulación de la acción directa, en nuestro sentir, estaría encaminada a darle a la víctima la posibilidad de demandar en forma conjunta al asegurador y al asegurado si es lo que resulta conveniente, o también la opción de no hacerlo.

El problema que surge para las víctimas en el seguro de responsabilidad civil médica, estará determinado por presentar la reclamación bajo la vigencia del contrato de seguro, pues él como tercero indeterminado en dicho contrato, no tiene acceso a la información acerca de la vigencia del mismo, razón por la cual no podrá presentar oportunamente su reclamación. Sin embargo, esta afectación no se presenta solo frente a la víctima, sino también frente al asegurado, quien en el momento en el que la víctima le presente su reclamación, no contará con la protección del asegurador, evento que muy seguramente no tuvo previsto en el momento de la celebración del contrato. Esta situación como vimos trató de superarse con la introducción de las cláusulas *Claims Made*.

*Las Cláusulas Claims Made* han sido bastante criticadas por los problemas que su consagración tiene, existen algunas ventajas que es dable destacar, así: la cobertura en forma retroactiva, de manera que el asegurado podría llegar a estar cubierto frente a eventos anteriores al momento de la contratación del seguro, lo cual representa una gran ventaja para el asegurado, y en el momento de la reclamación para la víctima. Otra ventaja igualmente destacable, es el aumento del valor de la suma asegurada, en la medida en que se vaya dando la correspondiente renovación del contrato, lo cual genera por supuesto una ventaja económica para el asegurador, pero además una ampliación de cobertura frente a la afectación del patrimonio del asegurado. Como desventaja principal se afirma la desprotección del asegurado y de la víctima, en la medida en que la obligación en cabeza del asegurador parte de que el hecho generador del daño y la reclamación por parte de la víctima se presenten bajo la vigencia del contrato de seguro. En el caso del seguro de responsabilidad civil médica, la situación enunciada es igualmente grave, en la medida en que el profesional de la salud como asegurado, al encontrarse en riesgo de ser demandado procurará obtener una protección de su seguro de mala praxis, para cubrirse frente a una eventual afectación patrimonial, quedando defraudado en sus intereses, si la renovación del mismo no se ha comprobado.

Cuando el legislador decidió consagrar las cláusulas *Claims Made*, no se centró en la protección de los intereses de la parte asegurada, sino del gremio asegurador permitiéndole limitar temporalmente la cobertura del riesgo, y ejerciendo una posición totalmente dominante además de injustificada frente a la víctima, quien reiteramos además de estar en una situación de parte débil, puede llegar a desconocer totalmente la existencia del contrato de seguro, lo que sin lugar a dudas puede llevarlo a presentar en forma extemporánea la reclamación. En este caso la calidad del servicio se entiende como una forma de protección para el consumidor, una vía de salvaguarda de sus intereses, lo cual debe ser tenido en cuenta por el legislador en el momento de creación de la norma, sin embargo, el cumplimiento se dificulta por la intervención de intereses mayores como son los del gremio asegurador, que por supuesto son mucho más influyentes entre quienes tienen las facultades de legislador. Por estas consideraciones es cuestionable la constitucionalidad de las cláusulas *Claims Made*.

Las cláusulas *Claims Made* con cobertura especial a futuro para hechos notificados, presta una excelente utilidad para todas las partes contractuales, para el asegurado porque logrará lo que pretende en el momento de celebrar el contrato de seguro, cubrir su patrimonio por erogaciones provenientes de indemnizaciones en casos de responsabilidad civil por mala praxis; para el asegurador porque a pesar de que tenga que asumir el pago de una indemnización, aún cuando ya se haya agotado el término de vigencia del contrato o el término adicional, tiene la información acerca de los hechos dañinos que le han sido notificados en tiempo, y puede prever los efectos que de los mismos pueden derivarse; para la víctima, puede generar una ventaja siempre que el asegurado haya cumplido con la carga de informarle al asegurador acerca del acto médico susceptible de generar daño, pues a pesar que su reclamación se formule en período posterior al inicialmente cubierto, podrá obtener respuesta favorable del asegurador, sin embargo, de no ser así, haber pactado esta cláusula no le generará ningún beneficio.

Dentro del Seguro de Responsabilidad Civil Médica, el aseguramiento de la culpa grave, debe tenerse en cuenta que 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 los eventos, cosa que es casi imposible definir, o por lo menos 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.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **DOCTRINA:**

ACOLDESE. Encuentro “La responsabilidad profesional y su aseguramiento”. Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, Bogotá, 2005.

ALARCÓN FIDALGO, Joaquín. El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias. En Revista Ibero-Latinoamericana de seguros N°8 (Jun.1996).

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I Teoría General del Negocio Mercantil. Biblioteca Jurídica Dike, 12 Edición, 2007

ALVAREZ GAVIRIA, William. La sociedad y el Acto Médico. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

ARISTIZABAL MARÍN, Harold. Efectos Prácticos del Incremento de demanda por mala práctica Mal Practice. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

BÁRCENAS ESPITIA, Edgar. Definición de la Responsabilidad. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

BIANCA, MASSIMO. Derecho Civil 3. El Contrato. Traducción Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

BIGLIAZZI, LINA y otros. Derecho Civil Tomo I Volumen 2. Traducción: Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

BOLIVAR, Piedad. La historia clínica desde una perspectiva jurídica. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

BOTERO MORALES, Bernardo. Estudio de los Aspectos Técnicos y Económicos del Contrato de Seguro, Centro Suizo de Formación Aseguradora, Zurich (Suiza).

BREL PEDREÑO, AMERICA. La Cesión del objeto asegurado. Editorial Mapfre, Madrid, 1996.

CÁCERES CANO, Aydee Elvira y LLISTOSELLA DE RAVAIOLI, Amanda Raquel. Seguro de Responsabilidad Civil y No Fault. En Revista IberoLatinoamericana de seguros N° 8 (Jun.1996).

CELI MUNERA, Jaime. *La Acción Directa en el Seguro de Responsabilidad Civil. Memorias del XVI Encuentro Nacional.* ACOLDESE y AIDA. Santa Marta, Agosto, 1991.

CUBIDES MORENO, Olga. El trabajo en equipo. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de Responsabilidad Civil: “Sistema Claims Made”. Revista IberoLatinoamericana de seguros Número 22. Enero,2005.

DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. 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.

DIAZ GRANADOS, Juan Manuel. Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de Responsabilidad Civil Profesional: "Sistema Claims Made".

ENSAYOS SOBRE SEGUROS: Homenaje al Doctor Efrén Ossa. Régimen Legal y Seguro de responsabilidad profesional en Colombia.

ENSAYOS SOBRE SEGUROS: Homenaje al Doctor Efrén Ossa. El seguro de responsabilidad civil extracontractual .

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica Lucía. "Las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de responsabilidad civil. En Revista de Estudios Socio-Jurídicos (Bogotá), Vol.4, n° 2 (Oct., 2002).

FRANCO DELGADILLO, Eduardo y otros. Responsabilidad Civil Médica. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE

GUARDIOLA LOZANO, Antonio. Manual de Introducción al seguro. Editorial Mapfre, Madrid, 2001.

GHERSI, Carlos A. La Relación médico-paciente en la Responsabilidad Civil. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda, Medellín, 1998.

GUTIERREZ, Hernando y otros. El principio de buena fe en el contrato de seguro. En Universitas Número 76. Pontificia Universidad Javeriana. Junio, 1989.

GUZMÁN MORA, Fernando. El Acto Médico: Consideraciones Esenciales. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

GUZMÁN MORA, Fernando y FRANCO DELGADILLO, Eduardo. *Derecho Médico Colombiano. Elementos Básicos Tomo I. Responsabilidad Civil Médica*. Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 2004.

HENAO, Juan Carlos. *El Daño, Universidad Externado de Colombia* .Bogotá. Quinta Reimpresión, Noviembre, 2005.

HINESTROSA, Fernando. La obligación de seguridad en el contrato de seguro. En revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia Número 326 Agosto, 2004.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones: Concepto, Estructura y Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

ISAZA POSSE, María Cristina."El seguro de Responsabilidad civil extracontractual Dificultades que se presentan en el mercado colombiano" en Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros (Bogotá), N°.24 (Jun., 2006).

JARAMILLO E., Lina." Responsabilidad civil del médico en la legislación colombiana y comparada: aspectos de ética médica" En Revista de Derecho Privado N°8 (Dic.1990).

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica: análisis doctrinal y jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Dupre Editores, Bogotá. 2004.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Dupre Editores, Bogotá, 2002.

LOPEZ CAMARGO, Javier. Derechos del Consumidor: Consagración Constitucional en Latinoamérica. Revist@ E-merc@toria Volumen 2, Numero 2 . 2003.

LÓPEZ LOZANO, Rodrigo. *Tesis de Grado: El formalismo y su consideración en el Código Mercantil Colombiano*. Bogota. Pontificia Universidad Javeriana ,1982.

LUJAN SALAZAR, William. Apuntes para una teoría general de la Responsabilidad Profesional. En Encuentro de ACOLODESE-AIDA. La Responsabilidad Profesional y patrimonial y el Seguro de Responsabilidad Civil, Bogotá,2005.

LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad Civil. Traducción Javier Tamayo Jaramillo, LEGIS, Bogotá, 2004.

MANSILLA JÁUREGUI, Carlos José.Peticiones ilimitadas de indemnización por daños al paciente. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

MEZA CARBAJAL, Luis Alberto. El siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En Revista Ibero-Latinoamericana de seguros N°9 (Dic. 1996).

MIRANDA SUÁREZ, Francisco. 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°16 (jun.2001).

MORALES DE BARRIOS, María Cristina. Como exonerarse de responsabilidad . En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

MORALES DE BARRIOS, María Cristina y otros. El Concepto de riesgo en medicina. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

NAVIA ARROYO, Felipe. Consentimiento informado y responsabilidad civil médica. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia Número 11, Bogotá, 2006.

ORDOÑEZ, ANDRÉS E. Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato de Seguro. Lecciones de derecho de seguros número 1. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

ORDOÑEZ, ANDRÉS E. Elementos Esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. Lecciones de derecho de seguros número 2. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

ORDOÑEZ, ANDRÉS E. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros número 3. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

OSSA, Efrén. Teoría General del Seguro: El Contrato. Editorial Temis, Bogotá, 1991.

PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones El Profesional Ltda. Décima Cuarta Edición. Bogotá, 2004.

PERALTA, Ricardo. Proyecto de ley que modifica las normas del Código de Comercio relativas al contrato de seguro. En revista IberoLatinoamericana de Seguros Número 22. Enero, 2005.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. La Responsabilidad Civil Médica. En Encuentro de ACOLDESE-AIDA. La Responsabilidad Profesional y patrimonial y el Seguro de Responsabilidad Civil, Bogotá, 2005.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Civil. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SANCHEZ CALERO, Fernando. La acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil. Memorias del XX Encuentro Nacional 35 años. ACOLDESE y AIDA. Medellín, Octubre, 1996.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2000.

SOBRINO, Waldo Augusto R. La función social del seguro de responsabilidad civil vs. La cláusula claims made. En Revista Ibero-Latinoamericana de seguros N° 18 (Sep.2002).

STIGLITZ, Rubén S. Seguro contra la Responsabilidad civil profesional. En Encuentro de ACOLDESE-AIDA. La Responsabilidad Profesional y patrimonial y el Seguro de Responsabilidad Civil, Bogotá,2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Balance y perspectivas del seguro de responsabilidad civil en el código de comercio. Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia 1971-2001. ACOLDESE.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 1993.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo. Biblioteca Jurídica Dike , Medellín. 1995

TRIGO REPRESAS, Felix A. Reparación de daños por mala praxis médica. Editorial Hammurabi, Buenos Aires,1995.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil Tomo III. De las Obligaciones. Temis.* Bogotá, 1990.

VARIOS. La historia clínica es un medio de defensa en los procesos de responsabilidad profesional. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

VARIOS. La prescripción de las acciones en los procesos de responsabilidad médica. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

VENEGAS FRANCO, Alejandro. Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros. En revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia Número 325 Abril, 2004.

WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos. La Responsabilidad Médica El derecho de información y Decisión del Paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

YEPES RESTREPO, Sergio. Paralelo entre la responsabilidad civil médica en Europa y Colombia. En revista Médico Legal On Line. De la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación-SCARE.

YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. Sexta Edición. Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 2004

ZIMMERMAN, Reinhard. The Law of obligations: Roman Traditions of the civilian tradition. Oxford University Press, New York, 1996.

ZORNOSA, HILDA ESPERANZA. Artículo Partes en el Contrato de Seguro. Revista Ibero-Latinoamericana de seguros No. 18 (Sep. 2002).

### **JURISPRUDENCIA**

- Corte Constitucional Sentencia de 23 de octubre de 1995
- Corte Constitucional Sentencia C 062 de 1998
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 30 de Enero de 2001, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 10 de Febrero de 2005 Expediente: 7173.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 10 de Febrero de 2005 Expediente 7614.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia de 3 de abril de 1997. Radicación: 9467.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia 18 de mayo de 1994.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 2 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Constitucional Sentencia C 973 de 2002.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 15 de diciembre de 2004 Expediente 14250.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 14 de septiembre de 1995. Magistrado Ponente: Edgar Saavedra.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 29 de junio de 2007. Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Constitucional Sentencia C 232 de 1997
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 10 de junio de 2004.
- Corte Constitucional Sentencia T 080 de 1997 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Sentencia T 469 de 1992.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 14 de diciembre de 1994. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo Expediente 11204.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 17 de Noviembre de 1967 Expediente 414. Consejero Ponente Montes Hernández.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 2 de Agosto de 2001 Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia de 30 de marzo de 1998 Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Mixta. Sentencia de 12 de mayo de 2003.

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, Sentencia de 3 de abril de 1997.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 5 de marzo de 1940 Magistrado Ponente Liborio Escallón.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 26 de noviembre de 1986 Magistrado Ponente Héctor Gómez Uribe.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de 13 de Septiembre de 2002. Expediente 6199.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia de 11 de mayo de 2006. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.