

COLOMBIA ANTE EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

5

Bondades e inconvenientes del sistema de aseguramiento facultativo

En Colombia no existe una normativa específica para el seguro RC médica²²⁴, como tampoco una obligación de asegurar la responsabilidad civil del médico; tampoco el legislador se ha mostrado interesado por intervenir en esta materia a efecto de imponer una obligación de aseguramiento para este ramo de la responsabilidad; en consecuencia, este ámbito del seguro se rige por las normas generales del seguro de responsabilidad civil.

Por otra parte, la validez del seguro RC profesional en Colombia está condicionada a que la profesión goce de la tutela del Estado y a que el asegurado esté legalmente habilitado para ejercerla; así, cuando el asegurado queda inhabilitado, se genera la terminación del contrato de seguro.

Dado que uno de los métodos de defensa del médico frente a la responsabilidad civil consiste en contratar una póliza de seguro, y que hoy en día el asegurar la responsabilidad civil constituye un aspecto de gran trascendencia económica, es preciso revisar el estado de la materia en Colombia con miras a proyectar si resulta conveniente o no que Colombia migre, como lo han hecho los países que se analizaron, hacia un sistema de seguro obligatorio para la responsabilidad civil médica.

.....
224 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia..., *op. cit.*, p. 11.

Para ello, como primera medida, se tendrá que revisar cuáles son los argumentos a favor y en contra que trae consigo el modelo actual, esto es, el seguro de responsabilidad civil médica facultativo o voluntario.

Cuando un profesional decide asegurarse, esta decisión deriva de la respuesta a preguntas muy simples: ¿qué puedo hacer frente a ciertas obligaciones que serán las mías?, ¿puedo preservar mi instrumento de trabajo en condiciones satisfactorias con mi propio dinero? Una respuesta negativa a estas preguntas es lo que conduce generalmente a contratar un seguro.²²⁵ Pero, antes de proceder con el estudio de las bondades e inconvenientes del instituto del cual se viene hablando, es preciso tener en cuenta que sea que se trate de una facultad o de una obligación de asegurarse, la existencia de una reclamación siempre supondrá, en sí misma, una penalización para quien la recibe —en este caso, el profesional de la salud—, debido no solo a todas las molestias y trastornos a los cuales debe enfrentarse, sino también a la pérdida del prestigio profesional, descrédito y publicidad negativa que puede originar una condena civil; sin hablar de los efectos que puede traer consigo también una posible responsabilidad penal.

Algunos autores consideran incluso que la condena penal acarrea consecuencias más graves que la condena civil, especialmente sobre el plano de la imagen del médico, dada la publicidad que en muchos casos se le da al proceso y a sus conclusiones negativas. En Italia, por ejemplo, se ha resaltado el rol que como instrumento de presión tiene el proceso penal a fin de obtener el resarcimiento del daño, independientemente de que se lleve a cabo un serio y profundo análisis de la responsabilidad.²²⁶ En consecuencia, sea que el médico haya o no contratado un seguro, el hecho de que sea puesta en tela de juicio y condenada su responsabilidad le genera una dura sanción social y moral. Sin embargo, no debe perderse de vista que estas rigurosas consecuencias pueden resultar aún más devastadoras para el profesional médico, cuando este no ha contratado un seguro que ampare su responsabilidad.

En verdad, cuando se ha contratado un seguro, los efectos económicos de una condena civil serán cubiertos, según las condiciones y el contenido del contrato, por la compañía aseguradora; en caso contrario, una ruina económica podría alcanzar al profesional de la medicina que en un momento dado, al ser condenado

225 Bernard Foussat, *La solidarité et les assurances obligatoires...*, *op. cit.*, p. 842.

226 Anne Kimmel-Alcover, *A propos des accidents médicaux...*, *op. cit.*, p. 19; J José Fernández, *Sistema de responsabilidad médica...*, *op. cit.*, p. 616.

•Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica.

a pagar una indemnización por los daños que ha ocasionado, no se encuentre asegurado, pues en este evento será él con su patrimonio personal quien tendrá que hacer frente a la indemnización reclamada.

La insolvencia del autor del daño es un aspecto negativo que trae consigo el sistema de aseguramiento facultativo; dicha insolvencia puede presentarse no solo en aquellos eventos donde el responsable no se ha asegurado, sino incluso donde lo ha hecho pero insuficientemente. En efecto, se estima que cuando el seguro es voluntario, muchos de los eventuales responsables no se aseguran y esta propensión es incluso inversamente proporcional a la solvencia de los interesados²²⁷; además, nada puede obligar a que el asegurador cubra un riesgo que considere lesivo a sus intereses económicos, lo que le da libertad para imponer cláusulas que reduzcan la garantía. Por lo tanto, el hecho de que tanto la víctima como el autor del daño corran el riesgo de sufrir las consecuencias de una posible insuficiencia de la cobertura es uno de los principales inconvenientes señalados por la doctrina respecto el seguro.

Así pues, ante la insolvencia del responsable del daño, el derecho a la reparación que posee la víctima aparece como un derecho puramente teórico, salvo que exista un fondo de garantía que cubra estas hipótesis. Según algunos autores, en estos casos la seguridad social podría convertirse en la única opción para que la víctima vea cubierto el daño que ha sufrido.²²⁸ Esta importante opción, como antes se indicó, es la que actualmente ofrece el sistema jurídico francés.

Por otro lado, también existe una relación estrecha entre el seguro RC y la función preventiva de la responsabilidad civil. La función preventiva es indiscutible, nadie duda de su validez desde tiempos inmemorables, pues se ha estimado que la función principal de la responsabilidad civil es prevenir los daños, más que repararlos o compensarlos²²⁹; sin embargo, se estima que en el marco del seguro facultativo, como el responsable no está siempre asegurado, la eventualidad de una condena logra producir un efecto disuasivo, aspecto que corrobora la preservación de la función preventiva de la responsabilidad civil.²³⁰

227 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, op. cit., p. 101.

228 René Savatier, *Les métamorphoses économiques...*, op. cit., p. 329.

229 Philippe Le Tourneau, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile...*, op. cit., p. 508.

230 Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, op. cit., p. 24.

Pero, no obstante el carácter indiscutible de la función preventiva, algunos autores han señalado ciertas fragilidades de la responsabilidad civil en lo que respecta a dicha función.²³¹ La primera de ellas ya fue tratada en apartes anteriores y tiene que ver con la discordancia que puede existir entre el nivel de culpa cometida y la extensión de la responsabilidad cuando se trata de daños causados por simples inadvertencias; en estos casos, se considera que una adecuada política de prevención exigiría que la sanción fuera medida, entre otros factores, por el grado de culpabilidad cometida.

Una segunda fragilidad se refiere a que los efectos de la responsabilidad a menudo son reducidos a nada por el seguro RC, pues en el momento en que el seguro exime a la parte supuestamente responsable de su deber de pagar la indemnización, se estima que entra de manera inmediata en conflicto con la filosofía del derecho de la responsabilidad civil. Para algunos autores, el seguro logra alterar el efecto de prevención típico del instituto de la responsabilidad, ya que desplaza, en otros, el peso económico de las consecuencias negativas de la actividad ejercitada.

Desde esta perspectiva, la función preventiva de la responsabilidad depende entonces de quién paga. Así, será mayor si quien paga es el responsable del daño e inferior si en cambio el pago compete al seguro del responsable.²³² Otros autores consideran que cuando el seguro entra a eximir de la indemnización efectiva, diluyendo el costo de la reparación sobre el conjunto de la colectividad, este hecho hace que el responsable goce de una total irresponsabilidad, con lo que se debilita sensiblemente la función de prevención de los daños que pretende ejercer la responsabilidad civil.

Así pues, se estima que el desarrollo del seguro, al trasladar sobre el patrimonio de un tercero —el asegurador— el peso de la deuda de reparación, ha debilitado este rol de la responsabilidad; en este mismo sentido, se considera que las franquicias también reducen una cierta prevención de los comportamientos dañosos.²³³

231 André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 139.

232 Mario Zana, *Responsabilità medica...*, *op. cit.*, p. 91; Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 65; Vincenzo Zeno-Zencovich, Chi paga? Funzioni e illusioni del sistema della responsabilità civile, en *Danno e responsabilità*, n.º 4, 2002, p. 457.

233 Philippe Le Tourneau, Responsabilité (en général), en *Répertoire civil Dalloz*, 2001, p. 3; Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 15.

•Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica.

Como antes se recalcó, la pérdida del sentido individual de responsabilidad es la crítica clásica que se hace al seguro RC. Es más, hay quienes consideran que debido al deseo de reforzar la función indemnizatoria de la responsabilidad —lo que trajo consigo el declive de la culpa en beneficio del riesgo—, el desarrollo del seguro RC efectivamente ha contribuido a la indemnización de las víctimas, pero en detrimento de la prevención y disuasión de los comportamientos dañosos. De este modo, liberada de la noción de culpa, la función normativa de la responsabilidad parece amenazada.²³⁴

No obstante estas opiniones acerca de un posible conflicto entre el seguro RC y la función de prevención propia de la responsabilidad, hay quienes, al contrario, consideran que las compañías de seguros se encuentran en una situación que les permite, en cierta medida, matizar la crítica en torno a la pérdida del sentido individual de responsabilidad y contribuir a la prevención de los daños, en particular a través del alza en el costo de las primas para determinados riesgos²³⁵ y mediante las técnicas de personalización de tarifas (franquicias, coaseguro obligatorio, *plafonds* de garantía, etc.).²³⁶

Conviene recordar que en todos los casos, la tasa de la prima es modulada en función del monto de la franquicia; así, entre más alta es la franquicia, más reducida es la tasa de la prima. Sin embargo, en este aspecto, cuando la franquicia es mínima, es preciso tener en cuenta que no presentará ningún interés preventivo. Pero, al contrario, si la franquicia es alta y el asegurado no dispone de recursos suficientes para hacer frente a la carga de reparación que le incumbe, se corre el riesgo de lesionar los intereses de la víctima; por lo tanto, la doctrina insiste en que deben conciliarse las obligaciones de los aseguradores y la seguridad de las víctimas, debiéndose pactar franquicias dentro de límites razonables a fin de no vaciar la garantía de su sustancia.

Otros autores, en cambio, respecto al seguro RC obligatorio consideran que además de la función de indemnización, el seguro puede convertirse en buen medio para incentivar comportamientos más cuidadosos y responsables, pudiendo además contribuir a la difusión de comportamientos útiles al mejoramiento de la

234 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 281.

235 André Tunc, *Responsabilité, assurance et solidarité sociale...*, *op. cit.*, p. 66; André Tunc, *La responsabilité civile...*, *op. cit.*, p. 76; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Chi paga ? Funzioni e illusioni...*, *op. cit.*, p. 458.

236 Chantal Russo, *De l'assurance de responsabilité...*, *op. cit.*, p. 283.

calidad de algunas actividades. Según los partidarios de este criterio, la técnica del seguro ha desarrollado diversos mecanismos idóneos para abolir la denominada sensación de tranquilidad, falta de diligencia y atención que se dice traer consigo el seguro RC; entre ellos se encuentra el modelo de clasificación del riesgo denominado *experience rating*, basado en la historia de siniestralidad del asegurado y sobre ciertas circunstancias bajo su control.²³⁷ Estos mecanismos han sido desarrollados ya que estas sensaciones de tranquilidad o indiferencia, más que a la sociedad, perjudican a las mismas compañías de seguros, pues inciden inevitablemente sobre los presupuestos y los criterios de valoración de los riesgos y del cálculo de las primas. Un ejemplo paradigmático de esta clase de mecanismos en el sector sanitario está constituido por la aplicación de la metodología *risk management*, ya tratada anteriormente.

Igualmente, se encuentran quienes consideran que la mayoría de las condenas civiles pronunciadas sobre el fundamento de una culpa profesional conservan un efecto disuasivo real, incluso cuando están garantizadas por un seguro²³⁸, en virtud del perjuicio que ocasionan a la reputación del responsable, a menudo fuertemente sentido. Se trata de una condena que con frecuencia causa un impacto moral, sobre todo cuando es objeto de publicación.

Por otra parte, se han indicado otras bondades e inconvenientes del seguro de responsabilidad civil médica, las cuales es preciso traer a colación, ya que resumen, en cierta manera, las consecuencias que la figura conlleva para la práctica de esta actividad profesional. Ellas se han resumido de la siguiente manera:

Desventajas del seguro de responsabilidad civil del médico: 1. Interfiere negativamente en la relación médico-paciente; 2. Estimula los juicios contra los médicos; 3. Eleva los costos de los servicios médicos; 4. Puede facilitar el error médico; 5. Facilita la industria de las indemnizaciones y 6. Brinda una protección aparente al profesional. Por su parte, entre las ventajas del seguro de responsabilidad civil del médico, se señala: 1. Mejor condición de libertad y seguridad en el trabajo, 2. Asegura el equilibrio social y el orden público, 3. Mejor forma de justicia social, 4. Mejor forma de previdencia propiamente dicha, 5. Libera el médico y el paciente de procesos penosos y demorados, 6. Evita explotaciones, quiebras, injusticias e iniquidades, 7. No depende de la situación económica del causador del daño,

237 Maria Gagliardi, *Contratto di assicurazione e dinamiche...*, *op. cit.*, p. 189.

238 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 65.

•Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica•

8. Corrige el envilecimiento patrimonial de la víctima, 9. Contribuye con el superávit del sistema en programas de prevención del daño, 10. Estimula la solidaridad social y 11. Corrige el hecho que el paciente sea totalmente olvidado y el médico falsamente recordado.²³⁹

Panorama para el aseguramiento de la responsabilidad médica en Colombia

En Colombia, el ejercicio de la profesión médica se circunscribe al modelo de prestación del servicio de salud que fue diseñado a partir de la Ley 100 de 1993, la cual se promulgó atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, consagrados en la Constitución Política de 1991 a favor de la prestación del servicio de salud. Fue un gran cambio en el marco constitucional de los servicios públicos el que trajo consigo la Constitución de 1991, el cual significó una importante reforma en lo que atañe a la concepción de los servicios públicos, al reconocer que el Estado y los particulares podían concurrir a su prestación, en condiciones de libre competencia²⁴⁰, sin que eso significara una renuncia por parte del Estado a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad. Con la nueva normativa se buscó que la prestación del servicio público se hiciera en condiciones de libre competencia entre entidades oficiales, mixtas y privadas, donde el Estado ejerce las funciones de regulación, control y vigilancia.

Así pues, como lo ha señalado la jurisprudencia, el régimen consagrado por la Constitución Nacional para la prestación de los servicios públicos se entiende como un régimen de libertad de empresa, circunscrito dentro de los límites del bien común, sujeto a la dirección general y a la intervención del Estado, con el objetivo de poder lograr los fines del Estado social de derecho. Se trata de un modelo que permite el libre acceso de los particulares, obligando al Estado a que compita con ellos en igualdad de circunstancias, sin privilegios ni exclusividades; un modelo que considera que la prestación de tales servicios no es más que el ejercicio de una actividad económica que se cumple por todos dentro de un criterio de libertad; pero una sometida a la regulación, la vigilancia y el control

.....
239 Julio Meirelles *et al.*, *Error médico, op. cit.*, p. 152.

240 Corte Constitucional, C- 616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

por parte del Estado, en virtud de su facultad constitucional de intervenir en la economía.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha destacado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Se trata de un modelo de prestación de los servicios con garantía pública que elimina el antiguo, basado en la titularidad y prestación directa del Estado. Ahora bien, aunque los particulares concurren a la prestación de los servicios públicos, como expresión de la libertad económica, el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados para los servicios públicos en general (artículo 365 CN) como aquellos que hayan sido definidos de manera especial para determinados servicios (por ejemplo, la salud).²⁴¹

Así pues, desde esta perspectiva, se sucedió la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual involucró un radical cambio consistente en la descentralización del servicio de salud en cabeza de los departamentos y municipios y en la autorización para que el sector privado participara en la prestación de un servicio hasta ese entonces reservado al Estado, a través de sus entidades oficiales de salud como el Instituto de Seguros Sociales ISS y las Cajas de Previsión. La nueva organización trajo consigo un esquema basado en una prestación del servicio eminentemente institucional, estableciendo un nuevo modelo para la prestación del servicio de salud, con sujeción a los citados principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y estructurado sobre premisas de “productividad empresarial, reorganización administrativa y mercadeo de servicios”.²⁴²

Con este panorama, el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia está basado primordialmente en la *venta de servicios de salud*²⁴³ y está conformado por varios organismos de carácter público o privado, pertenecientes al régimen contributivo o subsidiado, sujetos a su vez al control y vigilancia del Estado. Este nuevo panorama seguramente ha generado un gran impacto a

241 Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de febrero de 2005, Exp. 27673, C.P. Alier Hernández.

242 Fernando Guzmán y Herman Redondo, La ley 100 de 1993: ¿a quién beneficia realmente?, en *Revista de la Universidad del Rosario*, vol. 91, n.º 581, 1998, p. 45; Juan Manuel Díaz-Granados, Reforma a la seguridad social..., *op. cit.*, p. 30.

243 René Savatier *et al.*, *Traité de droit médical*. Paris: Librairies techniques, 1956, p. 14.

•Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica•

nivel de la responsabilidad médica, máxime cuando el acto médico *inter-partes* prácticamente ha desaparecido. Hoy en día nos encontramos más que frente a una responsabilidad individual-personal, ante una responsabilidad institucional que persigue la entidad en sí misma considerada, la entidad que a través de una gran organización técnica y de recursos humanos presta el servicio de salud a quienes lo solicitan.

Actualmente se estima que la responsabilidad de los entes hospitalarios, más que la responsabilidad individual del médico, ocupa un lugar sobresaliente en las reflexiones de la doctrina y puede representar un amplio capítulo de las fronteras modernas de la responsabilidad civil. Varias han sido las causas que han dado origen a la reclamación judicial originada en la praxis médica; por ejemplo, los cambios en la sociedad y en la relación médico-paciente introducidos por la prestación de una medicina colectiva (macromedicina) o medicina ejercida en una sociedad masificada; la mercantilización de la medicina; el predominio en la prestación médica institucional de los aspectos cuantitativos sobre los cualitativos, como, por ejemplo, atender determinada cantidad de pacientes en un tiempo limitado sobre la calidad del servicio, entre otros.²⁴⁴

Desde este panorama, cabe entonces preguntar: ¿qué está sucediendo con la práctica real del seguro RC médica?, ¿se podría afirmar que el hábito de recurrir al seguro en esta materia ha tomado implícitamente la fuerza de una obligación? Una exploración general permite señalar que también en Colombia el gremio médico se comienza a concienciar sobre la necesidad del seguro; en verdad, la falibilidad es inseparable de la acción humana y, por lo tanto, sería “inhumano”²⁴⁵ no permitir que el actor ocasional de una culpa médica se asegurase.

Antaño se decía con relación a la excepcionalidad del seguro RC, en razón a la naturaleza de la obligación de medios del médico que hacía permanecer la responsabilidad en el ámbito estricto de la culpa y a la naturaleza del riesgo médico, que, a diferencia del riesgo comercial o industrial de fácil identificación a través de la simple constatación de la inejecución de la prestación estipulada, no era ni

244 Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti, La responsabilità in sanità dal conflitto al dialogo tra gli autori, en *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*. Padova: Cedam, 2004, p. 8; Oscar Garay, La necesidad del derecho médico preventivo, en *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: 2003, p. 207.

245 Expresión de René Savatier retomada por André Tunc, L'assurance tous risques médicaux..., *op. cit.*, p. 178.

matemáticamente previsible ni estadísticamente medible, ya que su realización no se infería de una simple constatación material y necesaria²⁴⁶; hoy en día, por el contrario, la evolución del derecho de responsabilidad médica lleva a que este ejercicio de aseguramiento sea cada día más generalizado.

En la práctica, no obstante no exigirlo la ley, muchas de las administradoras (EPS-EPSS), sobre todo las más grandes, aseguran su responsabilidad civil, y a efecto de contratar a las IPS están exigiendo, como requisito imprescindible de la contratación, la suscripción de pólizas que amparen su responsabilidad. Actualmente, no existe IPS que contrate sin seguro RC. A su vez, con el objetivo de prestar el servicio médico, las IPS contratan los médicos y profesionales que habrán de suministrarlo y en este caso, igual que la hipótesis anterior, para lograr dicha contratación, la IPS exige al profesional la suscripción de una póliza que ampare su responsabilidad civil. Tenemos así un seguro que garantiza la responsabilidad civil de la EPS-S, otro que asegura la IPS y otro que garantiza la responsabilidad del profesional; una triple garantía que protege los intereses del paciente.

Así pues, en Colombia se tiene un sistema donde no existe una obligación legal de cubrir mediante un seguro la responsabilidad civil de médicos y entidades hospitalarias; sin embargo, en defecto de tal obligación de aseguramiento, en la práctica se recurre a otros mecanismos. En primer lugar, dentro del ejercicio privado de la profesión, se opta cada vez más por tomar un seguro RC voluntario²⁴⁷; por otra parte, la exigencia expresa de dicha obligación dentro de las condiciones para la contratación con las entidades es un tema cada día más recurrente; finalmente, existen otros mecanismos adicionales a los cuales el gremio médico recurre en su afán de cubrir los efectos de una eventual responsabilidad.²⁴⁸

En Colombia, los poderes públicos no han contemplado la importancia del seguro obligatorio de la responsabilidad médica; sin embargo, cabría preguntarse: ¿qué piensa en general la doctrina colombiana sobre la consagración de una obligación de aseguramiento en esta materia? Pocos se han pronunciado al

246 Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle...*, op. cit., p. 278.

247 J. Carrillo, La responsabilidad médica, en *Revista Derecho Privado*, n.º 5, 2000, p. 70.

248 Por ejemplo, el Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas (FEPASDE), creado por el grupo corporativo Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE), entre otros organismos similares que operan en Colombia.

respecto. Algunas opiniones se dirigen en contra de la consagración de una tal obligación²⁴⁹, no obstante que debido al desarrollo actual del sistema de salud, se considere que un seguro obligatorio sea necesario, no solo por el aumento de las reclamaciones por responsabilidad, sino también por la expansión geométrica de la exposición a los riesgos de incurrir en dicha responsabilidad.

El fenómeno de la inflación es conocido por algunos como un importante enemigo del seguro desde el punto de vista económico²⁵⁰, pues el desarrollo de los procesos de reparación colectiva depende principalmente de la prosperidad general²⁵¹, en tanto que desde el punto de vista social, el seguro no puede progresar en un ambiente inestable que altere la siniestralidad. Conjunto a este fenómeno, entre los principales hechos que se exponen como argumentos que impiden la consagración de un seguro obligatorio de responsabilidad civil médica se encuentra la dificultad de homogeneizar los riesgos y sus resultados económicos, es decir, la pérdida, entendida como la indemnización de los perjuicios ocasionados por la realización del riesgo asegurado.

La experiencia extranjera, en particular la de Estados Unidos, es un ejemplo significativo de la dificultad económica que existe en introducir el seguro RC médica en el esquema común de las pólizas RC. Igualmente, sirve de referencia el fenómeno ocurrido en Francia con la consagración del seguro RC médica obligatorio, donde no obstante ser un país con una amplia tradición en materia de seguros obligatorios, la decisión legislativa produjo el retiro inmediato del mercado de importantes aseguradoras extranjeras. Esta deserción dejó sin seguro a finales del 2002 a la mitad de los establecimientos de salud privados, los cuales amenazaron con su cierre por este hecho. Este acontecimiento produjo, entonces, una desconfianza en el interior de las aseguradoras nacionales que no se sentían capaces de absorber financieramente todo el peso. La solución provisional se dio con la creación del *Groupement temporaire d'assurance médicale* (GTAM), el

.....
 249 Fernando Guzmán, Responsabilidad médica en el acto quirúrgico. Algunas consideraciones sobre aspectos probatorios, en *Revista de Derecho Procesal*, n.ºs 21-22, 1997, p. 221; Fernando Rodas, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal de un seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra el ejercicio de la actividad médica?, en *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, n.º 18, 2005, p. 7.

250 Michel Albert, Le rôle économique et social de l'assurance..., *op. cit.*, p. 20.

251 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 100.

cual vino a atenuar el retardo en la constitución de la BCT, destinada a organizar la obligación de aseguramiento RC médica.²⁵²

Así pues, la dificultad de calcular la prima con base en la entidad del riesgo es un ejemplo de la complicación que conlleva este ejercicio²⁵³; además de otros problemas relacionados con el derecho de la responsabilidad que a su vez entrañan dificultades en la definición de las bases de su aseguramiento; por ejemplo, la falta de uniformidad de las obligaciones contraídas por el médico, la carencia de un régimen probatorio exclusivo y constante, la falta de uniformidad de las condenas en ambas jurisdicciones, la inexistencia de estadísticas serias y confiables sobre los motivos que inciden en la responsabilidad médica y su aseguramiento²⁵⁴, la duración excesiva de los procesos y sus altos costos y, finalmente, las dificultades relacionadas con la oferta de seguros del país.

Actualmente en Colombia diez de las veinticuatro compañías aseguradoras autorizadas suscriben seguros de responsabilidad civil para este ramo; de las diez aseguradoras, cinco ofrecen el aseguramiento tanto a los profesionales médicos como a los centros hospitalarios, y las cinco restantes solo aseguran a los profesionales médicos. La razón de ello se explica en que la no rentabilidad del seguro genera la retractación de la oferta de las reaseguradoras más importantes que operan en este mercado, con el efecto inmediato de la retractación de la oferta de las aseguradoras locales por falta de respaldo.

Los expertos de esta materia señalan, además, que en el ramo de la responsabilidad sanitaria la siniestralidad para una misma vigencia aumenta de manera significativa año tras año, debido a que el siniestro o la reclamación, por lo general, no se realizan durante la vigencia del contrato, sino en los años subsiguientes. Este fenómeno que se presenta por la morosidad en la tramitación de los procesos está induciendo, al parecer, a que el seguro no sea rentable debido no solo a que las primas cobradas durante la vigencia resultan pocas frente a la siniestralidad real que arroja el ejercicio con el transcurso ilimitado del tiempo, sino también a

252 Fernando Rodas, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal..., *op. cit.*, p. 18; Sabine Guiné-Gibert, L'assurance responsabilité civile médicale des acteurs de santé. Historique : comment en est-on arrivé à la situation actuelle ?, en *Droit médical*, n.º 12, 2004, p. 158.

253 Francesco Introna y A. Raimondo, È possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale medica, en *Rivista italiana di medicina legale*, 1997, p. 1128.

254 Fernando Rodas, ¿Es necesaria en Colombia la estipulación legal..., *op. cit.*, pp. 15, 32.

que las reservas sean invertidas en operaciones de baja o moderada rentabilidad; en últimas, esta situación está llevando a que la oferta del seguro RC médica para las clínicas, hospitales y EPS-S se reduzca ostensiblemente.

En efecto, este hecho se puede corroborar a través del resultado técnico y estadístico del sector asegurador en Colombia, con cierre a 31 diciembre de 2016, en cuyo compendio relacionado con los datos arrojados por veintidós aseguradoras del ramo de la responsabilidad civil se indica que las primas emitidas ascienden a un valor aproximado de 964.180 millones, las primas devengadas a un valor de 491.198 millones y los siniestros liquidados o pagados a 285.003 millones.²⁵⁵

Sin embargo, al parecer este hecho no se presenta con las mismas características en el seguro de responsabilidad civil para médicos y profesionales de la salud individualmente considerados, cuya oferta resulta ser más amplia y a precios asequibles, pues se estima que el riesgo, por ser individual, puede controlarse y seleccionarse de manera más técnica. Empero, igual a lo que acontece en otras realidades geográficas, es previsible que las tarifas sean incrementadas por efecto de la siniestralidad, lo cual podría acabar con el deseo de algunos profesionales de estar cubiertos, terminando de paso con el ejercicio profesional amplio, tranquilo y sin temor a recurrir a la medicina defensiva.

En Colombia, algunas pólizas de seguro de responsabilidad civil médica consagran que las controversias que puedan surgir entre el asegurador y el asegurado por razón de la celebración, ejecución o terminación del contrato de seguro serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento; en la mayoría de los casos, se estipula un deducible a cargo del asegurado equivalente al 10% del valor de la indemnización y un tiempo de extensión para reclamos hasta un periodo máximo de dos años para actos médicos ocurridos durante la vigencia del contrato.

En lo referente las indemnizaciones otorgadas por las jurisdicciones civil y administrativa en este ámbito, no ha sido posible hallar una uniformidad de conceptos, lo que de seguro dificulta enormemente la operación del seguro. Por lo tanto, la falta de uniformidad en las condenas es una dificultad significativa que ha de considerarse al momento de decidir sobre la viabilidad o conveniencia de implementar un seguro RC obligatorio para este ramo.

.....
 255 Datos disponibles en la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia: <https://www.superfinanciera.gov.co>

En efecto, en materia de indemnización del daño extrapatrimonial, la inexistencia de un límite legal de indemnización ha permitido que en la práctica se hayan establecido toques por vía jurisprudencial.²⁵⁶ Por ejemplo, en materia de daño moral, su cuantificación se establece con base en el arbitrio judicial tomando en cuenta ciertos parámetros de razonabilidad, por lo cual, atendiendo el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, usualmente se reconoce una suma cercana a 60 millones de pesos para las afectaciones de mayor gravedad y para los mayores afectados; suma que merma a medida que disminuye el vínculo afectivo con el demandante.

Por su parte, en el Consejo de Estado, a partir de 2014, cuando operó el establecimiento de un sistema de unificación de toques indemnizatorios para el daño extrapatrimonial²⁵⁷, se consagró que, tratándose del daño moral, su tasación se haría con aplicación del test de proporcionalidad y respetando los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De este modo, según el grado de parentesco y la efectiva convivencia con la víctima directa, se ha señalado la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes como la máxima a reconocer por este rubro para los familiares inmediatos y el cónyuge de la víctima fallecida si convivían con ella; suma que se merma a medida que disminuye el nivel de relación con la víctima. Igualmente, se señala en quince salarios la suma mínima para aquellas personas con relaciones afectivas no familiares o terceros damnificados. Para el caso de daño moral derivado de lesiones personales, el monto de la indemnización para el daño moral depende de la gravedad de la lesión y de las relaciones afectivas, conyugales, paterno-filiales y las no afectivas con terceros damnificados. Para estos eventos, los montos oscilan entre 100 y 1,5 salarios mínimos legales mensuales.

Es importante resaltar, además, que en Colombia, aparte del daño moral, la jurisprudencia no consagra una misma tipología de daños extrapatrimoniales, ni menos una uniformidad en sus condenas. Por ejemplo, mientras que la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia habla de otras dos clases

.....
256 Sergio Rojas, *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Bogotá: Ibáñez, 2015, p. 119.

257 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Documento final aprobado mediante Acta del 28 agosto 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Documento ordenado mediante Acta 23 del 25 septiembre 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

de daños, distintos al moral, que denomina daño a la vida de relación y daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional²⁵⁸, la jurisdicción contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado habla de daño a la salud y de daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos.²⁵⁹

Finalmente, en Colombia, tanto las pólizas de seguro individual como las de seguro RC para entidades de salud ofrecen tantos matices que resultaría imposible su descripción; sin embargo, la mayoría de estas pólizas comúnmente consagran los siguientes amparos y exclusiones.

Entre los amparos se destaca la cobertura de la responsabilidad civil del asegurado por el acto médico o evento que diera origen a los daños materiales o lesiones corporales alegados y hasta el límite de cobertura contratado. Generalmente, las pólizas de seguro RC para entidades de salud cubren la responsabilidad civil del asegurado derivada de omisiones y errores involuntarios, cometidos dentro de los predios asegurados, por los profesionales vinculados o adscritos, y el amparo tiene como propósito indemnizar todos los perjuicios ocasionados.

Estas pólizas de responsabilidad institucional cubren también los daños por responsabilidad civil derivada de la posesión o uso de aparatos y equipos médicos. Sin embargo, existen otras pólizas que ni siquiera cubren el daño moral ocasionado, sino solamente los perjuicios patrimoniales que se causen por muerte, lesión, menoscabo en la salud o por el deterioro o destrucción de bienes. En algunos eventos, el seguro cubre la responsabilidad siempre y cuando el acto médico haya ocurrido después de la fecha de retroactividad establecida en la póliza y en caso de no estar establecida dicha fecha, siempre y cuando el acto médico haya ocurrido durante la vigencia de la póliza. Otras pólizas consagran el amparo, exigiendo solamente que el siniestro haya ocurrido durante la vigencia de la póliza. El seguro cubre siempre y cuando los eventos sean reclamados por la víctima (o sus causahabientes), durante la vigencia de la póliza. Algunas aseguradoras extienden el plazo para reclamar el seguro, al de su renovación o durante el periodo de extensión para denuncias y generalmente la póliza cubre los gastos de defensa

258 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 5 agosto 2014, M.P. Ariel Salazar.

259 Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de febrero de 2013, Exp.: 45.679, C.P. Jaime Santofimio Gamboa.

que el asegurado tenga que sufragar para la protección de sus intereses, en un monto predeterminado.

En cuanto a las exclusiones, en algunos casos, el asegurador no cubre reclamaciones o indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar por daños materiales o lesiones corporales que sean consecuencia directa de la responsabilidad civil del asegurado como propietario, director, jefe de equipo, jefe de guardia, jefe de servicio o en cualquier actividad administrativa, entre otros. Tampoco ampara las reclamaciones por daños causados por el ejercicio de la profesión médica, con fines diferentes al diagnóstico o a la terapia; tampoco cubre la provocación intencional del daño (dolo) en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud. Algunas pólizas excluyen de la cobertura las indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar a causa de la culpa grave en que ha incurrido. Otras pólizas excluyen también los daños personales ocasionados por una infección o enfermedad padecida por el asegurado, los daños genéticos y los daños ocurridos a consecuencia de una infección con el virus tipo VIH, o incluso con el de hepatitis C. No cubre actos médicos para el control de peso (tales como *bypass* intestinal, lipoescultura, etc.).

Para el caso de la cirugía plástica o estética, solamente se otorga cobertura para la cirugía reconstructiva posterior a un accidente y la cirugía correctiva de anomalías congénitas. Una gran mayoría de pólizas excluyen la responsabilidad por daños causados por aplicación de anestesia general. También es excluida la responsabilidad civil derivada de la violación del secreto profesional y aquella responsabilidad por tratamientos destinados a impedir o provocar un embarazo o la procreación y por daños relacionados directa o indirectamente con el sida.

Consecuencias de la instauración de un seguro de responsabilidad civil médica obligatorio

Mirando otras experiencias en lo referente a la intervención del legislador a fin de consagrar la obligatoriedad del seguro RC, resulta curioso y paradójico observar que los aseguradores se muestran hostiles respecto a la institución de un seguro obligatorio de responsabilidad civil²⁶⁰, siendo que a simple vista una reforma en tal sentido no haría otra cosa que ampliar su clientela potencial.

.....
²⁶⁰ Ricardo Lamperti, *Medicina legale della responsabilità medica...*, op. cit., p. 262.

•Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica.

En verdad, entre las principales críticas elevadas por los aseguradores a dicha obligación se cita como primera medida aquel peligro que es inherente al desarrollo del seguro RC, es decir, la relajación o el descuido en las conductas individuales, también llamado “el desvanecimiento de la responsabilidad civil”.²⁶¹ Por otro lado, la ya citada tendencia de los jueces a ser más severos cuando están en presencia de un seguro. Finalmente, según los conocedores²⁶², la reticencia de los aseguradores se explica principalmente por el temor de una reglamentación autoritaria, corolario casi inevitable de este tipo de procesos.

Cuando el legislador impone una obligación de asegurarse, está comprometido a precisar los contornos de dicha obligación, señalando las garantías mínimas que deben ofrecerse y evitando de este modo el peligro de un seguro puramente teórico; es decir, un seguro que otorgue una falsa seguridad. Dicha estipulación genera al tiempo una obligación de asegurar en cabeza del asegurador; obligación cuyo incumplimiento puede comprometer su responsabilidad en caso de que se ofrezcan pólizas por fuera de las condiciones normales de contratación establecidas.

Tal como se indicó en apartes anteriores, otra de las críticas que se hacen a la consagración de un seguro RC obligatorio tiene que ver con la función preventiva de la responsabilidad que de suyo viene a ser alterada con el ejercicio del seguro. En efecto, algunos autores consideran que la ineptitud de la responsabilidad civil para modificar las conductas individuales se agrava aún más cuando la deuda de responsabilidad es obligatoriamente asegurada.²⁶³ A diferencia del seguro voluntario, donde se presenta una cierta eficiencia del sistema en cuanto a que el efecto preventivo de la responsabilidad civil es trasladado, en primer lugar, sobre el nivel de la prima y, en segundo lugar, sobre la pérdida de la cobertura, dado que frente a una posible pérdida de cobertura por razón de provocar demasiados daños, el potencial responsable es consciente que desde el punto de vista económico le conviene no causar daños, ya que estos en parte serán soportados por él mismo;²⁶⁴ en el seguro obligatorio, dicho efecto preventivo puede expresarse

261 Ricardo de Ángel Yagüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Civitas, 1995, p. 89.

262 Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 101.

263 *Ibid.*, p. 65.

264 Vincenzo Zeno-Zencovich, *Chi paga? Funzioni e illusioni...*, *op. cit.*, p. 458.

solo a través del aumento de la prima, y no con la pérdida de la cobertura, ya que en esta clase de seguro las compañías aseguradoras están siempre obligadas a asegurar so pena de sanción.

Con la consagración de una obligación de aseguramiento, el sistema pierde significativamente la capacidad de prevención y alienta comportamientos oportunistas que desdibujan el efecto distributivo propio del seguro.²⁶⁵ En verdad, ante la convicción de que nadie puede ser privado del seguro, ni que nadie puede renunciar a asegurarse porque está obligado por ley, es posible que en la categoría de los potenciales responsables, aquellos más diligentes paguen por los menos diligentes, sin que exista ninguna posibilidad de incidir sobre el comportamiento del menos diligente o sobre la exposición económica del sujeto diligente.

La doctrina generalmente ha considerado que en tributo del seguro, el mejor médico contribuye a la reparación del daño causado por el mal médico; sin embargo, en opinión de algunos²⁶⁶, esta condición, que puede ser vista como una injusticia del seguro, no debe llevarse hasta los extremos, pues no hay que creer que solo el mal médico es quien pone en ejercicio el seguro, ya que el mejor médico también puede cometer errores que algunas veces pueden generar consecuencias graves. Al contrario, lo que sí podría calificarse como un índice de la mediocridad de un médico sería la alta frecuencia en recurrir al seguro en comparación a los colegas que ejercen la misma actividad.

En todos los países civilizados, los poderes públicos consideran como un deber imperioso facilitar la creación de instituciones que cumplan funciones de seguro²⁶⁷, ya que desde el punto de vista del objetivo, el seguro pretende la contribución de un gran número de personas a la indemnización de un daño ocasionado, haciendo de esta una institución digna de benevolencia y apoyo.

En lo que se refiere a las consecuencias que puede traer consigo la instauración de un seguro RC obligatorio, estas no son otras distintas a las que tradicionalmente conlleva la consagración de un seguro de responsabilidad. Como primera medida, tal como se indicó, reiteradamente se ha insistido en el sentimiento que surge en los jueces respecto a que, en presencia de un seguro, una

.....
265 *Ibid.*

266 André Tunc, *L'assurance tous risques médicaux...*, *op. cit.*, p. 178.

267 Charles Sainctelette, *La validité de l'assurance...*, *op. cit.*, p. 315.

•Colombia ante el seguro de responsabilidad civil médica•

indemnización puede ser otorgada. En verdad, en estas condiciones se estima que ellos son propensos a indemnizar los daños y el peligro que se presenta es el de desentenderse de toda investigación sobre la responsabilidad. Peligro que deriva, claro está, de una errónea mentalidad conforme la cual si existe un seguro respecto al cual el asegurado ha pagado las primas, es justo que la compañía pague el resarcimiento, con lo cual se desconocen los límites del seguro y los presupuestos de la responsabilidad. Se estima que en estos casos, se está tentado a considerar más o menos inconscientemente que la víctima tiene derecho a la indemnización.

Así pues, frente a la existencia de un seguro RC obligatorio, es posible que aumenten no solo las reclamaciones de las víctimas, sino también las condenas contra los médicos y las instituciones de salud, y este aspecto cobra especial consideración si se tiene en cuenta que al aumentar el espectro de actuación del Sistema de Seguridad Social en Salud, como consecuencia del reconocimiento que el legislador colombiano ha hecho del derecho a la Salud como derecho fundamental²⁶⁸, en razón al desvanecimiento de las limitaciones del servicio consagradas en el antiguo el Plan Obligatorio de Salud, este hecho trae como consecuencia directa el posible incremento del número de procesos y, de este modo, se hace necesario prever una probable crisis del aseguramiento para los médicos y las estructuras hospitalarias, acompañada de un eventual aumento en el costo de las indemnizaciones y de las primas de los contratos de seguro.

Es probable, además, que con la presencia de un seguro obligatorio se presente la consecuencia tan criticada en países como Francia donde se habla de una crisis del derecho de la responsabilidad, debido a que la presencia frecuente del seguro de responsabilidad se ha convertido prácticamente en la causa de la condena; se considera aquí la responsabilidad como la consecuencia que es necesario hallar a cualquier precio.²⁶⁹

Por otra parte, se estima que existe la posibilidad de que la introducción de un seguro RC obligatorio, cuya finalidad es tutelar antes que nada a la víctima, traiga consigo un ulterior impulso hacia la consagración de una responsabilidad objetiva.²⁷⁰ Además, dado el posible aumento de las demandas de resarcimiento,

268 Ley Estatutaria 1751 del 16 febrero de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones.

269 Françoise Chabas, *L'assurance de personne au secours du droit...*, *op. cit.*, p. 85.

270 Ricardo Lamperti, *Medicina legale della responsabilità medica...*, *op. cit.*, p. 262

es probable que las entidades hospitalarias se sientan desalentadas a invertir en programas de prevención a fin de reducir los casos de negligencia médica.

Finalmente, como otra consecuencia inevitable de la instauración de una obligación de asegurar la responsabilidad médica, cuando no se cuenta aún con una práctica generalizada y constante en la materia, no se puede dejar de citar el posible aumento en el costo de las primas del seguro y por vía de consecuencia, el alza ineluctable en el costo de los servicios médicos. En efecto, a este respecto, algunos autores citan como antecedente el fenómeno presentado en Estados Unidos, donde desde 1974 las primas para este tipo de seguro han sufrido aumentos hasta del 500%²⁷¹; igualmente, el fenómeno presentado en Francia, cuando al instaurarse la citada obligación, se produjo el retiro del mercado de importantes compañías aseguradoras.

No obstante lo anterior, otros expertos consideran que el alza de las primas no se debió a la consagración de una obligación de asegurarse, pues el seguro RC ya era una práctica generalizada, ni al nuevo régimen de responsabilidad que, por ejemplo, se consagró en Francia a través de la Ley *Kouchner* del 4 de marzo de 2002, sino a la realización de un doble efecto. Por una parte, la segmentación técnica excesiva y el equilibrio financiero global perturbado; en efecto, se estima que una excesiva segmentación del riesgo médico, con la cual cada asegurado es catalogado y tarifado lo más cerca de su riesgo personal, elimina la solidaridad médica ya que la mutualidad de los riesgos desaparece, aislando grupos de médicos de la masa de los asegurados. Así, al eliminarse la solidaridad médica global el costo médico pesa solamente sobre los especialistas a mayor riesgo. En tal entendido, la solidaridad médica no existe más. Por otra parte, se considera que las alzas excesivas de las primas se deben a la perturbación del estado financiero que en general viven las aseguradoras; perturbación debida, entre otras cosas, a pérdidas financieras que hacen deficientes ciertas ramas del seguro y ciertas inversiones.²⁷²

No obstante todo lo dicho hasta el momento, se reitera que a pesar de las dificultades y las limitaciones, el seguro se encuentra justificado por razones de

271 Anne Kimmel-Alcover, A propos des accidents médicaux..., *op. cit.*, p. 21. Francesco Introna y A. Raimondo, È possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale medica..., *op. cit.*, p. 1129. Fernando Guzmán, Responsabilidad médica en el acto quirúrgico..., *op. cit.*, p. 222.

272 Yvonne Lambert-Faivre, La crise de l'assurance responsabilité..., *op. cit.*, p. 142.

solidaridad hacia las víctimas. En verdad, se resalta la función eminentemente económica del seguro, entendida como aquella correspondencia con las necesidades humanas y la manera de satisfacerlas; el seguro es un fenómeno esencialmente económico en el sentido estricto de la palabra y no tiene otro objetivo que la realización de un interés material. En este orden de ideas, según algunos autores, la referencia a la solidaridad solo se ha hecho con el fin de ennoblecer la actividad de las compañías aseguradoras; por lo tanto, en el fondo, aquello que impide considerar el seguro como una obra de la solidaridad es la intención de sus adherentes, esto es, los depósitos que hacen los asegurados no los realizan con el fin de pagar las indemnizaciones que eventualmente deban percibir otros, sino las indemnizaciones que él mismo recibirá en un momento dado.

Es cierto que el funcionamiento del seguro supone la agrupación de un gran número de individuos, lo cual aumenta la solidaridad natural existente entre ellos. Pero ese no es el objetivo del seguro. El seguro es un simple proceso técnico, es una obra de la solidaridad en cuanto a los medios que emplea, pero no en cuanto al objetivo que persigue; por lo tanto, se considera que no existe duda que el valor social de la actividad aseguradora está en la cadena de la solidaridad que permite obtener el objetivo principal: la búsqueda de protección, de seguridad.²⁷³

Así pues, la solidaridad debe ser entendida como aquella interdependencia que une a los hombres, de tal suerte que muchos de ellos pagan por las culpas que no han cometido, pues la riqueza de unos tiene como condición la miseria de otros; desde esta perspectiva, el seguro es un motor importante, una fuente autónoma del progreso económico y social, además de ser la empresa financiera más antigua del mundo.²⁷⁴

Así pues, en Colombia, hoy en día es difícil imaginar una contratación entre las grandes instituciones que conforman el Sistema de Salud que no esté asegurada contra las eventuales responsabilidades en que puedan concurrir. Se trata de una contratación de seguros que, no obstante ser realizada más por imposición de los contratos y de la realidad que por un criterio de administración de riesgos, podría llevar a pensar que en Colombia existen todas las condiciones para que pueda consagrarse una obligación de aseguramiento, máxime cuando nuestra legislación

273 M. Richard, *La fonction de l'assurance*, thèse, Rennes, 1943, p. 21; Giovanna Manguetti, *Etica e assicurazione: quali comportamenti*, en *Assicurazioni*, 2002, p. 3.

274 Michel Albert, *Le rôle économique et social de l'assurance...*, *op. cit.*, p. 20.

de seguros ha avanzado a la par de las últimas tendencias mundiales; entre ellas, la posibilidad de asegurar la culpa grave, el reconocimiento de la acción directa incluso para el seguro facultativo²⁷⁵, pues a pesar de que generalmente se sostiene que la acción directa es una consecuencia lógica solo en materia de seguro RC obligatorio, puesto que desde el punto de vista de la ley este se suscribe forzosamente en garantía del hipotético tercero perjudicado, si no se permitiera la acción directa en el seguro facultativo, el contrato pretendería proteger solo el interés del tomador y no sería obligatoria su realización.

Además, debe considerarse que se cuenta con la posibilidad de afianzar la rentabilidad del negocio asegurador gracias a la estipulación de las cláusulas *claims made*, permitidas en el ordenamiento colombiano a partir de la reforma introducida a través de la Ley 389 de 1997. Estas cláusulas generalmente vienen estipuladas en los contratos de seguro de responsabilidad médica, no obstante ser altamente lesivas y limitativas de los derechos de los asegurados.

Por otra parte, como se tuvo ocasión de analizar, con la reforma introducida a través de la Ley 45 de 1990 se admitió el aseguramiento de la culpa grave; por lo tanto, el asegurado no puede liberarse de las consecuencias del dolo a él imputable, pues un hecho similar pondría en peligro la seguridad social y dejaría el asegurador a merced del asegurado; sin embargo, en Colombia se observa que las coberturas ofrecidas tienden a excluir la culpa grave del asegurado.²⁷⁶

Así pues, desde el punto de vista jurídico, en teoría podría pensarse que en Colombia subsisten las condiciones para un eventual, efectivo y verdadero desarrollo del seguro RC obligatorio en la materia; pero cabría preguntarse si estas condiciones “propicias” para la instauración de un seguro de esta envergadura resultan favorables para la tutela de los derechos del paciente-víctima.

En primer lugar, el hecho de que las cláusulas de reclamación (*claims made*) afiancen la rentabilidad del negocio asegurador, en detrimento de los intereses del asegurado y la víctima, hace dudar de su conveniencia; por lo tanto, en caso de decidirse por la consagración de una obligación de aseguramiento, convendría pensar en prohibir algunos tipos de estas cláusulas, sino también aquellas de exclusión de riesgos que sean manifiestamente abusivas.

275 Mariano Hernández, Op. cit.,, 523.

276 Daniele de Strobel, *L'assicurazione di responsabilità...*, op. cit., p. 12. Herman Cousy, op. cit.,, 119. Juan Manuel Díaz-Granados, “El seguro de responsabilidad civil en Colombia”, op. cit.,, 11.

Por otra parte, no obstante estas condiciones teóricas propicias, la técnica de seguros funciona de acuerdo con las exigencias que el cálculo actuarial y las técnicas correspondientes imponen. El mercado del seguro exige un estudio detenido de los presupuestos en los que la contratación ha de basarse.²⁷⁷ En general, solo cuando existe una experiencia lo suficientemente amplia para constatar la relación volumen de accidentes en razón de los supuestos asegurados y la cuantificación de los correspondientes daños, será posible incorporar una determinada actividad generadora de eventuales daños a la mecánica normal del aseguramiento.

Por otro lado, teniendo en cuenta que de acuerdo con la experiencia de otros países el tránsito hacia sistemas de aseguramiento obligatorio para la responsabilidad médica fueron apalancados con sistemas de solidaridad nacional, la cual se hace cargo de los daños no cubiertos por el seguro, se considera que en nuestro país aún no existen bases sólidas y seguras que logren superar las dificultades antes mencionadas, fundamentalmente relacionadas con la técnica aseguradora y el derecho de la responsabilidad médica, que permitan al legislador la consagración de una obligación de aseguramiento con las características y límites que ella conlleva (como el preestablecimiento de las indemnizaciones) y que, en últimas, no encontraría manera de ser satisfecha por falta de oferta.

Por ello, se insiste en que un mecanismo de tutela alternativo o incluso transitorio para Colombia podría consistir, entre otros, en el establecimiento de la metodología *risk management* (gestión de riesgos o gerencia de riesgos) aplicable al sector sanitario por parte de las entidades hospitalarias. En verdad, las reformas que se están realizando a los servicios sanitarios obligan a que se mejoren los niveles de eficiencia y que se importen en las entidades públicas o privadas modelos de gestión dirigidos hacia la eficacia y la eficiencia, pero capaces de no olvidar que el objetivo es la tutela del paciente en el suministro de las prestaciones.

Empero, la posibilidad de adoptar en el ordenamiento colombiano instrumentos de gestión del riesgo requeriría de un total cambio de cultura y mentalidad de los operadores sanitarios de nuestro país y de todos aquellos interesados en tan relevante compartimiento económico.²⁷⁸ Esta propuesta no significa que es-

277 Enrique Ruiz, "VII Congreso mundial de la A.I.D.A (Budapest, 1986). Tema I: La respuesta del seguro a los cambios de la noción de responsabilidad", *Revista Española de Seguros*, n.º 41, 1986, p. 227.

278 Giovanni Comandé y Giuseppe Turchetti, *La responsabilità in sanità dal conflitto...*, op. cit., p. 10.

temos en total desacuerdo con la institución del seguro, pues, al contrario, lejos de desconocer su importancia, lo que se busca con la metodología de gestión del riesgo es que el seguro se haga cargo de aquel daño no eliminable a través de la prevención. Sería un error negar la indiscutible capacidad especial que tiene el seguro para eliminar el daño con el mínimo gasto. El seguro, en efecto, es la única institución que permite restaurar una lesión patrimonial sin repercutir el costo sobre un solo sujeto. Contrario a lo que sucede con la institución de la responsabilidad que al limitarse a trasladar la incidencia económica de un daño de un sujeto a otro, deja sin remediar la pérdida de riqueza, puesto que el daño, sea o no resarcido, es y sigue siendo una pérdida de valor económico que empobrece alternativamente al causante del daño o al perjudicado, a veces con el efecto de secar una útil fuente de producción económica.²⁷⁹

En Colombia, el fenómeno de los seguros obligatorios de responsabilidad civil es relativamente reciente, ha tenido su mayor acogida en materia de transporte y solo a partir de los años ochenta Colombia acogió esta figura como mecanismo de protección de las víctimas. Así, existe la obligación de aseguramiento en el terreno de la circulación de vehículos de transporte escolar, de vehículos de transporte de combustible, de transporte de pasajeros y de carga, igualmente para las empresas de transporte aéreo y las que prestan el servicio de vigilancia privada.²⁸⁰ En otros países, por ejemplo, se ha pensado incluso en adaptar el modelo del seguro RC obligatorio en materia de circulación automovilística al ámbito de la responsabilidad sanitaria; sin embargo, a diferencia de otros países como Francia e Italia, donde este tipo de seguro existe, en nuestro país se presenta una situación especial, pues en este campo no existe realmente un seguro de responsabilidad civil, sino un seguro de accidentes personales, donde se permite indemnizar automáticamente los daños causados en accidente de tránsito, independientemente de las discusiones acerca de la responsabilidad.

Podría afirmarse que lo que sucede en Colombia con el seguro de responsabilidad civil es que se encuentra aún en plena evolución, adaptándose paulatinamente no solo a las modificaciones que día a día se introducen y seguramente se seguirán introduciendo a nivel del derecho de la responsabilidad médica y a los

279 Antonio La Torre, Responsabilidad y seguro..., *op. cit.*, p. 27.

280 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia..., *op. cit.*, p. 21.

criterios de la reparación del daño existentes en ambas jurisdicciones, sino también tratando de acoplarse a los diversos cambios económicos del país propios de las economías de los países en vía de desarrollo, los cuales exigen continuos ajustes de las pólizas de seguros para su adecuación y generan también dificultades relacionadas con la técnica aseguradora.

Se podría afirmar que, en el fondo, la consagración de una obligación de asegurar la responsabilidad médica no es la solución que garantice la tutela de los intereses del paciente-víctima, no solo por el hecho de no existir aun las condiciones para una tal consagración, sino también porque respecto a las víctimas, dadas las múltiples dificultades e insuficiencias que tienen que enfrentar en torno al derecho de la responsabilidad médica y a la reparación del daño,²⁸¹ mientras no se presente una reforma sustancial, continuarán enfrentándose a la imposibilidad de hacer valer sus derechos, no obstante el profesional responsable esté asegurado (voluntariamente o por imposición legal) y las pólizas continúen ofreciendo un máximo asegurado que en muchos eventos no supera las condenas que se producen a nivel judicial, las cuales, entre otras cosas, en la mayoría de casos no resultan adecuadas si se compara con los estándares europeos de reparación.²⁸²

Además, porque generalmente en nuestro país la tendencia es a no asegurar la culpa grave,²⁸³ fundamento de un número elevado de condenas, y porque comúnmente las pólizas de responsabilidad consagran cláusulas *claims made*, las cuales en muchos casos no ofrecen garantía ni para los asegurados ni para las eventuales víctimas. Esto sin mencionar el hecho de que ni siquiera la consagración de un seguro RC obligatorio logra solucionar el más grave problema: aquel relacionado con la incolumidad de la persona.²⁸⁴ En efecto, si bien el instituto logra una finalidad de orden patrimonial, deja sin resolver este fundamental problema, no siendo en definitiva útil a la sociedad, ya que no está en grado de reducir el número complejo de daños provocados a las víctimas.

281 Francesco Busnelli, Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con "l'alternativa svedese, *Jus*, n.º 33, 1986, p. 237.

282 Francesco Introna, Un paradosso..., *op. cit.*, 891.

283 Juan Manuel Díaz-Granados, El seguro de responsabilidad civil en Colombia, *op. cit.*, p. 11.

284 Guido Gentile, Responsabilità civile e assicurazione..., *op. cit.*, p. 16.