

# SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES

## Medical liability insurance. Some current issues

MARÍA FABIANA COMPIANI<sup>1</sup>

Revista de Derecho del Sistema Financiero 1  
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.01.08.2021>  
Marzo 2021  
Págs. 275–328

**RESUMEN:** La cuestión del seguro de mala praxis profesional médica continúa siendo uno de los temas de indudable interés para los operadores del derecho, tanto en razón del continuo aumento de los reclamos indemnizatorios, como por las nuevas fisonomías que exhibe la responsabilidad civil médica en el moderno derecho de daños y, en especial, por los interrogantes y conflictos que ofrece su aseguramiento en la actualidad.

**ABSTRACT:** The question of medical professional malpractice insurance continues to be one of the subjects of undoubted interest for law operators, both due to the continuous increase in compensation claims, and due to the new features that medical civil liability exhibits in modern law of damages and, especially, by the questions and conflicts that its insurance offers at present. The scarcity of the existing coverage

1. Egresada con el título de abogada de la Universidad del Museo Social Argentino, Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Económicas. Premio Editorial El Derecho del período lectivo de la Universidad. Profesora Adjunta regular por concurso de la asignatura Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora en Posgrado en Derecho de Daños, en el de Salud, en la Maestría en Magistratura y en el Intensivo en Derecho de Seguros, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta del Posgrado en Derecho de Daños, en Seguros y en la Maestría en Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesora en la Diplomatura de Derecho de Seguros, de Consumidores y de Derecho de Salud de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del Seguro, rama nacional de AIDA en el bienio 2018/2020 y reelegida para el 2020/2022. Vicepresidente 2 de la Asociación Dirigentes de Empresa. Autora de artículos e investigaciones en Derecho de Daños, del Consumidor y de Seguros.

La escasez de las coberturas existentes y, en muchos casos, la insatisfacción de su funcionamiento, justifican su permanente tratamiento y actualización.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad civil médica, Seguro, Límites económicos, Exclusiones de cobertura, Normas deontológicas, Obligatoriedad.

and, in many cases, the dissatisfaction of its operation, justify its permanent treatment and updating.

**KEYWORDS:** Medical civil liability, Insurance, Economic limits, Coverage exclusions, Ethical standards, Mandatory.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. LAS RAZONES DEL INCREMENTO DE LAS DEMANDAS POR MALA PRAXIS PROFESIONAL. II. ALGUNAS ESTADÍSTICAS EN ARGENTINA. III. EL SEGURO CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. IV. LOS LÍMITES ECONÓMICOS DEL SEGURO: SUMA ASEGURADA Y FRANQUICIA. V. LA SUMA ASEGURADA COMO LÍMITE DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR. VI. LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO Y LOS DESFASAJES QUE PRODUCE LA INFLACIÓN. EL PRINCIPIO NOMINALISTA Y LA PROHIBICIÓN DE INDEXAR. LA NECESIDAD DE LA ADECUACIÓN DE MONTOS. VII. LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR COMO DEUDA DE DINERO. VIII. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES INTENTAN REMEDIAR LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA DESVALORIZACIÓN DE LA MONEDA DEL CONTRATO. IX. LA DIRECCIÓN DE LA LITIS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR EN LA NEGLIGENTE DEFENSA. X. LA CUESTIÓN EN LA COBERTURA DE MALA PRAXIS MÉDICA. XI. LAS SOLUCIONES POSIBLES Y LAS DESEABLES. XII. EL RIESGO ASEGURADO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. XIII. LA PREVENCIÓN DEL RIESGO PROFESIONAL. XIV. OTROS IMPACTOS CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. XV. LA CLÁUSULA «CLAIMS MADE» Y LA CUESTIÓN DE SU ILEGITIMIDAD. XVI. DELIMITACIÓN CAUSAL: EL ASEGURAMIENTO DE LA CULPA GRAVE. XVII. LAS PRINCIPALES EXCLUSIONES DE COBERTURA. XVIII. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS Y LA EXCLUSIÓN DE COBERTURA POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEY. XIX. ¿ASEGURAMIENTO OBLIGATORIO?. XX. COLOFÓN. XXI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN. LAS RAZONES DEL INCREMENTO DE LAS DEMANDAS POR MALA PRAXIS PROFESIONAL

Desde hace casi cincuenta años se advierte en Argentina, como también aconteció en otras latitudes<sup>2</sup>, el incremento en grado significativo de las demandas de responsabilidad civil contra los profesionales, enderezadas en un principio contra los médicos y extendida luego a otras profesiones (escribanos, abogados, contadores, etc.), reclamando indemnización del daño atribuido a mala praxis profesional. Podemos identificar algunas de sus posibles causas:

a) El abandono de la tesis que consagraba la irresponsabilidad de la conducta del profesional, basado en la incertidumbre existente en las ciencias denominadas blandas donde no puede prometerse certeza acerca no

2. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente”, en la obra de De Angel Yagüez-Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Estudios de Responsabilidad Civil*, en homenaje al Profesor Roberto Lopez Cabana, Ciudad Argentina-Depalma, Bs. As., 2001, p. 121.

sólo del diagnóstico o consejo o prestación exigible, sino tampoco en el tratamiento o seguimiento del paciente, que tornan imposible cualquier respuesta de carácter definitiva<sup>3</sup>. En este sentido, se alega que el profesional no debe ni puede asegurar el resultado de su prestación, la que depende en un cierto grado de la propia evolución de la enfermedad del paciente, su cooperación, los medios disponibles, lo que es distinto en cada caso.

En la actualidad, si bien se comprende que el profesional deberá asumir una obligación de medios, ello no impide que se valore la prestación a su cargo con el estándar común de la culpabilidad apreciable con un criterio concreto (arts. 1768, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación)<sup>4</sup>. No hay lugar en la responsabilidad civil profesional, por ser tal, para “*culpas pequeñas*”<sup>5</sup>. Ellas no se encuentran justificadas.

b) A lo expuesto se suma, el particular fenómeno por el que ha atravesado concomitantemente la teoría general de la responsabilidad civil: ha cambiado la óptica del abordaje de su estudio, desde el ángulo exclusivo del victimario hacia el del damnificado, aunque sin excluir al primero; en esta orientación, hoy se aborda en primer lugar las consecuencias dañosas injustamente sufridas, antes que la injusticia existente en su causación. Ello ha provocado no sólo la viabilidad de la reparación de nuevos daños, sino también su admisión en hipótesis en las que clásicamente se negaba la indemnización por no resultar reprochable el accionar del ahora indicado como responsable<sup>6</sup>.

c) Una razón de gran predicamento es, sin duda, la revalorización que ha merecido el contenido del contrato profesional, esto es, la prestación de un servicio, necesario en el desarrollo de la vida moderna y, relacionado con la preservación de la salud, de la integridad sicofísica del sujeto, de sus derechos económicos, todos ellos derechos personalísimos que hoy se reconocen como amparados constitucionalmente<sup>7</sup>. Ello a la vez que restringe el ámbito de actuación de la autonomía privada, resulta en la conclusión que

3. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “De la causalidad a la causalidad en la responsabilidad médica (lo desconocido y las causas subyacentes)”, en la *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los profesionales de la salud*, 2003-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 10.

4. BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2da. ed. act., tomo 2, Hammurabi, Bs. As., 1994, p. 118.

5. *Cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el menor descuido o la leve negligencia, adquiere una dimensión especial, que le confiere una singular gravedad*” (Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, 07.03.97, “Saavedra, Beba E. y ots. c/ MCBA”, JA 1998-II, pág. 425). “El médico incurre en la culpa común, que supone una noción singular, invariable y genérica acorde con el principio fluyente del art. 512 Código Civil” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, 02/12/2004, Prieto, Norma N. v. Clínica Cruz Celeste S.A.C. y M., 70036831).

6. ALTERINI, Atilio A.-LOPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires-Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, p. 12.

7. KRAUT, Alfredo J., *Los derechos de los pacientes*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987, p. 69.

la mengua de esos derechos subjetivos es económicamente indemnizable, dada su valorización para el Derecho.

d) También se predica que el aumento de los juicios de mala praxis profesional es una consecuencia de la masificación y burocratización del servicio de salud, que resta tiempo al estudio del paciente, imponiéndose al profesional la mecanización de una atención en serie, lo que resiente el diálogo y la confianza necesarios entre el profesional y el paciente. La mala comunicación, su escasa calidad o, directamente, la ausencia de ella derivan en situaciones de incomprensión del paciente acerca de lo realmente acontecido y, su consecuente enojo, antecede a la demanda de responsabilidad civil profesional<sup>8</sup>.

e) Indudablemente unido a lo anterior, se advierte la jerarquía que se ha asignado al deber de información, antaño deber secundario de conducta que asumía el deudor. Hoy se advierte que cuando antes se declaraba la irresponsabilidad del profesional por inexistencia de mala praxis, ahora se lo condena por defecto del deber de información acerca de otros procedimientos disponibles y/o de los riesgos existentes en el tratamiento prescripto por el profesional<sup>9</sup>. En ellos, la ausencia de consentimiento informado del paciente derivará en la responsabilidad profesional, más allá de la discusión acerca de la extensión de la reparación o de la admisión de un denominado daño intermedio.

f) Es claro, por otra parte, que el aumento de los reclamos por mala praxis profesional tiene relación con la extensión del acceso a la justicia, conquista de los derechos individuales que ha posibilitado mediante diversos mecanismos procesales (amparo, beneficio de litigar sin gastos, patrocinios gratuitos, etc.) que muchos puedan acceder a la jurisdicción en reclamo de la afectación de cualquiera de sus derechos. Esto es, se asiste en nuestro sistema de justicia a un aumento constante de la litigiosidad que no puede justificarse sólo por la mayor complejidad de la vida moderna, sino que tiene relación con el más amplio acceso por los particulares al conocimiento y ejercicio de sus derechos ante los estrados del Tribunal.

Seguramente, hay otras razones que sumadas a las expuestas dan como resultado la situación descrita: el incremento de demandas por mala praxis profesional. La tendencia es sin duda hacia un mayor incremento de esas demandas, al amparo de un mayor acceso a la justicia, de la acentuación del conocimiento y ejercicio de sus derechos por los particulares.

8. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad civil del médico", en *Seguros y Responsabilidad civil*, nro. 2, Astrea, Bs. As., 1983, p. 32.

9. ALBANESE, Susana, "El derecho de los pacientes a recibir información", comentario a fallo de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, del 28.12.93, "P, R.H. C/ Estado Nacional", en *Daños. La responsabilidad civil por mala praxis profesional*, El Derecho-Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 121.

## II. ALGUNAS ESTADÍSTICAS EN ARGENTINA

En el sistema de salud argentino se producían más de 350.000 consultas y 8.000 internaciones hospitalarias por día. En promedio, sólo dos de ellas generaban demandas por presunta mala praxis.

Ejercen la profesión más de 200.000 médicos, de los cuales el 7,2% ha sido demandado alguna vez por presunta mala praxis profesional. Más de la mitad de las demandas no prosperan. A su vez, entre las que sí lo hacen la mitad genera condenas y la otra mitad arriba a conciliaciones.

Dos de cada diez médicos cuentan con esquemas de protección, ya sea seguros o fondos solidarios.

Una de cada tres demandas se realiza contra profesionales o instituciones no asegurados. De ellos, los casos conciliados suelen representar a su vez una cuarta parte de los demandados y se concilian por importes relativamente menores<sup>10</sup>. El 60% de las demandas de mala praxis se concentran en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Conurano Bonaerense (40 municipios que componen la denominada región AMBA donde viven más de 14.500.000 de personas).

Las especialidades que reciben el mayor número de reclamos son la Tocoginecología (Ginecología y obstetricia), la Traumatología, la Cirugía Plástica y Cirugía General. También resultan destacables por la señalada cuantía de los reclamos en razón de la severidad de las lesiones que acarrean, las especialidades de Anestesiología y Neurociencia, aunque con menor frecuencia que los primeros.

La envergadura económica del juicio de mala praxis pone en riesgo no sólo los ingresos actuales del médico, sino que puede comprometer la totalidad del patrimonio presente y futuro. A ello se suma el desequilibrio emocional (individual y familiar) del profesional: puede derivar no sólo en la alteración del ánimo para el ejercicio de su profesión, sino comprometer su relación con el entorno familiar y social. Todo ello deriva en la alteración del libre ejercicio de la profesión del médico que se traduce en el ejercicio de la medicina a la defensiva. Es frecuente observar que tras recibir una demanda de mala praxis profesional, o tener conocimiento del caso de un colega, el médico se vea influido en su ejercicio profesional, de forma de extremar su recelo con el paciente y sus familiares.

Esta realidad exige concluir en la necesidad no sólo de revisar las causas de la creciente litigiosidad en materia de mala praxis médica, sino también en el desarrollo de estrategias para evitar el aumento exponencial de juicios, ejerciendo su prevención y en la promoción de sistemas de cobertura de los médicos.

10. Información cedida por Consure Consultora Actuarial a cargo de Sara Liberman (sliberman@consure.com.ar).

### III. EL SEGURO CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

En este escenario, se observa como experiencia universal que el riesgo individual del autor de un daño puede ser sustituido a través de mecanismos colectivos que permiten colocar en el lugar del obligado al asegurador de éste, quien soporta los efectos resarcitorios, mediante el empleo de los fondos comunes generados por la acumulación de primas de seguro. Todo ello fundado en leyes estadísticas. El seguro surge pues como una alternativa solidarista, una herramienta eficaz dado el cuadro de situación trazado ut supra, que tiene la ventaja para el autor del ilícito de eludir las consecuencias dañosas que se le atribuyen y, desde el punto de vista del damnificado, lograr el resarcimiento aminorando el riesgo por la eventual insolvencia del obligado<sup>11</sup>.

A ello se suma la muy importante tarea de prevención que puede realizarse a poco de conocer cuáles son los riesgos más comunes a los que se expone el profesional, incentivando la atención de éste a través de la imposición de cargas específicas (acerca de cómo debe confeccionar y custodiar la historia clínica, documentar debidamente el consentimiento informado, etc.), franquicias, incremento de las primas, etc. Todo ello importa reconocer al seguro contra la responsabilidad civil una connotación social y tuitiva<sup>12</sup>.

Se define como un contrato por el cual el asegurador se obliga a mantener indemne al médico asegurado por cuanto deba a un tercero (paciente o en caso de su muerte, los herederos) en razón de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) por mala praxis profesional en que incurra, a consecuencia de un hecho acaecido, actuando en la especialidad, durante el plazo convenido en el contrato (arg. art. 109 Ley de Seguros 17.418).

Tal como está regulado en el art. 109 de la Ley de Seguros, el seguro contra la responsabilidad civil es un seguro de “indemnidad”<sup>13</sup>, en consecuencia el asegurador deberá abonar, en la medida del seguro, el reclamo del tercero o la condena judicial que se dicte contra el asegurado, sin necesidad de que éste último haya tenido que hacerla efectiva y solicitar su reembolso.

Asimismo, este seguro en el régimen argentino es en base a la “ocurrencia” del hecho dañoso, ya que la obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado nace a consecuencia de un hecho ocurrido en el plazo convenido aunque el reclamo se formalice con posterioridad a la finalización de la vigencia de la póliza.

11. TRIGO REPRESAS, Félix A-STIGLITZ, Rubén S., *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 33.

12. ALTERINI, Atilio A.-AMEAL, Oscar J.-LOPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones”, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, nro. 472 p. 209.

13. LOPEZ SAAVEDRA, Domingo, *Ley de Seguros. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 529.

El riesgo se halla constituido por la eventualidad de la aparición en el patrimonio del asegurado de la deuda de responsabilidad surgida de su accionar médico. El siniestro se configura cuando se concreta el riesgo y se verifica una deuda de responsabilidad a consecuencia del hecho ilícito dañoso imputado al asegurado ocurrido durante el término de vigencia material del contrato. En los términos del art. 109 de la Ley de Seguros el asegurador asume su compromiso de indemnidad con total independencia de que el reclamo efectuado por el tercero se deduzca durante la duración material del contrato o posteriormente, siempre que la pretensión no se encuentre extinguida por prescripción.

El 31 de enero de 1980 la Superintendencia de Seguros de la Nación aprobó la Resolución general 15.517 por la que se autorizó las condiciones especiales del seguro contra la responsabilidad civil profesional para médicos<sup>14</sup>. Es decir, que desde comienzos de la década del 80 y prácticamente con el auge de la responsabilidad médica, se ha venido desarrollando la herramienta que tiende al resguardo del patrimonio del médico.

No obstante tratarse de un foco de interés que ha sido transitado por la doctrina, la actualidad del fenómeno, el incremento de su tratamiento jurisprudencial, la escasez de las coberturas existentes y, en muchos casos, la insatisfacción de su funcionamiento, justifican su permanente tratamiento y actualización.

#### IV. LOS LÍMITES ECONÓMICOS DEL SEGURO: SUMA ASEGURADA Y FRANQUICIA

La obligación que asume el asegurador de mantener indemne al asegurado frente al reclamo del tercero no es ilimitada sino que, por el contrario, reconoce los límites que resulten de los términos, condiciones, exclusiones y de la suma asegurada que las partes hayan acordado en el respectivo contrato de seguro, todo ello dentro del principio de la autonomía de la voluntad, si bien con las limitaciones que impone el orden público jerarquizado en el art. 158 de la ley 17.418.

La Superintendencia de Seguros de la Nación ha fijado tales límites mínimos mediante la Resolución n.º 35.467 del 30 noviembre de 2010 (vigente para los contratos que se emitan o renueven a partir del 1.º de enero de 2011, art. 5), tanto para seguros individuales como colectivos, estableciendo que la suma asegurada no puede ser inferior a pesos ciento veinte mil pesos (menos de U\$S 2.000, según la cotización oficial de la

14. El art. 1 de la citada Resolución 15.517 establece “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derechohabiente del mismo en razón de la responsabilidad civil contractual o extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico, según consta en la habilitación correspondiente otorgada por la autoridad competente, y actuando en la especialidad o especialidades que se detallan en las condiciones particulares”.



moneda extranjera dispuesta por el Banco Central de la República Argentina) por año, evento y profesional cubierto (art. 2 a). Se aclara que, en forma individual o colectiva, podrán contratarse libremente seguros de responsabilidad profesional médica que contemplen condiciones de cobertura superiores a la estipulada en el artículo 1.º, en la medida que las respectivas condiciones técnicas y contractuales se encuentren autorizadas previamente por esta autoridad de control (art. 4). En estos casos, los contratos poseen tanto un límite máximo por evento como otro total anual (los que pueden ser modificados mediante endosos).

El límite no comprende los gastos y costas judiciales (arts. 110 y 111 Ley 17.418), los que son debidos por el asegurador por encima de la suma asegurada ya que integran la indemnidad debida por éste al asegurado<sup>15</sup>. Los gastos y costas sólo deben ser atendidos por el asegurador si cumplen con dos condiciones: su necesidad y proporcionalidad (art. 111 ley 17.418). Son debidos en la misma medida que el asegurador debe soportar el daño<sup>16</sup>.

Entre los gastos del proceso, los más relevantes son los honorarios del abogado del asegurado que se encuentran comprendidos dentro de la indemnidad debida por el asegurador, aún cuando la aseguradora haya desarrollado una actitud renuente en asumir la dirección del proceso. En ese caso, debe oblar, asimismo, todas las sumas cuyo pago corresponde afrontar al asegurado para su defensa<sup>17</sup>. Puede suceder que la aseguradora se encuentre en estado falencial en cuyo caso se discute si los honorarios del abogado designado por el asegurador son ejecutables contra el asegurado<sup>18</sup>. La mayoría de la jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa<sup>19</sup>.

En cuanto a la defensa en causa penal, las costas son debidas sólo cuando el asegurador asuma la defensa penal del asegurado [art. 110, inc. b) ley 17.418]. El asegurado puede confiársela o no al asegurador, gozando de absoluta libertad de elección de su abogado.

En cuanto a la franquicia, en el contrato de seguro contra la responsabilidad civil, constituye un supuesto de “*fracción del riesgo no cubierta*”. Una de sus finalidades es estimular el compromiso del asegurado en la

15. Cámara Nacional Comercial, Sala E, 30.08.96, JA 1997-I, 644.

16. Cámara Nacional Comercial, sala D, 25.08.95, “Cattorini Hnos. c/ El Cabildo Cía. de Seguros”, LL 1997-B, 573.

17. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 15.6.87, “Maluccio c/ La Nueva”, JA 1988-II, 89.

18. En sentido afirmativo, los honorarios son ejecutables contra el asegurado, se ha pronunciado Cámara Nacional en lo Civil, sala H, 18.09.91, JA 1993-II, 111; Sala A, 21.12.01, “Vieyra”, LL 2002-A, 590.

19. No son ejecutables contra el asegurado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 05.10.93, JA 1995-I, 18; Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28.02.95, JA 1995-II, 669. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en este sentido el 11.11.97, “Papetti” Fallos: 320:2447; 20.8.98, “Mollo” Fallos: 321: 2263; 9.4.02, “Quinteros” Fallos: 325: 607.



prevención del siniestro. También apunta a liberar al asegurador de los daños minúsculos o insignificantes, aligerándolo de la indemnización de los que no superen dicha base mínima. En esta orientación, en la producción de siniestros carentes de envergadura, los denominados “*pequeños siniestros*” identificados por la existencia de daños por un monto inferior a una cifra predeterminada, facilita la gestión empresarial y suprime costos administrativos de mayor cuantía que el siniestro mismo<sup>20</sup>.

La franquicia puede ser simple o condicional cuando libera al asegurador de la cobertura de siniestros cuya entidad económica no supere cierto importe. Si lo supera, el asegurador deberá cubrir todo el daño. En cambio, la franquicia es absoluta o incondicional cuando se fija en un importe o porcentaje determinado que se deduce de la indemnización debida, cualquiera sea su cuantía. Puede neutralizarse mediante el pago de una sobrepriima. Por su parte, el descubierto obligatorio es la franquicia impuesta obligatoriamente y no es factible de ser removido mediante su cobertura asegurativa. Todas estas variantes se encuentran presentes en el mercado argentino de seguros.

El artículo 118-3 de la ley 17.418 prevé que la sentencia de condena que se dicte contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador “*en la medida del seguro*”, debiendo ello entenderse como delimitación del riesgo, lo que incluye la entidad cuantitativa referida a los límites económicos de garantía asegurativa, entre los que se halla, por lo explicado la franquicia<sup>21</sup>. Asimismo, en el seguro contra la responsabilidad civil, la franquicia opera como defensa anterior al siniestro y, por tanto, oponible al tercero damnificado (arg. art. 118, párr. 3.º, ley 17.418)<sup>22</sup>.

Ello así, con el límite de la razonabilidad de la franquicia<sup>23</sup>, que para el caso puntual del seguro contra la responsabilidad civil médica fue fijado en un porcentaje no mayor al 5% de la suma asegurada<sup>24</sup>.

20. STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, 6.ª ed. act.y ampl., La Ley, Bs. As. 2008, t. III, nro. 1155, p. 311.

21. CSJN, 08/08/2006, Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña S.A. y otros, La Ley Online, AR/JUR/5332/2006).

22. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02.10.90, JA 1990-IV, 953; 29.08.06, “Villareal c/ Fernandez”, LL 2006-F 118.

23. Para el caso del transporte ferroviario el máximo Tribunal convalidó la declaración de nulidad de la franquicia por volar el derecho de la víctima a la reparación plena del daño: “*Corresponde desestimar la queja interpuesta contra la sentencia que declaró la nulidad absoluta de la cláusula que limitaba la responsabilidad de la aseguradora en la medida de la franquicia del seguro... reconocer que cuando se ha estipulado una franquicia se afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente, principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados*” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/10/2009, “Ortega, Diego Nicolás c. Transporte Metropolitano General Roca S.A.”, RCyS 2009-XI, 112, LL 12/11/2009, 6 – DJ 30/12/2009, 3707).

24. La franquicia no puede exceder del cinco por ciento (5%) de la suma asegurada (inciso b del art. 2 de la Resol. SSN 35.467).

## V. LA SUMA ASEGURADA COMO LÍMITE DE LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR

Como derivación inescindible de la asunción del riesgo por el asegurador, resulta su obligación principal que se halla constituida por el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida si ocurre el evento previsto (arts. 1.º y 61, l 17.418). Tanto el resarcimiento como el cumplimiento de la prestación convenida se traducen en una única expresión: pago que, como tal, integra el objeto del contrato y en el caso del seguro porta un límite constituido, en principio, por la suma asegurada “*salvo que la ley o el contrato*” dispongan lo contrario (art. 61).

En consecuencia, la obligación principal del asegurador se halla configurada por el pago de la suma asegurada hasta el límite acordado por las partes. En los seguros de daños patrimoniales el pago de la suma asegurada se hallará constituido por el daño patrimonial provocado en relación de causalidad adecuada por el siniestro en la medida o hasta el monto de la suma asegurada (arts. 61).

En los seguros contra la responsabilidad civil, la suma asegurada constituye el quantum máximo por el que debe responder el asegurador por cada siniestro que pueda acaecer durante la vigencia del contrato de seguro, cualquiera resulte el número de responsables o la forma de la reparación o la diversidad de los daños que acaezcan. Todos ellos conforman el siniestro único (art. 119, ley 17.418).

La expresión “*en la medida o hasta el monto de la suma asegurada*” expresa: (a) los alcances del derecho del asegurado y la obligación principal del asegurador; (b) tal como lo han acordado las partes en el marco de la autonomía de la voluntad al que le sirve de límite; (c) principio resarcitorio que impide admitir, por reprochable; (d) el enriquecimiento sin causa del asegurado<sup>25</sup>.

En síntesis, la función de la suma asegurada señalada en la póliza indica el monto máximo que debe pagar el asegurador, no determinando el valor a indemnizar, sino que exige del asegurado la prueba del daño efectivamente sufrido.

En el seguro contra la responsabilidad civil, la indemnidad es debida por el asegurador en la medida del daño irrogado y hasta el límite de la suma asegurada. La indemnidad atiende a la acepción que la identifica como un “*estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio*”<sup>26</sup>. Apunta conceptualmente al mantenimiento de la integridad o incolumidad del patrimonio del asegurado<sup>27</sup>. Por cierto, es el asegurador quien invoca

25. CNCom., Sala D, 14/04/1998, “Kadrimar SA c. Suizo Argentina Cía. de Seg.”, DJ, 1999-1-448.

26. “Diccionario de la lengua española”, 20.<sup>a</sup> ed., p. 766.

27. SIGNORINO BARBAT, Andrea, “Los seguros de responsabilidad civil”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 80.

tal limitación sobre quien pesa la carga de la prueba de su existencia (art. 377, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>28</sup> ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión del límite de la condena al asegurador en el seguro contra la responsabilidad civil. El tribunal cimero sostuvo que la causa de la obligación resulta ser el contrato convenido entre las partes y que fue en virtud de dicho convenio que la empresa aseguradora fue traída a juicio, en la oportunidad prevista por el ordenamiento procesal vigente, por lo que la ausencia de un específico señalamiento del límite de la cobertura no impide su admisión cuando el mismo se encuentra debidamente acreditado en la causa mediante la prueba ofrecida y producida regularmente<sup>29</sup>.

Lo expuesto no empece como quedó dicho que por sobre las sumas aseguradas, el asegurador deba las costas del proceso, de acuerdo a la denominada regla proporcional. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló “... *Que si bien es cierto que la Ley 17.418 expresa que la finalidad del seguro de responsabilidad civil consiste en `mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato` (art. 109) y que `la garantía del asegurador comprende los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero` (art. 110, inc. a), también lo es que `si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción` (art. 111, segunda parte)<sup>30</sup>”.*

## VI. LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO Y LOS DESFASAJES QUE PRODUCE LA INFLACIÓN. EL PRINCIPIO NOMINALISTA Y LA PROHIBICIÓN DE INDEXAR. LA NECESIDAD DE LA ADECUACIÓN DE MONTOS

Las obligaciones de dar sumas de dinero son aquellas en las que el objeto, desde el nacimiento de la obligación, es la entrega de una suma de dinero. Se debe dinero y se paga con dinero. El dinero está in obligatione (porque es lo que se debe) e in solutione (porque con dinero se paga).

En cambio, las obligaciones de valor son aquellas en las que el objeto de la obligación es un valor abstracto o utilidad, constituido por bienes,

28. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/11/2015, “Fernández, Gustavo G. y ot. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y ot. s/ daños y perjuicios” (Fallos 338:1252).

29. El máximo Tribunal estableció que las obligaciones que se atribuyen al asegurador no deben serle impuestas más allá de los términos pactados en la póliza, pues la misma ley 17.148 (el art. 118, 3.º párr. señala que la sentencia hará cosa juzgada respecto al asegurador y puede ejecutarse contra él en la medida del seguro) establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones y en dicho instrumento se determinan los alcances y límites de la garantía debida (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 338:1252).

30. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18.11.2015, “Buján, Juan Pablo c/ Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia LSM y ots. S/ Daños y perjuicios”, DJ 09/03/2016, 21 con nota de STIGLTIZ, Rubén S.-COMPIANI, María F., RCyS 2016-VII, 177; RDCO 277, 340; Cita Online: AR/JUR/48696/2015).

que habrá de medirse en dinero, al momento del pago. Se debe un valor y se paga con dinero al tiempo del cumplimiento. El dinero no se encuentra in obligatione (porque se debe un valor), aunque sí lo está in solutione (porque dicho valor se traduce en dinero y se cumple a través de él). Ejemplo típico de la deuda de valor ha sido la indemnización de daños y perjuicios<sup>31</sup>.

La distinción tiene razón de ser, para algunos, en que sólo las deudas dinerarias quedan sujetas al principio nominalista y, por tanto, son insensibles a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Por tanto, no son actualizables ante un fenómeno de depreciación (art. 765, Cód. Civ. y Com.). En cambio, en las deudas de valor la actualización siempre será posible, pues el dinero sólo representa el valor del bien debido al tiempo de cumplimiento (art. 772, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, para un sector de la doctrina nacional su distinción con las obligaciones de valor no es ontológica<sup>32</sup>, y prueba de ello es que en épocas de inflación la doctrina y la jurisprudencia interpretativa fueron ensanchando el ámbito de estas últimas para admitir su reajuste por depreciación monetaria.

La Ley de Emergencia Pública (ley 25.561) ratificó la vigencia de la prohibición de actualización por depreciación monetaria y el empleo de las denominadas cláusulas estabilizadoras que había sido dispuesta por los arts. 7.º y 10 de la ley 23.928 (Ley de Convertibilidad).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteradamente, ha señalado la constitucionalidad de tales normas<sup>33</sup>. Sin embargo, destacamos que la Corte ha señalado que lo que prohíbe dicha legislación es la actualización utilizando índice de precios, más no la adecuación de un monto (en el caso, la determinación del monto mínimo que condiciona la admisibilidad de la apelación ordinaria ante el Tribunal) consultando elementos objetivos<sup>34</sup>.

31. ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de las obligaciones civiles y comerciales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 4.ª ed. actualizada, nro. 1118, p. 544.

32. (20) PIZARRO, R. D. – VALLESPINOS, C. G., “Tratado de Obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, par. 513.b), p. 432.

33. “Que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa –mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria– escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. CS, Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros), y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7.º y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11), de la CN de “Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjerías...” (conf. causa “YPF” en CS, Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567)” (CS, 20/04/2010, “Massolo, Alberto c. Transportes del Tejar”, Fallos 333:447).

34. “Que la circunstancia de tener que cumplir con ese cometido prescindiendo, como lo prescribe el art. 10 de la ley 23.928, de toda fórmula matemática fundada en la actualización

Algún autor ha pregonado que la idea de la adecuación de un monto dispuesta por la Corte es perfecta y deseablemente trasladable a otros ámbitos jurídicos<sup>35</sup>.

## VII. LA OBLIGACIÓN DEL ASEGURADOR COMO DEUDA DE DINERO

Ahora bien, la deuda del asegurador, tanto en los seguros de daños patrimoniales como en los de personas, por sus particulares características económicas y técnicas, debe considerársele una deuda de dinero que por tanto no admite revalorización por el deterioro de la moneda; salvo las excepciones expresas en la póliza en la que se hayan pactado prestaciones del asegurador en especie<sup>36</sup>.

Ello resulta así, no sólo del principio general de que el seguro comprende (salvo los de personas), los daños materiales, inmediatos y directos (arg. art. 61, párr. 1.º), sino que ello también surge de la aplicación de la llamada regla proporcional, consagrada en el art. 65, párr. 2.º, ley 17.418, en virtud de la cual el asegurador debe indemnizar el daño en la misma proporción en que la suma asegurada en el contrato se encuentra respecto del valor del interés asegurado al tiempo del siniestro; esto es, el asegurado debe soportar los efectos de la desvalorización monetaria producida entre el momento de la estipulación del contrato y aquel en que se verifica el siniestro. De allí, su máxima diligencia en épocas de inflación para no incurrir en el denominado infraseguro que se produce cuando la suma asegurada queda por debajo del valor del interés asegurado. Por tanto, no cabe dudar del carácter de obligación de dar sumas de dinero de la deuda del asegurador<sup>37</sup>.

En virtud del fenómeno inflacionario antes señalado, una suma asegurada que al momento de celebrarse el contrato guardaba absoluta paridad

---

*monetaria, repotenciación o indexación, no exige al Tribunal de consultar elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a un resultado razonable y sostenible” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, acordada 28/2014).*

35. SOSA, Toribio E., “Actualización monetaria: no mera indexación matemática. Pero sí adecuación a través de “métodos que consulten elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a resultados razonables y sostenibles”, SJA 16/09/2015, 41; JA 2015-III, 897. Propone, como método para adecuar valores “que consulta elementos objetivos de ponderación de la realidad para dar lugar a resultados razonables y sostenibles: a) pasar a unidades arancelarias o a salarios mínimos, vitales y móviles el monto de la demanda, según los valores de esas variables al momento del reclamo judicial; b) condenar a pagar la cantidad de pesos equivalente a las unidades arancelarias o salarios resultantes de ese pasaje. Eso permitiría conjurar la desvalorización monetaria acaecida desde la demanda hasta la sentencia de primera instancia, pero también la que pudiera acontecer hasta el efectivo pago, para dar debida cuenta así de toda la inflación sucedida como hecho notorio sobrevenido mientras se prolonga el proceso –art. 163.6, párr. 2.º, Cód. Proc. Civ. y Com.; en cámara, art. 277, 2.ª parte, Cód. Proc. Civ. y Com.–”.
36. Arts. 61 in fine y 63, LS.
37. LLAMBÍAS, Jorge J., *Obligaciones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980, 3.ª ed., t. II, nro. 885, p. 177.

con el valor real del bien que pretendía proteger, puede resultar mínima comparada con el nuevo valor adquirido por ese mismo bien como consecuencia de la depreciación monetaria.

Resulta claro que la inflación afecta al seguro en todas sus facetas: “a) Altera el equilibrio económico-financiero de las empresas aseguradoras. b) Incide negativamente en el mercado de seguros. c) Influye en el normal desarrollo y desenvolvimiento de los seguros de personas y de daños patrimoniales. d) Perjudica al asegurado en cuanto a la peligrosidad latente del infraseguro y a la minimización del capital asegurado<sup>38</sup>”.

Por cierto que, al contratarse la suma asegurada en moneda nacional y establecerse la consecuente prima en igual moneda, es poco lo que puede preverse en materia de inflación, debido a la vigencia del principio nominalista y la prohibición de cláusulas estabilizadoras. La consecuencia será que, aún en caso de cumplimiento oportuno, el perjuicio al asegurado por el infraseguro será inevitable. El efecto se agrava en caso de incumplimiento, atento la duración de un proceso judicial, ya que la traducción de aquella suma asegurada a la hora de la fijación de valores actuales de la indemnización habrá quedado seriamente afectada.

Es cierto que la cobertura asegurativa se extiende a los intereses debidos por la mora en el pago del siniestro, pues, de no incluirse los, podría darse el caso de que el retardo o resistencia extrajudicial o judicial del asegurador perjudique sólo al titular del interés asegurable, lo cual configuraría una prerrogativa vedada y privada de efectos conforme lo dispuesto por el art. 344, Cód. Civ. y Com. y contraria al principio de buena fe (art. 9.º)<sup>39</sup>. En el seguro contra la responsabilidad civil, los intereses resultan debidos de acuerdo con la regla proporcional, esto es, en la misma medida que se debe el capital. El límite de cobertura está dado por la suma en concepto de capital y los intereses que como accesorio de dicho capital se devengaron a partir de allí y constituyen contenido de la indemnidad a cargo del asegurador<sup>40</sup>. Ambos integran el monto de la condena y se encuentran dentro de los límites de la cobertura que cabe exigirle a la citada en garantía, en tanto la sentencia de condena dictada contra el asegurado se extiende al asegurador del responsable en la medida del seguro.

En períodos de inflación, la significación económica de la medida del seguro mediante la adición a la suma asegurada de los intereses, aún con

38. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, 29/11/1978, “Mussa de Gómez de la Vega, María M. c. La Defensa Cía. de seguros” (voto del Dr. Morandi), Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales, (dir.) LEIVA FERNÁNDEZ, 754; RCyS 1999, 1201; Colección Plenarios – Derecho Comercial t. II, 603; AR/JUR/5430/1978.

39. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Francisco, “Ibarra, María Cecilia c. Acosta, Estefanía V. y otros/ ordinario – daños y perjuicios”, 11/10/2012, LLC 2013 (abril), 340, AR/JUR/70974/2012.

40. CASTRO SANMARTINO, Mario. E. – SCHIAVO, Carlos A., “Seguros”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 299.



la aplicación de la tasa activa, no satisface el crédito ya que aquéllos no constituyen más que un método indirecto de apreciación de la moneda, dado que sólo un porcentaje de su tasa enjuga la inflación. Recordemos que la naturaleza de los intereses no es otra que la de constituir aumentos paulatinos que devengan las deudas dinerarias en el tiempo como precio por el uso del dinero ajeno o por el retardo en el cumplimiento obligacional<sup>41</sup>.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Convertibilidad, la depreciación de la moneda ocurrida desde que la obligación debía ser satisfecha, hasta el efectivo pago, o sea, mediando mora, era fundamento suficiente para sostener que se trataba de un presupuesto del daño<sup>42</sup>. En efecto, integraba el daño resarcible al acreedor, aunque superara el límite de la suma asegurada.

La realidad actual exhibe la insuficiencia de los intereses como mecanismo indirecto de actualización de la moneda y la imposibilidad absoluta de indexar la deuda dineraria, lo que trae aparejado la concreción de una injusticia para el acreedor que algunos fallos intentan remediar con diversos argumentos.

#### VIII. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES INTENTAN REMEDIAR LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA DESVALORIZACIÓN DE LA MONEDA DEL CONTRATO

Algunos precedentes judiciales han intentado remediar la situación descrita de diferentes formas. Ciertos fallos han señalado la inoponibilidad de los límites de cobertura, bajo el argumento de su inaplicabilidad ante la existencia del seguro obligatorio automotor<sup>43</sup>, o de la inoponibilidad de sublímites indemnizatorios<sup>44</sup>, o incluso, la inoponibilidad de la suma

41. ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., ob. cit., nro. 1094, p. 533.

42. En caso de mora del asegurador corresponde computar los efectos de la depreciación monetaria al determinar la indemnización proveniente de un contrato de seguro (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en pleno, 29/11/1978, “Mussa de Gómez de La Vega, María H. c. La Defensa, Cía. de Seguros Generales SA”). En los fundamentos del voto de *Morandi* puede leerse que, como resultado del desfasaje producido por la inflación, “en el seguro de responsabilidad civil’ (sea con límite o sin límite), las indemnizaciones a satisfacer a los damnificados son apreciadas de acuerdo con el minus valor adquirido por la moneda, lo que equivale a decir que la cifra a pagar por este concepto en un siniestro por parte del asegurador, será notoriamente superior a la que en fecha pretérita, se tomó como base del cálculo de la prima por igual importancia de perjuicios habidos”.

43. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 28/05/2013, “Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. s/ daños y perjuicios”, LLOnline AR/JUR/109621/2013.

44. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 22/09/2016, “M., C. D. y otro c. M., M. M. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2016-XII, 221 – LA LEY 01/02 /2017, 9, Online: AR/JUR/70765/2016.



asegurada en el seguro voluntario automotor cuando la condena indemnizatoria fuera superior a su cuantía<sup>45</sup>.

Otros tribunales han dispuesto adecuar las sumas aseguradas en el entendimiento que lo prohibido por la Ley de Convertibilidad (según Ley de Emergencia Pública) es la actualización por índices de precios, más no la adecuación de los valores según parámetros objetivos<sup>46</sup>, efectuando tal adecuación conforme la variación de las primas del seguro en el mismo lapso de tiempo<sup>47</sup>.

Finalmente, otro Tribunal lo ha fundado en la existencia de “mora del asegurador<sup>48</sup>”.

45. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 26/05/2016, “Aimar, María C. y ot. c. Molina, José A. y ots. s/ daños y perjuicios (acc. trans. c. les. o muerte) y “Aldasoro y Compañía SA y otro c. Molina, José A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trans. sin lesiones)”, acumulado al primero. (elDial.com – AA999B).
46. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 21/02/2018, causa C. 119.088, “Martínez, Emir c. Boito, Alfredo A. Daños y perjuicios”. El tribunal decidió por mayoría que “siendo (i) que al momento del siniestro las resoluciones generales SSN 21.999/1992 y 22.058/1993 establecían para la póliza básica del seguro de responsabilidad civil obligatorio, la cobertura hacia terceros por muerte o incapacidad total y permanente en treinta mil pesos (\$30.000; conf. art. 1.º); y (iii) que al momento de la sentencia definitiva del Tribunal de Alzada la mentada garantía básica del seguro obligatorio de responsabilidad civil había sido elevada por la autoridad administrativa a la suma de pesos ciento veinte mil (\$120.000) por muerte o incapacidad total y permanente (conf. resolución general SSN 36.100/2011); (iv) considero entonces –por las razones expuestas– que la revisión equitativa del contrato originario debe extender el seguro contratado incorporando la cobertura básica vigente al momento de la valuación judicial del daño contenida en la sentencia definitiva, en sustitución de su valor histórico, llevando en el caso la garantía a la suma de ciento veinte mil pesos (\$120.000) por lesiones o muerte, y manteniéndola en la suma de cien mil pesos (\$100.000) por daños materiales”.
47. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, 22/11/2018, causa 2237-14, caratulada “Brethauer, Sergio G. c. Iñiguez, Sandra F. y otros s/ daños y perj. autom. c. les. o muerte (exc. estado)”, expte. 75.867 y sus acumuladas 3213-18 “Torrilla, Verónica V. c. Iñiguez, Sandra F. y otros s/ daños y perj. autom. c. les. o muerte (exc. Estado)” (expte. 78.174) y 3214-18 “Almirón, Maximiliano A. y otros c. Iñiguez, Sandra F. y otros s/ daños y perj. autom. c. les. o muerte (exc. estado)” Expte. 76.817, inédito. El Tribunal consideró que “... la solución que propongo es aplicar la variación porcentual que experimentó el precio de la prima por el seguro contratado entre la fecha del hecho (19/11/2013) y la fecha de la sentencia (10/2018) al límite de cobertura (ver fs. 157), a fin de extenderlo sobre la base del referido porcentaje. Y siendo que conforme a los valores actuales de plaza existentes en el mercado asegurador un seguro por todo riesgo para el vehículo de referencia, y en las condiciones de cobertura contratadas a la fecha de ocurrencia del siniestro, arroja una prima superior a \$4.500 aprox. (siendo la prima de \$454,45 al momento del hecho), podemos estimar una variación próxima al mil por ciento (1000%) del precio de la prima entre la fecha del hecho y la fecha de la sentencia. En consecuencia, corresponde elevar el límite de cobertura en esa proporción, lo que cubre el monto total de la condena”.
48. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 07/12/18, expte. 72806/2009, “Sione, Claudia S. y otro c. Santana, Matías O. J. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte), inédito. El Tribunal sostuvo “En esas condiciones, teniendo en cuenta el estado de mora de la aseguradora, este Tribunal entiende que la oponibilidad del

Ninguna de dichas soluciones se encuentra exenta de críticas. Las primeras fueron descalificadas por los precedentes Flores y Aimar de la Corte, en cuanto validó la existencia y respeto de los límites del seguro obligatorio y voluntario automotor, en tanto sostuvo que no importan afrenta al principio de reparación plena y su cuantía consulta un sistema económico en el que se incentiva la contratación del seguro manteniendo asequible la prima, lo que sólo podría variarse ante una decisión legislativa en otro sentido<sup>49</sup>.

La “adecuación” no se encuentra exenta de arbitrariedades, como puede ser la que la fija de acuerdo con el aumento de primas, lo que depende más de la existencia o no de un mercado competitivo sano (no hay que olvidar que en materia de seguro automotor la póliza es uniforme, no así la fijación de la prima y que la misma es técnicamente ineficiente desde hace muchos años), que de la sola desvalorización de la moneda nacional.

Por otra parte, los fallos que refieren el ajuste a la mora del asegurador, también son pasibles de reparo: si bien la ley 17.418 de Seguros establece que el asegurador incurre en mora automática por el mero vencimiento de los plazos (arts. 15 y 51, in fine), sin embargo, en el particular supuesto del de seguro contra la responsabilidad civil, la mora del asegurador no se produce al momento del hecho generador de la responsabilidad del asegurado (sinistro), sino como enseñaba el Profesor Rubén S. Stiglitz<sup>50</sup>, su exigibilidad queda diferida a que recaiga la sentencia de condena contra el asegurado que se haga extensiva al asegurador (art. 118, 3.º párr., ley 17.418). Es que, ante la ausencia de una norma específica en nuestro sistema que regule el curso de la prescripción en el seguro contra la responsabilidad civil, corresponde la armonización de las normas de los arts. 49, 56, 58, 109 y 118 de la ley 17.418.

El primero en cuanto genéricamente establece que la obligación del asegurador debe satisfacerse dentro del plazo de quince días de “... fijado el monto de la indemnización o de la aceptación de la indemnización ofrecida”.

---

*límite del seguro contratada deberá ajustarse a las normas vigentes al momento del efectivo pago por parte de la citada en garantía, pues se trata de pautas que también formaron parte de las condiciones de contratación, en tanto fueron expresamente consideradas en esa oportunidad... Repárese, en cuanto a los argumentos en tal sentido expuestos en su memorial, que las prohibiciones del art. 10 de la ley 23.928, no eximen al Tribunal de consultar elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a un resultado razonable y sostenible (cf. CS, Ac. 28/2014) y, en tal sentido, ha sido la propia autoridad de aplicación la que, a través de distintas normas estableció sucesivamente los límites y pautas a los que debe ajustar su actuar una empresa como la citada en garantía, en función de los términos en que se obligó y el régimen legal al que se encuentra alcanzada... Desde esa perspectiva, la efectiva oponibilidad del límite del seguro deberá en este caso ajustarse a las normas vigentes al momento del efectivo pago por parte de la citada en garantía”.*

49. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/06/2017, Fallos: 340:765, “Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro y otros/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)”; idem 24/04/2018, “Aimar, María Cristina y otro c. Molina, José A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte), Expte. 31171/2012” (inédito).

50. STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. IV, nro. 1460, c), p. 63.

Por cierto, dicho plazo sólo comienza a correr desde que transcurren los 30 días con que cuenta el asegurador para pronunciarse sobre los derechos del asegurado (art. 56 ley 17.418). Ahora bien, la fijación de la responsabilidad civil y de la indemnización del daño a las personas queda diferido al arbitrio judicial (arts. 1742, 1744, inc. b, in fine, 1746 Código Civil y Comercial de la Nación). Por otra parte, el art. 58 de la Ley de Seguros fija el curso prescriptivo de un año desde que la obligación es exigible y, en materia de responsabilidad civil, la exigibilidad opera desde la sentencia judicial que extiende al asegurador la condena dictada contra el asegurado (art. 118, 3.º párr., ley 17.418), aún en el supuesto de ausencia de siniestro, por imperio de proveer la indemnidad (art. 109), proporcionalmente con los accesorios y costas (arts. 110, inc. a y 111).

Ahora bien, lo expuesto, no empece a que una deficiente dirección de la litis por parte del asegurador produzca daño al asegurado y genere por ello su responsabilidad civil.

#### IX. LA DIRECCIÓN DE LA LITIS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR EN LA NEGLIGENTE DEFENSA

En el seguro contra la responsabilidad civil, la gestión culpable del asegurador en la dirección del proceso merecerá la reparación al asegurado de los daños sufridos. Si bien la normativa que rige el contrato de seguro no hace una referencia explícita a la dirección del proceso por parte del asegurador, esta carga debe considerarse implícitamente establecida en el art. 116, ley 17.418 (en cuanto le impone al asegurado no reconocer su responsabilidad y no transar sin anuencia del asegurador), y en lo dispuesto en el art. 110 (en cuando hace referencia a que la garantía del asegurador comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero, y que de ella, únicamente, este puede liberarse “depositando en pago” la suma asegurada y el importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento; dejando al asegurado la dirección exclusiva de la causa). Estos principios inspiran también lo prescripto en los arts. 110, inc. b y 111, LS.

El asegurador está interesado en proteger a su asegurado en caso de siniestro y no puede desentenderse de las actuaciones judiciales o extrajudiciales que determinarán la responsabilidad del patrimonio que debe mantener indemne y de las cuales surgirá la obligación de pagar la indemnización al tercero dañado.

Puede resultar que el veredicto en el pleito sea desfavorable, y la suma a resarcir en virtud del transcurso del tiempo y como corolario de la desvalorización de la moneda, se haya convertido en un importe muy superior al originariamente demandado y, por consiguiente, encontrarse al momento del pago por encima de la suma asegurada. En tales casos, pueden existir

hipótesis de conflicto entre asegurado y asegurador que pueden agravarse por ese desfasaje que sufren la cuantía de las reparaciones a pagarse a los terceros, a raíz del plus por depreciación de la moneda, con relación a la magnitud de la suma asegurada.

En estos casos, puede surgir una responsabilidad del asegurador que deriva de su obligación de dirigir el proceso que se traduce en una obligación de reparar al asegurado por el daño que se le ha causado, el que estará determinado por la diferencia existente entre lo que este ha debido contribuir en el resarcimiento del tercero por el hecho del asegurador, y lo que habría estado obligado a pagar si no hubiese mediado el hecho culposo o negligente de este último<sup>51</sup>.

En el ejemplo más extendido en nuestro medio ello acontecería en el supuesto de que se hubiera contratado sólo la cobertura de un seguro automotor obligatorio (el que no mereciera adecuación sino insuficiente por la autoridad de control a lo largo de más de 25 años de vigencia) y el asegurador hubiera resistido, ejerciendo la dirección de la litis, sin derecho una reclamación de responsabilidad civil en la que la medida del daño, y quedado bajo el amparo de esa magra suma a esa fecha y hoy resulte palmariamente insuficiente luego de largos años de debate judicial mantenido injustificadamente por el asegurador. Cuando el asegurador advierte que hay una discrepancia de interés entre él y su asegurado, debe informar al asegurado de la existencia de dicho conflicto para que inmediatamente tome las medidas necesarias y participe en la defensa con el profesional que designe al efecto.

Será responsable el asegurador si antepone su interés al del asegurado, si no le avisa la existencia del conflicto de intereses y, además, de todo comportamiento culposo o negligente de su parte, sea en oportunidad de transar, de rechazar una transacción, de conducir el litigio, de resistir las pretensiones del tercero, o de provocar o prolongar la litis, del cual se deriva de un daño para el asegurado<sup>52</sup>.

Además, el asegurador no sólo responde por los hechos propios, sino también por aquellos de los profesionales por él elegidos para la defensa del asegurado. Esto último, en virtud de que el deudor de una obligación que se vale de un tercero para su cumplimiento, es responsable de los hechos dolosos y culposos de estos, razón por la cual la culpabilidad de los profesionales intervinientes, es culpa propia para los efectos legales, ya que lo actuado por estos vale como hecho del asegurador (art. 729, Código Civil y Comercial de la Nación).

51. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "Cattorini Hnos. SA c. El Cabildo Compañía de Seguros", 25/08/1995, cita Online: 971615: "*La aseguradora incurrirá en responsabilidad si rechaza una transacción aceptable*".

52. PIEDECASAS, Miguel A., "Régimen legal del seguro. Ley 17.418", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, comentario al art. 111, LS, p. 368.

Igual responsabilidad existirá cuando por su culpa se prolongue la litis con el consiguiente retardo de la liquidación; por haber opuesto defensas sin fundamento o manifiestamente injustificadas, y de ello haya resultado que el asegurado debe pagar una suma superior a la que debía hacer frente originariamente. Aquí ocupa nuevamente un papel trascendente la desvalorización de la moneda, porque cuando la litis con el tercero se prolonga debido a una causa imputable a culpa o negligencia del asegurador, el asegurado que se vea obligado a pagar por ese motivo un plus, deberá ser reparado por el asegurador, haciéndose este cargo de la diferencia, sin tener en cuenta el límite de la suma asegurada establecida en la póliza<sup>53</sup>.

Ahora bien, no podrá predicarse tal negligencia sólo de la imposibilidad de conciliar ante el rechazo de la oferta conciliatoria efectuada por el tercero. No puede dejar de señalarse que nuestro país, las indemnizaciones se caracterizan por su anarquía y desigualdad<sup>54</sup>. De ahí el acierto del nuevo Código Civil y Comercial de dar mayor predictibilidad a la indemnización de las lesiones a las personas a partir de la necesidad de su evaluación de acuerdo con el empleo de la fórmula de valor actual de una renta futura (art. 1746, Código Civil y Comercial de la Nación).

## X. LA CUESTIÓN EN LA COBERTURA DE MALA PRAXIS MÉDICA

Sin duda, lo expuesto es uno de los más graves problemas que exhibe hoy en Argentina el seguro de mala praxis profesional.

También en esta materia han recaído sentencias judiciales que desconocen el límite de la suma asegurada. Incluso, han generado una importante repercusión pública<sup>55</sup>. En el caso, la Sala H de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había invocado “*la función social del seguro de responsabilidad civil, como instituto adecuado a la idea solidarista que se fundamenta en el resguardo a la víctima y a la reparación del daño injustamente sufrido*”. A ello agregaba el argumento extraído del art. 42 de la Constitución Nacional, en cuanto al amparo que merecen los derechos de los consumidores y usuarios, alegando que las víctimas no pueden ser perjudicadas por los términos de la póliza. Por último, como el Tribunal acudió a los precedentes judiciales en materia de franquicias y límites en el seguro obligatorio automotor, señaló que “*los sanatorios y hospitales exigen*

53. Del voto del Dr. Morandi en el plenario “Mussa de Gómez” citado en las notas 26 y 30.

54. IRIBARNE, Héctor P., “De los daños a la persona”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, 1.ª reimpresión corregida, p. 12.

55. Ámbito Financiero del miércoles 5 de abril de 2017, página 23, nota de Alberto A. Alvarellos titulada “Una decisión grave”. En el artículo citado, el autor extrema la cuestión, preguntándose: “¿cuánta sobrevida puede augurarse al seguro de responsabilidad civil?...”. A renglón seguido, advierte “¡Cuidado! No vaya a ser que, para resolver el caso que hoy se presenta, resulte que se deje sin protección y cobertura a un sinfín de damnificados que aguardan la resolución judicial para percibir su indemnización”.

a los profesionales que intervienen en prácticas quirúrgicas que cuenten obligatoriamente con un seguro de responsabilidad civil<sup>56</sup>”.

El loable esfuerzo de la protección de las víctimas no puede justificar constituir el juicio de daños como instrumento dañoso, consagrando una carga indemnizatoria en mayor extensión que la procedente, conforme a la ley.

Para abordar esta cuestión, creemos que vale la pena reflexionar –como lo hicimos conjuntamente con el Dr. Carlos Facal en la ponencia que en coautoría presentaremos en el Congreso del CILA celebrado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, entre el 2 y el 5 de mayo de 2017–<sup>57</sup>, sobre la evolución que ha evidenciado la responsabilidad civil en el último medio siglo y la dispar respuesta que ofrecen algunos seguros, cuyas soluciones se evidencian como insuficientes y exhiben asegurados que quedan inadecuadamente protegidos.

En la actualidad, es posible reconocer un cambio de protagonismo en el seguro contra la responsabilidad civil: ya sea se lo imponga como obligatorio o no, se coloca el acento en la protección de la víctima y se relega a un segundo plano, subordinado y de menor entidad, la protección del patrimonio del responsable civil, es decir del asegurado.

Se produce allí una tensión ente la norma que regula el seguro contra la responsabilidad civil como una cobertura tendiente a mantener indemne el patrimonio del asegurado (art. 109 de la ley de Seguros), garantizando al asegurador la oponibilidad a la víctima (art. 118, 3.º párr.) de ciertas defensas (exclusiones de cobertura, por ejemplo) y la medida del seguro (franquicias, descubiertos obligatorios y límites de cobertura) y la finalidad tuitiva de la víctima que el seguro obligatorio de responsabilidad civil reconoce en muchas legislaciones del derecho comparado.

Ahora bien, resulta necesario esclarecer que la dinámica de ambos institutos, responsabilidad civil y seguro que ampara ese riesgo, está distanciándolos. Mientras, en el seguro contra la responsabilidad civil tradicional, “la obligación que asume el asegurador lo es sólo en favor de asegurado”, el derecho civil ha fijado su mirada y objetivo en el resarcimiento de la víctima y sólo mira esta cobertura como el medio para garantizar a la víctima el efectivo cobro de la indemnización que le corresponde.

56. Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, del 21 de marzo de 2017, en autos “R., C.H. y ots. c/ M., C. s/ daños y perjuicios” (inédito).

57. XIV Congreso del Comité Ibero-latinoamericano de AIDA– CILA, Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, 2 a 5 de mayo de 2017. la ponencia se titula “Problemática en torno a la limitación de la prestación en los seguros de responsabilidad civil”, y constituye la correlatoria de la sección nacional de Argentina a cargo de María Fabiana Compiani y Carlos José María Facal. Sobre la base de esa ponencia, publicamos el artículo “Problemática en torno a la limitación de la prestación en los seguros de responsabilidad civil”, Rev. Ibero-Latinoamericana de Seguros, nro. 47, p. 15-75, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, (2017). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.ptlp>.



Pero la tensión entre damnificados, responsables civiles y aseguradores no es la única que acecha al seguro de responsabilidad civil. Este contrato de seguro, que no fue previsto en las legislaciones hasta entrado el siglo XX, nació al amparo del principio decimonónico de la autonomía de la voluntad<sup>58</sup>.

La legislación rectora de los contratos ha sufrido también una evolución, limitativa de la libertad contractual absoluta, consecuente con la dilatación del orden público de protección. Los seguros contra la responsabilidad civil son contratos que se celebran por adhesión a cláusulas generales predispuestas por el asegurador –y a veces por el reasegurador– y en algunas coberturas (responsabilidad civil hechos privados), incluso encuadran entre los seguros de consumo.

Consecuentemente, los contratos deberán ser leídos e interpretados a la luz de las normas que gobiernan los contratos, las que se han tornado más tuitivas de la parte más débil. Así, el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto de 2015, permite a los jueces declarar nulas las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas o de los contratos de consumo e integrar los mismos si no pudieran funcionar sin la cláusula observada.

Bajo esa óptica, son varias las voces que en la doctrina y la jurisprudencia, se inclinan por considerar abusivas las cláusulas de las pólizas de responsabilidad civil que limitan la cobertura de las pólizas con base reclamos, en especial, cuando el nuevo Código abrevia el término de prescripción de la responsabilidad civil contractual de diez años a tres.

A ello se añade en la Argentina, las dificultades creadas por un sistema que, si bien en materia de responsabilidad civil reconoce la indemnización plena de las víctimas, admite a la vez su limitación económica por leyes especiales (Código Aeronáutico, ley de navegación, etc.) y sufre la alteración permanente de los valores económicos por la endémica inflación.

Es entonces bajo las tensiones que exhiben los problemas actuales que acabamos de esbozar, que se inscriben las sentencias como las anotadas en materia de la cobertura de mala praxis médica. En el caso comentado, la suma asegurada (\$ 150.000) no resultaba irrisoria al momento del siniestro (durante el 2006, comparándola con el dólar representaba U\$S 50.000,

---

58. LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M. en MARTORELL, Eduardo (Director), Tratado de Derecho Comercial (Tomo V – Seguros). Ed. La Ley 2010. Acápites 120, página 270. Y especialmente, referido al seguro de responsabilidad civil en op. y loc. cit. Capítulo 23, acápites 164 y 165 cuando habla de los seguros de reembolso y seguros de responsabilidad civil con base reclamos. Allí defiende este tipo de coberturas, no previstas en la ley argentina, apelando a la libertad contractual. Debe tenerse presente que algunas de estas coberturas, especialmente los seguros con base reclamos, han sido incorporados expresamente en diversas legislaciones, como la española de 1980 y la mexicana en 2002.



aproximadamente), seguramente menos exigua aún al momento de la contratación de la cobertura. Correlativamente, la aseguradora percibió prima sólo por dicha cuantía. Frente a ello, tanto el asegurado como la víctima se enfrentan, el primero a una condena que pesa en mayor medida sobre su patrimonio y, la víctima, ante la falta de garantía con relación a la percepción del 90% de la condena (a la fecha esa misma suma representa menos de U\$S 10.000)<sup>59</sup>. Tal el desfase producido por la depreciación de la moneda nacional causada por la inflación y el sistema legal que sostiene el más estricto nominalismo, prohibiendo la actualización y el empleo de las denominadas cláusulas estabilizadoras.

Lo que se agrava por la ausencia tanto de decisiones legislativas que puedan resolver la cuestión en forma general mediante un sistema de “*adecuación*” uniforme, como de decisiones tempestivas de la autoridad de control de la actividad aseguradora que adecue esos valores mínimos de aseguramiento contemplando la depreciación de la moneda (aún hoy la cobertura mínima de la cobertura de mala praxis es de \$ 120.000, apenas U\$S 1.905, aproximadamente).

De lo contrato, tanto el médico asegurado como la compañía aseguradora deberán esforzarse en prever, suficientemente, la suma asegurada en perspectiva del derrotero esperado del proceso inflacionario reinante y de la duración del eventual reclamo en juicio del tercero.

## XI. LAS SOLUCIONES POSIBLES Y LAS DESEABLES

La aceleración del proceso inflacionario a mediados del año 2018 podría derivar en la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de la ley 25.561, por violar sustancialmente el derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional (art. 17, CN.)<sup>60</sup>. Igual solución hacia la repotenciación se lograría por vía de la consideración de la obligación del asegurador como obligación de valor<sup>61</sup>, no alcanzada por el nominalismo previsto en la ley para las obligaciones de dar dinero<sup>62</sup>, a partir de la mora

59. La condena fue de \$ 1.803.120 de capital, a los que sumados intereses a la tasa activa, elevan el monto indemnizatorio a una suma superior a \$ 6.000.000. Por su parte, la suma asegurada a la fecha del hecho (año 2006) era de \$ 150.000, los que sujetos a la misma tasa de interés arrojaban a la época de la sentencia la suma de \$ 500.000, aproximadamente.

60. ALTERINI, Atilio A., *Desindexación. El retorno al nominalismo*, Ed. Abeledo-Perrot, 1991, p. 78.

61. SOBRINO, Waldo, “La actualización monetaria de las sumas aseguradas”, cita online: AR/DOC/2580/2017. Es destacable el esfuerzo que realiza el autor para fundar su opinión acerca de la naturaleza de obligación de valor la de la deuda del asegurador. Sin embargo, ello no hace más que confundir valor asegurable con suma asegurada, conceptos que se distinguen claramente en la Ley de Seguros como dimos cuenta ut supra.

62. TRIGO REPRESAS, Alberto F., “Deudas de dinero y deudas de valor. Significado actual de la distinción”, en la obra de ALEGRÍA MOSSET ITURRASPE (Dir), “Revista de

del deudor asegurador, con la salvedad hecha en materia de seguro contra la responsabilidad civil.

Igualmente, en el marco de la negociación de nuevas coberturas, bajo la autorización de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la cláusula de ajuste automático de la suma asegurada, podría resultar en la adecuación automática que evite el infraseguro hoy reinante. Ello permitiría el ajuste mensual en forma automática sin que medie comunicación alguna por parte del asegurador, con el compromiso del asegurado de aceptar los nuevos valores asegurados que resulten y a abonar el correlativo ajuste de prima en proporción al tiempo que falte correr hasta el vencimiento de la vigencia póliza<sup>63</sup>.

Por cierto, lo deseable sería encontrar soluciones en el ámbito legislativo que permitieran paliar el efecto inflacionario en general en materia de seguros y, en especial, en el ámbito de los seguros contra la responsabilidad civil, donde la indemnización plena que asegura el Código Civil y Comercial a las víctimas de daños no encuentra en el seguro que contrata el responsable del daño la indemnidad perseguida<sup>64</sup>, merced a la permanente desvalorización de la moneda nacional y la insuficiencia de los mecanismos indirectos como los intereses.

No cabe dudar de lo ineficiente que resulta someter la cuestión a la decisión de la justicia, caso por caso, no sólo por la lógica disparidad de soluciones que se darán, algunas de las cuales mencionamos más arriba, con la consecuente merma del principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) y de la seguridad jurídica, sino por el dispendio de recursos

---

Derecho Privado y Comunitario Obligaciones dinerarias. Intereses”, tomo 2001 2, 2001, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 42).

63. No puede dejar de señalarse la evidente demora de la autoridad de control en el reajuste de las sumas aseguradas en el seguro automotor, lo que podría hacer pensar como viable la responsabilidad del Estado por omisión ilegítima (art. 3, inc. e) de la Ley 26.944). Sin embargo, parece ostensible la decisión de nuestro máximo Tribunal en negar la existencia de tal responsabilidad por violación del art. 25 de la Ley 20.091 (que impone a la Superintendencia de Seguros de la Nación el deber de velar que las condiciones contractuales sean equitativas), en el entendimiento que ello no implica “... una garantía que se reparará todo daño derivado de la acción de terceros, ni menos aún que el Estado deba suplir la insuficiencia de un seguro contratado al amparo del ordenamiento jurídico vigente. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/11/2018, “Albo, Modesta del Valle y ots. c/ Giménez Viajes SRL s/ daños y perjuicios”, expte. 010005/2002).
64. A modo de ejemplo, el PROYECTO DE LEY SEGURO OBLIGATORIO AUTOMOTOR, Expediente 1243-D-2017, presentado por el Diputado Pablo Tonelli, el 29/03/2017 y elaborado por la Comisión de los doctores Rubén S. Stiglitz, Pablo Heredia y Carlos J. M. Facal, que tuve el honor de integrar y coordinar, en su art. 20, fijaba la indemnización por muerte o lesiones en mil argentinos oro (moneda cuya cotización efectúa trimestralmente el BCRA, \$ 11.330,30-4.º trimestre 2018, \$ 4.287,13-1.º trimestre 2017 –fecha de presentación del Proyecto– y que al dictado de la Ley de Emergencia Pública cotizaba \$ 63,49-1.º trimestre de 2001).

del Estado volcados en el servicio de justicia para resolver uno de los aspectos del daño generalizado causado por la inflación, que debería encontrar solución en la tarea debida por el Poder Legislativo<sup>65</sup>.

## XII. EL RIESGO ASEGURADO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

El riesgo constituye el objeto del contrato de seguro y se define como la eventualidad de la ocurrencia del evento dañoso. En el caso que analizamos, estará constituido por la posibilidad o probabilidad que el médico asegurado incurra en responsabilidad profesional. La responsabilidad profesional es aquella que deriva de una infracción a directivas jurídicas –deberes propios de la actividad de que se trate<sup>66</sup>, y éticas, por la que los profesionales deben responder por los daños originados a raíz de una acción u omisión.

En la actualidad, cuando se intenta dilucidar la naturaleza de la responsabilidad civil que incumbe al profesional, la doctrina dominante considera que el profesional concluye con el cliente una relación contractual, ya que desde el momento en que se requiere su intervención y la misma es aceptada, queda concluido entre ambos un contrato.

El mismo puede ser de locación de servicios cuando el profesional, compromete una obligación de medios o de diligencia<sup>67</sup>, o un contrato de trabajo, siempre y cuando se hallen las notas dominantes de subordinación y estabilidad, o un contrato locación de obra<sup>68</sup> cuando el profesional asume el logro de un resultado final, en virtud del cual el último se obliga a

65. El Proyecto presentado por la Comisión de Reformas al CCyCN creada por el decreto 182/2018 del PEN, prevé volver al texto de las normas del Anteproyecto de CCyCN: “Art. 765. Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Art. 766. Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene. Fundamento (arts. 765 y 766): se propicia adoptar el régimen previsto en el Anteproyecto de CCyC. Se propone, al mismo tiempo, derogar los artículos 7, 10 y 11 de la ley 23.928, lo cual permite a nuestro sistema salir de un régimen de nominalismo absoluto (absolutamente insostenible y de muy dudosa constitucionalidad en la hora actual), y pasar a otro de nominalismo relativo, que admite la validez de las cláusulas de estabilización y luce más acorde con la realidad económica”.

66. MORELLO A.M., “Nuevos perfiles de la responsabilidad del abogado”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Homenaje al Prof. Atilio Anibal Alterini, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 619; TRIGO REPRESAS FA,-LOPEZ MESA M.J., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, La Ley, Bs. As., 2004, t. II, p. 277.

67. MOSSET ITURRASPE J., “Responsabilidad por daños”, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. II (El incumplimiento contractual), p. 272 y ss. En el caso, el profesional compromete una obligación de medios o de diligencia.

68. LÓPEZ HERRERA E., “Teoría general de la responsabilidad civil”, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 539.

satisfacer una prestación de hacer<sup>69</sup>. La obligación corresponsiva del cliente consiste en el pago de un emolumento que puede ser el honorario –en el caso de la locación– o un salario, en el supuesto del contrato de trabajo. El incumplimiento de esta obligación preexistente genera la responsabilidad contractual del profesional frente al cliente/paciente.

Lo expuesto no es obstáculo para reconocer que habrá supuestos de responsabilidad extracontractual cuando no medie aquel requerimiento del servicio profesional, o cuando el daño sea ocasionado por el profesional a un tercero ajeno al contrato (a modo de ejemplo, el médico que atiende una urgencia respecto de quien carece de conciencia; o el abogado que traba un embargo en forma errónea respecto de un inmueble ajeno al deudor).

Ahora bien, aceptada la relación contractual que media entre el profesional y su cliente, cabe señalar que, en ese caso, el deber de resarcir será exigible en todos los casos en que medie incumplimiento de una obligación preexistente para con el paciente. En efecto, se afirma la existencia de un vínculo negocial en razón de mediar habitualmente un previo contrato, por ejemplo, de prestación de servicio médico asistencial entre el profesional y el cliente. En síntesis, la tesis mayoritaria es aquella que concluye que se trata, predominantemente, de un contrato de prestación de servicios profesionales<sup>70</sup>, sin perjuicio de aceptarse la existencia de una responsabilidad civil extracontractual a cargo del médico con relación a quien no requiriera sus servicios (urgencia) y respecto de los familiares del paciente.

Por añadidura, la responsabilidad del profesional puede derivar en el ámbito aquiliano cuando su incumplimiento constituya un delito de derecho criminal que autoriza el ejercicio de la opción que consagran aquellos regímenes legales que lo autorizan o que admiten una opción amplia en caso de incumplimiento contractual por las normas de la responsabilidad extracontractual.

Por cierto, la órbita de la responsabilidad civil en que se ubique la responsabilidad del profesional tenía una incidencia significativa en la extensión del resarcimiento que generaba y en el plazo de prescripción aplicable al caso, en el régimen del anterior Código Civil de Vélez Sársfield. Así, tratándose de responsabilidad por incumplimiento contractual, si la misma había sido culposa, la extensión de la reparación se limitaba a los daños que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de aquél (art. 520) y si la inexecución del contrato fue maliciosa o dolosa, el deber de resarcir se extiende a las consecuencias mediatas (art. 521). Para la hipótesis en que la responsabilidad se hubiera fundado en un hecho ilícito o extracontractual, el

69. MOSSET ITURRASPE J., “Los profesionales”, en *Revista de Daños*, n.º 8 (Daños profesionales), Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 14

70. TRIGO REPRESAS F.A., “Responsabilidad civil del abogado”, en *Daños profesionales*, en *Revista de Daños*, n.º 8, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 84; TRIGO REPRESAS F.A.-LÓPEZ MESA M., *ob. cit.*, p. 307.

profesional respondía por las consecuencias inmediatas (art. 903) y de las mediatas previsibles (art. 904).

En cuanto a la prescripción, la acción de daños derivados del incumplimiento contractual se regía, salvo supuestos especiales, por el término decenal ordinario previsto en el art. 4023. A su vez, la responsabilidad civil extracontractual, prescribía a los dos años, conforme la previsión del art. 4037.

En la actualidad, el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el 1.º de agosto de 2015 prevé la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual (art. 1716). Legisla expresamente la causal de justificación de la conducta típica del quehacer médico: el consentimiento libre e informado del damnificado (art. 1720). Regula en especial sobre la responsabilidad profesional estableciendo que *“La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”* (art. 1768).

Justamente, en materia de obligaciones de resultado establece un factor de atribución objetivo (art. 1723). Consagra el sistema de causalidad adecuada y se unifica la extensión del resarcimiento en las consecuencias inmediatas y mediatas previstas o previsibles (arts. 1726 y 1727).

Para aligerar la carga de la prueba de la culpa, establece la facultad judicial de distribuirla, ponderando cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportarla (teoría de las cargas probatorias dinámicas, art. 1735). En esa circunstancia, el juez debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitirles ejercer su derecho de defensa. Se amplía la noción de daño no patrimonial, comprendiendo la interferencia en el proyecto de vida (art. 1737, 1738) y la legitimación para demandarlo (art. 1741). Consagra, asimismo, que el principio que la reparación del daño debe ser plena (art. 1740) y fija el curso de los intereses desde que se produce cada perjuicio (art. 1748).

En caso de múltiples deudores se prevé la aplicación de los regímenes de las obligaciones concurrentes o solidarias, según existan una pluralidad o una única causa de deber (art. 1751). En materia de mala praxis, la responsabilidad de los distintos agentes del daño es concurrente o in solidum, lo cual supone unidad de acreedor, pluralidad de deudores, identidad de objeto y diversidad de causas de deber. En consecuencia, una vez satisfecho el crédito de la víctima podrán iniciarse las acciones regresivas correspondientes por quien desembolsó el pago, con respecto a los restantes obligados, teniendo en cuenta la causalidad aportada por cada uno<sup>71</sup>.

71. WIERZBA, Sandra “Seguro contra responsabilidad civil médica”, en Rev. Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2011-3, 479.

En caso de fallecimiento, se deben los gastos de asistencia y funeral: se legitima a quien los realiza, aunque esté obligado a realizarlos (empleador, asegurador de riesgos del trabajo, seguro de medicina pre-paga, obra social, etc.). Se amplía la indemnización a lo necesario para alimentos, en lugar sólo de su subsistencia. La presunción del daño alcanza al conviviente, al hijo menor de 21 años que tenga derecho alimentario y a los que tengan capacidad restringida (art. 1745). Elabora criterios que tienden a objetivar la indemnización (tiempo probable de vida del causante y del reclamante, así como sus condiciones sociales). La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador, como en el caso de la muerte de los hijos o del menor bajo guarda.

En materia de indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica permanente, total o parcial, se adopta el método de su determinación matemática: la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades (art. 1746). Se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada (la misma u otra) y aunque resulte alimentado por otra persona y se presumen los gastos médicos, de farmacia y de traslados. Finalmente, unifica el plazo de prescripción derivada de la responsabilidad civil en tres años (art. 2561).

Como derivación del nuevo sistema de responsabilidad civil la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó la Resolución 585 del 15/06/2018 que prevé las condiciones generales de la cobertura de responsabilidad civil por las que *“... el Asegurador mantendrá indemne al Asegurado en razón de la Responsabilidad Civil Extracontractual que surja de la violación del deber de no dañar a otro (Artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación) en que incurra exclusivamente como consecuencia de los hechos o circunstancias previstos en las Condiciones de Cobertura Específicas adjuntas, acaecidos en el plazo convenido”*. Asimismo, *“... Para los casos en que se ampare únicamente la Responsabilidad Civil que surja del incumplimiento de una obligación contractual se deberá definir expresamente”*.

### XIII. LA PREVENCIÓN DEL RIESGO PROFESIONAL

En el moderno Derecho de Daños adquiere especial significación la cuestión acerca de la función preventiva, rescatando su preponderancia axiológica sobre la clásica y excluyente idea reparatoria de la responsabilidad civil. En efecto, hoy se comprende que la fórmula contenida en el art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que las acciones perjudiciales contra terceros es aprehendida por la autoridad de los magistrados,



comprende no sólo el deber de reparar el daño causado<sup>72</sup>, sino también de prevenirlo.

En este sentido, no cabe duda que desde el aspecto axiológico, resulta prioritario evitar el daño, antes que repararlo; ello así, particularmente, cuando se trata de daños que afectan la integridad sicofísica de los sujetos, por cuanto no siempre es posible volver las cosas al estado anterior, el resarcimiento económico de daños a la integridad sicofísica es siempre imperfecto<sup>73</sup>.

Si bien tradicionalmente se entendía que la prevención era una tarea estatal, resultando contenido del Derecho Administrativo, hoy, se reconoce que la misma compromete también al Derecho Privado, admitiéndose la existencia de una tutela sustancial inhibitoria. Dada la indudable jerarquía de tal función no puede ser interpretada con carácter restrictivo, de lo que se extrae su reconocimiento en numerosos preceptos del derecho positivo nacional (arts. 1071 bis, 2499, 2do. párr., 2618, entre muchos otros del Código Civil velezano; arts. 52/53 de la Ley 24.240; art. 43 de la Constitución Nacional, etc.)<sup>74</sup>, y su creciente recepción por la jurisprudencia<sup>75</sup>.

El Código Civil y Comercial previó el deber de evitación del perjuicio, incluyendo el de adoptar de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitarlo o disminuir su magnitud (art. 1710); consagró también la prevención de oficio, materia en la que se destaca el principio de menor restricción posible y de medio idóneo (art. 1713), el que sin duda será motivo de interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Legisló, asimismo, los requisitos de su procedencia y de la amplia legitimación para demandarla (art. 1712).

Sabido es que el riesgo constituye el objeto del contrato de seguro y que se trata de un elemento fundante de las relaciones entre asegurado y asegurador. Se lo define como la probabilidad de que acontezca el hecho futuro e incierto previsto en el contrato. Para que ese hecho futuro e incierto sea entendido como un siniestro es necesario que las condiciones previstas en el contrato se mantengan constantes e invariables durante el tiempo de esa ejecución contractual<sup>76</sup>. Sin embargo, el mantenimiento del estado del

72. LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., "La regla *naeminem laedere* en el Derecho Constitucional", en la obra de ALTERINI, Atilio A.-LOPEZ CABANA, Roberto M., *La responsabilidad*, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. GOLDENBERG, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, p. 92.

73. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", en la Revista responsabilidad Civil y Seguros, La Ley 1999-1.

74. NICOLAU, Noemí, "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional", LL 1996-A, 1245.

75. CSJN, 01.09.93, "Salta Prov. de c/ Estado Nacional s/ Ejecutivo, ED (Derecho Administrativo), 2003-297; CNCiv., Sala F, 10.05.00, "Eliás Julio y ots. c/ Gob. De la Ciudad de Bs. As.", JA 2000-IV, 523.

76. HALPERÍN, Isaac, Seguros, 3.<sup>a</sup> ed. act. por BARBATO, Nicolás H., Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 560.



riesgo no es un concepto rígido o inflexible, sino que atiende tanto a la regularidad de las modificaciones en el mismo que devienen previsibles como a las que acontezcan en forma inverosímil, casual o imprevisible.

El mantenimiento del estado del riesgo interesa no sólo al asegurador, ya que habrá contratado teniéndolo en cuenta para tomar o no el riesgo y parar fijar la prima; sino también a la masa de asegurados, ya que su alteración podría significar un aumento de la probabilidad del siniestro y, con ello, una eventual imposibilidad económica del asegurador de atender los siniestros<sup>77</sup>. Naturalmente, importa en primer lugar al asegurado que sufre el riesgo de que daño se concrete en un siniestro. De allí, la importancia en materia asegurativa de la prevención que se concreta en una multiplicidad de institutos propios de la técnica del seguro y que son previstos en la Ley de Seguros y en el contrato.

Se entiende por prevención de riesgos en materia de seguros el "... conjunto de medidas destinadas a evitar o dificultar la ocurrencia de un siniestro y a conseguir que, si el accidente se produce, sus consecuencias de daño sean las mínimas posibles<sup>78</sup>".

En atención a la necesidad de prevención del riesgo, la ley de seguros argentina impone al asegurado tres cargas fundamentales: a) la de declarar lo más exactamente posible el riesgo asegurado, cuya violación culpable o dolosa genera la nulidad del contrato (art. 5 de la ley 17.418 que regula el instituto de la reticencia); b) la de mantener el estado de riesgo y denunciar su agravación, cuyo incumplimiento es causa de rescisión del contrato (art. 37 ley 17.418); en ambos casos, la sanción debe ponderarse de acuerdo a la prueba tasada legal: si a juicio de peritos el hecho sobreviniente hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones; c) la carga de salvamento, por la que el asegurado debe proveer lo necesario, en la medida de sus posibilidades para precaver el siniestro o disminuir el daño, y observar las instrucciones del asegurador, a esos fines ( art. 72 LS).

En cuanto a la oportunidad de cumplimiento de las referidas cargas, mientras la primera exhibe su relevancia a la época de la contratación del seguro y, por ello, es una carga precontractual, previa y simultánea al nacimiento del contrato; la segunda, en cambio, es debida durante todo el término de vigencia contractual; por último, la carga de salvamento, nace aún ante la inminencia del siniestro y perdura mientras exista la probabilidad de daño<sup>79</sup>. A ello, se suman algunas previsiones contractuales que son entendidas como medidas de prevención.

77. ROITMAN, Horacio-AGUIRRE, Felipe F, La agravación del riesgo en el contrato de seguro, 2.º ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 5.

78. Voz "prevención de riesgos o siniestros", en el Diccionario Mapfre de Seguros, de CASTRELO MALTRAN, Julio-GUARDIOLA LOZANO, Antonio, Fundación Mapfre, Madrid, 1992, p. 289.

79. BATALLER GRAU, Juan-LATORRE CHINER, Nuria-OLAVARRIA IGLESIA, Jesús, Derecho de los Seguros Privados, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 199.

En la ley de Seguros se alienta al asegurado en la tarea de prevención del siniestro o morigeración de sus consecuencias a través de lo previsto por el art. 43 de la ley 17.418 en cuanto las disposiciones sobre agravación del riesgo no se aplican cuando se provoque el daño para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias o por un deber de humanidad generalmente aceptado.

Lo propio acontece en materia de la carga de salvamento. El art. 73 prevé que el asegurador está obligado a reembolsar al asegurado los gastos no manifiestamente desacertados realizados en cumplimiento de la carga de salvamento, aún cuando hayan resultado infructuosos o excedan de la suma asegurada. A mayor abundamiento, si los gastos se realizan de acuerdo a instrucciones del asegurador, éste debe anticipar los fondos si fuese requerido o su reintegro total. En cuanto a la interpretación de la locución empleada por la ley “gastos no manifiestamente desacertados”, se ha sostenido que debe buscarse acudiendo a pautas de razonabilidad, equidad y buena fe<sup>80</sup>.

Las técnicas utilizadas para implementar las medidas preventivas en el régimen argentino lo son tanto la exigencia legal de la declaración exacta del estado de riesgo (art. 5 LS) y su mantenimiento (art. 37 LS), como las exclusiones de cobertura y las condiciones a las que se sujeta el contrato.

Claro que para que el incumplimiento del asegurado de las referidas cargas, legales o convencionales, exige la existencia de relación causal entre el incumplimiento de la carga por el asegurado y el siniestro ocurrido<sup>81</sup>.

Las sanciones ante la ausencia de prevención están constituidas en primer lugar por régimen de la reticencia: la falsedad o reticencia aún hecha de buena fe en la declaración del estado del riesgo por el asegurado, que a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiera sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, se sanciona con la nulidad del contrato (art. 5 ley 17.418). El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad.

La sanción que prevé la normativa argentina ante la agravación del riesgo producida por un hecho del asegurado o ajeno a él es la rescisión, la que debe ser comunicada por el asegurador al asegurado dentro del plazo que designa la ley según se trate de un agravamiento por un hecho del propio tomador o asegurado, o ajeno a él.

Si la agravación obedeció a un hecho propio del asegurado o tomador, la garantía queda suspendida desde la comunicación que efectúe el

80. LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo, *Ley de Seguros Comentada y Anotada*, LA LEY, Buenos Aires, 2007, p. 380.

81. MORANDI, Juan Carlos F., “La agravación y las otras modificaciones del riesgo”, RDCO, 1987, p. 452.

asegurado antes que el hecho se produzca (art. 38) y el asegurador debe comunicar su decisión de rescindir dentro del plazo de siete días (art. 39). Lo propio acontece cuando el asegurador no hubiera asumido el riesgo según sus prácticas comerciales.

En cambio, si la agravación del riesgo se debió a un hecho ajeno al asegurado o tomador, el asegurador debe notificar su decisión de rescindir dentro del plazo de 30 días de la denuncia inmediata que debe hacer el asegurado (art. 38), con un preaviso de siete días (art. 39). Lo propio acontece, por su parte, cuando el asegurado hubiera debido permitir la agravación o provocarla por razones ajenas a su voluntad (art. 40). El derecho de rescisión del asegurador se extingue si no lo ejerce dentro de los plazos previstos en la norma o si la agravación del riesgo hubiera desaparecido (art. 42).

El art. 45 prevé la hipótesis de que el contrato comprenda una pluralidad de intereses o personas y la agravación sólo afecte a una parte de ellos, el asegurador podrá rescindir todo el contrato, si no lo hubiere celebrado en las mismas condiciones respecto de los no afectados. Recíprocamente, si el asegurador sólo rescinde parcialmente el contrato, el asegurado puede rescindirlo totalmente.

En caso de siniestro, si el asegurado omite denunciar la agravación, el asegurador no se encuentra obligado a su cobertura si se produce durante la subsistencia de aquélla, excepto que el tomador incurriera en la omisión o demora sin culpa o negligencia o si el asegurador conocía la agravación al tiempo en que debía hacerse la denuncia (art. 40, 2.º).

En cuanto al incumplimiento de la carga de salvamento sólo opera en caso de su violación dolosa o por culpa grave y resulta en que el asegurador queda liberado de su obligación de indemnizar en la medida que el daño habría resultado menor si no se hubiera verificado tal violación (art. 72, 2do. párrafo, ley 17.418).

La carga de la prueba pesa sobre el asegurador que alega el incumplimiento de la carga por el asegurado y comprende tanto la de los hechos que constituyen el agravamiento del riesgo, como la de su relevancia a los efectos que prevé el art. 37 de la ley 17.418<sup>82</sup>. Ese principio no se encuentra excepcionado, conforme la opinión mayoritaria<sup>83</sup>, por la circunstancia que en la póliza se haya descripto el hecho como causal de agravamiento del riesgo porque ello violaría tanto el art. 158 de la Ley 17.418 (que sólo permite la modificación del art. 37 en favor del asegurado), como por el art. 37, inc. c) de la ley 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios, en

82. HALPERÍN, Isaac, ob. cit., p. 493; STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, 6.ª ed. act. y ampl., La Ley, Bs. As. 2016, t. II, nro. 753, p. 445.

83. MORANDI, Juan C. F., *El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de modificaciones que lo agravan*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 43, p. 146; AGUIRRE, Felipe F., ob. cit., p. 61; CNCom, Sala D, 12.04.00, "Torga, Adela c/ Generali Cía. de Segs., ED 191-139.

tanto constituiría una cláusula abusiva prevista específicamente (la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario).

Con motivo de la admisión de la función preventiva de la responsabilidad civil resulta necesario preguntarse acerca de su cobertura por el seguro que la cubre. Esto es, el seguro contra la responsabilidad civil del causante del daño ¿cubre asimismo la condena preventiva de nuevos perjuicios que a éste se le imponga?

La respuesta no puede ser, en principio, sino la negativa por cuanto el citado seguro sólo cubre la responsabilidad resarcitoria en que incurra el asegurado frente a terceros por un hecho previsto y sucedido de acuerdo a las condiciones contractuales pactadas.

Eso mismo es lo que expresaron los fundamentos de la nueva Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación 39.327 del 3 de agosto de 2015 que fijó el contenido de la póliza básica uniforme del Seguro Obligatorio Automotor y Seguro voluntario. En sus considerandos se lee: "...se ha observado que el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en su art. 1710 una nueva fuente de obligaciones denominada "Responsabilidad Civil Preventiva", sobre la cual distintas cámaras del sector han solicitado su incorporación como exclusión expresa en las Condiciones de Póliza... Que el fin principal de Seguro de Responsabilidad Civil es el resarcimiento de un daño, dejando de lado cualquier otra obligación que surja del actuar por parte del Asegurado no contemplada en el mismo".

Añadió que "...la incorporación de la figura en el Código Civil y Comercial traduce un claro interés vinculado a evitar la producción del daño. Es decir, el eje de la regulación ya no está puesto sólo en el resarcimiento sino también y muy principalmente en su prevención. Que atendiendo a tales objetivos es que, en principio, el deber de prevención no debiera ser objeto de cobertura asegurativa en tanto que la contratación de un seguro no debe constituirse en una fuente de estímulo para evitar el cumplimiento del valor, principio y deber de prevenir la provocación de un daño o, en su caso, impedir su agravamiento...".

Lo propio se desprende de la Resolución 585 de la SSN en cuanto describe el riesgo cubierto como el derivado de los arts. 1716 y sgtes. del Código, excluyendo implícitamente la función preventiva, para luego disponer en forma expresa que se la puede excluir de cobertura (arts. 2.1.1 y 3.5).

Sin embargo, en relación al seguro contra la responsabilidad civil no puede dejar de advertirse que la prevención siempre estuvo cubierta en materia de medidas anticipatorias de condena o de medidas autosatisfactivas, aún de cautelares genéricas en materia de daños a las personas que requieran urgente tutela<sup>84</sup>.

84. COMPIANI, María Fabiana, "Las medidas precautorias trabadas sobre el patrimonio del asegurador", RCyS2013-XII, 237; cita Online: AR/DOC/3758/2013.

En materia asegurativa, la acentuación de las cargas legales y convencionales en materia de prevención de siniestros, así como la previsión del deducible o franquicia que estimulen la cooperación del asegurado, contribuyen al mismo principio de prevención que ahora consagra expresamente el nuevo Código Civil y Comercial.

En ese orden, precisamente en el aseguramiento de la responsabilidad profesional se destaca tanto la acentuación de las cargas de conductas de prevención del siniestro (cumplimiento del deber de información, documentación del consentimiento del paciente, confección de historia clínica, actuación conforme a las reglas del arte, etc.)<sup>85</sup> o de morigeración del daño, (la previsión del deducible o franquicia), como en garantizar, en caso de concretarse el riesgo de mala praxis profesional, la percepción de la indemnización por la víctima<sup>86</sup>.

#### XIV. OTROS IMPACTOS CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

Atañe a la regulación del contrato de seguro como contrato de adhesión, más no, merced a la carencia de destino final, como contrato de consumo: en materia de seguro de responsabilidad civil profesional, surge de la propia definición de su objeto (el riesgo de incurrir en mala praxis) que la vinculación directa con la actividad profesional del médico excluirá su caracterización como contrato de consumo<sup>87</sup>.

El nuevo Código define al contrato de adhesión como *“aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte, sin que el adherente haya participado o influido en su redacción”* (art. 984).

El supuesto regulado no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. Docentemente, se explica en los fundamentos que en este caso *“hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales”*.

Su campo de aplicación son los contratos que no son de consumo y que presentan situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

85. Resol. SSN 585 “4.3. Medidas de Seguridad: podrán incluirse cláusulas de medidas de seguridad a cumplimentar por los Asegurados, estableciéndose específicamente su naturaleza, el modo de cumplimentarlas y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento”.

86. COMPIANI, María Fabiana, “La prevención en el Derecho de Seguros”, RCCyC 2016 (abril), 13; AR/DOC/913/2016.

87. COMPIANI, María Fabiana, “El contrato de seguro y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, DCCyE 2012 (octubre), 102 Cita Online: AR/DOC/5116/2012.

El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere.

Concierne a la aceptación, por tanto no debe ser confundida con la predisposición, ya que en el contrato predispuesto el oferente tiene un plan o programa de contratación, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo y esto subjetivo<sup>88</sup>.

La libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar) y si se trata de bienes imprescindibles, ni siquiera aquélla existe. La autorregulación, como facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece en lo absoluto. La igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas. Ello determina la necesidad de examinar desde afuera el contenido contractual para asegurarse de la inexistencia de vicios invalidantes en el consentimiento residualmente prestado, o la existencia de cláusulas abusivas<sup>89</sup>.

Conforme el diagrama del nuevo Código Civil y Comercial, las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes, así como su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se agrega que se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985).

Se recogen los principios interpretativos propios de la contratación por adhesión, en cuanto las cláusulas particulares –son aquellas fruto de la negociación y consentimiento de las partes–, prevalecen sobre las condiciones generales del contrato (art. 986) y las cláusulas ambiguas se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987).

En este sentido, el máximo Tribunal ha considerado que *“Al tratarse de la interpretación de las cláusulas de un contrato de seguro se debe considerar que, en caso de duda, la obligación del asegurador subsiste, pues dicha parte no sólo redactó las condiciones del contrato sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones. La utilización de la expresión “daños corporales” en la póliza de seguro para limitar la responsabilidad asumida por el asegurador, no es idónea para excluir de la cobertura la reparación del daño moral padecido por los demandantes, ni el lucro cesante<sup>90</sup>”*.

88. ALTERINI, Atilio A, *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, n.º 12, p. 134.

89. STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, n.º 219, p. 253.

90. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02.11.1995, “Ferriols, Patricia L. c. Kerner, Eduardo y otro”, LA LEY 1997-B, 790, AR/JUR/2901/1995.



Sabido es que como el asegurador solo se encuentra obligado a cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto en el contrato, en el marco de un riesgo debidamente determinado, la extensión de la cobertura se ha dicho debe interpretarse literal, restrictiva o limitativamente.

En ese sentido, se ha precisado no es admisible la interpretación analógica ni extensiva de la cobertura para determinar el riesgo asegurado, dado que produciría un grave desequilibrio en la relación de equivalencia entre riesgo y prima<sup>91</sup>. Sin embargo, la interpretación literal o estricta en los contratos de adhesión y de consumo se encuentra expresamente impedida en el nuevo Código (art. 1062)<sup>92</sup>. Ello determina que el asegurador se encuentra obligado a hablar claro, porque ni siquiera podrá invocar en su favor la denominada interpretación estricta o literal.

Se fija un criterio general amplio en materia de cláusulas abusivas que comprende no sólo a los contratos por adhesión, sino también a aquéllos cuyo contenido es predispuerto<sup>93</sup>. Se elude de esta forma un elenco de cláusulas abusivas y la problemáticas que ello acarrea en cuanto a su desactualización y adecuación a las contrataciones específicas.

Se prevé que las cláusulas abusivas son las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. Esto es, se incorporan a nuestro sistema como cláusulas que deben ser tenidas por no convenidas, las denominadas cláusulas sorpresivas.

La cláusula se habrá de calificar de sorpresiva cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuertas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato. Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imaginaba que integrarían el contenido del contrato. La calificación de insólita, de inesperada, o inaudita de la referida cláusula, debe ser una conclusión

91. *“Es irrazonable extender la cobertura del seguro contratado por un Instituto Médico a un acto quirúrgico programado –calificado de mala praxis–, efectuado en el consultorio del profesional co-demandado –que no se encuentra entre los domicilios amparados– si la póliza se convino por la responsabilidad civil emergente de la actividad desarrollada por el servicio de urgencia del asegurado en los lugares que allí se indican”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 09.04.02, RCyS, 2002-672).

92. *“Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente”*.

93. *“ARTICULO 988.– Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”*.

natural del antedicho examen comparativo, del que resulte que su incorporación al contrato importa inequidad e irrazonabilidad.

La sanción para las cláusulas abusivas es que se tienen por no convenidas y cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si éste no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

Por otra parte, se prevé como no podía ser de otra forma que la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial (art. 989).

La importancia de la cuestión radica en ¿cuáles cláusulas podrían ser declaradas abusivas en el contrato de seguro? Porque la disciplina de las cláusulas abusivas encuentra en el Código Civil y Comercial los claros límites del art. 1121: no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas que refieran a la relación entre el bien o servicio procurado y el precio, tampoco las que reproduzcan disposiciones de carácter imperativo o suscritas por nuestro país en tratados internacionales. En consecuencia, se hace indispensable distinguir entre las cláusulas limitativas de la responsabilidad y los límites de la prestación a cargo del asegurador.

En el plano conceptual, la delimitación del riesgo asegurado se distingue claramente de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados:

a) La delimitación del riesgo precede al nacimiento de los derechos y obligaciones de las partes. Comprende la individualización y determinación de la base del riesgo asegurado y la fijación de los límites económicos, como franquicias, descubiertos, sumas aseguradas. Hace al objeto del contrato.

b) En cambio, las cláusulas limitativas, tanto las exonerativas (que eliminan totalmente la responsabilidad), como las limitativas propiamente dichas (sólo lo hacen parcialmente), evidencian el propósito de liberar o atenuar la responsabilidad del asegurador y, consecuentemente, del derecho a obtener la indemnidad por el asegurado o el pleno resarcimiento del daño, por el tercero. Se aplica en la etapa de los efectos del contrato.

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de setiembre de 2006 (RJ 2006, 6576), del Pleno de la Sala, resolvió que el límite del importe de la indemnización por siniestro en el contrato de seguro de automóviles, establecido en el condicionado general, implica delimitación del riesgo y no exige la aceptación específica del art. 3 de la LCS (la norma citada requiere que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, sean destacadas en la póliza y específicamente aceptadas por escrito)<sup>94</sup>.

Esta distinción no es menor. Las cláusulas limitativas de responsabilidad pueden ser declaradas abusivas, en tanto importen un desequilibrio

94. VEIGA COPO, Abel B., Tratado del Contrato de Seguro, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, España 2012, p. 369.

significativo en perjuicio del asegurado consumidor. En cambio, no correspondería tal declaración por exclusiones de cobertura, que integran el objeto del contrato y, por ende, fueron originadas en la materia negocial entre las partes que contratan.

La delimitación del riesgo integra el objeto del contrato y, por tanto, no podría ser considerada como cláusula abusiva, ya que son las partes quienes acuerdan sobre el objeto de la contratación<sup>95</sup>. A modo de ejemplo, no podría considerarse abusiva la cláusula por la que en el seguro automotor se cubre sólo la responsabilidad civil hacia terceros y no el casco del rodado contra todo riesgo<sup>96</sup>.

Lo anterior podría cuestionarse por irrazonable en los seguros contra la responsabilidad civil de contratación obligatoria, cuando el asegurador impone una suma asegurada irrisoria o una franquicia desmesurada, por ejemplo, en seguros de responsabilidad civil de los titulares de establecimientos educativos (art. 1767 CCyCN).

Lo expuesto significa que ni la franquicia o descubierto obligatorio, ni la suma asegurada, ni las exclusiones de cobertura, podrían ser consideradas como cláusulas abusivas. Sin embargo, la fijación de tales límites al contrato de seguro podría resultar inconstitucional, si fueren irrazonables, irrisorios, exorbitantes o contrariaran la finalidad económica jurídica del contrato o cuando restrinjan de modo inusual o poco frecuente los derechos de los asegurados o terceros.

La impugnación del contrato de seguro por contener cláusulas abusivas sólo podría ser planteada por el asegurado, que es parte del mismo, y no por el damnificado que no integra la relación contractual. Pero, cuando se trate de un seguro de contratación obligatoria, en razón de que los poderes públicos desean brindar protección a terceros expuestos a riesgos determinados, el planteo de inconstitucionalidad de franquicias exageradas o de sumas aseguradas irrisorias, aunque estén fijadas normativamente, podría ser intentado también por los damnificados, a quienes la norma que imponía el seguro, buscó proteger.

La opinión expresada en el párrafo anterior, no es compartida por quienes siguen considerando que el seguro de responsabilidad civil, aunque su contratación sea impuesta obligatoriamente, sólo es un contrato entre un asegurador y un asegurado que busca proteger la indemnidad de su patrimonio. Para esta posición, que podemos denominar clásica o restrictiva, el seguro sólo da garantía en la medida pactada. El damnificado sólo podrá dirigir su acción contra el asegurador y cobrarse hasta la suma

95. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis, (Ponente General) Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Civitas, Madrid, 1996, p. 41.

96. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "El seguro de responsabilidad civil y las cláusulas claims made", LA LEY 2006-E, 8 • Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo IV, 491. Cita Online: AR/DOC/2696/2006.

asegurada y por lo que su crédito exceda a la misma, simplemente, no hay seguro.

La declaración de inconstitucionalidad de límites y franquicias ha sido decretada, aun de oficio, por los Tribunales argentinos<sup>97</sup>.

Ahora bien, los efectos serán distintos si los Tribunales deciden decretar la nulidad o inconstitucionalidad de la limitación relativa a la franquicia o a la suma asegurada o, por el contrario, deciden que las mismas son inoponibles a las víctimas. En el primer supuesto, el asegurador terminará dando una garantía mayor a la contratada. La sentencia así dictada lo obligará a iniciar un nuevo juicio contra su asegurado para reclamar el pago de la suma que desembolsó sin causa (art. 1794, 1.º párr. CCyCN).

En la segunda hipótesis, –declaración de inoponibilidad– el asegurador que pagó a la víctima, sin necesidad de promover un nuevo juicio, podrá solicitar el reembolso a su asegurado, ya que el negocio entre las partes no resultó alterado por la decisión judicial.

## XV. LA CLÁUSULA «CLAIMS MADE» Y LA CUESTIÓN DE SU ILEGITIMIDAD

Conforme lo ya expuesto, el asegurador de la responsabilidad civil asume su compromiso de indemnidad del asegurado con total independencia de que el reclamo efectuado por el tercero se deduzca durante la duración material del contrato o ulteriormente, siempre que la pretensión no se encuentre extinguida por prescripción (art. 109 ley 17.418).

Sin embargo, hace más de dos décadas, la autoridad de control de la actividad aseguradora autorizó el uso de las denominadas coberturas bajo cláusula claims made, específicamente, en materia de seguro de mala praxis para médicos y clínicas<sup>98</sup>.

La particularidad de la cláusula claims made es que identifica el momento del siniestro en el seguro con el del reclamo efectuado por el damnificado. El asegurador asume la garantía siempre y cuando el daño y el reclamo de la víctima se sitúen temporalmente durante el período de garantía o su extensión.

Otra variante conocida como la de “retomar el pasado desconocido”, consiste en que el asegurador garantiza las reclamaciones formuladas

97. Cámara Nacional Civil, Sala A, “Bossio, Jorge Sebastián c/ Expreso Paraná S.A. y otros/ daños y perjuicios”, del 15/09/05, en La Ley tomo 2006-A, pág. 228, con nota a fallo de. FRICK, Pablo D “¿Se consolida la doctrina judicial de la “oponibilidad” de la franquicia?” en La Ley tomo 2006-B, pág. 310; con nota a fallo de STIGLITZ, Rubén S. y COMPIANI, María Fabiana “La viabilidad de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de la franquicia en el seguro de transporte automotor de pasajeros” y en Responsabilidad Civil y Seguros 2006-VI, pág. 57.

98. Resoluciones 23.160 del 24.03.93 para médicos y n.º 78.392 del 28.06.94 para Directores de Clínicas.

durante el curso del contrato, aún por daños verificados con anterioridad a la vigencia del contrato de seguro (uno o dos años)<sup>99</sup>.

El asegurado se halla desprovisto de garantía por demandas promovidas con posterioridad al límite fijado por tal cláusula. Ello así porque se trata de una previsión convencional que resulta inoponible a los terceros (arts. 1021/1022 del Código Civil y Comercial), quienes podrán promover el reclamo hasta el término del período de prescripción. Para evitar quedar desprotegido, la alternativa para el médico será permanecer asegurado mediante contratos de seguro sucesivos, al finalizar cada período contractual o su extensión.

Entre sus ventajas, se predica que el seguro bajo esa condición resulta más barato, ya que las previsiones económicas son más difíciles de efectuar por largos períodos de tiempo (inflación, políticas económicas, cambiarias, impositivas, etc.)<sup>100</sup>. Permite medir con mayor precisión el riesgo, puesto que la curva tendencial muestra que la mayor cantidad de reclamos contra médicos se produce durante los primeros cinco años. A ello se suma que prevén la posibilidad de contratar un período extendido, así como permiten la rehabilitación de la cobertura, facilitando la adecuación de la suma asegurada<sup>101</sup>.

Los motivos invocados por los propiciadores del empleo de estas cláusulas se pueden reducir, fundamentalmente, a dos: 1) las prescripciones largas y 2) la característica de ciertas situaciones o elementos pasibles de provocar daños que se exteriorizan luego de transcurridos muchos años. Y, principalmente, de parte de los reaseguradores, se sostuvo que no era posible mantener reservas por plazos prolongados sin que ello causare trastornos económicos y técnicos a aseguradores y reaseguradores<sup>102</sup>. Asimismo, posibilitan amparar eventos acontecidos con anterioridad a la contratación del seguro, siempre que resulten desconocidos por el asegurado.

En Argentina, se encuentran expresamente autorizadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación<sup>103</sup>. A ello se añade que se han flexibilizado sus efectos de forma tal de morigerar los abusos a través del

99. SITGLITZ, Rubén S., “El Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Especial referencia al seguro de responsabilidad profesional de médicos y centros asistenciales de salud” en Revista Ed. La Ley, RCyS, 1999, 13.

100. LOPEZ SAAVEDRA, Domingo “Seguro de responsabilidad civil bajo condiciones ‘claims made’”, en la Revista *Derecho Privado y Comunitario*, “Seguros I”, nro. 19, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 97.

101. WIERZBA-CZERNIZER, “La cláusula claims made”, Rev. RCyS, año IV, n.º VI, nov-dic, p. 46/62.

102. HALPERÍN Isaac, *Seguros*, 3.ª ed. act., por Barbato, Nicolás H., Ed. Desalma, Bs. As., 2001, p. 1047.

103. LORENZETTI, Ricardo, “Contrato de Seguro: La cláusula ‘claims made’”, LL 1998-C, p. 1174/1178.

alargamiento de los períodos de extensión, la estipulación de su compra anticipada, la autorización de denuncia de las denominadas contingencias<sup>104</sup>. Todo ello justificaría su legitimidad cuando se ofrecen al asegurado suficientes variantes en la contratación del seguro bajo cláusula *claims made*<sup>105</sup>. Sin embargo, reconocida doctrina ha considerado que viola el principio de libertad contractual que permite, no sólo contratar o no eligiendo el co-contratante, sino también establecer las condiciones y límites de sus mutuas obligaciones (art. 1197 del Código Civil)<sup>106</sup>.

Desde otro ángulo, contraviene una norma imperativa por su letra y naturaleza como es la que define el seguro contra la responsabilidad civil (arts. 109 y 158 ley 17.418)<sup>107</sup>. Desconoce el momento del siniestro en el seguro contra la responsabilidad civil<sup>108</sup>, que no es otro que el hecho dañoso acaecido (arts. 109, 114, 115 y 116, párr. 3) al confundirlo con el reclamo del tercero (arts. 110, inc. a), 111, ap. 4to. y 117). Pretende confundir la delimitación del riesgo que hace al elemento objeto del contrato de seguro con los efectos de éste que se verifican en la etapa funcional (duración de la garantía asegurativa).

Como explicaba Barbato, con este tipo de cobertura se intenta erigir el reclamo en riesgo, lo cual, a nuestro juicio, encierra un profundo error. El reclamo sólo es un instrumento de una pretensión; es el vehículo por el cual esa pretensión se comunica y se hace valer ante el deudor. Pero ese reclamo carece de aptitud ontológica para erigirse en riesgo. El riesgo, en el seguro de la responsabilidad civil, consiste en convertirse en sujeto pasivo de una deuda de responsabilidad y no en la posibilidad de recibir un reclamo del tercero<sup>109</sup>. Implica una cláusula abusiva al ampliar los derechos del predisponente asegurador y restringir los del asegurado [art. 37, inc. a) de la Ley 24.240], por lo que debe tenerse por no convenida. Importa una infracción a un derecho garantido constitucionalmente como es de la protección de los derechos económicos (art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica) y de los intereses económicos de los consumidores (art. 42 de la Constitución Nacional)<sup>110</sup>.

En Italia, la Casación ha fijado que “*no es abusiva la cláusula que en el contrato de seguro de responsabilidad civil subordina la operatividad de la*

104. WIERZBA, Sandra M.-CZERNIZER, Diego G., “La cláusula *claims made* en los seguros contra la responsabilidad médica: la experiencia argentina”, en Revista RCyS, La Ley, 2002-296.

105. LORENZETTI, Ricardo, ob. cit. p. 1174/78.

106. HALPERÍN Isaac, *Seguros*, 3.ª ed. act., por Barbato, Nicolás H., ob. cit., p. 1048.

107. SITGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, 4.ª ed. act., tomo I, La Ley, 2005, nro. 453, p. 588.

108. MEZA CARBAJAL, Luis Alberto, *El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*, Ed. Grijley, Lima, Perú, 1995, p. 139.

109. HALPERÍN Isaac, *Seguros*, 3.ª ed. act., por Barbato, Nicolás H., ob. cit., p. 1049.

110. SITGLITZ, Rubén S., “Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula *claims made*”, LL 2003-F, 372.



*cobertura de seguro a la circunstancia de que tanto el hecho ilícito como el pedido de resarcimiento intervengan dentro del periodo de eficacia del contrato o dentro de determinados períodos de tiempo individualizados con anterioridad (p. ej. cláusula claims made mixta); sin embargo, en presencia de determinadas condiciones ella puede ser declarada nula por defecto de mérito o por serle aplicable lo normado por el D.Lgs. n. 206 del 2005, por el hecho de determinar a cargo del consumidor un desequilibrio significativo de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato*". Ello determina que en cada caso deba efectuarse el análisis acerca de mérito, proporcionalidad y racionalidad de la cláusula<sup>111</sup>.

En Argentina, la cuestión ha merecido también la atención de la jurisprudencia, que se ha inclinado por declarar su carácter abusivo y, en consecuencia, tenerla por no escrita<sup>112</sup>.

Ahora bien, la Resolución SSN 585 del 15/06/2018 que fija las pautas mínimas a aplicar para las Condiciones Contractuales de los Seguros de Responsabilidad Civil prevé que en los seguros bajo Condiciones Base Reclamos o "Claims Made", "*Se advertirá en forma destacada que el Seguro se realiza bajo las Condiciones Base Reclamos o Claims Made en: Condiciones Generales, Condiciones Particulares y en el Formulario de Solicitud de Seguro...Se incluirá una nota explicativa en las Condiciones Particulares*

111. VITULIA, Ivone, "Cláusulas claims made y principios generales del orden jurídico italiano", SJA 31/07/2019, 37, JA 2019-III, Cita Online: AR/DOC/2285/2019.

112. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, 29.08.03, "R.M.A. C/ Obra Social del Personal de la Sanidad y ots", LL 2003-F, 371. El Fiscal General de la Cámara Civil Capitalina se pronunció considerando ilícita y abusiva la cláusula (20.02.06, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela c/ Guevara, Juan A. y ots. s/ Daños y pjs", Dictamen 74.219, Sala C, R. 343.779). A posteriori, la Sala C de la misma Cámara, entendiendo en dicho expediente, coincidió con el dictamen del Fiscal, declarando su carácter abusivo y teniéndola por no escrita (sentencia del 02.05.06). "*Resulta improcedente la cláusula de tipo "claims made" invocada por la aseguradora del supermercado en el que se produjo el robo del automóvil del actor, mediante la cual se establece como condición para la cobertura no sólo la ocurrencia del siniestro, sino que además exige que el reclamo del damnificado se realice durante la vigencia de la póliza, pues, los efectos de la aplicación de dicha póliza van a depender de un tercero, lo que implica la desprotección del asegurado en violación de los art. 109 y 158 de la ley 17.418" (C4ta.Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Echegaray, Domingo c/ Libertad S.A., 11.11.2010, LL Gran Cuyo, marzo 2011, 173). "Las cláusulas claims made resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurado" (CNCivil, sala F, F R., C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros, 03/03/2011, con nota de Rubén S. Stiglitz; María Fabiana Compiani; LA LEY 2011-B, 406". En sentido contrario, ha quedado aislado el precedente que señala "*Es improcedente la demanda interpuesta contra la citada en garantía por el asegurado... y el asegurado no puede posteriormente pretender desconocer los términos del contrato, máxime si se trata de una sociedad comercial de importancia con posibilidad de obtener asesoramiento previo a la firma del contrato en tales condiciones (CNCivil, sala C, F, N. G. c. Edesur S.A., 13/03/2007, JA 2007-III, 148, con disidencia del Dr. Díaz Solimine).**

*referida a los alcances y funcionamiento de la Cobertura de Base Reclamos... La Cobertura deberá otorgar en forma automática un Período Extendido de Denuncias de TRES (3) años que no requiera el pago de prima adicional” (cláusulas 2.3.1, 2.3.2. y 2.3.3).*

Lo expuesto torna evidente que, a pesar de las variantes sucesivas proyectadas en los últimos casi tres lustros, las cláusulas claims made no han logrado superar la inadecuación a la Ley de Seguros. Ello significa que la cláusula no ha logrado en su versión inicial ni con las mudanzas subsiguientes, superar un “test” de legitimidad ni un “standard” de legalidad. La dicción pasada, como la actual, sigue contrariando el orden jurídico imperativo. Lo que acontece es que, cuando una cláusula nace ilícita y abusiva, el hecho de redactarla de otro modo pero con el mismo designio, no logra legitimarla.

Se ha modificado el plazo de prescripción de la responsabilidad civil (se redujo a tres años, art. 2561 CCyCN) y por vía reglamentaria se ha extendido la cobertura temporal a ese plazo, pero no se ha modificado la Ley de Seguros, la que imperativamente aún sigue exigiendo que el asegurador mantenga indemne al asegurado por los hechos de los que nazca su responsabilidad civil y que ocurran durante la vigencia del contrato, cualquier sea el momento en que el tercero realice el reclamo.

## XVI. DELIMITACIÓN CAUSAL: EL ASEGURAMIENTO DE LA CULPA GRAVE

Sabido es que individualizado el riesgo (en nuestro caso, mala praxis profesional médica), sin embargo, no puede ser cubierto en todo tiempo, lugar y modo en que se verifique. Por el contrario, todavía se hace preciso delimitarlo desde una perspectiva temporal, espacial y causal<sup>113</sup>.

Con relación al plano causal, la delimitación subjetiva se verifica en la exclusión de cobertura en caso de culpa grave y se encuentra expresamente prevista en los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros.

La resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación que aprueba las condiciones especiales de la cobertura de responsabilidad civil para médicos (nro. 15517/80) utiliza la expresión culpa grave asimilable al dolo. Sin embargo, ambas nociones se distinguen conceptualmente, la primera implica buena fe, la segunda mala fe.

En este sentido, el Código Civi y Comercial de la Nación claramente concibe al dolo como aquel que produce un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 in fine), distinguiéndola del ya revisado concepto de culpa leve como omisión de la diligencia debida.

El Código Civil y Comercial no define la noción de la culpa grave, aunque la recibe expresamente (por ej. Art. 1771 para la responsabilidad por

113. CSJN 09.04.02, RCyS, 2002-672.

acusación calumniosa). Entonces, mmás allá de las dificultades para conceptualizarla, su noción se alcanza no sólo por la exclusión de la malicia (dolo), sino también por la intensidad de la negligencia o imprudencia que la dominan<sup>114</sup>: consiste en la impericia extrema, no prever o comprender lo que cualquiera comprendería, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes.

Cierta tesis era partidaria de la equiparación, por la dificultad de la prueba del dolo, que aconseja tenerlo por acreditado en caso que la prueba revele una negligencia intensa. En esta orientación se inscribía por ejemplo, el Proyecto de Reforma del Código Civil argentino de 1998, art. 1604, inc. 3.º, que la definía como la falta extrema de diligencia y la asimilaba al dolo. En otra posición, la equiparación era criticada por las diferencias marcadas en cuanto a la intención del sujeto<sup>115</sup>.

En definitiva, la cuestión radica en que la asimilación pretendida perjudicaría la asegurabilidad de la culpa grave. En nuestra ley, en materia de seguros, la exclusión de la culpa grave fue fundada en la exposición de motivos, por las dificultades para probar el dolo, la deficiente organización policial en el interior del país, las dificultades prácticas del asegurador para una intervención rápida que le permita investigar el siniestro.

Cabe concluir que las razones hoy no subsisten y señalar que el art. 158 de la ley 17.418 al enumerar al art. 114 como una norma relativamente imperativa, sólo modificable a favor del asegurado, torna asegurable la culpa grave en nuestro sistema.

La conveniencia del aseguramiento de la culpa grave en el seguro de mala praxis profesional se justifica porque en la práctica se observa que muchas de las conductas por las que son condenados los médicos ser calificadas como constitutivas de culpa grave (por ej.: óblito quirúrgico). Por último, tal aseguramiento requiere de una redacción en términos positivos por cuanto la ausencia de mención la excluye por aplicación de los referidos arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros.

## XVII. LAS PRINCIPALES EXCLUSIONES DE COBERTURA

En la cobertura de mala praxis para médicos, suelen excluirse de la obligación del asegurador, los daños causados por:

Incumplimiento del secreto profesional: el médico sólo se encuentra eximido de las consecuencias de la violación del secreto profesional cuando informa la portación del virus en los casos previstos por el art. 2 de la Ley Nacional del Sida y su decreto reglamentario 1244/91). En cuanto al deber

114. Cámara Nacional Comercial, 22.10.93, LL 1994-D, 225.

115. Stiglitz, Rubén S. ob. cit., *Derecho de Seguros*, tomo I, nro. 235, p. 287.

de secreto profesional y la obligación de denunciar delitos, sus límites han sido dilucidados por el máximo Tribunal<sup>116</sup>.

Transmisión del SIDA: Se critica que se mantenga la exclusión en la actualidad, dado que se conocen los medios de transmisión, así como que, en razón del desarrollo científico y tecnológico, se ha avanzado notablemente en su tratamiento<sup>117</sup>.

La responsabilidad ajena: que corresponda a la Clínica, Sanatorio, Hospital o cualquier centro asistencial en los que el profesional médico desempeña sus tareas, u otros auxiliares en relación de dependencia con el centro asistencial, u otros profesionales médicos que colaboren con el asegurado. Daños sufridos por colaboradores del asegurado, por motivos profesionales o científicos.

El desempeño como Director o Jefe de Equipo: sólo se lo cubre para el supuesto que se contrate expresamente la cobertura mediante el pago de una extra prima (recargo). En muchos ámbitos de ejercicio de la medicina, la realización de un diagnóstico y/o tratamiento y/o intervención quirúrgica supone, de ordinario, una actividad plural de profesionales del arte de curar. A diferencia de los casos de actuación meramente “colectiva” (varios profesionales que atienden al mismo paciente de modo más o menos simultáneo, pero independientemente) existe “equipo médico” cuando, al frente del grupo, hay un “jefe” que orienta, supervisa y coordina la actividad, con la colaboración de otros profesionales. Los otros médicos pueden tener autonomía científica, en el ámbito de su especialidad (anestesiólogos) o bien, ser auxiliares, sujetos a las directivas del cirujano jefe (médicos asistentes, enfermeras). Aquellas son hipótesis de relaciones igualitarias, en un plano de horizontalidad, mientras que estas otras implican un orden jerárquico, donde el jefe del equipo médico se desempeña de manera similar a un “capitán de barco” o “director de orquesta”.

El jefe del equipo médico responde si es quien ha ejecutado directamente el acto dañoso, de manera negligente, imprudente o imperita. En tal

116. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20.04.10, Valdivieso s/ causa 4733, Fallos 333:405) En ese precedente, estableció que “...Es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente. No obstante, como ya se adelantó, el derecho a la vida privada no es absoluto, y, concordantemente con ello, la legislación vigente admite, bajo ciertas condiciones, la injerencia en ese ámbito protegido. Por otra parte, la confidencialidad cede frente a la obligación de denunciar determinadas enfermedades como la lepra, pestes, las enfermedades venéreas en periodo de contagio (leyes 11359 Ver Texto, 11843, 12331 y 16668, respectivamente), las enfermedades infectocontagiosas o transmisibles a las que se refiere la ley 15465, o la obligación de denunciar los nacimientos y defunciones (leyes 14586). Otras tantas excepciones surgen de la ley 23798 de la lucha contra el sida y su decreto reglamentario, que, entre otras hipótesis releva al médico del secreto “para evitar un mal mayor”.

117. WIERZBA, Sandra, “Seguro contra la responsabilidad civil médica”, en la Revista de Derecho de Daños, Daños a la Salud, 2011-3, nro. 5.3.2., p. 488.

hipótesis, no es relevante su calidad de “jefe” sino de “médico” autor del perjuicio, con sujeción a los principios generales sobre culpa (arts. 1124 y 1768 Código Civil y Comercial Nacional). Igualmente responde, en cuanto “jefe”, por el hecho de sus colaboradores, si ha ejercido incorrectamente su deber de supervisión sobre los restantes integrantes del equipo. Aunque entonces uno de éstos sea el autor material del daño, el defectuoso desempeño del jefe, por acción o por omisión, constituye una concausa que posibilita responsabilizarlo. En rigor, también es responsabilidad por hecho propio culpable (art. 1124), concurrente con el hecho culpable ajeno (art. 1753)<sup>118</sup>.

En cambio, se predica su irresponsabilidad por el hecho de otro profesional con autonomía científica, como por ejemplo, el anestesista, quien posee autonomía científica lo que impide gravar al cirujano con una responsabilidad refleja por el hecho de un tercero sobre quien carece de facultades de dirección o control<sup>119</sup>.

Como docentemente señala Trigo Represas “... hoy en día se acepta de manera casi uniforme, tanto por la doctrina jurídica como por la ciencia médica, que e anestesista se desempeña con autonomía científica y técnica, con obligaciones y responsabilidades propias, o sea que en general no existe subordinación entre el cirujano y el anestesista, sino que las actividades de ambos especialistas confluyen en el acto médico, en plano de igualdad... a veces incluso se atribuye al anestesista una posición dominante, en especial porque tiene a su cargo al enfermo más tiempo que el cirujano,... puesto que en el preoperatorio practica el examen de los antecedentes del caso y prepara y materializa el sueño del enfermo y después de la operación lo asiste hasta su pleno despertar. De tal forma, el anestesiólogo, sólo está sujeto a las instrucciones del

118. “Cuando un médico realiza su trabajo con ayuda o asistencia de auxiliares que se encuentran bajo su subordinación o que son puestos a su disposición por el establecimiento de salud donde se desarrolla el acto médico, quien responde es el médico. Esta responsabilidad se denomina por el hecho ajeno. Su fundamento radica en que el médico tiene bajo su vigilancia y supervisión a los otros miembros del equipo. Sólo cabe considerar el médico, al menos desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Por el contrario, cuando varios médicos participan al mismo tiempo en una intervención médica, lo importante es averiguar si cada uno de ellos es responsable de sus actos respecto del paciente o si sólo uno de ellos debe ser responsable por todos. En esta segunda hipótesis la responsabilidad se concentraría en el médico jefe” (Cámara Nacional en lo Civil, sala F, 22/12/2011, Partes: E., A. B. y otro v. Instituto Dupuytren y otros). Ídem “Cuando entre los integrantes de un equipo médico no es posible individualizar al autor del hecho del que deriva la responsabilidad, el único responsable es el jefe del equipo que tiene a su cargo la intervención, por la obligación tácita de seguridad o del deber de garantía del personal que tiene a su cargo, aunque limitada a las prestaciones que ejecutan dichos dependientes y que tiene la posibilidad de controlar o que ha controlado o supervisado” (Cámara Nacional en lo Civil, sala E, causa E249713, del 03/03/99, sum. 0012651 Base Isis).

119. MEZA, Jorge A.-BORAGINA, Juan C., “La responsabilidad del Jefe de Equipo frente al daño causado por sus miembros”, en Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales de la salud”, año 2003-3, Ed. RuinzalCulzoni, Santa Fe, 2003.

cirujano en cuanto a la duración de la intervención o a la zona a anestesiarse, existiendo por lo demás una perfecta división del trabajo: el cirujano se ocupa de la intervención quirúrgica propiamente dicha y el anestesista tiene responsabilidad por el método de anestesia, la elección de procedimiento utilizado y el postratamiento, así como por el mantenimiento y restablecimiento de las funciones vitales del paciente<sup>120</sup>". En el mismo sentido, se ha pronunciado nuestro más alto Tribunal<sup>121</sup>.

También existen condiciones contractuales en nuestro país que agregan otras exclusiones, como la que atañe a la responsabilidad de los Laboratorios por los productos medicinales, responsabilidad civil por experimentos clínicos sobre personas, responsabilidad civil por contaminación, por cultivos bacteriológicos, etc.<sup>122</sup>.

Actos e intervenciones prohibidas por la ley: actos experimentales y ensayos clínicos. Cambios de sexo, esterilizaciones y la nueva legislación autorizante (Ley 26.130/2006 de Contracepción quirúrgica). Utilización de tratamientos no reconocidos y uso de medicamentos off label. Convenio que garantice el resultado de cualquier intervención quirúrgica o tratamiento. Daño genético.

Con relación a las exclusiones de cobertura en general y en la actualidad, la Resolución 585 del 15/06/2018 de Pautas mínimas para el seguro de responsabilidad civil prevé que deben encontrarse detallados en el ANEXO I de la póliza, como así también dentro de las condiciones contractuales. No podrán establecerse como exclusiones de cobertura las cargas que se impongan al Asegurado conforme a la política de suscripción del Asegurador, las que deberán figurar bajo el título de "Cargas al Asegurado (Artículo 36 – Ley N.º 17.418)". Las exclusiones deben guardar relación con el riesgo cubierto (cláusulas 3.1, 3.2 y 3.3).

## XVIII. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS Y LA EXCLUSIÓN DE COBERTURA POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEY

En materia de responsabilidad civil médica, se discute hoy el rol que cabe asignar al incumplimiento de las normas de deontología profesional.

120. TRIGO REPESAS, Félix en Bueres-Higton, *Código Civil*, tomo 4B p. 410.

121. "La autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesista obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el cirujano, quien carece de facultades para ejercer un control o vigilancia respecto de los actos propios de otra incumbencia profesional, limitándose su órbita legal de fiscalización –y por ende su responsabilidad– a los actos del personal que ejecuta sus órdenes como auxiliar, y sobre el que tiene el poder de control (art. 19 inc. 9.º, ley 17.132; Fallos: 321:473)". Corte Suprema de Justicia de la Nación, "V., N. C. K., O. y ots", del 23.04.02, publicado en RCyS, 2002, 759.

122. SCHIAVO, Carlos, "El seguro de responsabilidad civil médica", en la obra Garay (Dir), *Responsabilidad Profesional de los médicos*, 2.º ed. ampl. y act., tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 1001.



En este sentido, el Proyecto de Código Civil unificado de 1998 en su art. 1681 enumeraba a las normas éticas entre las aplicables a los profesionales liberales para juzgar la existencia de responsabilidad civil.

Preveía que: “*Las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer. Sus alcances resultan de lo convenido; de lo previsto por el inciso a) del artículo 726, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de las normas de ética que regulan el ejercicio de la profesión*”. El actual Código Civil y Comercial no reproduce esta última extensión.

Mosset Iturraspe había criticado esta solución señalando que las normas éticas no son jurídicas, en consecuencia, resultan ajenas a un juicio de responsabilidad por daños, culminan en una sanción al inmoral, pero son indiferentes para la víctima del daño y ajenas a los Tribunales de Justicia<sup>123</sup>.

En cambio, otros autores sostuvieron que su violación puede constituir ilicitud en los términos del art. 1066 del Código Civil velezano, atribuyendo responsabilidad al profesional que ha incumplido normas éticas<sup>124</sup>.

De lo que no se duda y resulta compartible es que en la medida que la norma deontológica se haya incorporado a la norma jurídica, su violación integra el elenco de conductas antijurídicas<sup>125</sup>.

Tampoco existe debate en cuanto a que cualquier reconocimiento jurídico de una norma deontológica, encuentra límite en su confrontación con las normas legales en sentido formal: si la primera colisiona con la segunda, ésta es la que habrá de prevalecer.

En una posición distinta a las anteriores, otros doctrinarios observan que los Códigos de Ética gravitan cuando se trata de merituar la existencia de culpabilidad en la actuación del profesional<sup>126</sup>.

El actual Código Civil y Comercial define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724), estimando que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725).

123. MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 69. Se pronuncian sosteniendo que la transgresión de la moral no alcanza a constituir un acto como ilícito civil, Bertoldi de Fourcade, María Virginia –Bergoglio de Beouwer de Koning, María Teresa, “La antijuridicidad en la responsabilidad civil del médico”, LL 1985-D, 988.

124. RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pág. 164.

125. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, en la *Revista de Derecho de Daños-Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, 2005-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 54.

126. CARRANZA CASARES, Carlos A., “Relevancia de las normas éticas en la responsabilidad de los médicos”, LL 2004-E, 1001.

En consecuencia, para verificar si ha mediado culpa del médico resulta necesario confrontar su obrar con la conducta correcta y ésta, en materia profesional, está desenvuelta por las denominadas reglas del arte (*les artis*)<sup>127</sup>. Entre esas reglas del arte se encuentran, justamente, las que determinan los ordenamientos deontológicos.

Este es el sentido de su reconocimiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando consideró que para valorar la actuación médica deben ponderarse las reglas aceptadas por los colegios profesionales y, obviamente, las normas jurídicas que a ellas se vinculan para juzgar el comportamiento del profesional actuante “... *ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida, y la obligación de superior rango axiológico, de obrar con prudencia y pleno conocimiento...*”<sup>128</sup>.

Dicho criterio fue ratificado a posteriori, sosteniendo que no cabe restringir el alcance o privar de toda relevancia jurídica a las normas éticas<sup>129</sup>.

A esta altura, lo innegable es hoy su importancia para el Derecho. En este sentido, se ha dicho que “*las normas deontológicas van adquiriendo una creciente apariencia jurídica y los pilares jurídicos en que se asienta la responsabilidad –fundamentalmente de origen jurisprudencial– toman a menudo muy en cuenta consideraciones de procedencia axiológica*”<sup>130</sup>.

Ello aconseja la necesidad de estudiar, atender y actualizar los contenidos de los códigos deontológicos, propender a su permanente sistematización o armonización, atento su pluralidad, por la falta de regulación legal sobre cuál de ellos debe ser tenido en cuenta en el ejercicio de las distintas profesiones, en especial de la médica, en cuyo ámbito conviven no sólo los Códigos nacionales, sino los internacionales y los correspondientes a cada especialidad médica<sup>131</sup>.

Se ha recomendado que su confección no sólo resulte de la intervención de los profesionales de que se trate, sino que se integre en un debate abierto con entidades representativas y con legisladores<sup>132</sup>.

127. BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 119.

128. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1984, “Norma Mabel González Oroñó de Leguizamón c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y afines”, Fallos 306:178.

129. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1989, “Leonor Amante c/ Asociación Mutual de Transporte Automotor”, Fallos 312:1953 y todavía más recientemente, para eximir de responsabilidad civil al profesional absuelto por el Tribunal de Ética Profesional, en “María Cristina Houston de Otaegui y ots. c/ Sanatorio San Lucas S.A. y ots”. (Fallos 321:1429, LL1997-C, 996, jurisp. agrup. Caso 11.569).

130. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “Los presupuestos de la responsabilidad profesional” en la obra *Las Responsabilidades Profesionales– Libro en Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, p. 120.

131. LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, tomo II, Ed. Rubinal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 23.

132. KEMELMAJER, Aída, ob. cit., p. 53.

Por último, en la temática propuesta merece destacarse que la influencia que pueden exhibir las decisiones de los Tribunales de Ética Profesional en el proceso civil resulta ajena a lo que disponen los arts. 1774 y siguientes del Código Civil y Comercial, referidos a la influencia recíproca de las sentencias civil y penal.

Sin embargo, no cabe dudar que podrían ser valorados por el Tribunal a la hora de decidir la responsabilidad civil del profesional, en el señalado sentido de la acreditación de la configuración de la culpa por disconformidad de la conducta obrada con la que era debida conforme la *lex artis*<sup>133</sup>.

En materia del seguro de responsabilidad civil, la cuestión influirá también a la hora de analizar la razonabilidad de las exclusiones de cobertura que prevea la cobertura. La posible actuación en colisión con las exigencias de la citada normativa ética no podrá ser encuadrada sin más en la genérica exclusión de “*actos o intervenciones en violación de la ley*”.

## XIX. ¿ASEGURAMIENTO OBLIGATORIO?

En Argentina, podemos decir que el seguro médico es muy frecuente, seguramente favorecido por la difusión de las acciones de responsabilidad civil médica, pero no se encuentra impuesto obligatoriamente, salvo para determinadas actividades médicas<sup>134</sup>.

Podemos sostener, con Chabas, que afortunadamente la costumbre –a menos que se trate de la mera prudencia– determina que se verifique el fenómeno general, casi unánime, de la suscripción por parte de los médicos del seguro profesional<sup>135</sup>. Sin embargo, la relevancia de la cuestión tanto para pacientes y sus familiares, como para los médicos que ven comprometida su actuación profesional, el aseguramiento debería ser impuesto obligatoriamente.

## XX. COLOFÓN

Lo expuesto nos permite concluir que la cuestión del seguro de mala praxis profesional médica continúa siendo uno de los temas de indudable interés para los operadores del derecho, tanto en razón del continuo aumento de los reclamos de mala praxis, como por las nuevas fisonomías que exhibe la responsabilidad civil médica y, en especial, por los interrogantes

133. CARRANZA CASARES, Carlos A., ob. cit. p. 108. El autor advierte que aún cabrá distinguir entre los distintos Tribunales de Ética, aquéllos de fuente legal de los correspondientes al origen convencional, por cuanto los primeros aseguran el control judicial mediante la vía recursiva prevista que garantiza suficientemente el derecho de defensa profesional.

134. Por ejemplo, la que exige el art. 12 de la Ley 3301 de CABA para el investigador principal y colaboradores de la Institución en que se lleve a cabo una investigación clínica.

135. CHABAS, Fancois, “Responsabilidad médica y seguro”, RCyS 2011-VI, 287.

y conflictos que ofrece su aseguramiento en la actualidad y que hemos relevado en sus principales aspectos a lo largo del presente trabajo.

## XXI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Susana, “El derecho de los pacientes a recibir información”, comentario a fallo de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, del 28.12.93, “P., R.H. C/ Estado Nacional”, en *Daños. La responsabilidad civil por mala praxis profesional*, El Derecho-Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 121.
- ALTERINI, Atilio A., *Desindexación. El retorno al nominalismo*, Ed. Abeledo-Perrot, 1991, p. 78.
- ALTERINI, Atilio A.-AMEAL, Oscar J.-LOPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones”, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, nro. 472 p. 209.
- ALTERINI, Atilio A.-LOPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires-Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, p. 12.
- ALTERINI, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, n.º 12, p. 134.
- BATALLER GRAU, Juan-LATORRE CHINER, Nuria-OLAVARRIA IGLESIA, Jesús, *Derecho de los Seguros Privados*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 199.
- BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2da. ed. act., tomo 2, Hammurabi, Bs. As., 1994, p. 118.
- CASTRO SANMARTINO, Mario. E.-SCHIAVO, Carlos A., “Seguros”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 299.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis, (Ponente General) *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 41.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente”, en la obra de Angel Yagüez-Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Estudios de Responsabilidad Civil*, en homenaje al Profesor Roberto Lopez Cabana, Ciudad Argentina-Depalma, Bs. As., 2001, p. 121.
- HALPERÍN, Isaac, *Seguros*, 3.ª ed. act. por BARBATO, Nicolás H., Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 560.
- IRIBARNE, Héctor P., “De los daños a la persona”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, 1.ª reimpresión corregida, p. 12.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, en la *Revista de Derecho de Daños-Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, 2005-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 54.

- KRAUT, Alfredo J., *Los derechos de los pacientes*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987, p. 69.
- LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., “La regla *naeminen laedere* en el Derecho Constitucional”, en la obra de ALTERINI, Atilio A.-LOPEZ CABANA, Roberto M., *La responsabilidad*, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. GOLDENBERG, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, p. 92.
- LÓPEZ HERRERA E., “Teoría general de la responsabilidad civil”, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 539.
- LOPEZ SAAVEDRA, Domingo, *Ley de Seguros. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 529.
- LOPEZ SAAVEDRA, Domingo “Seguro de responsabilidad civil bajo condiciones ‘claims made’”, en la Revista *Derecho Privado y Comunitario*, “Seguros I”, nro. 19, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 97.
- LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M. en MARTORELL, Eduardo (Director), *Tratado de Derecho Comercial (Tomo V – Seguros)*. Ed. La Ley 2010. Acápito 120, p. 270.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 23.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Obligaciones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980, 3.<sup>a</sup> ed., t. II, nro. 885, p. 177.
- MEZA CARBAJAL, Luis Alberto, *El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*, Ed. Grijley, Lima, Perú, 1995, p. 139.
- MEZA, Jorge A.-BORAGINA, Juan C., “La responsabilidad del Jefe de Equipo frente al daño causado por sus miembros”, en *Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales de la salud*, año 2003-3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.
- MORANDI, Juan C. F., *El riesgo en el contrato de seguro. Régimen de modificaciones que lo agravan*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 43.
- MORELLO A.M., “Nuevos perfiles de la responsabilidad del abogado”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Homenaje al Prof. Atilio Anibal Alterini, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 619.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “De la causalidad a la causalidad en la responsabilidad médica (lo desconocido y las causas subyacentes)”, en la *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los profesionales de la salud*, 2003-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 10.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad civil del médico”, en *Seguros y Responsabilidad civil*, nro. 2, Astrea, Bs. As., 1983, p. 32.
- MOSSET ITURRASPE J., “Responsabilidad por daños”, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. II (El incumplimiento contractual), p. 272 y ss.
- MOSSET ITURRASPE J., “Los profesionales”, en *Revista de Daños*, n.º 8 (Daños profesionales), Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 14.

- PIEDECASAS, Miguel A., “Régimen legal del seguro. Ley 17.418”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, comentario al art. 111, LS, p. 368.
- PIZARRO, R. D. – VALLESPINOS, C. G., “Tratado de Obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, parag. 513.b), p. 432.
- RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pág. 164.
- ROITMAN, Horacio-AGUIRRE, Felipe F, La agravación del riesgo en el contrato de seguro, 2.º ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 5.
- SCHIAVO, Carlos, “El seguro de responsabilidad civil médica”, en la obra Garay (Dir), *Responsabilidad Profesional de los médicos*, 2.º ed. ampl. y act., tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 1001.
- SIGNORINO BARBAT, Andrea, “Los seguros de responsabilidad civil”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 80.
- STIGLITZ, Rubén S., *Derecho de Seguros*, 6.ª ed. act.y ampl., La Ley, Bs. As. 2008, t. III, nro. 1155, p. 311.
- STIGLITZ, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, n.º 219, p. 253.
- TRIGO REPRESAS, Félix A-STIGLITZ, Rubén S., *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 33.
- TRIGO REPRESAS, Alberto F, “Deudas de dinero y deudas de valor. Significado actual de la distinción”, en la obra de ALEGRÍA MOSSET ITURRASPE (Dir), “Revista de Derecho Privado y Comunitario Obligaciones dinerarias. Intereses”, tomo 2001 2, 2001, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 42.
- TRIGO REPRESAS FA,-LOPEZ MESA M.J., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, La Ley, Bs. As., 2004, t. II, p. 277.
- TRIGO REPRESAS F.A., “Responsabilidad civil del abogado”, en Daños profesionales, en Revista de Daños, n.º 8, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 84.
- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “Los presupuestos de la responsabilidad profesional” en la obra *Las Responsabilidades Profesionales– Libro en Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, Librería Editora Platense, La Plata, 1992, p. 120.
- VEIGA COPO, Abel B., *Tratado del Contrato de Seguro*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, España 2012, p. 369.
- WIERZBA, Sandra “Seguro contra responsabilidad civil médica”, en Rev. Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2011-3, 479.
- ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, en la Revista responsabilidad Civil y Seguros, La Ley 1999-1.



