



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL Y SU  
REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: EL CASO DE LOS  
PROFESIONALES MÉDICOS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Ab. Diego Alejandro Oviedo Polo

Autor

Daniel Alejandro Soto Cordero

Año  
2015

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

Diego Alejandro Oviedo Polo  
Abogado  
C.C.171436613-3

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

---

Daniel Alejandro Soto Cordero  
C.C.130726374-7

## **AGRADECIMIENTO**

A mi guía, por su constante apoyo y apersonamiento en la investigación. A Carla María por su esencial ayuda en el desarrollo de dos de los capítulos y su impasible velo por los detalles, en especial cuando la investigación llegó a la etapa de desenlace. A Santiago, quien motivó la investigación varios años atrás.

**DEDICATORIA**

A Fiorella, mis ganas de salir adelante. A mi padre, a mi madre y a Mona.

## RESUMEN

La sistematización e industrialización de servicios han venido creando una serie de barreras que dificultan a los ciudadanos la exigencia de reparación y sanción por cometimiento de actos injustos. Es por ello que esta misma sistematización e industrialización de servicios, propone en el comercio la creación de un contrato de seguro que tienda a proteger la actividad de los profesionales médicos, especialmente la responsabilidad civil.

Este trabajo de investigación abarca un estudio sistemático de lo que es el contrato de seguro de responsabilidad civil de médicos y verifica la posición real del avance del derecho frente al avance del comercio; para ello se estudian conceptos básicos como la responsabilidad civil y el contrato de seguro, para luego unificar ambas esferas del derecho en un solo concepto que tiende a proteger la responsabilidad civil de médicos, que es un ramo de pilar importancia dentro de la sociedad del siglo XXI.

Además, la investigación recoge ideas y modelos de regulaciones que provienen de legislaciones más avanzadas respecto al aseguramiento de la responsabilidad civil de los médicos. Es así que se puede situar al organigrama legislativo nacional – que es un tanto deficiente en contraste con una de las legislaciones más avanzadas en el mundo en estos mismos temas como lo es la legislación Española– que regula las actuaciones de todas las personas que se involucran en la prestación de servicios de salud.

## ABSTRACT

Systematization and industrialization of all kind of services has created a hurdle that makes it difficult for citizens to claim to reparation and penalization for acts of injustice. Therefore this same systematization and industrialization of services, propose to commerce the creation of insurance contracts that tend to protect the medical professionals activities, especially the civil responsibility.

This investigation includes a systematic study of what it is the medic civil responsibility insurance contract and verifies the real position of law's evolution in front of the commerce evolution.

Also, this investigation encloses ideas and models of regulations that come from advanced legislations when civil responsibility insurance is about. With this tools it is possible to situate the national law ordering which is slightly poor, in contrast with one of the most advanced legislations in the world around this subject, like Spanish legislations is, which regulates the entire system involved in health service.

# ÍNDICE

Introducción .....	1
<b>LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.....</b>	<b>4</b>
1.1. La responsabilidad y responsabilidad civil propiamente .....	4
1.1.1. Responsabilidad civil contractual.....	10
1.1.2. Responsabilidad civil extracontractual.....	11
1.2. Presupuestos de la responsabilidad civil .....	15
1.3. La configuración de la responsabilidad civil profesional .....	23
<b>EL CONTRATO DE SEGURO .....</b>	<b>28</b>
2.1. Nociones básicas del contrato.....	28
2.2. El contrato de seguro.....	29
2.2.1 Evolución del contrato de seguro en el derecho ecuatoriano y su regulación .....	30
2.2.2. Naturaleza jurídica del contrato de seguro. ....	35
2.2.3. Elementos esenciales del contrato de seguro .....	38
<b>EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.....</b>	<b>44</b>
3.1 Condiciones generales.....	45
3.2 Condiciones especiales .....	46
3.3 Condiciones particulares .....	49
3.4 Configuración y cobertura de la responsabilidad civil profesional.....	52
<b>EL CONTRATO DE SEGURO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA MÉDICOS. ....</b>	<b>54</b>
4.1. Actual situación legal del ejercicio de la profesión médica... 54	
4.2. El riesgo asegurable del ejercicio de la profesión médica.... 59	
4.3. La configuración de la responsabilidad civil de	

profesionales médicos.....	64
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	68
Conclusiones .....	68
Recomendaciones.....	69
REFERENCIAS .....	71

## INTRODUCCIÓN

“[...] el seguro es consecuencia de la necesidad del Hombre de atemperar los riesgos de toda índole que gravitan sobre él, su familia y sus activos.” (Palacios, 2012, p. 4)

El contrato de seguro es producto de una necesidad del ser humano, para entregarse a sí mismo la calma sobre los riesgos ciertos que recaen en cualquier bien de su propiedad.

A lo largo de este trabajo de titulación se realizan estudios sobre los temas esenciales que invocan la necesidad de que los profesionales encuentren en el mercado una póliza de seguro que tienda a cubrir el riesgo de su actividad profesional. Precisamente, a asegurar el daño patrimonial que resulta de la responsabilidad civil profesional de médicos, sea contractual o extracontractual.

El comercio avanza y el derecho debe seguirle los pasos para regular las relaciones entre los sujetos contractuales. Hoy por hoy, el contrato de seguro está presente en todo momento, en todo lugar, en todas las personas. El contrato de seguro está inmerso incluso en transacciones que no son puramente merecedoras de una negociación individual para estar asegurado, como lo es el hecho salir a la calle en calidad de peatón, pues todo propietario de un vehículo está obligado a contratar una póliza de seguro de accidentes que cubre al conductor pasajeros y peatones como terceros involucrados en un siniestro, este seguro se denomina Sistema Público para Pago de Accidentes de Tránsito (SPPAT); hasta la más objetiva declaración de la voluntad de asegurar bienes o cosas poco comunes como la voz de un cantante o las piernas de un futbolista.

En este escenario, se puede pensar que todo aquello que es un bien, puede asegurarse.

En un primer plano, todo bien es asegurable, sin embargo la teoría es diferente a la práctica y para hablar de seguros, se debe tomar en cuenta que uno de los sujetos contractuales es el asegurador, a quien corresponde realizar el análisis

de lo que para éste resulte económicamente viable asegurar. De aquí podemos decir que aunque todo bien es asegurable, por cuestiones comerciales, no todo bien es efectivamente asegurado.

Es así que el interés o bien asegurable *responsabilidad civil profesional* puede ser asegurable, siempre que en un primer plano el asegurador lo encuentre económicamente viable pues de éste debe nacer la iniciativa de ofertar el producto. Nace entonces una de las preguntas principales de este trabajo de titulación: ¿qué es la responsabilidad civil profesional y es posible asegurar dicha responsabilidad?

Para poder determinar qué es el interés asegurable *responsabilidad civil profesional*, a lo largo de la investigación se realizan estudios centrados al tema que parten de lo general a lo particular. Empezando así desde las nociones básicas del contrato en general, definido por el artículo 1454 del Código Civil, para luego pasar al análisis exegético del contrato de seguro.

Otro de los elementos del tema de estudio, es el concepto de la responsabilidad y la responsabilidad civil. De aquí se desprenderá el estudio de los presupuestos fácticos que dan paso a la responsabilidad civil y el deber de indemnizar el daño causado.

Una vez entendido aquello, se enlazan estos conceptos para analizar el contrato de seguro de responsabilidad civil. Este contrato cuenta con ciertos elementos esenciales que deberán entenderse a fondo, por lo que se fundamentan con citas de autores, leyes, principios, opiniones de expertos en la materia e incluso historia.

El campo de estudio de este tema se centra con el fin de proponer una póliza que cubra la responsabilidad civil de los profesionales médicos que han obtenido su título en una universidad avalada por la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (Senecyt).

Aunque se muestra necesario mencionar lo establecido en el COIP (2014), promulgado el 10 de febrero de 2014 y vigente desde el 11 de agosto de 2014

ya que en este cuerpo legal se impone responsabilidad penal por el cometimiento de “homicidio culposo por mala práctica profesional” (COIP, art. 146).

Sin embargo, la investigación tomará las directrices para culminar con el análisis de la responsabilidad civil –no penal– generada por hecho ilícito cometido en la práctica profesional.

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

### 1.1. La responsabilidad y responsabilidad civil propiamente

El fin principal del derecho es la consecución de justicia; pensar en derecho es pensar en justicia, esta ciencia busca ser un mecanismo de control con el objeto de regular y crear una sociedad que se desarrolle en un entorno armónico y equilibrado; precisamente en esa búsqueda y teniendo como fin último la consecución de la justicia, la responsabilidad civil juega un papel fundamental.

La palabra responsabilidad es definida en el diccionario de la Real Academia (s.f.) Española como “cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado” (párr. 1). Esta responsabilidad que inicialmente se traduce en una obligación moral nace de la propia conciencia del ser humano, para reparar el yerro o dicho en otra palabras el daño sobre una cosa determinada.

Esta obligación moral, que luego de cumplir ciertos requisitos legales se traduce en una obligación civil – exigible judicialmente –, tiene como consecuencia que el causante de un daño deba responder por el perjuicio causado a una tercera persona. El autor Edgardo López Herrera (2007), explica al deber de responder de la siguiente manera:

“Responder es un verbo de raíz latina que tiene muchos significados de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, es decir que es un término polisémico. [...] responder es ‘Estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida’. La segunda acepción es más genérica: ‘Asegurar una cosa haciéndose responsable de ella’. Como vemos, la última es más genérica que la primera, pero ambas pueden ser subsumidas, en sentido jurídico, con la que da Bustamante Alsina cuando dice que ‘responder es dar uno cuenta de sus actos’ (p. 3)

Para el abogado Paúl Peña Núñez (2013, párr. 1), la responsabilidad tiene tres connotaciones: moral, política y jurídica. Para este estudio, se centrará la investigación en la última, la responsabilidad jurídica, de la que nacen a su vez tres tipos de responsabilidad: la penal, la administrativa y la civil; aunque son tres ámbitos del derecho que se ventilan siempre de manera separada. En ese contexto los conceptos penales, administrativos y civiles, pese a que todos persiguen el fin último – justicia –, cada uno tiene su propio estudio doctrinario, propia normativa y propia rama de aplicación en el poder judicial. Guillermo Cabanellas (2006) dice:

“**Responsabilidad** [...] **CIVIL**. El talión económico-jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello. [...] **DEL ESTADO**. Como persona de Derecho Público, solo es posible hablar de *responsabilidad civil*; y ello corresponde a concepto [Sic] relativamente moderno, ya que en tiempos antiguos el Estado, como soberano, o el soberano, como Estado, eran irresponsables. [...] **PENAL**. La que se concreta a la aplicación de una pena, por acción u omisión – dolosa o culposa– del autor de una u otra” (pp. 333-334)

Este trabajo investigativo se centra en la esfera del derecho privado, en la contratación entre particulares, sin excluir que el Estado pueda intervenir – despojado de su potestad de *imperium*- como parte contratante en los actos jurídicos que se generan en la contratación de seguros. Es por esto que al hablar de seguros privados se excluye al concepto de responsabilidad del Estado o responsabilidad administrativa como materia asegurable que, aunque posible, no es parte de esta investigación.

Lo que deja sobre la mesa dos esferas de responsabilidad: la penal y la civil. Al referirse al tema penal, se debe entender claramente que la responsabilidad penal se colige de una infracción o violación a ciertas conductas tipificadas dentro del ordenamiento jurídico como delitos; mientras que la responsabilidad

civil se centra en las normas de derecho civil y sus derivadas. La responsabilidad penal tiene como fin la reparación del orden público, mientras que la responsabilidad civil tiene como fin la reparación de un daño causado a uno o varios terceros afectados. La responsabilidad penal trata de establecer una corrección en el accionar del infractor, busca una pena; mientras que la responsabilidad civil busca la reparación a través del resarcimiento económico al afectado.

En algunos casos pueden concurrir los tres tipos de responsabilidad en una sola infracción, ejemplo: un juez de lo penal – que es funcionario público – que comete prevaricato al dictar una pena privativa de libertad en contra de quien a todas luces es inocente, irrogando un daño irreparable en su persona y su patrimonio. Existe responsabilidad penal en el juez, que es castigado con una pena; una responsabilidad del Estado, quien garantiza el acceso y ejercicio de la justicia por medio de los funcionarios que se desempeñen en el cargo, en este caso, la responsabilidad del Estado se genera por error judicial inexcusable; finalmente, la responsabilidad civil que se genera por la reparación del daño moral, lucro cesante y daño emergente a la persona que fue injustamente detenida.

Claramente es posible que los tres tipos de responsabilidad se encuentren en una misma acción; sin embargo, no es requisito que todas ellas se reúnan al unísono para poder hacer valer los derechos de quien persigue la reparación; tampoco es necesaria la declaración de existencia de una para la exigencia de la otra.

Se sabe por el Código Orgánico Integral Penal (2014) que, en el artículo 5 numeral 9 respeta la aplicación de una norma reparatoria de daños civiles aún cuando se lleve a cabo la pena:

“Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles

derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.” (art. 5.)

Así se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia (2013), al discernir sobre la exclusión de las acciones que se siguen en estas dos materias, exponiendo la no interferencia de una con la otra y señalando claramente que no es necesario la pre existencia de una para que la otra pueda operar (prejudicialidad). A saber:

“Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario, el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que "Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito", están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Igual disposición contiene el Art. 2214 *Ibíd.*” (p. 4.)

Entender esta distinción se torna de gran importancia, pues en el desarrollo de esta tesis, que en su debido momento será tratado de manera más detallada, se busca saber que independientemente de la sanción penal (exista o no criterios de imputabilidad de un delito) hay responsabilidad civil por el daño causado cuando han concurrido al hecho los presupuestos esenciales que la configuran.

La responsabilidad civil, por consiguiente, no está ligada a la responsabilidad penal; así como tampoco la persecución de una depende de la existencia de la otra como ya se dijo en líneas precedentes. Para cumplir los propósitos de este trabajo, la investigación se centrará en analizar la responsabilidad dentro del campo civil.

La responsabilidad civil es un concepto más profundo en el derecho y el autor Javier Tamayo (2008), doctrinario colombiano, la define como la que “engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. [...] Es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros.” (p. 8). Para este mismo autor, la responsabilidad nace siempre de un hecho ilícito.

En este punto cabe la pregunta ¿qué es un hecho ilícito? Para Tamayo (2008) es: “cuando una persona con su acción u omisión realiza conductas que están previamente prohibidas por el orden jurídico” (p. 6).

Según la definición citada, bastaría entonces que se configure el hecho ilícito y que éste cause un daño para dar lugar a la responsabilidad civil. Lo dicho se señala a breves rasgos, pues más adelante veremos los presupuestos esenciales para que se configure la responsabilidad civil y ésta sea exigible.

Por su parte, Marcel Planiol (1930) dice que “hay responsabilidad en todos los casos en que una persona está obligada a reparar un daño sufrido por otra.” (p. 638.) Se omite la idea de si la acción que genera el daño es ilícita (delito) o no (cuasidelito), pero atribuye responsabilidad en el caso de que se pueda demostrar la obligación de reparar el daño.

En conclusión la obligación de reparar el daño es el fin último de la responsabilidad civil y a este tipo de responsabilidad se conoce como responsabilidad reparatoria.

La obligación de reparar el daño debe recaer sobre la persona que actuó de manera ilícita (delito o cuasidelito). Por tanto, afirma el doctor Jesús López Cedeño (2014) “basta que haya una violación del orden jurídico realizada culpablemente y que de ella se derive un daño” (párr. 30.). Continuando con la premisa de López Cedeño, se aclara que las acciones que violan el orden jurídico son las que menciona la Ley: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin

perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” (Código Civil, 2005, art. 2214).

La Corte Nacional de Justicia (2009) acoge la doctrina y la forma de aplicación del artículo 2214 del Código Civil, como se lee en las palabras de Alessandri, citado y aplicado por la Corte Suprema de Justicia [actualmente Corte Nacional]:

“Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por otra, haya una relación de causalidad, es decir, que ésta sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa. De lo contrario, el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido por la víctima, aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable. Luego añade: Este requisito está expresamente contemplado por nuestro Código Civil en el art. 2314 cuando dice que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, y en el art. 2339 (arts.2214 y 2229 de nuestro Código) al establecer que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, porque inferir es inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado, e imputar, atribuir a alguno una culpa, delito o acción. Un delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él, cuando el daño puede atribuirse a la malicia o negligencia de su autor.” (Alessandri, como se citó en Corte Nacional de Justicia, 2009, p. 4)

Tal como lo consideraron los jueces de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, la responsabilidad nace entonces del cometimiento de una acción u omisión que resulte de un acto ilícito que se atribuya a una persona por culpa o dolo y que sea capaz de responder por sus actos. En suma, que el daño sea atribuido a la actuación negligente o culpable de otra persona y previo al cumplimiento de ciertos presupuestos que serán analizados más adelante. Se ha dicho que las obligaciones nacen de los contratos y cuasicontratos, así como de los delitos y cuasidelitos tal como lo manda el artículo 1453. Entonces, ¿en cuál de estas instituciones del derecho cabe enmarcar la obligación de reparación de daños?

Al adentrarse en el asunto mismo de la responsabilidad civil, las posiciones de los autores coinciden actualmente en la existencia de dos tipos de responsabilidad civil: la responsabilidad civil extracontractual, también llamada *culpa aquiliana*; y, la responsabilidad civil contractual.

#### **1.1.1. Responsabilidad civil contractual**

La responsabilidad civil contractual se ve limitada en su campo de actuación ya que se refiere expresamente a las obligaciones que se generan dentro de un vínculo jurídico preexistente (un contrato); es decir, a la determinación de derechos y obligaciones que se estipulan y que nacen del acuerdo de voluntades entre las partes que intervienen en ese negocio jurídico específico.

**“Responsabilidad contractual:** Responsabilidad contractual o responsabilidad civil contractual es el conjunto de consecuencias jurídicas que la ley le asigna a las obligaciones derivadas de un contrato.” (Diccionario Jurídico Lexis, s.f. párr. 1)

Es claro que la obligación contractual nace de la voluntad de las partes, si entre ellas se han establecido obligaciones, hace falta que se incumpla la obligación para generar responsabilidad de reparación; es decir, que no es necesario violar la ley para que se configure el derecho de exigir la reparación y la

obligación de reparar; diferencia fundamental con la responsabilidad civil extracontractual.

Lo dicho en el párrafo precedente, se complementa con el aforismo “EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES [artículo 1561 del Código Civil], de manera que todo aquello que se haga en contra de lo estipulado obviamente significará violación de esa ley contractual específica, y creará obligaciones de reparación o resarcimiento al responsable de la violación.” (Sarmiento, 2010, p. 167.). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema diciendo que “[...] la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción [...]” (Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 6.)

### **1.1.2. Responsabilidad civil extracontractual**

Todos los hechos derivados del accionar humano, son susceptibles de generar daño, ya sea voluntario o no. Por tanto, la responsabilidad civil extracontractual es el campo del derecho en donde se estudia la obligación de reparar un daño que se genera sin necesidad de coincidir con la voluntad entre partes; es decir, sin que exista un acuerdo previo. Las relaciones que trata la responsabilidad civil extracontractual las impone el contrato social, se manifiestan a través de la Ley y se resumen en la garantía genérica de no dañar al otro. Es por esta imposición jurídica-social que la relación que desprende la posibilidad de generar responsabilidad civil extracontractual nace ya por el simple hecho natural de existir.

“La sola circunstancia de que el hombre conviva en sociedad determina que esté sometido a un deber general de no dañar: el *neminem lae dere* de los romanos. Este deber es genérico, se aplica a las relaciones de los sujetos de Derecho con independencia de que hayan estipulado las pautas de su conducta recíproca; rige por el mero hecho de la independencia social; es fundamento del ordenamiento jurídico. La violación de

este deber genera responsabilidad *extracontractual*.” (Alterini, 2009, p. 164).

Las relaciones comprenden un deber general de cuidado en el actuar propio y de ahí que, de hecho, el más mínimo acto genere un daño a otro, es una fuente de responsabilidad civil extracontractual.

Para que una persona pueda responder civilmente por un daño injustamente causado a otra, se debe analizar necesariamente los factores de atribución de responsabilidad civil, que no son otra cosa que la culpa o dolo para el sistema de atribución subjetivo; o la teoría del riesgo para el sistema de atribución objetivo.

En el campo jurídico existen dos teorías que atribuyen la responsabilidad civil, estas son la teoría de responsabilidad subjetiva y la teoría de responsabilidad objetiva. El sistema subjetivo es el que actualmente se aplica en Ecuador que se basa en la culpa. Es decir que para el campo subjetivo se buscan factores de atribución de responsabilidad que atribuyan la culpa a quien causó el daño, para lo cual, la carga de la prueba para dejar en evidencia dicha culpa, está sobre quien lo alega. La teoría subjetiva se viene aplicando como una teoría antigua en el derecho civil y por consiguiente en la mayoría de ramas del derecho en Ecuador, sin embargo, existen actualmente en el mundo nuevos pensamientos que tienden a analizar la responsabilidad civil desde otra perspectiva, sobre todo en el campo mercantil y por exaltar la defensa de derechos del consumidor. Esta nueva teoría de atribución de responsabilidad civil se resume a la exclusión de la culpa para comprobar la responsabilidad civil y se limita a factores que determinan la existencia de un riesgo y la efectiva irrogación de un daño. Ambos sistemas se explican a continuación.

El sistema legal italiano comprende la aplicación del sistema subjetivo en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual a tal punto que la doctora Giovanna Visintini (1999) iguala la responsabilidad civil extracontractual a la culpa. Incluso la llaman comúnmente acción culposa. Para ella, culpa es sinónimo de responsabilidad extracontractual y nos dice:

“[...] ‘*in lege Aquila et levissima culpa venit*’ en su pretendida derivación romanista, traducía la idea comúnmente acogida y explicada por la mayoría de los textos legales de que en el campo del ilícito aquiliano, cualquier culpa, aunque sea la más leve, obliga al que ha causado el daño a repararlo aunque no hubiera querido causarlo, porque las consecuencias dañosas de los propios errores no pueden recaer sobre los demás” (p. 48).

La culpa aquiliana, conocida así en el mundo del derecho por la célebre Ley Aquiliana del siglo III a. C., es esa responsabilidad que nace de la más pequeña actuación culposa del hombre, generadora de un hecho que a la vez deriva en irrogar perjuicio a un tercero. Importante es señalar que la culpa aquiliana, o extracontractual responde a todo daño que se haya causado a un ajeno pues *los propios errores no pueden recaer sobre los demás*.

Esta sería la regla general para hablar de responsabilidad civil extracontractual, constituyéndose en el factor de atribución de responsabilidad civil que se desarrolla en la legislación ecuatoriana. Habiendo culpa o dolo y generado el daño, se exige la reparación.

La Ley expresa que “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.” (Código Civil, 2005 art. 2229.). En donde malicia es igual a dolo y negligencia es igual a culpa.

Por otro lado, Larrea Holguín señala que existen nuevos conceptos aceptados y los teóricos afirman que no toda actuación que genera daño, es culposa o dolosa; pero el daño existe y debe considerarse en el sistema de justicia un modelo de reparación que indemnice el injusto daño sufrido por un tercero. Se refiere a un nuevo sistema de imputación: el objetivo. Dice Holguín (2010) “Basta que se cause un perjuicio a otra persona para que haya obligación de reparar el daño ocasionado, salvo que existan motivos de no imputabilidad o que liberen de responsabilidad” (p. 45).

En contraposición con la teoría subjetiva, la teoría objetiva comprende otros elementos para determinar la existencia de responsabilidad civil. Dentro de esta teoría existen otras teorías derivadas, cada una de ellas con sus propios criterios respecto de la imputación de la responsabilidad civil, pero que se basan en la existencia o inclusión de un riesgo.

El riesgo o riesgo empresa es una de las teorías a las que hacen referencia los tratadistas que se resume en la responsabilidad que tiene un productor o empresario por el hecho de tener una empresa o negocio, ya que de la actividad comercial percibe un lucro que proviene de los consumidores, por tanto, el productor está obligado a velar por un producto saludable y seguro, además está en la obligación de utilizar los máximos avances tecnológicos para evitar los daños en el producto o su envase y que éstos estén lejos de afectar a los consumidores. La teoría del riesgo creado se divide a su vez en varias tesis, entre ellas se encuentran las siguientes: el riesgo creado definida por Savatier o riesgo empresa que se refiere a la producción de bienes o productos por parte de una empresa, señalando que ésta deberá tener el debido cuidado y utilizar los máximos avances tecnológicos para evitar daños en el aparato y a quienes lo puedan utilizar; teoría del riesgo provecho o riesgo del beneficio que es un tanto más tajante y se resume a que quien por su actividad económica y giro de negocio crea riesgos y por ello recibe beneficios, está obligado a reparar los daños que ocasione en virtud de su giro de negocio o su actividad económica; la teoría del riesgo típico o acto normal que se limita la responsabilidad al riesgo que la empresa debe asumir en base exclusivamente a su giro de negocio más no a cualquier riesgo; finalmente está la teoría del riesgo asegurable que en palabras de Muñoz (2011) se refiere a que para que una empresa deba responder por responsabilidad civil, “es menester determinar previamente cuándo, en qué condiciones y quién establece que el riesgo debe ser soportado por la empresa y quién fijará, en definitiva, cuáles riesgos son lícitos crear y cuales quedan prohibidos y por tanto son los que generan responsabilidad en la empresa” (p. 29).

La teoría que acoge a los factores de atribución objetiva es un sistema moderno mucho más reciente que el primero. En Ecuador se mantiene la teoría de imputación subjetiva que contiene sus propios lineamientos respecto a los factores de atribución de responsabilidad civil, y que se basa en la culpa.; coligiendo al final con la premisa el que asegura, prueba: *affirmanti incumbit probatio*.

## 1.2. Presupuestos de la responsabilidad civil

A más del factor de atribución de responsabilidad civil, que fue analizado en líneas precedentes, para que la responsabilidad civil llegue a configurarse, es necesario que concurran al hecho varios elementos esenciales. Estos elementos esenciales no están señalados en la Ley, pero la doctrina ha realizado una vasta investigación acerca de los presupuestos que deben considerarse para que se genere la responsabilidad reparatoria; solamente cuando se reúnan todos los requisitos, hay responsabilidad civil: “Existe responsabilidad civil siempre que se reúnan todos y cada uno de los presupuestos del ilícito civil, que deben concurrir para que se produzca el nacimiento de la deuda resarcitoria”. (Stiglitz, 1991, p. 211.)

Si bien es cierto, la Ley no los señala expresamente pero para suplir el vacío legal, como ya se dijo, la doctrina señala cuáles son los presupuestos a los que se refiere Stiglitz, y los autores han señalado dos teorías acerca de ellos, la primera señala que son:

1. El hecho generador;
2. Un factor de atribución de responsabilidad (sea subjetivo u objetivo);
3. El daño; y,
4. La relación de causalidad.

Por otro lado, otros autores aseguran que además de ello, se debe considerar la antijuricidad de la conducta.

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia (2002), se ha pronunciado que sólo se necesita la concurrencia de tres presupuestos generales: “Para la

responsabilidad civil extracontractual deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral; 2. Una culpa, demostrada o preexistente; y, 3. Un vínculo, de causalidad entre el uno y el otro.” (p. 18).

Se entrará a analizar brevemente cada presupuesto que ha señalado la doctrina.

**El hecho generador.-** [...] se refiere a aquella acción u omisión que efectúa el sujeto sobre la que se hará el análisis de causalidad con el daño.” (Vélez, 2012, p.17.). Al hablar sobre la acción u omisión, se entiende que se trata de cualquier obrar humano del que se derive un daño sobre otra persona.

Alterini (2009) nos dice que los actos por comisión se refieren a que “La infracción puede ser llevada a cabo mediante un acto positivo: verbigracia matar, lesionar, hurtar. En tal supuesto se obra por *comisión* o *ejecución*” (p. 175); mientras que los actos por omisión son los descritos en el Código Civil argentino: “conforme al artículo 1074 del Código Civil ‘toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido’” (Alterini, 2009, p. 175.).

El mismo autor añade además la existencia de una tercera manera de llegar al hecho generador y habla de una comisión por omisión: “En esta situación hay hechos negativos que, en sí mismos, no constituyen infracción, pero cuyo resultado es ilícito.” (Alterini, 2009, p. 175.).

**Factores de atribución.-** Como se explicó arriba, existen dos formas o factores de atribución de la responsabilidad civil. “Históricamente, la responsabilidad se basó en la culpa del agente causante del daño y posteriormente en el riesgo.” (Díaz-Granados, 2006, p. 55.). Lo que equivale a las teorías de responsabilidad subjetiva y objetiva. En este sentido, la responsabilidad tiene una doble teoría de imputación.

En el primer caso – el caso de Ecuador –, la responsabilidad se basa en la existencia de la culpa y en el encargo de probar dicha culpa, dependiendo del

caso al que se refiera cada hecho, la persona damnificada debe acudir a la administración de justicia para pedir que se repare el daño causado, quedando de parte del mismo accionante la carga de la prueba. Es decir, que dentro del juicio, el perjudicado debe probar la culpa de quien ha obrado en causarle un daño.

En lo que concierne a la legislación ecuatoriana, rige un sistema judicial acusatorio que se traduce a que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Sin embargo, el artículo 32 del Código Civil (2005) señala ciertos casos en los que puede haber presunción de culpabilidad. Refiriéndose a la presunción de manera general la norma dice que:

“Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.” (Art. 32)

Bajo tal normativa, mientras la presunción sea de hecho, la carga de la prueba estará en quien afirma; mientras la presunción sea legal, la carga de la prueba estará en quien debe negar el hecho; y, cuando la presunción es de derecho, no se admite prueba en contrario.

Se pueden encontrar casos de presunción de culpa en ciertos artículos que tienden a regular los contratos típicos del Código Civil. Juan Larrea Holguín (2010) señala:

“los principales casos son los de los padres, guardadores, y demás representante legales de personas naturales incapaces; los de quienes son propietarios o administradores de ciertas empresas, que responden de sus subordinados; los que derivan de ciertos contratos y derechos reales, sin que se trate de responsabilidad contractual” (p. 109).

Si bien es cierto, un delito o cuasidelito civil causado por una persona incapaz es inimputable a ella, pero por ministerio de la Ley, bien puede su representante u otra persona –dependiendo del caso-, responder por sus acciones.

Lo propio para los daños causados por un animal (artículo 2226 Código Civil); por una cosa (artículo 2228 Código Civil); por el mandatario (artículo 2033 Código Civil); por el fiador (artículo 2253 Código Civil), entre otras.

Tales presunciones hablan de la culpa y de la responsabilidad de reparar el daño causado aún cuando el hecho generador no ha devenido de la persona a la que se le imputa la reparación.

Por otro lado en cada caso puede haber factores externos a la voluntad o la previsión de quien se presume debe reparar el daño causado. Tales casos se conocen como causales de justificación. La teoría dice: “En algunas ocasiones existirá daño pero no habrá obligación de indemnizar porque ese perjuicio, por alguna particular circunstancia, estará justificado.” (López, 2012, p. 124.). Las causales de justificación, coinciden los autores, son: estado de necesidad, legítima defensa, autoayuda, ejercicio de un derecho o cumplimiento de una obligación legal y el consentimiento del damnificado.

A esto Visintini (1999) añade la necesidad de excepcionar a quienes no son legalmente capaces para obligarse. Para ello, recoge las *máximas* de la Corte

Suprema de Justicia italiana en donde la apreciación del concepto de culpa recogido por la jurisprudencia italiana, dice lo siguiente: “La ilicitud de una conducta, para ser fuente generadora de un daño resarcible, exige no solo una relación de causalidad material, sino también la imputabilidad psicológica de la conducta al sujeto” (p. 54)

Bajo esta *mássima* cabe la pregunta ¿una persona que ha sufrido un daño causado por un incapaz no puede perseguir la reparación?

La atribución del daño genera a la persona que lo causó, la obligación de reparación. Pero también es necesario que la persona a quien se imputa la responsabilidad sea una persona capaz y no existan causales de justificación.

Es así que se puede decir que en ciertos casos se presume la responsabilidad y en otros casos se presume la justificación; además que existen escenarios en que una persona aun siendo culpable, es excluido por la ley para responder por sus actos; pero que la misma ley señala quien deberá responder por ella.

Por otro lado, el sistema de imputación objetivo acoge como hecho generador la simple existencia de un daño, es decir, no requiere de la presencia de la culpa. Se habla solamente de la presencia de un perjuicio o daño; es decir para que surja la obligación de resarcir, solamente se habla de dos cosas puntuales: el riesgo inherente a la actividad misma, y el daño.

Dentro de la teoría de responsabilidad objetiva también se contemplan las causales de justificación mencionadas anteriormente.

En conclusión, el sistema legal ecuatoriano se concentra en la aplicación de la teoría antigua de responsabilidad: la teoría subjetiva, es decir, el deber de probar la culpa de quien ha obrado con dolo o negligencia, recae en quien ha sufrido el daño, situación que podría resultar injusta.

En contraste con la teoría subjetiva, la teoría objetiva se concentra en simplificar el peso que recae en la persona que sufrió el daño, ese peso que consiste en probar la culpa de quien le ha perjudicado; para la teoría de la imputación objetiva, la carga de la prueba se invierte y es deber de la persona

a quien se le imputa el hecho dañoso, probar que el hecho no se produjo por su culpa, como caso fortuito o fuerza mayor.

Bajo esta diferenciación de las teorías, dentro del campo de responsabilidad civil médica, se podría pensar que la teoría objetiva es la adecuada para el sistema de reparación de daños que se debe aplicar en el campo procesal, puesto que de esta manera se entrega a los individuos un canal de reclamo viable, real y sobre todo, asequible.

**El daño.-** “El elemento fundamental que distingue a la responsabilidad civil de otras responsabilidades es que es imprescindible la existencia de un daño” (López, 2007, p.141).

De manera general, el daño es el “Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena” (Diccionario de la Lengua Española, 2014, párr. 1). Aunque sea de manera general, no podemos aceptar la afirmación de que el cometimiento del daño siempre es un delito o un cuasidelito. Tampoco podemos tomar por cierto que el daño siempre será causado por una deliberación previa de un tercero, o que quien ha infringido el daño, haya premeditado causar daño sobre la propiedad o persona ajena.

Al tratar el tema del daño, cuando éste se centra en materia de derecho, es mejor referirse a una definición más específica, como la constante en el Diccionario Jurídico Lexis (s.f.): “Daño [Derecho]: Daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo causado por culpa de otro en el patrimonio o la persona” (párr. 1).

Como se puede ver, el daño entonces no solamente puede recaer en el patrimonio tangible de una persona, sino también en el patrimonio intangible, así como el deterioro o perjuicio causado por daño moral o herramientas personales de trabajo como las manos o la voz. El daño puede recaer sobre todos los bienes de una persona, esto quiere decir que recae tanto en los bienes corporales como incorporeales.

Sin embargo, para este estudio, aunque en su mayoría versa sobre regulaciones del Código Civil, no se centrará solamente en su clasificación de los bienes, sino que además se pueden asegurar todos los bienes jurídicamente protegidos por la Constitución, tratados internacionales y las leyes.

La norma reconoce que existen otros tipos de bienes que escapan de la esfera limitada de las definiciones del Código Civil. Estos bienes también son susceptibles de valoración monetaria pero cabe precisar que el aseguramiento de bienes no significa garantizar que aquello que se asegura no sufrirá daño; asegurar significa transferir el daño en caso de siniestro. En otras palabras, se puede señalar que existen bienes patrimoniales que básicamente son los comprendidos en el Código Civil, y bienes personales que si bien son amparados por el Código Civil en la clasificación de los bienes, se comprenden dentro de la esfera de las obligaciones contenidas en el mismo cuerpo normativo.

Para el caso de seguros, todo bien es asegurable en la medida en que atienda a los intereses del asegurador, y por lo tanto se los reconoce comercialmente por las partes contractuales; la imagen, la voz, las habilidades físicas, las partes del cuerpo son susceptibles de asegurarse bajo una póliza que transfiera la pérdida patrimonial o económica de la cosa asegurada, ya sea porque la cosa tiene un valor, o ya sea porque la cosa es invaluable pero es una fuente de ingresos del asegurado. Consecuentemente el daño podrá recaer sobre cualquier bien o cosa amparada por la Ley, pero especialmente por el comercio, es relevante para el comercio, por ejemplo que un futbolista cuente con una póliza de seguro para sus piernas. Es el caso de del plantel futbolístico del Real Madrid, que aseguró las piernas de su mejor jugador, lo que se puede leer en periódicos y revistas del mundo entero:

“El club deportivo español Real Madrid acaba de renovar la póliza que asegura las piernas de Cristiano Ronaldo en US\$ 140 millones, es decir, en el caso de que el deportista no pudiera

participar de un partido por una lesión, el equipo madrileño recibirá aquella suma de dinero” (Ecuavisa, 2014, párr. 1).

Tal investigación periodística informa además que la voz es uno de los bienes que se pueden asegurar: “Famosos cantantes también han asegurado su máspreciado don: la voz. De esta manera, el cantante Rod Stewart lo hizo en US\$ 15 millones, seguido por Madonna que anota un valor de US\$ 4 millones, mientras que Janet Jackson lo hizo sólo por US\$ 1,5 millones” (Ecuavisa, 2014, párr. 7).

¿Por qué se habla de bienes cuando el tema a tratar es el daño? Precisamente es porque el daño debe recaer sobre un bien o una persona. De tal manera que se entenderá que el daño causado al patrimonio o a la persona implica la obligación de resarcir.

**La relación de causalidad.-** Es el nexo que permite unir al daño y la culpa.

“Entre los requisitos concurrentes que señala la doctrina, aplicada por esta Sala en varias resoluciones, el b) es el más importante, esto es que ‘entre el hecho doloso o culposo y los perjuicios haya relación de causalidad o sea que, los daños y perjuicios sean consecuencia directa o inmediata de aquel’ (subrayado de la Sala) [sic]” (Corte Suprema de Justicia, 2003, p. 6).

La relación de causalidad es el esa conexión que permite atribuir el daño al culpable de haberlo causado. Con ello se configura la responsabilidad de reparar el daño.

Como ya se dejó claro, en nuestro sistema legal la carga de la prueba está en quien afirma un hecho, por tanto, si se afirma que tal o cual persona tiene un deber de resarcimiento de responsabilidad civil para con otra, habrá que probar la concurrencia de todos los presupuestos que configuran la responsabilidad.

### 1.3. La configuración de la responsabilidad civil profesional

Continuando con el lineamiento deductivo, el contrato de seguro puede desenvolverse en cualquier campo del comercio y uno de los campos del comercio es el campo profesional. Se desprende también, que la responsabilidad civil puede recaer en cualquier persona, siendo que todo hecho dañoso tiene un culpable.

Pero, ¿qué es un profesional? El diccionario de la Real Academia de la Lengua dice que un profesional es quien ejerce una profesión; profesión, por su parte, se define como “empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución” (Diccionario de la Lengua Española, 2014, párr. 1).

El diccionario jurídico da una definición más precisa:

“Las profesiones son ocupaciones que requieren de conocimiento especializado, formación profesional [capacitación educativa de diferente nivel -básica, media o superior- según cada caso], control sobre el contenido del trabajo, autorregulación [organización propia mediante colegios profesionales, sindicatos o gremios], espíritu de servicio a la comunidad [altruismo], y elevadas normas éticas [deontología profesional]. (Diccionario Jurídico Lexis, s. f. párr. 1)

Siendo así, los profesionales son personas que denotan o de quien se sobre entiende el manejo especializado de cierta actividad, que, por su naturaleza compleja demanda tener un conocimiento minucioso, vasto y detallado que otra persona no lograría realizar sin el estudio o la práctica necesarios.

Sin embargo, se toma lo dicho por López Herrera, quien dice que existen varios criterios a definirse para establecer cuándo un trabajador es profesional y señala que a miras de la Ley, solamente puede ser considerado un profesional, quien tenga título universitario: “Para nosotros, la noción de profesional se agota en aquellos que requieren título universitario.” (López, 2012, p. 656).

En el sistema legal ecuatoriano no se hace una distinción de quienes son profesionales, sin embargo, la Ley Orgánica de Educación Superior distingue la existencia de dos tipos de profesionales, aquellos que requieren título universitario y a aquellos que no. Para este estudio se considera la responsabilidad profesional de aquellos que cuentan con un título profesional emitido por una universidad avalada por el órgano competente, que hoy es la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT).

Por regla general la responsabilidad civil profesional se enmarca dentro del ámbito contractual, pero, como se detalla más adelante, cuando se trata de responsabilidad civil de médicos, ésta puede generarse en la esfera de lo contractual o lo extracontractual. Por regla general se puede decir que un profesional responde hasta por culpa grave y dolo conforme a la graduación de la culpa contenido en las normas del Código Civil (2005).

“Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

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

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

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

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

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.” (art. 29)

Al respecto, es preciso citar a Visintini (1999), quien dice, refiriéndose a la culpa profesional, que: “consiste en la violación de las reglas técnicas y en la falta de determinados conocimientos” (p. 272). Más adelante aclara también que “la casuística correspondiente demuestra que la noción de culpa grave es entendida como evidente violación de las reglas profesionales, como un error craso e indiscutible.” (Visintini, 1999, p. 272)

Explicándolo con palabras propias, se supone que un profesional actúa con el debido cuidado en sus actuaciones en el ejercicio de su profesión, el cuidado de la esmerada diligencia debería ser su accionar de todos los días. Esta presunción se hace válida bajo la premisa de que un profesional ha estudiado y practicado las materias de un arte o ciencia por varios años y, por tanto, el debido cuidado al que hace referencia el artículo 29, se transforma en una diligencia que se realiza, incluso, por las personas negligentes. Aún cuando la actividad desarrollada por el profesional requiera de una suma diligencia, esta actividad se supone desarrollada por él de manera cotidiana y sus actividades están por demás en su entender. No se podría esperar menos del profesional que se ha hecho merecedor de respeto y confianza en vista de sus conocimientos técnicos y especiales y que aplica a diario.

Es así que la responsabilidad civil profesional es una obligación derivada de la falta de cuidado en una actividad profesional. Sin embargo, existiendo la posibilidad de demandar la reparación del daño, el derecho de accionar del afectado se encuentra con un grave problema en la legislación ecuatoriana.

Coligiendo lo anotado, y recalcando una vez más, en el caso de profesionales médicos en Ecuador la carga la prueba recae sobre quién debe probar la culpa, es decir sobre el afectado o sus familiares.

Nuevamente cabe preguntarse, ¿es justo que una persona que ha sido afectada por la negligente actuación de un profesional, del que se confía que tiene los conocimientos técnicos suficientes para evitar el acaecimiento de un daño, deba buscar medios probatorios para demostrar la existencia de la culpa? Gracias al avance de esta investigación, se puede decir que es un hecho que escapa del entendimiento de la justicia.

Lo justo, se afirma, es que la víctima que recibió el daño, pueda reclamar su indemnización sin mayores obstáculos en el procedimiento, que lo amparen para obtener una reparación efectiva y real del daño recibido.

Así se constata en el fragmento del artículo periodístico que se cita, referente a la profesión de médico que, va en aumento desde el 2012:

“El asunto radica, indicó el galeno, que no todos los casos se hacen públicos porque están en etapa de indagación previa y por ende se mantienen en reserva. Sobrevivientes y familiares de fallecidos por malas prácticas médicas han buscado inútilmente que se sancione a los responsables, pero no lo han conseguido debido a la falta de legislación específica al respecto.” (Redacción Judicial, 2012)

Existen casos en donde es notoria la culpa de quien operó y es notorio el daño del afectado. Si en la normativa ecuatoriana se contempla una reforma al criterio de imputabilidad que pase de subjetiva a objetiva, la reparación del daño y la sanción al responsable sería una realidad. Sin embargo, Rebeca Serrano, abogada especialista en responsabilidad civil sanitaria en España, asegura todo lo contrario y hace énfasis en que los criterios de imputación de la responsabilidad civil deben ser subjetivos ya que los médicos actualmente cuentan con una carga de procesos muy elevada, la mayoría de ellos

infundados. Es necesario hacer notar que la legislación española no prescribe como delito la mala praxis profesional y que los médicos más o menos conocen la situación y efectos legales que devienen de un reclamo gracias a leyes más encuadradas y a un baremo de incapacidad y muerte que rige para ese país.

## EL CONTRATO DE SEGURO

Atendiendo el problema de la presente investigación, el objetivo es tener un concepto claro y preciso del contrato de seguro; para ello resulta sumamente necesario analizar la evolución del mismo y su regulación en el Derecho ecuatoriano.

Con los antecedentes señalados en el párrafo precedente, se profundizará y se hablará del contrato de seguro de responsabilidad civil, tema de fondo de la presente investigación.

### 2.1. Nociones básicas del contrato

Antes de hacer referencia al contrato de seguro propiamente dicho, es necesario recordar ciertos conocimientos de los contratos en general. Etimológicamente el vocablo contrato, en palabras del doctor Néstor A. Pizarro (2012), “proviene del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir.” (p. 14).

Víctor Cevallos Vásquez (2011) define al contrato como “el resultado del acuerdo de voluntades, en base a la autonomía de la voluntad ajustada a la ley, que genera obligaciones, por lo tanto la voluntad de las partes a su vez constituye fuente de las obligaciones contractuales.” (p. 53.).

El artículo 1454 del Código Civil (2005) da la definición legal del contrato: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” (art. 1454.); y que se complementa con lo establecido por el artículo 1561: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” (Código Civil, 2005, art. 1561.)

Es decir que, en cualquier definición, el contrato es ese vínculo jurídico establecido entre las partes contratantes que crea una obligación jurídica que puede ser de dar, hacer o no hacer; y en cumplimiento del principio de buena fe

que rige en el derecho civil y en especial en lo referente a la contratación, se comprometen para regularse entre ellos.

## 2.2. El contrato de seguro

Resulta necesario comprender el término seguro; ya que puede resultar en su acepción primigenia un término bastante amplio. Para el efecto se citan algunas definiciones de seguro:

Juan Carlos Novoa (2012), catedrático de la Universidad Particular de Loja y experto en derecho de seguros en Ecuador, explica la acepción del contrato de seguro:

“El seguro, término proveniente del latín *Securus* que significa libre y exento de todo peligro, daño o riesgo, es el sistema que permite prever consecuencias económicas desfavorables de los hechos futuros e inciertos ya sea anulando sus efectos o remediándolos en gran medida.” (p. 6).

Hoy por hoy, el contrato de seguro no se limita a la prevención de riesgos personales, no se limita a la contratación de un asegurador y un tomador -como se verá más adelante-; el contrato de seguro tuvo una evolución que nace del comercio y pasa por varias transformaciones hasta terminar en lo que se entiende por seguro actualmente. Es así que, gracias a este desarrollo, el seguro pasó a ser apreciado más allá de la simple significación del vocablo, la cual es muy acertada, técnica, precisa; pero escueta en la práctica actual. En la actualidad, la apreciación del seguro llega incluirlo como una figura de connotaciones sociales.

“El seguro, como herramienta de distribución de ciertos riesgos, representa una *colectivización o socialización económica* que, de funcionar adecuadamente, beneficia a tomadores, beneficiarios y empresas de seguros y, en una finalidad mediata, al sistema de economía capitalista de acumulación privada (como conjunto

energético) pues lo torna más previsible, tanto para la evaluación y reparación de los derechos económicos como de los extraeconómicos dañados.” (Gherzi, 2007, p. 8).

En este sentido, la finalidad del contrato de seguro persigue una defensa sobre un posible riesgo en torno de lo cual, el asegurado busca estar preparado y reducir las pérdidas patrimoniales producto de un hecho dañino, cualquiera que éste sea, transfiriendo ese riesgo a otra persona.

Gherzi también añade que el seguro entrega a la sociedad un toque de seguridad económica que prevalece en los individuos entregándoles, se dice, una reparación de derechos extraeconómicos. Dentro de estos derechos se puede entender el derecho a la vida, a la propiedad y, en general, al propio concepto del buen vivir exhortado por la Constitución, que van desde el aseguramiento de un bien particular hasta el más complejo contrato de protección de daños al medio ambiente.

Queda claro que el contrato de seguro tiene una importante repercusión social que se desarrolla solidificando la calidad de vida en los miembros de una sociedad.

Por otro lado, Íñigo Navarro y Abel Veiga (2013) lo definen: “Por el contrato de seguro una de las partes ofrece cobertura frente a determinados riesgos que puede sufrir un bien, un patrimonio, un derecho o una persona.” (p. 6).

Aunque las definiciones citadas sirvan para entender el concepto, el lector siempre deberá referirse a lo establecido por la Ley cuando ésta da una definición al respecto.

### 2.2.1 Evolución del contrato de seguro en el derecho ecuatoriano y su regulación

Por la lectura a algunos tratadistas y varios datos obtenidos, se dice que un contrato de seguro primitivo tiene su primera aparición en el siglo XVIII a. C.

Sin embargo, unos se adelantan a exponer que la primera forma de contrato de seguro se encontró en Egipto, pues se dice que operaba la entrega de una especie de seguro de vida, cuando el fallecido dejaba legados a los familiares corporativamente organizados (Superintendencia de bancos y otras instituciones financieras, S/F, párr. 1). O en el caso de Oriente Medio: “en primer lugar, aquella que indicaba que todos los judíos pertenecientes a un mismo grupo familiar debían ayudar a proveer a las mujeres solteras de -la dote- para que pudieran contraer matrimonio. Era, lo que se podría llamar, un seguro de matrimonio” (Garrigues, como se citó en Penagos, 2005, p. 7).

Según otros varios artículos y publicaciones, se afirma que el seguro tuvo su aparición entre los siglos XVIII a XVI a.C., de una manera más concreta y formal. Se nombra tanto el Código de Hammurabi como el Talmud de Babilonia, como cuerpos normativos que imponían la aplicación de un fondo común proveniente de comerciantes y para comerciantes. Este fondo común debía ser aportado por los propietarios de barcos, navíos, carretas, asnos, y de mercancías en general. La finalidad era poder soportar económicamente a un aportador, cuando éste perdía su barco, carreta o si su asno moría.

Sin embargo, la mayoría de autores coinciden en que la primera aparición del contrato de seguro se da gracias al comercio, alrededor del siglo XVI antes de cristo. La forma en que se aplicaba este primitivo contrato de comercio, era explícitamente como una compraventa del riesgo de mercadería a ser transportada. Así, una persona que transportaba mercadería (vendedor del riesgo), vendía o transfería a un tercero (comprador del riesgo) el riesgo de la pérdida de tal mercadería, este último se comprometía a adquirir en caso de siniestro, la mercadería sobrante o la pérdida total, por el pago de un precio que hoy se conoce como prima” (Rodríguez, 2015, p. 2).

Es así que se fue desarrollando entre los comerciantes lo que se conoce como el *Nauctum Foenus* que literalmente se traduce a dinero prestado al navegante; más comúnmente, préstamos a la gruesa ventura. Este tipo de préstamos o transacciones consistía en una desorganizada forma de préstamo de dinero que operaba mediante un prestamista, que entregaba dinero a un viajero, quien

debía pagar un alto interés al terminar el viaje; caso contrario, de tener algún percance, el viajero no debía nada al prestamista.

La mayoría del avance del contrato de seguros se desarrolló en Inglaterra. Dice Junguito (s. f.) que existieron varias etapas de sistematización del contrato de seguro, mencionando a los *guilds* que no son otra cosa que informales asociaciones de artesanos o comerciantes, entre los cuales se coordinaba una colecta para ayudar a los miembros de cada *guild*; más adelante se crearon los documentos conocidos como *underwriting*, que se limitaban a simplificar la misma transacción de los *guilds*, pero dividiendo a los seguros en listas de precios y montos a asegurar. Algo más personal y más sistematizado (pp. 16-19).

Finalmente, luego de varios cambios, implementaciones, incursiones e incluso algunos fracasos, las primeras compañías de seguros nacen en la misma Inglaterra en 1687, tendientes a cubrir los seguros marítimos; y en 1706, se constituyó la primera compañía especializada en seguros de vida. La historia mundial de seguros termina con la explosión comercial de compañías de seguros en el siglo XIX.

Es así que el contrato de seguro y las compañías de seguro también se implementaron en Ecuador. En un primer plano se comercializaron los seguros, según Larrea (2003): “por medio de agentes que tenían la labor de ser los receptores y mensajeros de Compañías extranjeras, que en el ramo de incendio cubrían ciertas necesidades de la población ecuatoriana” (p. 12).

Al inicio de la República, Ecuador tenía una deficiente promulgación de leyes a tal punto que el 4 de noviembre de 1831, por medio del Congreso Constitucional del Estado, el Ejecutivo fue autorizado para que el Código de Comercio de España de 1829, sea aplicado en territorio ecuatoriano (Alexis Mera, 2013 p. 1).

Según el documento denominado: “PLIEGOS PARA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN ESPECIAL DE ASESORÍA JURÍDICA PARA EL GOBIERNO NACIONAL – CÓDIGO DE COMERCIO” elaborado por el Secretario General

Jurídico de la Presidencia de la República, el señor Alexis Mera Giler, Ecuador, en efecto, basó sus leyes comerciales en las mismas que promulgó España. Luego, con el afán de intentar lograr un código de comercio propio, a partir de 1875, dice Mera, se lograron tres Códigos que tuvieron una corta vida.

Una vez superados los intentos fallidos de crear un cuerpo normativo propio, se promulgó el Código de Comercio elaborado por encargo de Eloy Alfaro, publicado el 25 de agosto de 1906 y puesto en vigencia el 25 de septiembre del mismo año. Se puede leer que en esta codificación, precisamente en el numeral 7 del artículo 3, se hace constar al contrato de seguro como un contrato mercantil; y a partir del artículo 545, se lo regula.

Este Código fue derogado el 20 de agosto de 1960, mediante la publicación del nuevo Código de Comercio que aún está vigente hasta el día de hoy. Sin embargo, 3 años después, el Código de Comercio actual contó con una importante reforma, dada a través del Decreto Supremo 1147 del 29 de noviembre de 1963, y publicada en el Registro Oficial de 7 de diciembre del mismo año.

Ahora bien, se puede ver que a través de la historia y evolución de la normativa comercial de Ecuador, la aplicación de esta rama del derecho constituía una especie de privilegio del que gozaban solamente los comerciantes, lo que se conoce como mercantilidad subjetiva; es decir, que la normativa del derecho mercantil se aplica solamente cuando ambas partes de la contratación eran comerciantes.

Este privilegio mercantil terminó con la publicación del Código de Comercio de 1960, en donde se recoge la teoría de la mercantilidad objetiva, ampliando el campo de acción de la regulación comercial. La mercantilidad objetiva, básicamente se refiere a la aplicabilidad de la normativa comercial, que rige para todos los actos de comercio, sin importar que las partes sean o no comerciantes.

Por otro lado, conforme el estudio de las disposiciones del Decreto Supremo 1147, el contrato de seguro ya no forma parte del Código de Comercio. Si bien

es cierto, el Decreto Supremo 1147 promulgado en el Registro Oficial de 7 de diciembre de 1963 contiene reformas al referido Código; puntualmente, reformas al título correspondiente al contrato de seguro, pero en ningún momento dispone que se incluyan tales reformas en el texto del Código. Para decirlo con más claridad, el artículo 90 del Decreto Supremo 1147 dispone que se deroguen los artículos 606 al 636 y 686 al 722 del Código de Comercio; pero en ningún momento se dispone la inclusión de lo que ha regulado. El Decreto Supremo 1147 es una norma que no está enmarcada dentro de ningún cuerpo normativo de mayor extensión.

Actualmente, el sector comercial asegurador privado encuentra su regulación en varias leyes. Una de ellas, es el Decreto Supremo 1147 ya mencionado pero a más de esta, están el Código Orgánico Monetario y Financiero, en donde la antigua Ley General de Seguros fue insertada íntegramente dentro del Título III, al tenor de la Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de Septiembre del 2014. Además, se encuentra vigente el Reglamento a la Ley General de Seguros.

Aunque la normativa esté desmembrada en varios cuerpos, el avance del derecho y de la regulación de los contratos de seguro, entregan normas que permite tener un tanto más claro el panorama de lo que se contrata. Es así que el artículo 1 del Decreto Supremo 1147 (1963), define al contrato de seguro de la siguiente forma:

“El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato” (art. 1)

Aunque si a esta definición se la compara con las definiciones contenidas en legislaciones extranjeras, se puede notar que la definición del contrato de seguro, aunque acertada, no encuentra complemento en definiciones o

regulaciones de especialidades de contratos de seguros, como el de responsabilidad civil profesional.

### 2.2.2. Naturaleza jurídica del contrato de seguro.

Es importante analizar la naturaleza jurídica del contrato de seguro puesto que de esta manera se lo enmarca en un plano legal, se lo posesiona dentro de la esfera de lo jurídico:

Es un acto jurídico típico. Al tenor del artículo 1 del Decreto Supremo 1147, se define el contrato de seguro, y en los artículos subsiguientes incluso se delimita el alcance de ciertas pólizas de seguros que tienen más presencia en el uso comercial.

De tal manera que el contrato de seguro es un contrato típico por ser definido por la Ley y porque su alcance, sus elementos y su regulación en general está recogida por el derecho y codificada en una norma.

Ahora bien, en este punto se debe hacer un señalamiento crítico en lo que se refiere a mantener erróneamente una codificación dentro de otra codificación. Es decir, no es correcto haber insertado la codificación del Decreto Supremo 1147 en el Código de Comercio – como lo hacen las ediciones legales –, puesto que esa disposición nunca existió. El Código de Comercio, actualmente, en estricto derecho, no contiene regulación alguna sobre seguros.

Aun así, es necesario notar que de ser el caso que en 1963, el Decreto Supremo sí hubiera dispuesto la incorporación de la normativa al Código de Comercio, posteriormente se debió aprovechar la creación de una regulación en materia de seguros, para consolidar un solo cuerpo normativo o por lo menos una sola línea regulatoria que rija a los seguros. En otras palabras, el legislador tuvo a bien crear una Ley General de Seguros; incluso se pasó a expedir el Reglamento a la Ley General de Seguros, y posteriormente creó el Código Orgánico Financiero y Monetario, pero no se tuvo el acierto de unificar todas estas normas en un mismo cuerpo o en una misma línea regulatoria.

Atendiendo al principio de especialidad de la norma, cualquiera que sea su categoría, sea ordinaria u orgánica, deberá prevalecer la norma que rige específicamente para el caso del que se trata. En este sentido, no siempre que exista una ley orgánica prevalecerá sobre una ordinaria, más bien se debe atender a la norma que fue creada para cierta rama del derecho como lo es en este caso las leyes y reglamentos que regulan el sistema de seguros en Ecuador, así lo afirman Diego Paredes Gonzales (2006) y Kevin Cabezas Páez (2014).

Es consensual ya que una vez que se ha exteriorizado la voluntad de asegurar un bien, y que ésta voluntad coincida con las partes y sea aceptada recíprocamente, existe contrato. Así se entiende conforme lo establecido en el artículo 1459 del Código Civil (2005), al decir que el contrato es consensual “cuando se perfecciona con el solo consentimiento” (art. 1459). Pero a más de existir ese consentimiento, el contrato de seguro también es solemne ya que de conformidad con el artículo 1459 del Código Civil, el Decreto Supremo 1147 (1963) establece el requisito indispensable para la plena validez del contrato de seguro:

"El contrato de seguro se perfecciona y prueba por medio de documento privado que se extenderá por duplicado y en el que se harán constar los elementos esenciales. Dicho documento se llama Póliza; ésta debe redactarse en castellano y ser firmada por los contratantes.

Las modificaciones del contrato o póliza, lo mismo que su renovación deben también ser suscritas por los contratantes.” (art. 6).

El requisito de reducir a escrito un contrato, lo convierte en un contrato solemne; y la omisión de dicha solemnidad da a entender la inexistencia del contrato.

Es un contrato principal, siendo que el objeto del contrato subsiste por sí mismo, sin depender de otro. El contrato de seguro se crea, se mantiene y se ejecuta propiamente, sin referirse a otro contrato del que deba seguir su suerte.

Puede ser un contrato tanto *intuitu personae* como *indifferens personae*, dependiendo de la póliza. El seguro puede ser un contrato *intuitus personae*, como en el caso de seguros de vida o de responsabilidad civil, en donde la persona asegurada es especialmente seleccionada y aprobada para ser parte del contrato y que solamente se cubrirá el riesgo tendiente a dañar el interés asegurable de esa persona específica; por otra parte, en un contrato de seguro para vehículo es indiferente la persona que ejerza el derecho de propiedad sobre el bien. Si está asegurado, el contrato prevalece y se mantiene, siendo *indifferens personae*.

Es un contrato bilateral, incluso plurilateral. Esto, porque el asegurado y el asegurador no pueden constituirse en una misma persona; de hecho es posible que en este contrato existan más de dos partes.

Es un contrato oneroso. Naturalmente, al ser que una de las partes está obligada a ser una compañía de seguros, legalmente constituida ya sea bajo el régimen de la Superintendencia de Bancos o el de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, es materia comercial. Se entiende que el asegurador busca un rédito en la colectividad de contratos; mientras que el asegurado, busca la reparación de a un posible daño plenamente determinado.

Es un contrato aleatorio. Pues el desenlace del contrato es incierto y puede o no ocurrir. Ambas partes deben desconocer la certeza del riesgo. La violación de esta circunstancia viciaría al contrato de nulidad absoluta.

“Hay imposibilidad cuando queda eliminada la posibilidad de que un determinado evento se verifique. Hay certeza o necesidad cuando es seguro

que el evento se verificará.” (Stiglitz, 1991, p. 281). Es decir, que no es posible asegurar un evento que es imposible o certero.

La condición de aleatoriedad en el evento asegurado, se convierte en un elemento natural del contrato de seguro.

Es un contrato de ejecución sucesiva. Para exigir el pago del monto asegurado, primero debe cumplirse la condición. En otras palabras, solamente una vez que ha ocurrido A, se da paso a B.

Puede ser un contrato tanto de adhesión como de libre negociación. Nuevamente dependerá de la póliza para entender si se puede negociar o no. Normalmente, el valor de la prima y el interés asegurable son susceptibles de negociación entre las partes.

Es un contrato privado. Las partes intervinientes son compañías aseguradoras de derecho privado, en su mayoría. Sin embargo, existen otras aseguradoras de derecho público, o tomadores de seguro que son personas jurídicas de derecho público; pero, en general, es un contrato que se desarrolla en el ambiente privado por la trascendencia de su normativa y los principios rectores.

### 2.2.3. Elementos esenciales del contrato de seguro

El artículo 2 del Código de Comercio enumera los requisitos esenciales de este contrato:

“Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1.- El asegurador;
- 2.- El solicitante;
- 3.- El interés asegurable;
- 4.- El riesgo asegurable;

5.- El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;

6.- La prima o precio del seguro; y,

7.- La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

A falta de uno o más elementos, el contrato de seguro es absolutamente nulo.” (Decreto Supremo 1147, art. 2).

El contrato de seguro necesita por lo menos de dos partes: el asegurador y el asegurado; pero la parte asegurada pueden ser dos o más personas: tomador y beneficiario.

El artículo 3 del libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero dice que un asegurador necesariamente debe ser una compañía que tenga como objeto exclusivo el negocio de asumir riesgos en base a primas; mientras que la parte asegurada puede ser más de una persona, estos son: tomador y beneficiario. La parte asegurada, tanto tomador como beneficiario pueden ser personas naturales o jurídicas.

El interés asegurable se refiere al objeto, a lo que se desea asegurar. El artículo 10 del Decreto Supremo 1147 se refiere al objeto de la siguiente manera:

“Con las restricciones legales, el asegurador puede asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos la cosa asegurada o el patrimonio o la persona del asegurado, pero deben precisarse en tal forma que no quede duda respecto a los riesgos cubiertos y a los excluidos.” (Decreto Supremo 1147, art. 10)

Al hablar de las restricciones legales, se reseña el artículo 4, que delimita al riesgo.

Bastante más clara es la legislación colombiana: en el artículo 1083 dice:

“Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero” (Código de Comercio, art. 1083.)

El objeto asegurable es ese bien que el asegurado desea cubrir en caso de daño; es así que se vuelve a señalar que todo bien es asegurable, excepto lo que la ley prohíbe asegurar. Un principio clásico del derecho privado.

El riesgo asegurado se refiere al evento sobre el cual el asegurado quiere estar prevenido, al riesgo que se va a transferir. Para Stiglitz, el riesgo es “la eventualidad de verificarse un acontecimiento incierto” (Stiglitz, 1991, p. 202).

Al respecto, cabe señalar y subrayar que el acontecimiento deberá ser incierto, de lo contrario viciaría de nulidad el contrato, en virtud de lo expuesto por el art. 4:

“Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni la de la del asegurador, y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgo y son, por tanto extraños al contrato de seguro.” (Decreto Supremo 1147, art. 4).

Quiere decir que el riesgo es el evento que debe cumplir con las condiciones de posible e incierto; esta posibilidad implica que el riesgo debe ser cierto y real, caso contrario la causa de la contratación sería ficta, viciando al contrato

en la causa, que, como ya se ha visto, es un elemento esencial del contrato de seguro.

De la misma manera, la configuración del riesgo debe ser incierta, es decir, todos los contratantes deben estar en la misma incertidumbre sobre el acaecimiento del hecho. La falta de esta condición deja como resultado el dolo civil.

Carlos Alberto Gherzi afirma “el riesgo significa aceptar que, en probabilidad (objetiva y subjetivamente), el hecho, como condicionante, puede acaecer y, de convertirse en siniestro, implica una consecuencia patrimonial para la compañía aseguradora” (Gherzi, 2007, p. 145).

De tal manera que asegurar un riesgo del cual se está seguro que va a ocurrir, genera para la compañía aseguradora una merma patrimonial. Consecuentemente, si hay seguridad sobre el cumplimiento del riesgo, de hecho, no existe riesgo; lo que se traduce en un daño para la compañía aseguradora, hay mala fe, y se configura el dolo en materia civil. El efecto del dolo en el contrato, deja expuesto el vicio de la voluntad en la figura del asegurador, lo que acarrea la nulidad absoluta del contrato.

Además, la delimitación del riesgo debe hacerse en virtud de los elementos tiempo y espacio. Toda póliza, al igual que todo contrato, cuenta con la delimitación de plazo de duración del mismo. Esta delimitación de tiempo y espacio – generalmente un año – no facilita la valorización del interés asegurable, sino que lo hace real; Por lo tanto, no es posible asegurar un riesgo para la eternidad, sobre todo porque el riesgo está sujeto a un bien o una cosa, y todo bien tiene una vida útil; incluso si se quisiera asegurar eternamente un bien, se debería revisar la póliza cada cierto tiempo para revalorizar el monto asegurado y el valor de la prima. Es por esto que el riesgo debe estar atado a una delimitación de carácter temporal.

De igual manera, la delimitación del espacio es un elemento primordial para definir el riesgo que se quiere cubrir ya que el alcance de la cobertura debe estar especificado para irradiar seguridad jurídica a los contratantes. El

entendimiento de todos los términos de la contratación debe notarse en las partes de tal manera que no quepa duda al momento del cumplimiento de la condición.

Del monto asegurado: es el valor por el cual el asegurado pretende quedar resguardado, principalmente cuando se trata de bienes que se encuentran en el mercado, el monto asegurado es el acordado entre las partes, lógicamente un valor comercial. El monto asegurado no podrá ser mayor al del valor comercial. Existen varias modalidades para establecer el monto asegurado, o como lo llaman algunos teóricos, la valorización del riesgo. Pueden establecerse valores ilimitados, máximos, mínimos, por evento, por condición de eventos, incluso en caso de exceso de otros seguros (Díaz-Granados, 2006, pp. 133-134).

La prima o el precio del seguro: Es el valor o el precio del contrato. La póliza, al igual que todo contrato, contiene las cláusulas propias de la contratación bilateral, en este sentido el precio del objeto del contrato es la prima. El valor de la prima variará conforme lo estipulado por las partes, este precio cuando se trata de bienes que se pueden encontrar en el mercado, tiene un precio común, estandarizado; sin embargo, cuando se trata de bienes más complejos, como piezas de arte, herramientas personales o incluso la responsabilidad civil, la determinación del precio se vuelve más compleja y se puede entrar a una verdadera negociación relacionada con el monto asegurado, el valor de la prima y el riesgo asegurado.

La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del riesgo: esta obligación comprende el hecho de dejar constancia por escrito de la obligación del asegurador para cumplir con lo contratado. El establecimiento de esta cláusula es un requisito primordial para la contratación y la protección al cliente como consumidor final, esta cláusula es la esencia para que el contrato de seguro sea ejecutable.

Trasladando la teoría al contrato de seguro, a la póliza, se colige la siguiente lista de cláusulas que deberán constar en el contrato, tomando en cuenta además, lo mencionado en el artículo 7 del Código de Comercio:

Comparecientes: Asegurador, asegurado y beneficiario.

Antecedentes: será la argumentación y justificación de la calidad de las partes; así como también servirá como preámbulo del objeto del contrato.

Objeto: esta cláusula se compone de dos de los elementos esenciales señalados en el artículo 2: el bien asegurado y del monto asegurado.

Causa: esta cláusula se traduce como riesgo asegurable, aquí deberán constar todas las especificaciones y exclusiones que sean propias del contrato.

Plazo: en donde se señala hasta cuándo el asegurador se hará responsable por el

Precio: se establece el valor de la prima acordada.

Obligaciones: tanto asegurador como asegurado deberán hacer constar las obligaciones de cada parte, poniendo especial atención en señalar la obligación del asegurador de pagar el seguro, conforme le numeral 7 del artículo 2.

## EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

En el caso de contratos de seguros es necesario empezar señalando que previo a que se firme la póliza, se debe necesariamente cumplir con ciertas condiciones que han sido recogidas por la doctrina y que han sido requeridas por el organismo de control. Atendiendo también a las prácticas comerciales resulta infructuoso para las partes detenerse a negociar todas y cada una de las cláusulas que forman parte de los contratos de seguro. Buscando agilidad y homogeneidad en la elaboración de contratos, a partir del siglo XIX, el asegurador, procede a la elaboración de contratos en masa que tiene el mismo formato, evitando así perjudicar a los consumidores. El comercio creó contratos tipo que tienen una misma base y contienen las mismas condiciones para todos los consumidores, de esta manera se evita favorecer a unos consumidores y perjudicar a otros que se pueden encontrar en las mismas circunstancias. Este tipo de contratos se conocen hoy en día como contratos de adhesión y son utilizados conforme a las limitaciones que le impone la Ley, respetando los derechos de los consumidores.

Los contratos por adhesión se van haciendo cada vez más comunes en el comercio, y el mercado asegurador no es la excepción. Básicamente se refiere a contratos elaborados por parte de la empresa que oferta el producto o servicio, y el consumidor se limita a la aceptación del contrato, es decir, se adhiere a las condiciones de contratación impuestas por el prestador del servicio. En el caso que nos ocupa el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional es ofertado por un asegurador, quien presenta la póliza al profesional adquirente del producto y éste se adhiere a la oferta. Dicho en otras palabras el contrato por adhesión es la propuesta que hace el oferente y la aceptación del consumidor.

Saillelles (2008) afirma que este tipo de contratos contienen condiciones que no pueden ser discutidos por el consumidor y que éste solamente tiene la potestad de aceptar dichas condiciones; es decir, tiene la potestad de adherirse o no al contrato que se le presenta.

Dice Díaz-Granados (2006, p. 242-243) que la formación del contrato puede realizarse tanto por la iniciativa del asegurador como del asegurado y que al ser aceptada por el otro, se ha perfeccionado el contrato. Sin embargo, es necesario hacer énfasis en que la póliza que se introduce al mercado debe ser previamente aprobada por el órgano de control, y no se puede entender bajo ningún aspecto que el asegurador pueda adherirse a la solicitud de póliza del asegurable; más bien es todo lo contrario, la póliza ha sido previamente elaborada por un asegurador para que el asegurado acepte o rechace la oferta del producto.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000) dice que un contrato de adhesión “Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido.” (art. 2)

Sin embargo, el contrato de seguro crea la necesidad de que ciertas condiciones sí sean negociadas, creando un contrato híbrido que contiene: condiciones generales, específicas y particulares.

### 3.1 Condiciones generales

Para Clemente José Vivanco (2005), son condiciones generales aquellas cláusulas que forman parte de las disposiciones inamovibles del contrato que hace el oferente al consumidor, las que no admiten negociación alguna. Es decir, las imposiciones que hace el asegurador al asegurado.

Al respecto, la jurisprudencia indica lo siguiente:

“La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión, en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte

que a la otra no le queda otra libertad que la de dar su consentimiento o rechazar el contrato. La doctrina predominante, le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común. Uno de los contratos típicos de adhesión es el contrato de seguro, en que la compañía aseguradora fija las cláusulas, condiciones o estipulaciones uniformes y al asegurado no le queda otra opción que la de rechazar o consentir” (Corte Suprema de Justicia, 2001, párr.1).

Estas condiciones generales, dependiendo de cada oferente, pueden requerir de una aprobación previa del organismo de control. En el caso de pólizas de seguros, todas las pólizas, específicamente las condiciones generales deben tener la aprobación de la Superintendencia de Bancos.

En este punto cabe hacer una aclaración respecto de cuál es el organismo de vigilancia y control de las compañías aseguradoras: hasta la fecha en la que se elabora este trabajo de titulación la competencia de vigilancia y control la ejerce la Superintendencia de Bancos pese a que el Código Orgánico Monetario y Financiero transfiere la competencia desde el 12 de septiembre de 2014 a la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros.

Lo que se establecerá en las condiciones generales de contratación serán, por tanto, el tipo de póliza a contratar, el plazo de la póliza, el riesgo cubierto, etc. Es decir el andamiaje comercial sobre el que versa la contratación de la póliza.

### 3.2 Condiciones especiales

Sobre las condiciones especiales de contratación, existe entre los autores una sola idea respecto de lo que son éstas, sin embargo algunos como Stiglitz (1991) y Vivanco (2005) y la jurisprudencia argentina las llaman condiciones

particulares y otros como Diaz-Granados (2006) o Trigo (1983) las denominan condiciones especiales.

Los autores concuerdan en que las condiciones especiales ya sea que se denominen particulares o especiales, son aquellas cláusulas que se agregan al contrato como una verdadera negociación, dando a las partes un margen de libertad para que se puedan negociar ampliaciones o disminuciones de cobertura, riesgo, monto asegurado, etc.

Lo cierto es que mediante la Resolución JB-2014-2797, la Superintendencia de Bancos y Seguros [actual Superintendencia de Bancos], ha recogido el concepto de los autores y define lo que son las condiciones especiales de contratación:

“4.2.1. Las que amplían, condicionan, delimitan, modifican o suprimen riesgos, extienden o restringen las coberturas previstas en las condiciones generales de las pólizas, o instituyen nuevas condiciones de protección, sin que contengan disposiciones expresamente prohibidas por las Ley General de Seguros y su reglamento general, la Legislación sobre el Contrato de Seguro y, los principios de la técnica de los seguros; y,

4.2.2. Aprobadas previamente por la Superintendencia de Bancos y Seguros, antes de ponerlas en vigencia. Prevalecerán sobre las condiciones generales. Deberán elaborarse en anexos, cláusulas, entre otros, para ser incorporadas a las pólizas que correspondan.

Los anexos contentivos de las condiciones especiales, de conformidad con lo previsto en el último inciso del artículo 7 de la Legislación sobre el Contrato de Seguro, debe indicar el número de la póliza a la cual se adhieren; el nombre del contratante y/o asegurado(s); el período de vigencia; la constancia del pago de la prima adicional cuando haya lugar; la fecha de emisión y la firma de los contratantes, a menos que sean citados en las condiciones

particulares de las pólizas, con el carácter de obligatorio para las partes, o correspondan a pólizas estándar, siempre que cumplan con lo señalado en los numerales 2.2.1 y 2.2.2 de este artículo.” (Superintendencia de Bancos y Seguros, 2014, p.4 – 5.)

Conforme al texto citado de la resolución emitida por la Junta Bancaria de la Superintendencia de Bancos y Seguros [Actual Superintendencia de Bancos], las condiciones especiales no solamente se refieren a esa negociación que pueden tener las partes para tratar los términos de la contratación; sino que además entregan la potestad a las partes de que éstas sean quienes pueden renegociar la póliza en un futuro. O sea que no las limita a una sola negociación, más bien las faculta a mejorar las condiciones de contratación. Toda condición especial deberá estar sujeta a la aprobación del órgano de vigilancia y control.

La jurisprudencia ecuatoriana aplica las definiciones de Rezzónico y las involucra a la hora de decidir sobre las cuestiones que se plantean, la Corte Suprema de Justicia [actual Corte Nacional de Justicia] citando al nombrado autor dice que: “Se distinguen entonces las condiciones particulares o cláusulas especiales, que -al decir de Salandra- constituyen el contenido contractual específico, relativo al contrato en cuestión”(Rezzónico, como se citó en Corte Suprema de Justicia, 2003, p. 5) Y más adelante la corte señala:

“De lo señalado en los tres considerandos precedentes podemos concluir: a) Que las condiciones generales y particulares de una póliza forman parte esencial del contrato de seguro, pues establecen los derechos y obligaciones de las partes y determinan los mecanismos para que éstas pueden exigir su cumplimiento; b) Que el asegurado que celebra este contrato acepta la validez y vigencia de las cláusulas que las contienen, sin necesidad de suscribirlas separadamente; c) Que estas condiciones son aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en ejercicio de sus facultades de control y vigilancia, precisamente

para que se ciñan a las exigencias legales y no estipulen o permitan situaciones de abuso de la compañía de seguros frente al asegurado; d) Que, por tanto, las partes quedan obligadas a cumplir lo preceptuado en tales condiciones” (Corte Suprema de Justicia, 2003, pp. 5-6)

Recogiendo la idea de que las cláusulas especiales no pueden contravenir la Ley que rige a los contratos de seguros, o los principios generales de seguros, la jurisprudencia argentina ha resuelto que pese a la existencia de una posterior negociación de la contratación llámense cláusulas especiales o particulares, éstas no pueden contravenir los principios generales y por tanto tal contravención acarrea la desestimación. Especialmente, hablando de una póliza de responsabilidad civil, la Corte señala:

“Para así decidir, el tribunal sostuvo que la franquicia absoluta acordada por la suma de U\$S 300.000 por "ocurrencia", conforme a las condiciones particulares de la póliza contratada, resultaba irrazonable, en tanto producía un quebrantamiento de la obligación esencial de mantener indemne al asegurado, lo que llevaba a un estado de desprotección de la casi totalidad de los terceros damnificados” (Suprema Corte Argentina, 2008, p.1)

Por tanto, en general, las cláusulas especiales tienden a reformar o ampliar las condiciones generales y es aquí donde se incluirán, por ejemplo, la profesión del asegurado, el riesgo cubierto, el riesgo no cubierto, el monto de cobertura, etc. Todas las condiciones, valga la redundancia, que especifiquen el objeto del contrato deben ser implementadas aquí, procurando en todo momento que tales estipulaciones no contravengan la Ley.

### 3.3 Condiciones particulares

Siguiendo con el lineamiento de las definiciones impuestas por la Superintendencia de Bancos y Seguros [actualmente Superintendencia de Bancos], las condiciones particulares de la contratación son las que contienen

los datos personales de las personas contratantes. En estas condiciones particulares ambos contratantes conocen a su contraparte o contrapartes en la contratación, se identifican y se fija esa negociación singular que permite su contratación. La resolución JB-2014-2797 reza:

“Son reglas o estipulaciones que se han convenido por mutuo acuerdo entre las partes contratantes y fijan los elementos de la relación singular acordada que se hallan enunciados en el artículo 7 de la Legislación sobre el Contrato de Seguro, contenida en el Decreto Supremo No. 1147 de 29 de noviembre de 1963, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, que textualmente señala:

‘Toda póliza debe contener los siguientes datos:

- a) El nombre y domicilio del asegurador;
- b) Los nombres y domicilios del solicitante, asegurado y beneficiario;
- c) La calidad en que actúa el solicitante del seguro;
- d) La identificación precisa de la persona o cosa con respecto a la cual se contrata el seguro;
- e) La vigencia del contrato de seguro, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;
- f) El monto asegurado o el modo de precisarlo;
- g) La prima o el modo de calcularla;

- h) La naturaleza de los riesgos tomados a su cargo por el asegurador;
- i) La fecha en que se celebra el contrato y la firma de los contratantes; y,
- j) Las demás cláusulas que deben figurar en la póliza de acuerdo con las disposiciones legales.

Los anexos deben indicar la identidad precisa de la póliza a la cual corresponden; y las renovaciones, además, el período de ampliación de la vigencia del contrato original.’

ARTÍCULO 3.- Su naturaleza es variable y por lo tanto, pueden ser libremente modificadas por consentimiento de las partes, a través de un anexo modificatorio. Las últimas de tales modificaciones suscritas por los contratantes, prevalecen sobre las anteriormente convenidas.

ARTÍCULO 4.- Las condiciones particulares de las pólizas y los anexos modificatorios de las mismas no requieren aprobación de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Los anexos modificatorios deben llevar la identificación precisa de la póliza a la cual se incorporan, la fecha de suscripción y las firmas de los contratantes.

ARTÍCULO 5.- Las condiciones particulares de las pólizas que no estén suscritas por el asegurado se reputan no escritas” (Superintendencia de Bancos y Seguros, 2008, p. 2).

La importancia de estas condiciones de contratación es que permiten determinar o singularizar a las partes.

Generalmente en las pólizas de todo tipo de seguros, las condiciones particulares se encuentran a manera de formulario, en donde el solicitante llena los campos que le corresponden y son incorporados a la póliza.

### 3.4 Configuración y cobertura de la responsabilidad civil profesional

Este es el momento en donde se fusionan los conceptos de responsabilidad civil, de ejercicio profesional y de seguro. Esta póliza reconoce la especialidad del ejercicio de una profesión, analiza el riesgo que tiene el profesional, lo determina, lo cuantifica y propone la cobertura.

A lo largo del desarrollo de esta tesis se concluyó que la responsabilidad civil profesional se genera o se configura cuando el médico, en el ejercicio de su profesión, ha obrado de forma ilícita, sea con culpa o dolo, y cuando esta culpa o dolo a su vez ha irrogado daño a un tercero. En este preciso momento es cuando se genera la responsabilidad de reparar el daño; a esto se debe agregar la reclamación del afectado para que se le repare; ahí es cuando se genera una deuda de responsabilidad civil profesional.

Es necesario recalcar en este último punto puesto que algunos autores han insinuado que la deuda de responsabilidad civil se genera en el mismo momento en que acaece el daño, pero eso no corresponde a la realidad. Aunque pueda sonar un tanto utópico, el afectado puede o no reclamar la reparación, y depende de esta reclamación para que el profesional esté obligado a reparar: si no hay exigencia de reparación, tampoco hay obligación de hacerlo.

Lo dicho nos conduce a concluir en lo siguiente: el contrato de seguro que cubre la responsabilidad civil profesional debe ser cubierto por el asegurador cuando la deuda u obligación se generó, todo esto dentro de los términos y condiciones de la póliza. Es necesario explicar que, de manera general, el asegurador no solo que está facultado, sino que también está obligado a verificar la existencia del siniestro antes de proceder con la cobertura. Precisamente en el caso de responsabilidad civil profesional, el siniestro es el

nacimiento de la deuda por responsabilidad civil profesional, y es facultad y obligación del asegurador, verificar la existencia de dicha deuda.

En los contratos de seguro, el término estafa de seguro ha venido rondando desde hace algunos años. En resumen, la estafa de seguro es la utilización de mecanismos propios del seguro para hacer parecer a ojos del asegurador, el acontecimiento de un siniestro con el fin de que éste ejecute el riesgo cubierto. En el caso de la responsabilidad civil profesional se puede hablar de estafa de seguro por el simple hecho de que el asegurado y un tercero simulen un daño, que el tercero solicite la reparación del daño y que el profesional reconozca la obligación de reparar aceptando haber obrado con dolo o culpa. Por ello las compañías aseguradoras, para evitar estafas de seguro como la que se describe, incorporan una cláusula que exime al asegurador de pagar el monto asegurado cuando el tomador ha aceptado la deuda sin consentimiento del asegurador.

En estos casos lo más común es el análisis del asegurador sobre el hecho a través de un especialista, que deberá determinar si se ha obrado o no con los presupuestos de la responsabilidad civil, y que además el siniestro se ajuste a las condiciones de la póliza.

## EL CONTRATO DE SEGURO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA MÉDICOS.

Este trabajo recoge conceptos, ideas, normas, reglamentos, y demás lineamientos que permiten al lector entender lo que se investiga, el porqué de la responsabilidad, que se debe entender por responsabilidad civil, responsabilidad civil profesional, para concluir con la responsabilidad de los profesionales médicos; para el efecto se han tomado ideas básicas de contratos, de contratos de seguro, historia de contratos, etc.

Este último capítulo busca consolidar los conceptos desarrollados anteriormente, aterrizando en el punto central de este trabajo de titulación, la responsabilidad civil de médicos, su regulación y como las aseguradoras tienden a cubrir los siniestros que puedan provocarse por su posible mala práctica profesional; pero para entender cabalmente a este seguro que cubre los posibles riesgos descritos, es menester entender de primera mano ¿qué es la responsabilidad civil médica?, para luego analizar las normas que fundamentan la responsabilidad civil de los galenos en el Ecuador.

### 4.1. Actual situación legal del ejercicio de la profesión médica.

En Ecuador existen varios cuerpos normativos que generan la obligación de responder civilmente por parte de los médicos, se puede ver tanta variedad al punto que mientras se realizó esta investigación, saltó la pregunta: ¿por qué tantas normas? ¿Por qué tanta especialidad y diversidad? La respuesta atiende al hecho mismo de la responsabilidad de los médicos, y es que estos profesionales al contrario de lo que se puede pensar, tienen abundantes normas jurídicas que establecen su responsabilidad en el ejercicio de su profesión desde los albores de la norma escrita.

¿De dónde nace la responsabilidad civil de los médicos? Se sabe que existe en la actualidad, pero ¿cuál es su inicio? Como punto de partida se podría pensar que la responsabilidad civil de los médicos nace como una obligación y necesidad social de diligencia en el ejercicio de sus funciones, pero quedarnos con esta idea sola sería limitarnos, es por eso que se ha buscado información

necesaria, para poder tener un panorama más claro sobre todo lo que se quiere exponer en esta tesis.

Se considera a Hipócrates como el padre de la medicina, pero no es él quien la inventó ni mucho menos el primero que se hizo de conocimientos medicinales. Varios estudios sobre la historia de la medicina demuestran que los conocimientos sobre esta materia nacen de prácticas ancestrales atribuibles a una deidad o religión; es decir, que la medicina atendía a una cura milagrosa y la utilización de ciertas hierbas y procesos de curación que en un comienzo de una u otra forma eran consideradas religiosamente medicinales, estos estudios demuestran que la medicina se practicó primitivamente en la edad de piedra.

Las primeras normas escritas en la historia de medicina se aplicaron desde el 4000 a. C, mientras que las primeras leyes lo fueron desde el siglo XVIII a. C, precisamente en el Código de Hammurabi donde se imponen penas como la de cortarles las manos a los médicos que mataran a un paciente en una operación.

Vale señalar que en tiempos antiguos, la profesión de médico no es algo que cualquier persona pudiera aprender, los secretos de la medicina fueron celosamente guardados y se mantuvieron como secreto familiar generación tras generación. En el siglo V a.C. Hipócrates rompió este esquema y se dedicó a compartir sus conocimientos de medicina a sus alumnos quienes por cierto, no eran parte de su familia; además, escribió sus apuntes de medicina para que quedaran plasmados a favor de quienes quisieran aprender de ellos en el futuro. A esta serie de textos se los conoce como “Corpus Hippocraticum”, este autor -considerado el padre de la medicina- tuvo el acierto de ir más allá de la enseñanza de conocimientos y llegó a impartir la conciencia de responsabilidad médica a sus alumnos, es por ello que los médicos que se gradúan de la carrera, realizan el juramento hipocrático, que hasta el día de hoy se mantiene en las universidades del mundo.

Por lo anotado y aunque no se ciñe estrictamente a temas de responsabilidad civil, la idea de responsabilizar al médico sobre su praxis, no es nueva y se estableció prácticamente desde el momento mismo en que nació la medicina.

Para centrarnos en la situación legal de la responsabilidad civil médica actual en Ecuador, el doctor Carlos García Falconí (2011), realiza un estudio detallado de las normas ecuatorianas que se refieren a lo anotado, donde el autor señala como eje fundamental de la legislación que ha sido expedida en los últimos años al Plan Nacional para el Buen Vivir.

El referido plan contiene los lineamientos del gobierno entre ellos, la salud, que a la postre se convertirán en políticas públicas y que serán el espíritu de las normas que regulan la práctica médica; en resumen, el Plan Nacional para el Buen Vivir exhorta a que todos los ecuatorianos gocen de una excelente calidad de vida, y entre los elementos necesarios para que ello ocurra, dice el texto, es fundamental que las personas tengan libre acceso a salud de calidad. Este plan recoge varios conceptos sociales acerca de la salud, se puede leer “La salud, la educación y el trabajo son las bases primordiales de la justicia social” (Plan Nacional para el Buen Vivir, 2013, p. 13); se dice además que la salud es un derecho universal y que forma parte de las políticas de tendencia universalista buscando el estado promover las prácticas de calidad de vida y medicina preventiva e integral.

El gobierno se muestra garantista de derechos, es por ello que la Constitución de la República (2008) dice que es un deber primordial del Estado garantizar el acceso a un servicio de salud de calidad, y en esta búsqueda prohíbe actos y prácticas que atentan contra la salud. Consonante a esto, la Constitución dedica a exaltar la necesidad de un servicio de salud de calidad. Artículos 3, 10, 11 y 32.

La Constitución también se refiere a la garantía del derecho a la salud en campos especializados, de los cuales, a partir de esta garantía de derechos, se obtiene una armonía entre algunas otras garantías establecidas en la Constitución. Por ejemplo, el derecho a la salud y el acceso a la seguridad social garantizan el derecho al trabajo; el derecho a la salud especial de los que gozan los grupos vulnerables como lo son niños, capacitados especiales, mujeres embarazadas, personas privadas de la libertad, etc., también son

relacionados con un derecho intrínseco de todo ciudadano, y por lo tanto, deber del Estado.

Luego de la supremacía de la Constitución, conforme el artículo 425 de la Carta Magna, se encuentran los convenios internacionales y para el caso que nos aplica, el de la Organización Mundial de la Salud. La OMS dice que el derecho a la salud no solamente se limita a no estar enfermo, sino que se complementa con un bienestar físico, mental y social; además la OMS establece que los Estados firmantes de la ONU, deberán atender primordialmente el derecho a la salud como se reza en la Declaración de Alma-Ata, que se realizó en la conferencia de 1978 sobre la Atención Primaria a la Salud.

Luego, para aplicar todos los postulados recogidos en la Constitución respecto de la salud, es necesario tener un andamiaje organizacional y legal que pueda materializar dichos derechos; para el efecto se expidió la Ley Orgánica de Salud. Esta Ley establece los principios rectores del derecho a la salud, entre los cuales están: principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético.

La Ley *ibídem* recoge el criterio de la ONU y manifiesta la misma idea de que la salud no se limita a ese estado de no enfermedad, sino que la salud se complementa con una armonía de bienestar físico, mental y social. Incluso señala que es responsabilidad del Estado brindar salud de calidad, para ello, el Estado garantiza el acceso a medicamentos, infraestructura y equipamiento, como lo son centros de salud o médicos preparados.

Ya enfocando la investigación a lo que se refiere la responsabilidad médica per se, la Ley Orgánica de Salud a la hora de responsabilizar al médico negligente, le impone sanciones relacionadas con su práctica profesional, de conformidad a los artículos 199 y 202 y como no puede ser de otra manera, el artículo 203 del referido cuerpo legal, corresponsabiliza al servicio de salud sobre las actuaciones de todos los profesionales que laboren en dicho establecimiento.

Especial atención requiere el denominado “consentimiento informado”, legislado en el Artículo 204 *ibídem* y que en palabras de Carlos Fernández Sessarego (2011): el consentimiento informado es una figura jurídica que comprende el derecho que merece el paciente para que el médico no pueda tomar decisiones sobre cuerpo ajeno; en este sentido, el paciente debe tomar conocimiento de lo que está pasando en su cuerpo de tal manera que pueda entender perfectamente su estado pese a su falta de especialidad en el asunto (pp. 45-46). Esta idea deja más que claro que el denominado *consentimiento informado* bajo ningún concepto exime de responsabilidad al médico tratante por una posible mala práctica profesional. Su único objetivo es informar sobre los peligros a los cuales se somete el paciente que va a realizar, en ningún momento exime de responsabilidad al médico si éste hubiere obrado con negligencia en su ejercicio profesional.

En definitiva, los cuerpos normativos descritos *ut supra* y sus respectivos reglamentos, rigen para todo el sistema de salud en Ecuador, en el que se incluye a instituciones públicas y privadas sean personas naturales o jurídicas. Esto concatenado con las disposiciones de las normas referentes a la responsabilidad civil contenidas en el Código Civil, más las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Integral Penal dejan como resultado un panorama que exige una dedicación con vasta responsabilidad por parte de los médicos para no incurrir en una mala práctica médica.

Ecuador existen las siguientes leyes que rigen la responsabilidad civil médica, en lo principal:

1. Constitución de la República del Ecuador.
2. Decisión de Alma-Ata, de 1978, emitida por la OMS.
3. Ley Orgánica de Salud.
4. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud.
5. Código Orgánico Integral Penal.
6. Código Civil.

7. Reglamento a la Ley Orgánica de Salud

8. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud.

Siendo así, cuando se habla de responsabilidad civil médica no se puede limitar su campo de acción solamente a ellos, los médicos; sobre todo porque en el país, los operadores de salud son todos los profesionales, técnicos, especialistas, etc., que de una u otra forma son parte de este sistema conforme lo establece la Ley Orgánica de salud y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud.

No es menos necesario indicar que el seguro de responsabilidad civil de médicos no se fijará para todos o cada uno de los operadores de salud que forman parte del sistema. Más bien la póliza que se propone se enfoca en el objetivo de mantener indemne al médico practicante, excluyendo a los demás profesionales que pudieren intervenir.

Con lo desarrollado se deja un panorama claro sobre la situación actual de los médicos frente a la responsabilidad civil por su mala práctica profesional, concluyendo que resulta tentativamente riesgoso para estos profesionales desenvolverse en su actividad a diario, puesto que la cantidad de garantías y normas que propugnan una atención de salud basada en la calidad, los deja vulnerables ante cualquier reclamo judicial, administrativo o penal, incluso cuando este reclamo sea infundado.

#### 4.2. El riesgo asegurable del ejercicio de la profesión médica

Antes de hablar y centrarnos en el tema del riesgo asegurado en la profesión médica, es necesario que sepamos qué se entiende por este concepto. A breves rasgos se puede decir que el riesgo asegurable es la causa del contrato. El riesgo que se pretende asegurar debe completar los requisitos propios como lo son: medible o determinado, incierto, aleatorio, posible, lícito, y valorable económicamente.

Para Stiglitz (1991) el riesgo asegurado en los casos de responsabilidad civil en general, nacen del incumplimiento al deber jurídico que deviene tanto de la

responsabilidad legal, como de la contractual y extracontractual. En este sentido, para el autor, en términos generales, el riesgo asegurado es todo incumplimiento al deber jurídico que a su vez irroga un daño.

El mismo Stiglitz (1991) señala que para que el riesgo sea cubierto, se deberá verificar tanto la eventualidad cubierta, como el mismo daño, en sus palabras, la delimitación del daño se realiza de la siguiente forma:

“[...] no todos los riesgos son asegurables. Surge de una serie compleja de circunstancias especiales, de cuya concurrencia resulta el estado de riesgo asegurable:

a.- Circunstancias causales: solo comprende daños que tengan su causa-antecedente adecuada a un determinado hecho (el previsto en el contrato) y en medida que no sea provocado [...];

b.- Circunstancias temporales: solo se suma el riesgo por un determinado período;

c.- Circunstancias materiales: el evento acaecido debe afectar a la persona o bien determinado a que se refiere el interés asegurable;

d.- Circunstancias locales: el acontecimiento debe producirse en un determinado lugar” (Stiglitz, 1991, p. 208).

Sin embargo, la cobertura del seguro de responsabilidad no se configura con el mero acaecimiento del hecho dañoso y el daño. Es necesario que el perjudicado exija la reparación al asegurado y que éste a su vez notifique el evento al asegurador en los términos del artículo 20 del Decreto Supremo 1147. A demás el daño debe ser cuantificable.

Por ello es que a la teoría de Stiglitz se le añadiría lo siguiente:

e.- Circunstancia cuantificable: que el daño sea cuantificable y sea exigido o exigible legalmente.

El riesgo cubierto por el asegurador, deberá entenderse como esa obligación efectiva y legalmente exigible que el asegurado deba a un tercero en razón de un acto ilícito cubierto por el contrato.

Así lo confirma Trigo, quien dice que el riesgo asegurado es esa deuda de responsabilidad generada por un evento dañoso. Para Trigo primero deberá verificarse la reclamación del perjudicado, la deuda en sí, para luego pasar a analizar si el evento dañoso que generó esa deuda, es en efecto atribuible al asegurado y finalmente si es que es un presupuesto asegurado constante en las condiciones de la póliza.

Díaz-Granados (2005), al referirse al riesgo asegurable señala que es ese comportamiento culposos que infiere daño a un tercero, y consecuentemente, una deuda de responsabilidad. En términos generales, el riesgo que se asegura es la deuda; sin embargo, para que esta deuda sea efectivamente cobrable al asegurador, deberá acomodarse a los términos de las condiciones de la póliza. Para ello, deberá atenderse a las condiciones generales en lo que se refiere al riesgo asegurado; y a las condiciones especiales en lo referente a exclusiones o limitaciones de la cobertura; en otras palabras el riesgo asegurado comprende tanto el objeto del contrato, como las exclusiones del mismo y las limitaciones que imponga la Ley.

Es necesario que el asegurador tenga claro los términos del riesgo al que se somete el médico, puesto que este riesgo es el centro de operación de todo el contrato, incluso sobre valores asegurados y primas:

“uno de los elementos de la individualización del riesgo está señalado por la designación de la profesión. La indicación de la profesión es esencial al contrato, pues cada actividad posee sus riesgos específicos y es ella la que exhibe la naturaleza y frecuencia de verificación de siniestros. Y sobre esa base –entre otros elementos –, se establece la tarifa” (Trigo, 1983, pp. 54-55)

Hablando del riesgo en la responsabilidad civil médica, el riesgo asegurado contiene una excepción a la norma general, pues lo que se asegura es, de hecho, un acto ilícito, ese acto de culpa o dolo atribuible al profesional médico y que ha causado daño a un tercero. Por esto, la limitación contenida en el elemento “lícito” se extiende un poco más allá y se separa de la esfera general de los elementos del riesgo asegurable para el contrato de seguro en general.

Según la teoría de Stiglitz, el riesgo cubierto por el asegurador se configura con el evento dañoso. Pero ¿qué tal si el perjudicado o sus herederos deciden no reclamar la indemnización? No existiría deuda de responsabilidad, pero sí existiría evento dañoso. En ese caso, la póliza no se ha vuelto ejecutable; consecuentemente, se muestra necesario recalcar que Stiglitz omitió hacer énfasis en la necesidad de que la responsabilidad por el hecho y el daño, sean exigidos.

Ya centrándonos en el riesgo asegurable en la profesión médica, se puede decir que el riesgo asegurable es esa actividad que puede producir una deuda de responsabilidad civil en contra del profesional de la salud, por su mala práctica en el ejercicio de su profesión. El reclamo de la indemnización es exclusivo del paciente o sus familiares en contra del médico, no podrá otra persona pretender hacer valer sus derechos en contra del médico si es que no es el afectado directamente o sus herederos.

También se hace énfasis en que, conforme lo establece el artículo 53 del Decreto Supremo 1147, el seguro de responsabilidad civil no ofrece cobertura a terceros. Cuando el decreto menciona a “terceros”, se refiere precisamente al paciente o a sus familiares, estos son los terceros perjudicados y la Ley es meridianamente clara al excluirlos como beneficiarios de la póliza. Lo que sí es correcto, lo hace entender la misma norma, es que el beneficiario es únicamente el médico asegurado, es así que excluye la posibilidad de que el tercero perjudicado o sus familiares inicien una acción directa en contra del asegurador. Esta disposición nuevamente recalca que el responsable de toda actividad ilícita que genere una deuda de responsabilidad será siempre el

médico, y deja claro que el papel del asegurador es mantener indemne al médico conforme a los términos que se establezcan en el contrato.

Entonces, para accionar la póliza de responsabilidad civil médica es necesario un primer escenario: el hecho ilícito que comete el médico que perjudica al paciente. El segundo escenario requiere del reclamo del paciente o sus familiares en contra del médico que le perjudicó. Y un tercer escenario que comprende el reclamo que hace el médico al asegurador, notificando de la existencia de un siniestro y solicitando que se aplique la cobertura, tal como lo manda el artículo 53 del Decreto Supremo 1147.

Por otro lado, se puede decir que el asegurador no está obligado a esperar a que la obligación sea judicialmente exigida para proceder a analizar el evento dañoso-depende de lo pactado en la póliza. Bastaría con que el asegurador realice una inspección y verifique el acaecimiento del siniestro para que se proceda con la cobertura. En otras palabras, alcanzaría con que el asegurador pase a verificar los tres escenarios arriba enunciados y concluir si hay evento dañoso, si hay responsabilidad o deuda, y si todo ello está dentro de la cobertura.

Para el médico practicante en Ecuador el panorama respecto de la cuantificación del daño también supone un problema pues se desconoce completamente sobre el valor económico que éste deberá cancelar al perjudicado para alcanzar una indemnización justa. En este sentido, se toma como ejemplo una vez más la estimación de cuantificación española gracias a que cuentan con un baremo de incapacidad en donde se conoce más o menos a ciencia cierta la cuantía de una posible indemnización. Para Serrano, esta estimación o limitación de la cuantía de indemnización materializa el principio de seguridad jurídica para las partes, asegura además que en Ecuador resulta muy complicado establecer un monto que repare de manera justa al perjudicado pero sin perjudicar al asegurado; dice también que la negociación para acordar el valor económico es muy precario, y agresivo pues las partes pueden estar en total desacuerdo respecto de la cantidad. Con este

comentario, se puede decir que en Ecuador aún se encuentra insuficiente la legislación para imponer un sistema judicial justo para la reparación de daños.

#### 4.3. La configuración de la responsabilidad civil de profesionales médicos

Lo correcto es que la póliza se active –va a depender de las condiciones pactadas- cuando el asegurado notifique sobre la reclamación de un tercer perjudicado en contra de quien le ha causado el daño. Esto, atendiendo a la supervisión del asegurador en el desenvolvimiento del reclamo, una vez que la deuda de responsabilidad sea reclamada, no necesariamente es una deuda a la que el asegurado esté obligado a pagar, pero sí es una potencial obligación. Es decir, la deuda es potencialmente exigible ante la Ley.

Serrano indica que la responsabilidad civil médica se configura precisamente por la negligencia en la que incurre el médico, por esa falta notable de cuidado en la práctica profesional del médico. Consiguientemente, se habla de que aún cuando el médico cuenta con todos los medios a su alcance para realizar su praxis, los omitiere o los usare fallidamente, con negligencia, es ahí cuando se configura la responsabilidad civil, incluso penal. Señala también que la responsabilidad del médico deberá depender de muchos factores, en especial de los medios con los que cuente el médico para llegar a curar a su paciente.

En este sentido se debe entender que en ciertos hospitales o clínicas, la prestación de servicios y la responsabilidad del médico varía dependiendo de su especialidad, de su infraestructura, personal, etc. por tanto el médico en algunos casos podrá ser eximido de responsabilidad atendiendo a la falta de infraestructura del centro de hospitalario, o a la falta de tecnología, o personal, en sí, a la falta de todo tipo de medios o herramientas con las que debería contar un médico. Incluso la responsabilidad se atenúa cuando aún teniendo todos los medios para llevar a cabo su trabajo, la excesiva y repentina afluencia de pacientes no le permite desenvolverse con perfectos resultados, como por ejemplo en el caso de un accidente de trenes, en donde generalmente el transporte de heridos se concentra en el centro hospitalario más cercano. Es decir, la responsabilidad civil del médico se configurará dependiendo de todas

las circunstancias en las que se encuentre el paciente, el médico, el centro hospitalario, y los demás operantes del sistema de salud, con ello, el médico puede proponer atenuantes e incluso excepciones de responsabilidad civil.

Por su parte, el asegurador deberá tomar una posición de fiscalizador en el asunto del reclamo, tomando en cuenta los cuatro elementos señalados por Stiglitz, más el quinto evento que se aportó en el subcapítulo anterior. Por ello, y para protección del asegurador, la rapidez de la notificación que hace el asegurado al asegurador, sobre la exigencia del perjudicado, es esencial. Con ello, el asegurador puede constatar: i) la existencia de la reclamación de reparación, ii) el supuesto evento que genera esa exigencia, iii) la subsunción de los hechos al contrato, y iv) la cuantificación tentativa. Luego de esto se puede proceder con la indemnización, o negarla.

Se recalca que lo que se cubre es la deuda de responsabilidad del médico, por ello el asegurador está consciente de que una defensa eficiente en el momento oportuno, significaría la salvedad de que la deuda efectivamente se genere. Así también lo recoge el artículo 51 del Decreto Supremo 1147 que establece como norma general que los costos de toda clase que se produzcan por la defensa del asegurador, serán por parte del asegurador, incluso si el reclamo fuere infundado.

Por regla general la configuración de la responsabilidad civil de médicos tiene un origen extracontractual. En este trabajo de titulación se habló de responsabilidad civil extracontractual y contractual, en la primera atendiendo a la negligencia en el operar de una persona que genera responsabilidad en otra, y en la segunda atendiendo a dicha negligencia que viola un contrato o convención previo entre las partes. Para que exista un contrato entre un médico y su paciente, se requieren de los elementos esenciales de todo contrato: voluntad libre de vicios, objeto lícito, causa lícita y capacidad legal. Sin embargo, aún cuando se pudiera pensar que la prestación de servicios médicos se genera por un contrato en donde se traduce a: voluntad: el paciente desea ser curado, el profesional puede curar; objeto lícito: la prestación de servicios médicos; causa lícita: curar al enfermo; y, capacidad legal.

Al tratarse de prestación de servicios médicos, la constitución y la Ley exhortan a los médicos a obrar de tal manera que le médico pueda mejorar la salud del enfermo dentro de la posibilidad de las condiciones en las que se encuentran ambos. Por las normas de la ética profesional, por las normas consagradas en leyes y reglamentos, los médicos están en la obligación de prestar sus servicios de la manera más prolija, buscando siempre la sanación del enfermo, mal podría un médico negociar con su paciente para curarlo, curarlo a medias o no curarlo. El paciente tiene el derecho de recibir salud de calidad, la salud y la vida son un derecho humano que, conforme al artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, forma parte de los derechos humanos de segunda generación, lo que lo convierte en un derecho, entre otras cosas, irrenunciable. Por otro lado, se encuentran todas las leyes y normas que atribuyen a los médicos la responsabilidad tanto civil, penal y administrativa. Esta enmarcación de actividades deja al descubierto la imposibilidad de negociar, convenir, transar o acordar respecto de la praxis a la que se somete un paciente, puesto que éste no puede renunciar a su derecho a acceder a una salud de calidad, tampoco el médico está en la facultad de renunciar o atenuar su responsabilidad en un contrato.

Con estos antecedentes se deja claro que no podría existir un contrato de prestación de servicios de salud puesto que los derechos y responsabilidades de las partes no son susceptibles de negociación y por tanto, no hay choque de voluntades, no hay acuerdos ni convenciones. En definitiva, toda prestación de servicios médicos que atiendan a la práctica de medicina curativa, se enmarca dentro del campo extracontractual.

En contraposición a ello, la medicina estética, por escapar del marco de la salud, se considera contractual. Precisamente la medicina estética es la antítesis de la medicina curativa ya que no atiende a cuestiones de salud o salubridad sino que persigue fines estéticos o de belleza, se trata de técnicas en su mayoría quirúrgicas que tienden a realizar cambios en el cuerpo humano para promocionar la estética y la belleza. Resulta claro que dentro del campo de la medicina estética se realizan intervenciones médicas que obedecen a la

vanidad más no al estado de mejorar la salud. Para el campo legal la práctica de la medicina estética se comprende dentro del campo contractual porque su intervención en el cuerpo humano no obedece a las sapiencias médicas que se detallan arriba, o sea que la medicina estética no se muestra necesarias para ningún ser humano y en tanto las intervenciones estéticas estarían excluidas del derecho como lo ampara la Constitución y la Ley. En otras palabras la medicina estética es una decisión del paciente que, motivado por su voluntad busca la intervención quirúrgica, lo que se convierte más bien en una exposición voluntaria a un alto riesgo como lo es una operación que a miras del derecho a la salud, es innecesaria.

Lo dicho arriba no quiere decir que quien se someta a una intervención quirúrgica de carácter estético esté desamparada por las normas del derecho a la salud. Más bien sus derechos se limitan y la esfera de responsabilidad del médico se reduce a las normas que rigen la responsabilidad contractual y la valoración de la culpa contenidas en el Código Civil.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### Conclusiones

1. El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional es una mezcla de conceptos entre dos instituciones del derecho, primeramente, el contrato de seguro, luego la figura de responsabilidad civil.

2. El contrato de seguro de responsabilidad civil de médicos, es un contrato especial que debe contar con un universo propio de reglas y procedimientos de contratación, para que subsista en la vida del comercio y sea acorde al ordenamiento jurídico, atendiendo siempre al fin último del derecho: la justicia.

3. La normativa ecuatoriana referente a la responsabilidad civil de médicos es basta, pero deficiente a la hora de ejecutar las acciones necesarias para demandar en la vía legal el reconocimiento de una deuda de responsabilidad por negligencia en el ejercicio de la profesión médica.

Sobre todo porque el sistema de justicia de este país atiende a los criterios de responsabilidad civil subjetiva, en donde la carga de la prueba está en el lado del actor; mientras que lo preciso sería implementar un criterio de responsabilidad civil objetivo, en donde el demandado deba probar que ha obrado conforme a derecho y ética profesional, evitando que el actor sea el obligado a probar la existencia de responsabilidad.

4. El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para médicos es totalmente viable y pretende aportar con una figura contractual legal que atiende a mantener y restablecer un orden sin dejar de lado el fin último del derecho, que es la justicia.

5. La normativa referente a los contratos de seguro es deficiente, incluso el articulado del Decreto Supremo 1147, no obliga a incorporar al Código de Comercio, la reforma que ahí se realiza.

Siendo que existe una Ley General de Seguros y su reglamento, se debería hacer constar que el articulado del Decreto Supremo se encuentre en un solo cuerpo normativo referente a la regulación de seguros.

6. La responsabilidad civil médica no se superpone ni se subroga a la responsabilidad penal, pero se concatena cuando el afectado por la negligencia médica ha interpuesto una acusación particular, dentro de un juicio penal de acción pública, para establecer la reparación de daños junto con la pena. La representación e intervención del asegurador, en todo caso, se limitará a la defensa y aplicación de leyes civiles, manteniéndose al margen de la responsabilidad penal. Lo propio cuando el médico es funcionario público y se ha establecido una responsabilidad administrativa.

### Recomendaciones

1. Se propone que por medio del Ministerio de Salud Pública, se realizar una codificación de protocolos mínimos para procedimientos e intervenciones médicas que deberá ser de aplicación obligatoria a nivel nacional. Mediante la fijación de protocolos se puede verificar el cumplimiento o incumplimiento de reglas básicas de intervenciones médicas que permitan a los pacientes o sus familiares determinar si hubo o no negligencia al momento de la intervención.

2. Incorporar un solo cuerpo normativo referente a la regulación de seguros, unificada y especial que regule la práctica de seguros en donde se recojan los principios y normas que de una u otra manera existen actualmente. Dentro de este cuerpo normativo se deberá establecer un reglamento operativo de procesos para la emisión de actos administrativos de carácter normativo, al que se deberá acoger el órgano de regulación y control, actualmente la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con el fin de fomentar la publicidad y socialización de la norma.

3. Es necesario recomendar que se emita por la vía legislativa y con carácter de Ley, la orden de adherir al Código de Comercio el Decreto Supremo 1147 como una parte integrante. Actualmente el texto del Decreto Supremo 1147 se encuentra como parte del Código de Comercio lo cual no se justifica.

4. Dentro de este nuevo macro cuerpo legal, incorporar un sistema normativo que establezca un criterio de imputación de responsabilidad objetiva en lo que se refiere a la actividad profesional de los médicos.

5. En procura de resolver conflictos previo a un litigio y con el afán de descongestionar los procesos judiciales se propone autorizar a las aseguradoras para que incorporen a sus actividades, la de crear un centro de mediación especializada para casos de responsabilidad civil médica; o, en su defecto, introducir al sistema judicial centros de mediación especializados para que se dediquen a conocer exclusivamente los conflictos responsabilidad civil médica.

## REFERENCIAS

- Alterini, A. (2010). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales* (4.<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Cabezas, K. (2014). *Principios analizados del Código Orgánico de la Función Judicial*. Recuperado el 8 de julio de 2015 de: <http://lexlavori.blogspot.com/2014/01/principios-analizados-del-codigo.html>
- Cámara de Comercio de la Dorada(1971). *Código de Comercio*. Recuperado el 7 de enero de 2015 de: <http://www.camaradorada.org.co/documentos/Codigo%20Comercio.pdf>
- Cevallos, V. (2011). *Contratos Civiles y Mercantiles Tomo 1*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Díaz-Granados, Juan. (2006) *El seguro de responsabilidad*. Bogotá, Colombia: Javegraf.
- Ecuavisa. (2014) *Famosos que aseguran su cuerpo por millones de dólares*. Recuperado el 30 de noviembre de 2014 de: <http://www.ecuavisa.com/articulo/entretenimiento/espectaculo/46922-famosos-que-aseguran-su-cuerpo-millones-dolares>
- Esilec. (2005). *Código Civil*. Recuperado el 18 de noviembre de 2014 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO\\_CIVIL\\_LIBRO\\_IV](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CIVIL-CODIGO_CIVIL_LIBRO_IV)
- Esilec. (1960). *Código de Comercio*. Recuperado el 21 de abril de 2015 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=MERCANTI-CODIGO\\_DE\\_COMERCIO](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=MERCANTI-CODIGO_DE_COMERCIO)
- Esilec. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 6 de agosto de 2014 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PENALCODIGO\\_ORGANICO\\_INTEGRAL\\_PENAL\\_COIP](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PENALCODIGO_ORGANICO_INTEGRAL_PENAL_COIP)
- Esilec. (2009). Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia. Resolución de casación. Recuperado el 13 de octubre de 2014 de:

- [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-DANO\\_MORAL\\_18820090902](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-DANO_MORAL_18820090902)
- Esilec. (2001). Corte Suprema de Justicia Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia. Resolución de casación. Recuperado el 24 de noviembre de 2014 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CARACTERISTICAS\\_DEL\\_CUASIDELITO\\_17720010829](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CARACTERISTICAS_DEL_CUASIDELITO_17720010829)
- Esilec. (2003). Corte Suprema de Justicia Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia. Resolución de casación. Recuperado el 28 de noviembre de 2014 de: [www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANOS\\_Y\\_PERJUICIOS\\_678520030520&query=el%20hecho%20generador#Index\\_tccell0\\_0](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANOS_Y_PERJUICIOS_678520030520&query=el%20hecho%20generador#Index_tccell0_0)
- Esilec. (2001). Corte Suprema de Justicia Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia. Resolución de casación. Recuperado el 28 de enero de 2015 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CARACTERISTICAS\\_DEL\\_CUASIDELITO\\_17720010829](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CARACTERISTICAS_DEL_CUASIDELITO_17720010829).
- Esilec. (2001). Corte Suprema de Justicia Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia. Resolución de casación. Recuperado el 28 de enero de 2018 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CONTRATO\\_DE\\_ADHESION\\_17620010524](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CONTRATO_DE_ADHESION_17620010524)
- Esilec. (2002). Corte Suprema de Justicia Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Familia. Resolución de Casación. Recuperado el 28 de enero de 2015 de: [http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CUASIDELITO\\_DANO\\_O\\_PERJUICIO\\_POR\\_CULPA\\_171020021029](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullIDocumentVisualizerPDF.aspx?id=CASACION-CUASIDELITO_DANO_O_PERJUICIO_POR_CULPA_171020021029)

- Esilec. (1963). Decreto Supremo 1147 Recuperado el 21 de abril de 2015 de:  
<http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/ImageVisualizer/ImageVisualizer.aspx?id=935b77f1ed7f523fb1373dd2fa1ab9575e38a968&type=PAGE&pagenum=1>
- Esilec. (s. f.). Diccionario Jurídico Lexis. 2014. Recuperado el 21 de noviembre de 2014 de:  
<http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx?Empresas%20de%20Seguros%20en%20el%20Ecuador.pdf>
- Esilec. (2000). Ley Orgánica de Defensa del Consumidor Recuperado el 3 de agosto de 2015 de:  
[http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTI-LEY\\_ORGANICA\\_DE\\_DEFENSA\\_DEL\\_CONSUMIDOR&query=ley%20defensa%20de%20consumidor#Index\\_tccell1\\_0](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTI-LEY_ORGANICA_DE_DEFENSA_DEL_CONSUMIDOR&query=ley%20defensa%20de%20consumidor#Index_tccell1_0)
- Esilec. (2008). Ley Orgánica de Tránsito Terrestre, Transporte y Seguridad Vial. Recuperado el 21 de noviembre de 2014 de:  
[http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY\\_ORGANICA\\_DE\\_TRANSPORTE\\_TERRESTRE\\_TRANSITO\\_Y\\_SEGURIDAD\\_VIAL](http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY_ORGANICA_DE_TRANSPORTE_TERRESTRE_TRANSITO_Y_SEGURIDAD_VIAL)
- Fernández, C. (2011). *La responsabilidad civil del médico y el “consentimiento informado”*. Lima, Perú: Motivensa.
- Franco, G. (1962). *Las leyes de Hammurabi*. Recuperado el 10 de mayo de 2015 de:  
[http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol\\_VI\\_Nm\\_3\\_1962/Franco.pdf](http://rcsdigital.homestead.com/files/Vol_VI_Nm_3_1962/Franco.pdf)
- García, J. (2011). *La responsabilidad médica en materia civil, administrativa y penal y el derecho constitucional a la salud* (Tomo I). Quito, Ecuador: Rodín.
- Garrigues, J., como se citó en Penagos, A. (2005). *El seguro de cumplimiento en la contratación administrativa* (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Recuperada el 22 de abril de 2015 de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TE SIS%2056.pdf>

Junguito, R. (s. f.). *Reseña sobre la historia de los seguros*. Revista Fasecolda. 16-19. Recuperado el 22 de abril de 2015 de: [http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1060618](http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1060618)

Kavitko, L. (s. f.). *Antecedentes históricos de los procesos por responsabilidad profesional médica y la malpraxis en el ejercicio de la medicina legal*. Recuperado el 10 de mayo de 2015 de: <http://www.elderechodigital.com.uy/smu/doctri/SDMD0005.html>

Larrea, L. (2003). *Las empresas de seguros en el Ecuador* (Tesis de pregrado, Universidad Internacional SEK, Quito, Ecuador). Recuperada el 22 de abril de 2015 de: [http://repositorio.uisek.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/50/3/Tesis%](http://repositorio.uisek.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/50/3/Tesis%20de%20seguros%20en%20el%20Ecuador.pdf)

López, E. (2006). *Manual de responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

López, J. (2013). *El delito civil. Derecho civil*. Recuperado el 30 de noviembre de 2014 de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2012/08/20/el-delito-civil>

Muñoz, Felipe. (2011). *El riesgo creado como factor objetivo de atribución de responsabilidad en el sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de la unión europea*. Recuperado el 4 de agosto de 2015 de: <http://www.ipdpchile.cl/wp-content/uploads/2011/01/UNED-El-riesgo-creado-como-factor-objetivo-de-atribucion-de-responsabilidad-en-el-sistema-de-responsabilidad-en-el-sistema-de-responsabilidad.pdf>

Novoa, J. (2012). *El derecho de seguros en el Ecuador*. Loja, Ecuador: Ediloja.

Mera, A. (2013) *Oficio No.Ti.Ci. Sgj-13-890*. Recuperado El 1 De Mayo De 2015 De: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CDYQFjAE&url=https%3A%2F%2Fwww.compraspublicas.gob.ec%2FProcesoContratacion%2Fcompras%2FPC%2FbajarArchivo.cpe%3FArchivo%3DMfniJFKFYWi7uKnkQvVqSWrlwQ43iBzHJouCe9BaUv>

4%2C&ei=VBJEVY\_7N4moNvemgAg&usg=AFQjCNF-  
6Azr7Jo1fag0Y6C3CqywuUVA1A&sig2=8iL8xsxhBYMMVGxOK-  
EXmw&bvm=bv.92291466,d.eXY&cad=rja

- Palacios, F. (ed.). (2007). *Seguros temas esenciales*. Bogotá, Colombia: Ecoe.
- Paredes, D. (2006). *Los reglamentos autónomos y el Principio de Competencia Normativa en la Constitución Política de la República del Ecuador* (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador). Recuperada el 8 de julio de 2015 de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/920/1/T394-MDE-Paredes-Los%20reglamentos%20aut%C3%B3nomos%20y%20el%20principio%20de%20competencia%20normativa.pdf>
- Peña, P. (2012). *Responsabilidad Civil. Derecho civil*. Recuperado el 1 de octubre de 2014 de: [http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2012/10/30/la-responsabilidad-civil#\\_ftn2](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2012/10/30/la-responsabilidad-civil#_ftn2)
- Pizarro, N. como se citó en Sánchez, M. (2012). *Obligaciones y contratos*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Planiol, M. (1952). *Traité pratique de Droit Civil Francais, Tomo VI. Obligations*. París, Francia: Librairie générale de droit et de jurisprudence:
- Pontificia Universidad Católica de Chile. (S. F). *Apuntes de historia de la medicina*. Recuperado el 10 de mayo de 2015 de: <http://escuela.med.puc.cl/publ/historiamedicina/Indice.html>
- Real Academia de la Lengua Española. (s. f.) *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 1 de octubre de 2014 de: <http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>
- Real Academia de la Lengua Española. (s. f.) *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 30 de noviembre de: <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1o>
- Redacción Judicial. (2012). Los casos de negligencia médica aumentan ante la falta de legislación. *El Telégrafo*. Recuperado el 13 de diciembre de 2014 de: <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/los-casos-de-negligencia-medica-aumentan-ante-la-falta-de-legislacion.html>

- Rivero, P. (S. F). *El Código de Hammurabi*. Recuperado el 10 de mayo de 2015 de: <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>
- Rodríguez, R. (2015). *Derecho de seguros*. Quito, Ecuador: Edle.
- Ruiz, Wilson (S.F). *La responsabilidad médica en Colombia*. Recuperado el 10 de mayo de 2015 de: [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.javerianacali.edu.co%2Findex.php%2Fcriteriojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F232%2F962&ei=Gd1PVdL3C4SkwSYmIHQBg&usg=AFQjCNGc8s3Ybw1DfbKzZyXu2vP5TM4Kqg&sig2=8j\\_gxdYWKdhOe3tTBjtHgA&bvm=bv.92885102,d.eXY&cad=rja](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.javerianacali.edu.co%2Findex.php%2Fcriteriojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F232%2F962&ei=Gd1PVdL3C4SkwSYmIHQBg&usg=AFQjCNGc8s3Ybw1DfbKzZyXu2vP5TM4Kqg&sig2=8j_gxdYWKdhOe3tTBjtHgA&bvm=bv.92885102,d.eXY&cad=rja)
- Saleilles, R., como se citó en Vivanco, C. (2008). *Los contratos de adhesión*. Recuperado el 3 de mayo de 2015 de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/los-contratos-de-adhesion>
- Sarmiento, R. (2010). *El daño*. Quito, Ecuador: Edilex S. A.
- Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1991). *Seguro contra la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras de Nicaragua (S/F). *Evolución Histórica del seguro*. Recuperado el 17 de Abril de 2015 de: <Http://Www.Superintendencia.Gob.Ni/Index.Php?Web=Contenido&Idd=3&ldw=1>
- Tamayo, J. (2008). *Tratado de responsabilidad civil, Tomo 1*. (2.<sup>a</sup> ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- Vélez, P. (2014) *La responsabilidad civil contractual y extracontractual: el seguro como criterio de imputación* (Tesis de maestría, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España). Recuperada el 28 de noviembre de 2014 de: [http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina\\_Velez.pdf](http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf)
- Visintini, G. (1999) *Tratado de la responsabilidad civil, Tomo 1*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Vivanco, C. (2005) *Los contratos de adhesión*. Recuperado el 1 de febrero de 2015 de:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/los-contratos-de-adhesion>