



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La responsabilidad civil por mala práctica médica frente a
terceros, riesgo asegurable**

AUTOR (ES):

UNDA NÚÑEZ. CRISTIAN ARTURO

Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DEL

ECUADOR

TUTOR:

BLUM MOARRY, MARÍA JOSÉ

Guayaquil, Ecuador

24 de Agosto del 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **UNDA NÚÑEZ, CRISTIAN ARTURO**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado**.

TUTOR (A)

f. _____
BLUM MOARRY, MARÍA JOSÉ

DECANO O DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
GARCÍA BAQUERIZO, JOSÉ MIGUEL

Guayaquil, a los 24 del mes de Agosto del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **UNDA NÚÑEZ, CRISTIAN ARTURO**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **la responsabilidad civil por mala práctica médica frente a terceros, riesgo asegurable** previo a la obtención del Título de **Abogado**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 24 del mes de agosto del año 2016

EL AUTOR (A)

f. _____
UNDA NÚÑEZ, CRISTIAN ARTURO



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **UNDA NÚÑEZ, CRISTIAN ARTURO**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **la responsabilidad civil por mala práctica médica frente a terceros, riesgo asegurable**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 24 del mes de agosto del año 2016

EL AUTOR:

f. _____
UNDA NÚÑEZ, CRISTIAN ARTURO

Urkund Analysis Result

Analysed Document: Cristian Unda TESIS FINAL 25 AGOSTO.doc (D21579050)
Submitted: 2016-09-02 01:14:00
Submitted By: maritzawright@yahoo.com
Significance: 0 %

Sources included in the report:

Instances where selected sources appear:

0

URKUND

Agradecimiento

Agradezco a mi tutora de tesis Ab. María José Blum, por el gran apoyo brindado. Sus conocimientos, orientación, paciencia y consejos que han sido fundamentales para mí en el transcurso de esta investigación.

A mis padres por el apoyo brindado durante estos 5 años de mi carrera profesional, sus constantes motivaciones para seguir adelante en este complejo mundo del derecho.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

BLUM MOARRY, MARÍA JOSÉ

TUTOR

f. _____

GARCÍA BAQUERIZO, JOSÉ MIGUEL

DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

REYNOSO DE WRIGHT, MARITZA

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

ÍNDICE

a.- Resume	VIII
b.- Introducción	9
c.- Desarrollo	10
1. Antecedentes Históricos	
1.1. Etapa Antigua	10
1.2. Etapa Media	11
1.3. Etapa Moderna	11
2. Responsabilidad civil	
2.1. Tipos de responsabilidad	13
3.- Mala práctica médica: Un tipo de responsabilidad	15
4.- ¿La mala práctica médica es un riesgo asegurable?	17
5.- Póliza de seguro por mala práctica médica	
5.1 Concepto de Póliza	22
5.2 Elementos de póliza	22
5.3 Póliza de seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica	23
6.- Cobertura	24
d.- Criterio personal y conclusión del tema investigado	28
e.- Referencia/Bibliografía	30

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar hasta qué punto la mala práctica médica puede ser considerada como un riesgo asegurable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Asimismo, determinar en qué esfera de responsabilidad podría se enmarca, si contractual o extracontractual.

Por último, se mostrarán sus respectivas sanciones, así como se identificarán directrices o características que puedan sustentar a la mala práctica médica como un riesgo asegurable.

Palabras Claves: Responsabilidad civil, póliza, riesgo asegurable, asegurador, asegurado, solicitante, mala práctica médica, contrato de seguro

INTRODUCCIÓN

Como propósito inicial, el objetivo de este trabajo es explicar la Responsabilidad Civil frente a terceros por mala práctica médica, como riesgo asegurable. Dicho esto, es de vital importancia para los médicos el conocer las consecuencias jurídicas que acarrearían su actuación en el caso de mala práctica médica en relación a la responsabilidad que se puede generar en la dinámica médico-paciente. Sin embargo, la práctica de la medicina no está, ni ha estado nunca, exenta de complicaciones que, de una forma u otra afecten la salud del paciente en tratamiento. Conceptuando entonces cada una de las áreas específicas que constituyen la responsabilidad civil.

El problema de la investigación es determinar hasta qué punto la mala práctica médica puede ser considerado un riesgo asegurable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

De esta manera, el análisis contiene una primera parte que es meramente investigativa y, contribuirá a entender y comprender qué se entiende por responsabilidad civil en la doctrina y legislación ecuatoriana, su clasificación y la forma en la cual se estudia y aprueba en el Ecuador. Asimismo, se han recopilado datos históricos cuya mención contribuirá a observar cómo se ha desarrollado el tema en nuestro país.

En lo que respecta a la segunda parte, consistirá en el análisis en sí que contendrá los distintos puntos de vista de varios autores, analistas y juristas del medio ecuatoriano e internacional, así como también se visualizará el marco jurídico que versa sobre el tema, con el objetivo de estudiar la responsabilidad civil contra terceros como objeto de un contrato de seguros y el consentimiento informado.

La tercera parte será determinar las sanciones para la mala práctica médica e identificar directrices o características que puedan sustentar a la mala práctica médica como un riesgo asegurable.

Por otra parte, intentamos llevar al profesional del derecho y de la medicina, aquella serie de conceptos necesarios para comprender cuál es la situación real con respecto a las consecuencias jurídicas del ejercicio profesional.

Finalmente lograr una conclusión propia que pueda contribuir en el desarrollo del tema en la actualidad, transmitir una idea que permita concienciar en la sociedad, para tratar de impedir lo que, en mi opinión, aparecería como inevitable la medicina del futuro: medicina defensiva.

DESARROLLO

1.- Antecedentes Históricos

1.1. Antigüedad

Desde la antigüedad, la enfermedad se pensaba que era cosa de magia y encantamiento, debido a los malos espíritus y era combatida por conjuros y prácticas consuetudinarias. Hay datos históricos que señalan que “los primeros avances de la medicina fueron de orden quirúrgico basados en arqueológicas que constan 40.000 A.C” (Guevara, 1996, pág. 44).

Por ejemplo, en el Código Hammurabi se fijaban normas que regulaban penas a los médicos. En el año 1800 se sancionaban los errores de su actuación, de manera que al médico que mataba al paciente por un error voluntario se le cortaba las manos por no tener prudencia en el ejercicio de su labor. “Los más antiguos documentos de medicina son preservados en China y se remonta a una tradición del tercer milenio antes de Cristo” (Aguilar, Derecho Médico, 1996, pág. 45).

Desde esa época y lugar, se fijaban normas en relación a las actuaciones de impericia, negligencia de normas y reglamentos. Determinando penas que varían de acuerdo al delito, si es doloso o culposo, y de acuerdo con la valoración, del actuar conforme al *lex artis*.

En Egipto, tenían conocimientos sobre quemaduras, (Aguilar, Derecho Médico, 1996, pág. 46) tumores que atribuían la invención de la medicina al dios Serapis, mientras que en Grecia se atribuyen aportes de la medicina a Esculapio; los que ejercían medicina eran los sacerdotes de esa época. A partir del siglo IV a.c. quedo constituida la medicina en un texto científico dado por Hipócrates, sacerdote.

A medida que las autoridades de dicha época se daban cuenta de los errores que se cometían en la práctica de la medicina, insertaron reglas sobre la responsabilidad legal del médico para determinar la culpa en concreto, es decir, analizar la situación del médico de manera individual acerca de los resultados producidos.

1.2. Etapa media

En esta segunda parte del siglo se suscita un caso muy famoso del Dr Helie en 1825, Francia. El doctor fue contratado para atender un parto de distocia con complicaciones, amputándole el brazo derecho al niño fuera de la vulva sin corregir la ubicación del niño al nacer. Al no poder sacarlo de manera completa, procedió a amputarle el otro brazo. Al concluir el parto, los padres del neonato denunciaron al médico ante el tribunal, el cual sentencio que su actuar fue imprudente sin consultar y se lo condeno a pagar una pensión vitalicia al menor.

Este caso, dio origen a que la Académica de Medicina de Paris manifestara que los médicos solo responden moralmente, no responden jurídicamente al actuar de su profesión.

Debo manifestar que en esta parte estoy en total desacuerdo con la concepción de la Academia de dicha época, por lo que a medida que avanza la investigación nos daremos cuenta de la evolución del tema.

1.3. Etapa Moderna

En la edad moderna se supera el tema llegando a un consenso de aceptación de la responsabilidad que tiene los médicos por mala práctica médica, incluso se han elaborado tratados específicos con nociones básicas, que dan a conocer los lineamientos particulares de la medicina.

La evolución experimentada en la responsabilidad médica ha dado apertura innumerables procesos judiciales en contra de los médicos, llevando a tener más precaución a la realización de sus actividades, médico-paciente. De esta manera han buscado soluciones para contrarrestar los problemas que se puedan presentar en el mal actuar profesional, motivo por el cual nacen las aseguradoras, con el único propósito de brindar un servicio a los médicos para asegurarlos en caso de responsabilidad civil.

Según datos de comunicación del Segundo Congreso Internacional de Ética Médica dado en París en mayo 1966, se mencionó lo siguiente, en los años 90 se demandaba a 5 de cada 1000 médicos.

De este modo, resulta evidente el notable incremento de la mala práctica médica hasta la actualidad, y en Ecuador no es la excepción, con la única objeción de que no existen los mecanismos necesarios para la protección de los médicos, ya que el tema se viene desarrollando con fuerza, pues asumir riesgos por parte de las aseguradoras implica tener precaución al fijar montos elevados, tal y como ha ocurrido en Inglaterra, ya que muchas aseguradoras han quebrado por no poder sostener los gastos en los que han incurrido los médicos por mala práctica médica debido a su gran proporción que son producidos.

2.-La responsabilidad civil

Para iniciar con este análisis de responsabilidad civil, debemos saber, que en caso de mala práctica médica, existen dos vías en que la persona afectada puede ejercer su acción: civil y penal. Sin embargo, en esta investigación nos centraremos únicamente en la vía civil. Por ende, procederé a dar conceptos para una mayor comprensión.

Según Díez-Picazo define a la responsabilidad civil como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido” (Picazo, 1989, pág. 591). Desde mi punto de vista la responsabilidad civil es la obligación que recae sobre el hombre de indemnizar el daño que ha provocado a otro, por una actuación ilícita o culpable, con una compensación pecuniaria por la afectación.

Hay que tener en cuenta que la responsabilidad en derecho tiene varias concepciones, y en parámetros generales representa la necesidad jurídica en que tiene una persona de satisfacer su obligación; pero al referirme a la responsabilidad civil se la usa en un sentido más concreto: el deber, imposición, obligación que tiene una persona de reparar los daños producidos a otra persona.

2.1. Tipos de responsabilidad: La mala práctica médica

La responsabilidad civil se divide en dos tipos: contractual y extracontractual, la primera nace de la existencia de un contrato, dicho incumplimiento acarrea a una responsabilidad civil contractual, mientras que la segunda nace de la violencia de una ley (en sentido general), que a su vez puede ser delictual o no dolosa, ejemplo hecho ilícito.

Además, es necesario mencionar que la responsabilidad extracontractual ha obtenido toda la importancia de la que antes no lo carecía, debido al desarrollo de la tecnología, empresas y medios de transporte.

Es evidente que los casos de accidentes cada día son más comunes en el Ecuador y el mundo, lo cual, ha dado origen a procesos relacionados con la obligación de indemnizar; los riesgos en la sociedad aumentan por los instrumentos creados por el hombre, esto lleva a la necesidad de crear figuras jurídicas que protejan los bienes patrimoniales de las personas, una muy evidente es la contratación de seguros para cubrir los riesgos.

Los fundamentos de responsabilidad extracontractual se basan en dos corrientes: la doctrina clásica que la denomina la responsabilidad subjetiva y la doctrina moderna que la denomina responsabilidad objetiva.

La doctrina clásica (responsabilidad subjetiva) menciona que el fundamento de la obligación que la ley otorga es la de reparar el daño causado, la culpabilidad de la persona que provoca el daño, es decir, la actitud reprochable del cuasidelito o delito, puede tener una cierta graduación de culpa desde la más leve hasta la grave, pero se le impone la obligación de responder por la conducta. Para esta doctrina, dos son los requisitos esenciales de la responsabilidad extracontractual: (Abeliux, 1971, pág. 82) “el daño y que él haya sido originado por la culpa o dolo de quien lo ha provocado”.

Es por esto que se la denomina subjetiva, pues la razón de existir de la obligación indemnizatoria es la actuación ilícita de la persona que provoca el daño. Aunque esta corriente doctrinal se centró en probar la culpabilidad de la persona que comete el hecho ilícito, y no el daño como tal, esto trajo muchas críticas por autores franceses, debido a que rara vez la víctima era indemnizada y la razón principal era la dificultad de probar la culpa.

Cabe mencionar que la víctima es la que menos recursos económicos tiene que el autor del hecho dañoso, y por ende el legislador debe proteger de alguna manera. Por ello, se critica a esta doctrina porque se le brinda mayor protección al autor que la víctima.

Responsabilidad objetiva, esta doctrina realizó cambios gigantescos fruto de las críticas que se dieron en la doctrina clásica, apareciendo con mayor fuerza la denominada responsabilidad objetiva. En esta no se fija en la conducta del que provoca el daño, a su culpabilidad, al contrario, ve el resultado material que de ella deriva: el daño.

La obligación de indemnizar pecuniariamente exige la existencia de un daño ocasionado a una persona por la conducta del autor.

También se la denomina del riesgo, porque a ausencia de culpa, la obligación de reparar se fundamenta en la concepción de que toda persona que realiza una actividad, crea un riesgo de daño a los otros. Si el riesgo se provoca, resulta propio que quien lo inicio debe reparar a la persona dañada, sea o no culpable de la tragedia. Este surge por el riesgo creado y no por el acto en concreto que lo provoco.

Muchos autores señalan que la responsabilidad del médico es de carácter contractual, pero excluyen ciertos supuesto como los siguientes casos: 1.- si el servicio médico es solicitado por un tercero (amigo, familiar) 2.- Los que hayan sido prestados sin el consentimiento del paciente (estado de inconciencia) 3.- Los servicios médicos hayan sido prestados en contra de la voluntad del paciente. Para este sector de la doctrina, en estos tres casos mencionados señalan que la responsabilidad es extracontractual. Según Guillermo Borda “la responsabilidad del médico es y debe ser la misma. No surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato. Es una responsabilidad extracontractual (Borda, 1993, pág. 492)”.

3.- Mala práctica médica: Un tipo de responsabilidad

En la presente investigación es menester enfocarnos en la responsabilidad médica como tal. Así pues, la Ley Orgánica de Salud rige sanciones al instante de responsabilizar al médico por su negligencia relacionadas con su mala práctica profesional, conforme a los artículos 199 y 202. Además, el artículo 203 del cuerpo normativo en mención, también hace responsable al servicio de salud sobre las acciones de los profesionales que laboren en el establecimiento. Es importante mencionar, el término del “consentimiento informado”, se encuentra legislado en nuestra norma en su artículo 204 de la Ley Orgánica de la Salud.

(Sessarego, 2011) señala “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”.

Esta noción nos ayuda a dilucidar el término consentimiento informado ya que bajo ningún concepto es eximente de responsabilidad al médico en el caso de existir mala práctica en su actuación.

El fin máximo del consentimiento informado es informar sobre los riesgos a los cuales está sometido el paciente al momento de una operación quirúrgica de alto peligro. Por ende, si el médico comete negligencia al operar ebrio en plena cirugía, este no puede alegar en juicio consentimiento informado como eximente de responsabilidad.

La normativa descrita en líneas anteriores, rige en todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, incluyendo a las instituciones privadas y públicas. Esto, relacionado con las leyes contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, da una mayor protección a la sociedad en caso de mala práctica médica realizada por los galenos, evitando que los profesionales de la salud tengan las precauciones debidas de no incurrir en mala práctica profesional. El Código Orgánico Integral Penal sanciona a los médicos que incumplan el deber objetivo de cuidado y produzcan la muerte del paciente con una

pena privativa de 1 a 3 años; 3 a 5 años si realiza acciones innecesarias, peligrosas e ilegales.

En Ecuador existen leyes que rigen la responsabilidad civil médica, que son las siguientes:

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.

De esta manera, cuando nos referimos a la responsabilidad civil médica no podemos limitar el campo de acción solo a los médicos; debido a que, en todo el país, los operadores de salud son todos profesionales, especialistas, que conforman este sistema conforme lo determina la Ley Orgánica de Salud y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud.

Por lo tanto, es de vital importancia ubicar en qué orbita se encuentra la mala práctica médica, si en la responsabilidad contractual o extracontractual, cierta parte de la doctrina clásica considera que la mala práctica médica se encuentra en la responsabilidad contractual, basados en que el médico presta un servicio al paciente y este le otorga una retribución en dinero, pactado en un contrato, el valor a cobrar por el servicio médico.

Como por ejemplo en la legislación Peruana existe una figura denominada locación de servicios que consiste en brindar el servicio a cambio de una retribución económica por parte del profesional de la salud, se evidencia una regulación contractual en la relación médico-paciente.

Sin embargo, en la mayoría de casos el paciente celebra el contrato con el hospital donde va a recibir el servicio médico, mientras que, en otro sector de la doctrina señala que la mala práctica médica nace de la responsabilidad extracontractual fundamentándose que el servicio médico, se lo presta, pero en ningún momento se celebra un contrato de manera expresa, y el elemento culpa juega un papel determinante al demandar por mala práctica médica.

En análisis de la relación médico-paciente es indispensable determinar su contractualidad o no. Ya que en la actualidad los servicios médicos se derivan de un contrato cuya génesis no se ha logrado ubicar de forma unánime por la doctrina, las posturas señalan que el acto médico se asimila a un contrato de mandato y en otras ocasiones a un contrato de prestaciones de servicios

En mi opinión personal, la órbita en el que se ubica la mala práctica médica es la responsabilidad extra contractual, por la siguientes razones, la responsabilidad civil nace ya sea por acciones u omisiones que se sujeten dentro de los requisitos señalados por la ley, en materia civil, no hay delitos nominados por el código civil reglamentos por el legislador, al igual que los principales contratos que se estipulan, la reglamentación es genérica. Por ende, al momento de producirse una mala práctica médica, por imprudencia o negligencia, aparece el elemento culpa que se encuentra dentro de la responsabilidad extracontractual producto de un hecho ilícito dando nacimiento a la obligación de reparar el daño, este hecho ilícito se debe determinar si es producto de dolo o culpa, si es por culpa, se encuadra en el campo de la responsabilidad extracontractual para ejercer la acción contra el médico para que repare el daño provocado civilmente.

4.- ¿La mala práctica médica es un riesgo asegurable?

El artículo 1 del decreto supremo 1147 define al contrato de seguro (Decreto Supremo 1147, 1963) “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“.

La finalidad del seguro es servir como una herramienta financiera en caso de riesgo, la aseguradora asume los gastos provocados por la pérdida económica. Como existe una incertidumbre, muchas personas por primas comparten esos gastos. Las compañías de seguros deben tener suficiente dinero en las cuentas para hacer frente a las pérdidas de los asegurados.

Estas compañías están expuestas a riesgos por ejemplo: tener muchos asegurados que reclamen su daño. Como no saben cuándo van a tener que indemnizar (por esa incertidumbre) las compañías de seguros se reaseguran, los reaseguros dan un soporte financiero.

Ahora bien, el artículo 4 del Decreto Supremo 1147 define riesgo: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del solicitante, asegurado o beneficiario, ni de la del asegurador y cuyo acaecimiento hace exigible la obligación del asegurado (Decreto Supremo 1147, 1963)”. Asunto que se va extendiendo para el caso del seguro de responsabilidad civil, por lo dispuesto en artículo 50 del decreto supremo 1147 el concepto se va ampliando, la mala práctica médica dentro del esquema de seguro de responsabilidad civil, se podría asegurar hechos, analizar como autónomos de la voluntad del asegurado, responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El seguro se convierte en una herramienta de protección del patrimonio del asegurado. El riesgo asegurado debe manifestarse en la misma póliza, y en este parámetro los riesgos que no son estipulados en la póliza, se entienden excluidos.

Es importante señalar que el riesgo que se asegura debe tener los siguientes requisitos: determinado, incierto, aleatorio, posible, licitud y valorable económicamente.

Con estos requisitos, debemos determinar si se encuadra la mala práctica médica como un riesgo asegurable para llegar a una conclusión final debemos estudiar que dicen los juristas acerca del tema. Según (Stiglitz, Derecho de Seguros, 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.” Es decir, el autor intenta dar a entender que el riesgo asegurado es todo incumplimiento del deber jurídico a proteger, además, para

que el riesgo sea cubierto, se debe revisar la eventualidad cubierta y el daño, si el daño no es cubierto por la póliza, la aseguradora daría una respuesta negativa al requerimiento del asegurado de cubrirle el daño causado.

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, Derecho de Seguros, 1991).

El riesgo asegurado es ese compromiso de responsabilidad que es producida por un evento dañoso. En la cual, primero la aseguradora revisa la reclamación del afectado, la deuda o compromiso, para posteriormente analizar si el hecho dañoso que produjo la deuda, es en relación al riesgo asegurable y finalmente si el presupuesto de hecho consta en las condiciones de la póliza.

Por tanto, se debe observar las condiciones generales en lo que se trata al riesgo asegurable; en lo referente a las exclusiones o limitaciones de la cobertura debe observarse las condiciones especiales; es decir, el riesgo asegurable engloba tanto el objeto del contrato de seguro, sus exclusiones y limitaciones que imponga la norma.

Es relevante que el asegurador tenga una visión clara de los términos del riesgo al que se vincula el médico, debido a que este riesgo es el punto esencial del contrato, al igual que las primas y valores asegurados. Además, no debemos olvidar que la individualización de la profesión es esencial en el contrato, debido a que cada actividad posee riesgos específicos y de acuerdo a la actividad se le asigna un valor indemnizable, por ejemplo, los médicos tienen más riesgos a cometer mala práctica médica, que los mismo auxiliares de la medicina.

De esta forma, en la responsabilidad civil del médico por mala praxis, el riesgo asegurable conlleva una excepción a la regla general, lo que se asegura es un acto ilícito, posteriormente se determina si el acto se produjo por culpa o dolo, es decir, determinando al profesional médico si ha causado un daño frente a tercero. Por ello, en los requisitos del riesgo asegurable se encuentra la licitud, esto se amplía más y se separa de la regla general de los requisitos del riesgo asegurable para el contrato de seguro. Siguiendo la teoría de Stiglitz, manifiesta que el riesgo cubierto por la aseguradora se configura por el evento dañoso que provoca el daño al tercero. En mi opinión se requiere el evento dañoso y que sea exigible para que la póliza sea ejecutable o pagada. Caso contrario no existiría responsabilidad.

Enfocándonos en el riesgo asegurable en el profesional de la salud, se puede determinar que el riesgo asegurable es esa actividad que realiza el médico y que puede producir una responsabilidad civil en contra del galeno, por su mala práctica médica.

Continuando con la investigación, es importante señalar que en el reclamo de indemnización por daños es facultad exclusiva del paciente o familiares en contra del profesional de salud, no puede una tercera persona pretender ejercer sus derechos en contra del galeno, si no consta como afectado directo. Es esencial mencionar que conforme lo señala el artículo 53 del Decreto Supremo 1147, el seguro de responsabilidad civil no brinda cobertura para terceros, los abogados debemos tener presente esta disposición para que al momento de litigar un caso como este, tengamos el conocimiento de dicha norma y poder defender de manera correcta al profesional de salud. Cuando el decreto hace referencia a terceros, alude concretamente al paciente o familiares, ya que estos son terceros perjudicados y la ley los excluye como beneficiarios de la póliza, ya que lo correcto, y lo explica la norma, es que el beneficiario es solamente el médico asegurado, es decir, elimina la posibilidad de que el tercero perjudicado o sus familiares inicien una acción frente a la aseguradora.

El papel del asegurador es que se mantenga indemne el médico conforme a las condiciones generales y específicas de la póliza. Para accionar la póliza de responsabilidad civil del médico es esencial: 1.- el hecho ilícito provoque daño al paciente. 2.- requiere el reclamo judicial del paciente perjudicado. 3.- el reclamo que

realiza el médico al asegurador, avisándole de la existencia del siniestro y requiriendo que se ejecute la cobertura, tal como lo manifiesta el artículo 53 del Decreto Supremo 1147.

Además, el asegurador no está en obligación a esperar a sea exigible judicialmente el evento dañoso para ejecutar la póliza. Basta que el asegurador, pida los documentos que prueben el daño o alguna inspección que verifique o corrobore el daño causado al paciente para que se proceda a la cobertura, siempre y cuando el daño se encuentre cubierta en la póliza.

En conclusión, verificando la normativa vigente en el Ecuador se puede decir que la mala práctica médica es un riesgo asegurable, por las siguientes razones es un hecho determinado, incierto, aleatorio, posible y valorable pecuniariamente. Lícito porque no se está asegurando la intención dolosa de negociar la libertad del médico por asesinar a una persona por mala praxis, ni la muerte del paciente, al contrario, se está asegurando los gastos que se va a producir en la demanda judicial ejercida por el paciente y la sentencia que dicte el juez por un valor indemnizatorio será cubierto por el asegurador, lo cual, en mi sano juicio se está defendiendo a un médico que se presume su inocencia hasta que se demuestre lo contrario y la misma Constitución de la República del Ecuador lo establece en su artículo 76 numeral 2.

Incluso para estar seguro si existe un seguro por mala práctica médica, realice una investigación in situ, para consultar con los abogados de departamentos jurídicos de las aseguradoras nacionales, si aseguran la responsabilidad civil por mala práctica médica y solo en una me dieron respuesta positiva que es la aseguradora Mapfre Atlas que cuenta con pólizas por mala práctica médica, lo que aseguran son los gastos que va incurrir en la defensa del médico.

Insisto, la mala práctica médica es un riesgo asegurable, como en otras legislaciones de avanzada en temas de seguros por ejemplo legislación española, argentina que ya tienen fórmulas para determinar el riesgo por una posible mala práctica médica.

5.- Póliza de seguro por mala práctica médica

5.1. Concepto de Póliza

Según la Real Academia de la Lengua Española la póliza es “Documento justificativo del contrato de seguros, fletamentos, operaciones de bolsa y otras negociaciones comerciales” (Rae, 2016). En mi opinión, la póliza es aquel documento en la cual se plasma en el contrato de seguro, todos los derechos y obligaciones que tiene el asegurado y la aseguradora, que son partes intervinientes en el contrato de seguro y contiene las condiciones reguladoras del seguro: condiciones generales, particulares y especiales.

La póliza de seguro, fija los términos y condiciones por las cuales el asegurado tiene la obligación de resarcir un hecho dañoso a cambio de pagar una cantidad de dinero al causarse la eventualidad estipulada en el contrato. El contratante del seguro se obliga a pagar su prima a cambio de la cobertura.

El Decreto Supremo 1147 en su artículo 7 establece que debe contener la póliza de seguro, es importante mencionar esta disposición debido a su eficacia reguladora, ya que podría conllevar a una nulidad contractual, si se excluye uno de ellos.

5.2. Elementos de la Póliza

La póliza de seguro está conformada por diversos elementos, que se establecen en el artículo 2 del Decreto Supremo 1147, son los siguientes:

1. El asegurador: Es la persona jurídica autorizada que asume los riesgos del asegurado, establecidos en el contrato de seguro.
2. El solicitante: Es aquella persona natural o jurídica que contrata el seguro, por cuenta propia o tercera estableciendo específicamente los riesgos que se traspasan al asegurador.
3. El interés asegurable: Es ese deseo que tiene el asegurado de conservar, proteger bienes de contenido patrimonial o extra patrimonial en relación al contenido económico que vincula al sujeto con el objeto.
4. El riesgo asegurable. Es el suceso incierto que se suscita en el contrato de seguro, sin que dependa de la voluntad de las partes intervinientes en la póliza.

5. El monto asegurado: Es la cantidad por la que se asegura.
6. La prima: Es el precio que se paga por el contrato de seguro.
7. La obligación del asegurador a indemnizar: Si el siniestro se encuadra en los términos de la póliza el asegurador tiene la obligación de pagar el monto asegurado al beneficiario.

5.3 Póliza de seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica

Dentro de la póliza de seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica se encuentra la estructura reguladora de la contratación del seguro, donde se establece las partes intervinientes, definiciones, objeto, prestaciones, cláusulas, delimitación geográfica, renovación automática del seguro. En el transcurso de la presente investigación iré explicando cada una de ellas.

Objeto

El objeto de la póliza del seguro, es la responsabilidad civil por mala práctica médica, por los daños personales, materiales, y sus daños causados involuntariamente frente a terceros por hechos que generen riesgos especificados en el certificado individual de la póliza.

Prestaciones

Las prestaciones que realizan las aseguradoras son realizadas dentro de los límites establecidos en el Certificado Individual de Seguro, siempre y cuando se haya pagado la prima.

Básicamente las aseguradoras se hacen cargos de las indemnizaciones a favor de los perjudicados que genere la responsabilidad civil del asegurado, asumiendo los gastos judiciales o extrajudiciales producto del siniestro, inclusive frente a reclamos infundados, siempre que el objeto del reclamo este cubierto por la póliza, también asumen los gastos de defensa del asegurado en los procesos criminales que le imputaran por hechos realizados involuntariamente dentro de los límites del riesgo objeto del seguro que tengan relación con una eventual responsabilidad civil cubierta dentro del contrato. De la misma manera, la aseguradora se hace cargo de las fianzas judiciales que son exigidas al asegurado por el accidente provocado. Es importante mencionar que en las pólizas de seguros de responsabilidad civil por mala práctica

médica, no se hacen cargo del pago de multas o sanciones consecuencias de su impago.

Delimitación temporal

Dentro de la póliza de seguro por mala práctica médica se encuentra determinada la cláusula de delimitación temporal, que consiste en la responsabilidad civil del asegurado derivada de los reclamos presentados por primera vez por un tercero ocurridos dentro de la vigencia de la póliza por mala práctica médica, en ninguna circunstancia la aseguradora asumirá la responsabilidad por encima del límite mencionado en el certificado de seguro.

Delimitación geográfica

Los actos que se hace cargo la aseguradora por los hechos dañosos provocados por el asegurador deben ser realizados en el territorio nacional.

Renovación automática

El seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica reviste el modo de renovación automática si no se ha dado aviso entre las partes contratantes con un preaviso de 30 días. Esto se realizará en base de los resultados dados en manera conjunta del colectivo profesional o distintos grupos de salud. En el caso, que hubiere oposición a la renovación automática, la prima aumenta su valor, el asegurador debe enviar una notificación escrita a la parte contraria que no desea suscribir la póliza dentro de 2 meses posteriores a la fecha de vencimiento.

En la misma póliza de seguro por mala práctica médica se establecen los riesgos cubierto que contiene el contrato de seguro, a continuación me referiré a la cobertura

6.- Cobertura

La cobertura según la Real Academia de la Lengua Española “es la acción de cubrirse de responsabilidad” (Rae, 2016), este concepto va acorde al contrato de seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica, leyendo varios artículos acerca de las coberturas que ofrecen las aseguradoras, desde mi punto de vista la cobertura es la protección que otorga las aseguradoras en el contrato de seguro y que básicamente se establecen en el mismo contrato, denominado póliza.

Riesgos cubiertos por la póliza de mala práctica médica

- 1.- Responsabilidad Civil Profesional
- 2.- Defensa Penal y Civil
- 3.- Inhabilitación Temporal Profesional
- 4.- Otras garantías.

La responsabilidad civil profesional se garantiza de forma directa o solidaria al asegurado de los actos propios que se le puedan imputar, a consecuencia del ejercicio de la profesión médica. Dentro de la póliza, se determina, cuales son las condiciones particulares inherentes a la póliza en el caso de responsabilidad civil profesional que son las siguientes:

- 1.- La elaboración de diagnósticos, consultas, certificados y aplicaciones terapéuticas.
- 2.- La ejecutividad de tipos de intervención quirúrgica en la cual sea el doctor autorizado de realizar.
3. Los daños causados a personas sometidas a tratamiento terapéutico.

En el contrato de seguro de responsabilidad civil por mala práctica médica las coberturas que tiene este contrato son las de defensa civil, defensa penal, recursos, contraataque.

Defensa civil

En el hipotético caso que se inicie un procedimiento civil frente al asegurado, producto de un siniestro, la póliza de seguro por mala praxis cubre lo siguiente:

- La defensa del Asegurado, el pago de los abogados y procuradores los asume la aseguradora.
- La constitución de fianza que fueren exigidas por el órgano jurisdiccional.
- La defensa del Asegurado por reclamaciones sin fundamento, la cobertura de la póliza tiene un límite del 10% del valor de la suma.

-El pago de las costas y otros gastos judiciales dentro del proceso civil.

Defensa penal

En el supuesto caso que se inicie un proceso criminal por culpa o negligencia contra el Asegurado, consecuencia de un siniestro la póliza cubrirá lo siguiente:

-La defensa en causa penales, cuando tengan relación con responsabilidad civil, la aseguradora asumirá los gastos de los abogados y procuradores.

-Constitución de fianza.

Recursos

La cobertura del seguro por mala praxis, en el caso que exista un recurso, el Asegurador resolverá sobre la conveniencia de recurrir ante el tribunal superior, si la aseguradora manifiesta que no lo haga y el asegurado lo presenta, próspera su recurso, la aseguradora, abona un 10% de la suma asegurada, sin que dicho monto supere en ningún caso a la condena previa. Y si el recurso no próspero el que responde por los gastos es el asegurador.

Contraataque

Otra de las coberturas que cubre el seguro por mala praxis es la reclamación por daños y perjuicios que causen al asegurado a consecuencia de demandas o querellas, interpuesta en su contra que atentan a su buen nombre en relación a su ejercicio profesional.

El límite de gastos jurídicos se determina \$6000 por año. La gestión extrajudicial y asesoramiento será a cargo de los abogados de la propia aseguradora, en este punto depende de las cláusulas de cada aseguradora, en este caso lo hacen para aprovechar el material humano que tiene la aseguradora y reducir gastos.

Inhabilitación temporal profesional

En esta parte de la cobertura por mala praxis médica, trata en el caso que hubiere una suspensión al profesional de la salud por su actuar médico, la aseguradora garantiza el pago de una indemnización mensual contratada en el supuesto que el asegurado sea condenado por sentencia judicial firme en un proceso penal, como lo establece el Código Integral Penal y siempre que dicha sentencia sea producto de un siniestro cubierto por la póliza.

La suma que aseguran las aseguradoras depende de la cobertura que será establecida en el Certificado Individual del seguro y hasta un máximo de 6 meses.

La cantidad que será dada por parte de la aseguradora no podrá sobrepasar los ingresos mensuales obtenidos por el médico en el ejercicio de su profesión durante los últimos doce meses anteriores a su condena.

Si el asegurado ha contratado con otras aseguradoras, el monto a pagar por la aseguradora se prorrateo entre las aseguradoras.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo investigativo, me he llevado la grata tarea de revisar normas jurídicas, doctrina relacionadas a la mala práctica médica. Al inicio de la investigación tenía varias interrogantes en el tema, a medida que investigaba, me empapaba más. Con gran esmero he llegado a la conclusión que la mala práctica médica es un riesgo asegurable, por las siguientes razones, primero cuenta con los requisitos del riesgo que son los mencionados en el capítulo del riesgo asegurable, segundo lo que se busca es asegurar los bienes patrimoniales del médico en proceso legales que pudieren verse afectados, entonces lo que se intenta asegurar son los gastos legales que va a soportar el médico en el pleito legal, podrían refutarme mi idea, contradiciendo que lo que se está asegurando es un acto ilícito, pero según la constitución en el artículo 76 numeral 2 señala que se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario, en este caso el médico es inocente hasta que tenga un sentencia firme que determine su responsabilidad civil o penal por mala práctica médica.

Con respecto a qué orbita se encuadra la mala práctica médica, en conclusión ubico a la mala práctica médica en la responsabilidad extra contractual, por la siguientes razones, la responsabilidad civil nace ya sea por acciones u omisiones que se sujeten dentro de los requisitos señalados por la ley, en materia civil, no hay delitos nominados por el código civil reglamentos por el legislador, al igual que los principales contratos que se estipulan, la reglamentación es genérica. Por ende, al momento de producirse una mala práctica médica, por imprudencia o negligencia, aparece el elemento culpa que se encuentra dentro de la responsabilidad extracontractual producto de un hecho ilícito dando nacimiento a la obligación de reparar el daño, este hecho ilícito se debe determinar si es producto de dolo o culpa, si es por culpa, se encuadra en el campo de la responsabilidad extracontractual para ejercer la acción contra el médico para que repare el daño provocado civilmente.

Se evidencia que en la actualidad existen pólizas por mala práctica médica, y es más sencillo tanto para el profesional como para el paciente que un tercero esto es, la aseguradora, tenga que indemnizar al paciente por los daños ocasionados, evitando la disminución patrimonial del médico y la de su familia. Una de las aseguradoras que

prestan este tipo de póliza en el Ecuador es Mapfre Atlas, lo verifique con una investigación in situ.

BIBLIOGRAFÍA/REFERENCIAS

Abeliux, R. (1971). *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editores López-Viancos.

Aguiar, R. (1996). *Derecho Médico*. Caracas: Livrosca.

Aguiar, R. (1996). *Derecho Médico*. Caracas: Livrosca.

Borda, G. (1993). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Perrot.

Decreto Supremo 1147. (7 de Diciembre de 1963). *Decreto Supremo 1147*. Ecuador: Registro Oficial.

Granados, J. M. (2006). *El seguro de responsabilidad*. Rosario: Universidad de Rosario.

Guevara, R. A. (1996). *Derecho Médico*. Caracas: Lyvrosca.

Picazo, L. D. (1989). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.

Rojas, N. (marzo de 15 de 2011). *El caso del Dr. Helie*. Obtenido de <http://galerianocturna-triplex.blogspot.com/2011/03/el-caso-del-dr-helie.html>

Sessarego, C. (2011). *Responsabilidad Civil médica y el consentimiento informado*. Lima: Motivensa.

Solano, J. (12 de septiembre de 1999). *scielo*. Obtenido de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200006

Stiglitz, R. (1991). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Perrot.

Stiglitz, R. (1991). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Perrot.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Unda Núñez, Cristian Arturo**, con C.C: # 0925049439 autor del trabajo de titulación: **La responsabilidad civil por mala práctica médica frente a terceros, riesgo asegurable** previo a la obtención del título de **Abogado** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **24 de Agosto** de **2016**

f. _____

Nombre: **UNDA NÚÑEZ, CRISTIAN ARTURO**

C.C: **0925049439**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Responsabilidad civil por mala práctica médica frente a terceros, riesgo asegurable		
AUTOR(ES)	Cristian Arturo Unda Núñez		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. María José Blum Moarry		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	(24) de (agosto) de (2016)	No. DE PÁGINAS: 30	DE 33
ÁREAS TEMÁTICAS:	Seguros, Civil, Obligaciones		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Responsabilidad civil, póliza, riesgo asegurable, asegurador, asegurado, solicitante, mala práctica médica, contrato de seguro		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): El presente artículo tiene como objetivo analizar hasta qué punto la mala práctica médica puede ser considerada como un riesgo asegurable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Asimismo, determinar en qué esfera de responsabilidad podría se enmarca, si contractual o extracontractual. Por último, se mostrarán sus respectivas sanciones, así como se identificarán directrices o características que puedan sustentar a la mala práctica médica como un riesgo asegurable.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-0969664940	E-mail: cristianunda93lz@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ab. Maritza de Wright		
	Teléfono: +593-4-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			