



TESIS DOCTORAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

**Programa de doctorado en Ciencias
Jurídicas**

**“SEGURO DE RESPONSABILIDAD
CIVIL PROFESIONAL. SEGURO DE
RESPONSABILIDAD CIVIL DE
ARQUITECTOS”**

Marzo 2017

AUTOR: ÓSCAR ISMAEL SANTAELLA SÁEZ

Tesis dirigida por el Prof. Dr. José Luis Pérez-Serrabona González

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Óscar Santaella Sáez
ISBN: 978-84-9163-293-1
URI: <http://hdl.handle.net/10481/47393>

ÍNDICE:

Capítulo 1. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Preliminar. Objeto del trabajo	8
1.2. Del Seguro de Responsabilidad Civil	17
Capítulo 2. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.....	29
2.1. Concepto	29
2.2. Elementos personales. El riesgo profesional como origen de las mutuas de seguros.	34
2.3. Elementos reales y causales del Seguro. Contenido y efectos.	75
2.4. Modalidades de seguros de responsabilidad civil profesional.	85
Capítulo 3. EL ASEGURAMIENTO DE PROFESIONALES DEL MUNDO JURÍDICO: SU RESPONSABILIDAD.....	88
3.1. El Administrador Concursal: el seguro “obligatorio” de responsabilidad civil del administrador concursal o garantía equivalente y régimen de responsabilidad del mismo.....	88
3.2. El Abogado: Responsabilidad Civil Profesional de los Abogados y su aseguramiento.	99
3.2.1. Introducción.	99
3.2.2. La Responsabilidad Civil de los abogados: regulación, contenido y caracteres.....	105

3.2.3. Aspectos relevantes del Seguro que da cobertura a la Responsabilidad Civil profesional de los abogados.....	145
3.3. El Auditor de Cuentas: la responsabilidad civil profesional de éste y su aseguramiento.	159
3.4. El Notario: de las obligaciones profesionales del notario y su responsabilidad. De la responsabilidad del notario por desconocimiento de la Ley. Del seguro de responsabilidad civil profesional del Notario.....	186
3.4.1. La responsabilidad del notario en su vinculación con la Ley.	186
3.4.2. El notario como responsable civil.....	215
3.4.3. El aseguramiento de la responsabilidad profesional del notario.....	225
Capítulo 4. FUNCIÓN PROFESIONAL DE LOS ARQUITECTOS. RESPONSABILIDAD.	234
4.1. Actuación profesional objeto de cobertura.....	234
4.1.1. Del riesgo asegurado.....	234
4.1.2. De la regulación legal de la función profesional del arquitecto.	237
4.2. De la responsabilidad civil en la que puede incurrir el arquitecto.	245
4.2.1. Introducción.	245
4.2.2. De la responsabilidad civil ex lege. Ley de Ordenación de la Edificación.	248
4.2.3. De la responsabilidad extracontractual del arquitecto.....	259
4.2.4. De la responsabilidad contractual del arquitecto.	263

4.3. Supuestos específicos en los que no ha lugar a declarar la responsabilidad civil del arquitecto.	266
--	-----

Capítulo 5. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARQUITECTO.

5.1. Del seguro de responsabilidad civil del arquitecto.	275
5.1.1. De la obligatoriedad o no de la suscripción del seguro de responsabilidad civil del arquitecto.....	275
5.1.2. Objeto del seguro de responsabilidad civil profesional. Riesgos incluidos.	281
5.1.3. Ámbito temporal y material de la cobertura. Duración del seguro y cláusulas claim made.	283
5.1.4. Límite de la garantía, suma asegurada y prima de seguro.	288
5.1.5. De la importancia de la obligación de declaración del riesgo.	291
5.1.6. Del siniestro.	293
5.2. Ejercicio de la acción contra el asegurado o directa contra el asegurador. Peculiaridades de la cobertura.....	295
5.3. Acción de repetición del asegurador.....	302

Capítulo 6. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ARQUITECTOS SEGÚN LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO.	316
--	------------

Capítulo 7. CONCLUSIONES. IMPORTANCIA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. DEFICIENCIAS: LEGE FERENDA.....	326
---	------------

BIBLIOGRAFÍA.	346
---------------------------	------------

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.	360
---	------------

El doctorando Óscar Ismael Santaella Sáez y el director de la tesis Don José Luis Pérez-Serrabona González garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

En Granada a MARZO de 2017

Director de la Tesis

Doctorando

Fdo.: José Luis Pérez-Serrabona González

Fdo.: Óscar Ismael Santaella Sáez

*A mi mujer, Patricia, y mis dos hijas, Paula y Mariana.
La pasión de mi vida.*

*A mis padres: Juan Santaella y Mercedes Sáez.
Ejemplo de vida: trabajo, amor y entrega por los demás.*

*A mis hermanos: Juan Ignacio y Jaime.
Son debilidad para mí.*

Al resto de mi familia.

A mis amigos –en especial los de la UDP- y compañeros juristas.

“Si tienes una pasión, si realmente crees en algo, esfuérgate y podrás hacer posibles las cosas con las que has soñado”.

NORMAN FOSTER.

“La pluma es lengua del alma; cuales fueren los conceptos que en ella se engendraron, tales serán sus escritos”.

MIGUEL DE CERVANTES. *El Quijote*.

Agradecimientos:

A José Luis Pérez-Serrabona González, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada, por aceptar compartir conmigo la realización de este trabajo y facilitarme el desarrollo del mismo. Trabajar junto a él me ha permitido conocer no sólo su profesionalidad y su enorme sabiduría jurídica sino también su valía como ser humano: humilde y generoso.

A mi padre, Juan Santaella López, catedrático de filosofía y letras y Doctor en Pedagogía, hombre sabio y estudioso incansable de las letras y de la vida, sin su empuje la realización de este trabajo no habría sido posible.

A la Universidad de Granada, en donde brotó en mi la fascinación y el entusiasmo por el derecho.

A mis compañeros y amigos juristas, en especial, a mis compañeros del BUFETE R. PÉREZ DE LA BLANCA Y ASOCIADOS, S.L.P. en donde he desarrollado con más profundidad la profesión de la abogacía ampliando mis conocimientos día a día lo que me ha permitido dar a mi trabajo un enfoque práctico determinante para el resultado final. En especial, al socio director del despacho, Ramiro Pérez de la Blanca Capilla -ilustre jurista y profesor de la Universidad de Granada-, y compañeros del departamento legal, Jorge Pérez de la Blanca Capilla -abogado exquisito con el que comparto amplias inquietudes por el mundo del derecho-, Rosa María Gallego Calvente -experta abogada con una magnífica visión práctica-, Paco Conde Porcuna -incansable abogado procesalista-, Pedro Miguel Serrano León -jurista y distinguido abogado administrativista con una infinita sabiduría en su ámbito-, Pablo Serrano Martín e Ignacio Hidalgo Pérez -compañeros del departamento fiscal y altos especialistas en su materia- así como al resto de personal del mismo, en especial, a Rosa Trujillo y Gemma Extremera.

Al despacho de abogados GARRIGUES donde empecé mi andadura como abogado, brindándome la oportunidad de conocer esta bonita profesión.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Preliminar. Objeto del trabajo.

El presente estudio es una aventura investigadora a través de la cual se pretende examinar y extraer conclusiones sobre todo lo concerniente a los seguros de responsabilidad civil suscritos por profesionales de muy distinta índole que tratan de hacer frente a los riesgos inherentes al ejercicio de su actividad. Para ello, el autor de este trabajo ha considerado que para poder conocer los pormenores de este seguro es indispensable, previamente, tomar conciencia del ramo de actividad profesional objeto de cobertura y la responsabilidad que está en juego en el ejercicio de aquélla.

El profundo estudio teórico y la realidad práctica vivida, ha generado en quien suscribe –abogado en ejercicio especializado en responsabilidad civil y derecho de seguros- importantes inquietudes acerca de si la normativa imperante en el ámbito de la responsabilidad civil profesional y en el derecho asegurador permite dar respuesta, sin reservas, a los supuestos vitales de conflicto que, en última instancia, se someten a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. Y de igual modo, esa experiencia teórico-práctica ha permitido que nos planteemos la viabilidad y sostenibilidad del seguro de responsabilidad civil suscrito por los profesionales, en especial, de la arquitectura –dada la realidad imperante- y las posibles nuevas vías en el terreno asegurador para los profesionales.

En un principio, este estudio doctoral pretendía centrarse en un único profesional: el arquitecto, no obstante, la amplitud de la materia y la apasionante función indagadora, obligó a este autor a incidir en otros profesionales que por unos u otros motivos le han suscitado más inquietudes o con los que ha mantenido una especial relación. Así, además del estudio genérico del seguro de responsabilidad civil profesional y del estudio detallado de los profesionales de la arquitectura, este tratado se detiene, también, en cuatro profesionales relacionados con el mundo jurídico, si bien, con quehaceres muy distintos lo que, entendemos, ha servido para enriquecer este trabajo. Estos profesionales son:

a) Administradores concursales: tras la promulgación de la Ley Concursal y sus sucesivas reformas, estos profesionales han tenido en los últimos años un protagonismo vital en el terreno jurídico como consecuencia de la crisis económica vivida y las consiguientes situaciones de insolvencia de gran número de entidades mercantiles; siendo consciente de ello el legislador, obligó a quienes ejercen esta función a suscribir un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente;

b) Abogados: la actividad profesional de los abogados sirve de vehículo indispensable para hacer valer o defender los derechos de la sociedad. Al abogado se le presumen una serie de conocimientos jurídicos y una diligencia en su proceder cuya omisión puede generar su declaración de responsabilidad –susceptible de garantía- con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios;

c) Auditores de cuentas: a través de cuyo estudio se ha podido extraer una visión muy especial de la responsabilidad civil profesional dado que, en este caso, encierra un componente técnico-contable muy peculiar y, por último;

d) Notarios: tradicional e ilustre profesión cuya responsabilidad civil y garantía de ésta a través del seguro, ha permitido a este autor ahondar en aspectos más dispares como su relación con la Ley o su potestad como garantes de la legalidad y eventual responsabilidad por ello.

En primer lugar, como toma de contacto con la materia que nos ocupa, este trabajo aborda el seguro de responsabilidad civil propiamente dicho, para lo que se exponen unas pautas generales que nos servirán de soporte para iniciarnos en la investigación. A este fin, tratamos de traer a colación la doctrina más autorizada en este campo.

Descendiendo del estudio de la responsabilidad civil y su seguro, nos centramos en lo que hemos considerado una rama del mismo en atención al elemento subjetivo del asegurado: el seguro de responsabilidad civil suscrito por profesionales cuyo fin es cubrir los riesgos propios del trabajo desarrollado por éstos. En este Capítulo hemos tratado de unificar y dar forma unitaria a un instituto jurídico carente de cualquier uniformidad jurídica al enmarcarse en una legislación parcial y dispar, una casuística jurisprudencia y tratados doctrinales muy dispersos.

Como es obvio, para poder alcanzar una visión más amplia y pormenorizada de este seguro, hemos estudiado en qué consiste y cuál es la cobertura que presta,

examinando, previamente –según hemos expuesto-, aspectos relacionados con la actividad profesional, los daños que pueden inferir a través de ésta, la responsabilidad que puede nacer de la misma y todo ello contemplado desde la perspectiva del seguro.

A ese fin, analizamos la importancia de las partes intervinientes en este seguro de responsabilidad, con especial incidencia en la figura del asegurado cuya responsabilidad es la que, a la postre, determina la especialidad del instituto jurídico, deteniéndonos también en un aspecto romántico del ámbito asegurador, al menos en el momento de su aparición, como es el nacimiento de las mutualidades. En efecto, al tratar la figura del asegurador daremos unas pequeñas pautas sobre el surgimiento de éstas y la transformación que han experimentado con el paso de los años.

De igual modo, estudiamos el sustrato objetivo del seguro de responsabilidad civil profesional abordando la cobertura que suelen ofertar estos seguros, agrupándolos, por último, en distintas modalidades en atención al ramo de actividad profesional desarrollada.

Tras el estudio del género en el que hemos configurado el seguro de responsabilidad civil profesional, nos centramos en los cuatro profesionales a los que hemos hecho alusión anteriormente, abordando en cada caso, primero las notas distintivas de su responsabilidad civil profesional y, más tarde, la adecuación del seguro a esas particularidades.

En lo que respecta al administrador concursal, partimos del examen de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por

la que se hizo alusión al seguro de responsabilidad civil profesional de éstos. El autor de este trabajo, parte de un artículo doctrinal que elaboró él mismo tras la promulgación de la citada Ley para, posteriormente, examinar los pormenores de este seguro y la repercusión práctica que ha tenido éste como garantía de la responsabilidad civil del administrador concursal.

Más emocionante, si cabe, fue adentrarse en la responsabilidad profesional de los abogados y el seguro suscrito por ellos. La extensa casuística sobre la responsabilidad civil de estos profesionales nos llevó a efectuar un estudio más espacioso de la materia, agrupando las formas de manifestarse esta responsabilidad y deteniéndonos en la distinta naturaleza del daño derivado de aquélla. Por su parte, al tratar el seguro, fue obligada la mención a los Colegios profesionales como corporaciones tomadoras de estos seguros de responsabilidad civil y, a mayor abundamiento, el conocimiento y acceso directo por parte de este autor, nos llevó a abordar varios ejemplos prácticos de estos seguros.

Por otro lado, tras el estudio de los dos profesionales anteriores, quien suscribe trató de dar un giro de interés en su estudio decantándose por un profesional con una función no tan jurídica, pero si inserta en el mundo económico-jurídico: el auditor de cuentas. Tras examinar el riesgo profesional al que está expuesto este profesional, resultó muy enriquecedor el estudio jurisprudencial de su responsabilidad y como ésta ha sido abordada por el legislador y por los tribunales de justicia. Como cierre a este apartado aprovechamos para tratar de dar respuesta a una cuestión que sigue en el aire en el ámbito asegurador ¿Son asegurables las sanciones administrativas?

El último profesional del mundo jurídico objeto de estudio detallado, el notario, al igual que cada uno de los anteriores, ha permitido a este autor examinar nuevas facetas de la responsabilidad y del seguro, extrayendo, en este caso, curiosas conclusiones en forma de *lege ferenda*. Tal y como hemos manifestado anteriormente, hemos intentado ligar función notarial, responsabilidad notarial y seguro, de acuerdo con la legislación vigente, lo que nos ha llevado a considerar que quizás sea necesaria una reactivación o reinvento de estos profesionales.

Por otro lado, nos hemos centrado con detenimiento en los profesionales de la arquitectura. En este caso, el conocimiento que tiene este autor deriva puramente de su experiencia práctica –más de ocho años defendiendo judicialmente, como letrado asesor del seguro, los intereses jurídicos de estos profesionales-. Confesamos que poner la *praxis* al servicio del estudio doctrinal ha resultado altamente fructuoso.

Al igual que ocurre con el resto de profesionales, el seguro suscrito por los arquitectos tiene por finalidad asumir el riesgo consistente en la eventual responsabilidad civil en la que pueden incurrir en el ejercicio de su profesión, lo que ha implicado, de entrada, que debamos abordar, de un lado, cuál es la actividad profesional que llevan a cabo los arquitectos –su función- y, de otro, qué tipo de responsabilidad civil se puede derivar de ese ejercicio profesional, para, finalmente, trasladar cada uno de los elementos examinados a la cobertura prestada por el seguro de este ramo.

La actividad profesional de los arquitectos está expuesta a riesgos de gran envergadura, lo que responde a que son, podemos decir, los máximos responsables de la

obra de edificación. Esta labor lleva consigo la posibilidad de que estos profesionales causen daños de elevada cuantificación, dando lugar a obligaciones pecuniarias que una persona física difícilmente puede afrontar individualmente sin comprometer su patrimonio, lo que hace necesario la suscripción del correspondiente seguro de responsabilidad civil profesional.

Tras el examen de la función profesional que se analiza desde un punto de vista normativo y práctico, hemos incidido en el ámbito propio de la responsabilidad civil de los arquitectos, distinguiendo los tipos de responsabilidad en la que pueden incurrir en el ejercicio de su trabajo y examinando las peculiaridades de cada una de ellas, así como diferentes aspectos doctrinales y jurisprudenciales.

A continuación, hemos ahondado en el seguro de responsabilidad civil propiamente dicho, planteándonos, inicialmente, la cuestión relativa a la obligatoriedad o no de este seguro por parte de los técnicos; analizamos los aspectos más relevantes del mismo, su ámbito temporal y material, las características del objeto asegurado, la suma asegurada, la prima de seguro y las peculiaridades inherentes a la cobertura del mismo. Todo ello intentando dar una visión dinámica de la realidad.

El arquitecto es el profesional encargado de la proyección y construcción de edificios y ciudades, dando satisfacción a necesidades básicas y esenciales de la sociedad, siendo, además, el máximo responsable de tales construcciones y, como señala la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, lo cual le exige la máxima diligencia y

rigor técnico por la especialidad de sus conocimientos (STS de 15 mayo de 1995 [RJ 1995, 4237 Excmo. Sr. D Román García Varela, Ponente), lo que conlleva, según ya hemos indicado, que los daños que pueden causar a terceras personas y, en consecuencia, la responsabilidad en la que pueden incurrir, puede afectar profundamente a su patrimonio, por lo que puede resultar vital para lograr la indemnidad de su patrimonio -lo que viene a constituir la finalidad del seguro de responsabilidad civil- (CALZADA CONDE¹, JUAN BATALLER, NURIA LATORRE, JESÚS OLAVARRÍA, MARCIAL PONS²), la suscripción del correspondiente seguro.

Las características de este seguro de responsabilidad civil están marcadas por la actividad profesional desarrollada por los arquitectos, su regulación y el tratamiento jurisprudencial que le han dado los Tribunales de Justicia, por los daños que pueden causar en el desarrollo de esa actividad, daños cuya especialidad estriba en que su aparición puede constatarse de manera bastante diferida –lo que aumenta, si cabe, la necesidad de tener suscrito el contrato de seguro durante toda la vida profesional del arquitecto- y, por último, por la responsabilidad en la que, en el desarrollo de la función desplegada en las obras, pueden incurrir. Todo esto es objeto de estudio en este trabajo.

En definitiva, a través del presente estudio hemos tratado de hacer un análisis del seguro de responsabilidad civil profesional del arquitecto y de otros profesionales, abordando, primero, de modo genérico el seguro del profesional como una especie de

¹ CALZADA CONDE, María Ángeles. *El seguro de responsabilidad civil*. Editorial Aranzadi. 2005.

² BATALLER-LATORRE CHINER-OLAVARRÍA IGLESIA. *Derecho de los seguros privados*. Editorial Marcial Pons. 2007.

seguro de responsabilidad civil que presenta importantes peculiaridades respecto a otros –lo que deriva de la especificidad de la función profesional realizada por el asegurado- y respecto a otros seguros de daños, para luego afrontar las especialidades del aseguramiento de la responsabilidad civil de ciertos profesionales, y todo ello para tratar de extraer nuestras propios razonamientos acerca de cuáles pueden ser los mecanismos que infieran algo de luz a la situación actual a la que se enfrentan los operadores jurídicos en este ámbito, tanto desde un punto de vista legal como contractual.

Finalmente, en forma de conclusiones, intentamos refrendar los puntos más relevantes del seguro objeto de estudio, manifestando nuestro parecer sobre la importancia y situación actual del seguro de responsabilidad civil profesional en relación con la realidad práctica, la legislación existente y el modo de actuar de los Tribunales de justicia e intentando dar ideas con el fin último de mejorar el sistema asegurador de los profesionales expuestos a responsabilidad.

Nuestro espíritu crítico se centra, de un lado, en la desidia del legislador quien, a nuestro juicio, no ha desarrollado oportunamente el seguro de responsabilidad civil, ni ha dado tratamiento uniforme a la obligatoriedad de la concertación de estos seguros de responsabilidad civil profesional, ni ha analizado desde un punto de vista técnico la llamada acción directa, ni ha abordado la obsoleta regulación del contrato de arrendamientos de servicios que, a la postre, constituye el sustrato sobre el que se asienta de manera genérica la responsabilidad de los profesionales; por otro lado, nuestra humilde aportación va dirigida al ámbito de la práctica aseguradora haciendo referencia a ciertos problemas que plantean los seguros colectivos, tan usuales en el

ámbito que nos ocupa, y tratando de aportar ciertas ideas que permitan dar satisfacción a las necesidades de las partes contratantes de estos seguros.

1.2. Del seguro de responsabilidad civil.

Tal y como hemos anunciado, antes de entrar en el estudio del seguro de responsabilidad civil profesional, haremos un breve examen del seguro de responsabilidad civil en general, lo que, a la postre, nos permitirá alcanzar una mayor comprensión del específico seguro objeto del presente tratado así como individualizar los elementos que lo integran y los caracteres del que parten.

La doctrina suele establecer el concepto del seguro de responsabilidad civil partiendo de la noción ofrecida por el legislador –artículos 73, 74 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro- en relación con la realidad social. Así, CALZADA CONDE³ define el seguro de responsabilidad civil como el seguro por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, al pago a terceros de las indemnizaciones a que venga obligado el asegurado como civilmente responsable de los daños ocasionados a aquellos, relativos a la específica responsabilidad prevista en el contrato y, con carácter general, derivados de un hecho ocurrido durante la vigencia del mismo, así como asumir la dirección jurídica de la defensa frente a la reclamación de los terceros, los gastos que ello ocasione y el depósito de las correspondientes fianzas.

³ CALZADA CONDE, María Ángeles. Op. cit.

De esta definición, además de visualizar la clara diferencia existente entre los seguros de daños, propiamente dichos, y el seguro de responsabilidad civil, observamos la peculiaridad que diferencia a éste, respecto a aquéllos. Y es que, si bien, como de manera acertada señala REGLERO CAMPOS⁴ -siguiendo a la profesora CALZADA CONDE-, el seguro de responsabilidad civil inicialmente configurado como un seguro de cobertura de daños -cuando el asegurado experimenta el daño efectivo en su patrimonio al pagar la indemnización al tercero (y su posterior restitución por el asegurado)- ha pasado a constituir un mecanismo preventivo del daño del asegurado, y no tanto un seguro reparador, toda vez que la eventual deuda indemnizatoria contraída por éste con motivo del hecho dañoso (y de la reclamación del perjudicado) será normalmente satisfecha por el asegurador directamente al perjudicado, sin merma del patrimonio del asegurado.

Así las cosas, la estructura del seguro de responsabilidad civil en lo que respecta a los elementos personales que lo integran, difiere del resto de seguros -bien de daños bien de personas- pues, junto al asegurador -que puede adoptar la forma de sociedad anónima, sociedad mutua a prima fija, o a prima variable, mutualidad de previsión social, sociedad cooperativa o delegaciones de entidades aseguradoras extranjeras-, el asegurado, cuya declaración de responsabilidad civil es imprescindible para que aquél preste cobertura asumiendo la obligación de indemnizar, y que puede o no coincidir con el tomador del seguro -quien suscribe la póliza-, nos encontramos la figura del

⁴ REGLERO CAMPOS. Luis Fernando. *El seguro de responsabilidad civil*, en Tratado, 4ª edición

perjudicado o víctima, que es quien ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios frente al asegurado y/o, en su caso, contra su asegurador.

En efecto, a la desnaturalización de la configuración tradicional del seguro de responsabilidad civil también contribuye la bautizada como acción directa del perjudicado contra el asegurador y, fundamentalmente, a la “inmunidad” de esta acción a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado (art. 76 LCS)⁵. Por esta razón, algunas sentencias hablan de la doble naturaleza del seguro de Responsabilidad Civil, dirigido tanto a la protección del patrimonio del asegurado como a la tutela de los terceros perjudicados (por todas, STS 28 marzo 2003 [RJ 2003, 2692]).

Así las cosas, el riesgo asegurado en el seguro de responsabilidad civil lo constituye la eventual responsabilidad civil del asegurado y consiguiente pago de la deuda emanada de esa responsabilidad, así como los eventuales gastos de defensa y/o fianza. Se trata de proteger al asegurado frente a todas las consecuencias económicas que su responsabilidad civil frente a terceros le pueda generar. Lo antes expuesto, permite que podamos hablar de un doble daño: daño al tercero y daño al asegurado, en este último caso referido a los gastos judiciales o extrajudiciales de su defensa.

Partiendo de esa peculiaridad del riesgo del seguro de responsabilidad civil, se convierte en un elemento vital el momento de la verificación de ese riesgo –cuando aparece el daño, en su conjunto, antes relatado- o, lo que es lo mismo, cuando se entiende que acaece el siniestro, en cuanto realización del riesgo previsto en el contrato.

⁵ REGLERO CAMPOS. Luis Fernando. *El seguro de responsabilidad civil*, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014. Actualizado por José Manuel Busto Lago.

La cuestión no es baladí y viene suscitando importantes problemas en el terreno doctrinal y jurisprudencial pues, teniendo en cuenta que el seguro de responsabilidad civil lo circunscribe el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro como aquél por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho, se plantea el debate sobre si lo decisivo, a estos efectos, es el hecho causante de la obligación, el nacimiento de la obligación misma o la reclamación del perjudicado.

La respuesta que da la doctrina científica más autorizada, CALZADA CONDE⁶, entre otros, es que en el seguro de responsabilidad civil aparece un proceso de realización del riesgo, y que ninguno de los acontecimientos que se insertan en este proceso, pueden, por sí solos, realizar el riesgo –siniestro-, de manera que el riesgo comienza a realizarse con el llamado hecho generador o causante de la responsabilidad del asegurado (el hecho causante de la obligación –acción u omisión-), pero no determina “per se” la obligación del asegurador que requerirá la reclamación del tercero perjudicado, momento que determina la posibilidad de que el daño propio de la responsabilidad civil del asegurado se realice en su patrimonio, pudiendo el asegurador evitar, inicialmente, que llegue a ocurrir atendiendo la prestación o parte de la prestación, como pudiera acontecer tras la conclusión de una negociación extrajudicial. Ahora bien, como, con buen criterio, señala CALZADA CONDE, no podemos

⁶ CALZADA CONDE, María Ángeles. Op. cit. Pág. 48.

confundir el nacimiento de la obligación del asegurador con el hecho generador del siniestro, aspecto este último que será relevante para determinar si el asegurador queda o no obligado a satisfacer la deuda que nace en el patrimonio del asegurado.

Esto es, el asegurador tendrá constancia de la existencia de una eventual obligación contractual en el momento de la reclamación del tercero perjudicado –bien directamente, mediante el ejercicio por parte del perjudicado o sus herederos de la acción directa amparada en el artículo 76 de la LCS, bien por comunicárselo el asegurado-, y esta obligación se hará efectiva, esto es, el asegurador atenderá su obligación siempre que concurren los presupuestos contractual y legalmente establecidos -cumplimiento de los deberes que incumben al asegurado, inexistencia de la exclusión de la prestación por causa de dolo en el asegurado (artículo 19 LCS), etcétera- y la verificación del riesgo tenga lugar durante la vigencia de la Póliza.

Si retomamos este último aspecto, podemos concluir –en concordancia con la doctrina científica antes expuesta- que lo relevante será tal y como ha reseñado el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 87/2011 de 14 febrero. RJ 2011\921) el momento del hecho dañoso que genera el nacimiento de la deuda. En concreto, el razonamiento de nuestro Alto Tribunal fue el siguiente: “Esta Sala, en línea con la postura mantenida por una destacada doctrina científica, ha declarado (STS de 3 de julio de 2009 (RJ 2009, 4326) , RC n.º 2688/2004) que la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, y que es la causa del siniestro que se encuentra en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil. Como a partir del momento en que se produce el hecho dañoso, el patrimonio del asegurado se

ve gravado por el adeudo generado por aquél y surge el débito de responsabilidad, ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso. La sentencia de 14 de junio de 2002 (RJ 2002, 4901) (RC nº 3847/96), en relación con la redacción originaria del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, declaró que la jurisprudencia de esta Sala interpretaba dicho artículo identificando siniestro con hecho causante y no con reclamación del perjudicado, lo que implica que el deber de indemnizar nazca desde que se originan los daños y como reacción frente a ellos”.

En esta misma línea, señala el Profesor VEIGA COPO⁷ que el hecho cubierto por el asegurador es el nacimiento de una deuda de responsabilidad o indemnizatoria. Ahora bien, para delimitar ese riesgo, un dato esencial es conocer el hecho que ha causado los daños y perjuicios, ya que de él deriva la obligación de indemnizar.

Quiere esto decir que en la responsabilidad contractual el elemento causal será el que determina el incumplimiento del contrato, y en la extracontractual lo será la acción u omisión que causa el daño. El artículo 73 se refiere a este aspecto al indicar que el seguro cubre el riesgo del nacimiento de una deuda de indemnización de los daños (causados por un hecho previsto por el contrato). Alude aquí al hecho del que deriva la responsabilidad civil del asegurado. De ahí que se diga, con acierto, que si es verdad que el riesgo asegurado es la responsabilidad y no el hecho que ocasiona el daño al tercero, es también cierto que la primera surge directamente del segundo y que es, por

⁷ VEIGA COPO, ABEL B. “*Seguro de responsabilidad civil: dolo, negligencia y responsabilidad*”. Estudios y comentarios legislativos. Pág. 9 de 11. Civitas, Editorial Aranzadi, noviembre de 2009.

tanto, normalmente a éste al que se refiere el contrato para hacer las delimitaciones causales, temporales y especiales del riesgo.

De cuánto hemos expuesto, quien suscribe entiende el seguro de responsabilidad civil como aquél que se configura como un contrato por el cual el asegurador se obliga, dentro de los límites señalados por la Ley y por las propias cláusulas contractuales, a hacer frente a las consecuencias inherentes a la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el asegurado, en virtud de una acción –en sentido amplio- generadora de un daño, bien entendido que la responsabilidad puede haber sido declarada judicialmente o por otro organismo investido de jurisdicción, o negociada entre el perjudicado y el asegurado, a través de su defensor jurídico, cuyo emolumentos son, de igual modo, asumidos por el propio asegurador.

La transferencia de la función de resarcimiento del responsable al asegurador tiene como uno de sus presupuestos esenciales la declaración del asegurado como responsable y, otro, que la responsabilidad civil del asegurado esté, como dice el artículo 73, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el Contrato de Seguro. El sistema adoptado por nuestra Ley de Contrato de Seguro de conceder una acción directa frente al asegurador al tercero titular del crédito de resarcimiento nacido de la responsabilidad civil del asegurado, lleva consigo que, siendo presupuesto esencial para el asegurador, esté obligado a pagar la indemnización que se declare de la responsabilidad civil del asegurado.

La cuestión temporal antes expuesta, nos obliga a abordar uno de los aspectos más problemáticos surgidos en el ámbito del seguro de responsabilidad civil como son las denominadas cláusulas “claim made”. Esta problemática surge, fundamentalmente, en aquellos seguros de responsabilidad civil en los que entre la acción u omisión del asegurado y el daño generado media un dilatado periodo de tiempo, lo que supone también que la ulterior reclamación que pudiera entablar el perjudicado no coincida, igualmente, con ninguno de estos dos momentos. De manera que para tratar de otorgar alguna certidumbre a la situación padecida por el asegurado, éste ha tratado de incluir en los contratos de seguro determinadas cláusulas que limiten su obligación de atender la prestación recogida en el contrato, siempre que la reclamación del tercero perjudicado acaeciera durante la vigencia del contrato de seguro o dentro de un plazo máximo posterior a la extinción del mismo. En definitiva, a través de estas cláusulas, la parte aseguradora ha pretendido limitar la cobertura del riesgo asegurado desde un punto de vista temporal.

La primera cuestión básica a dilucidar es la siguiente: ¿Son válidas estas cláusulas de delimitación temporal?

Antes de la reforma del artículo 73 de la LCS –operada por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995 (Disposición Adicional 6ª.5) con la adición de un segundo párrafo-, no existía una posición pacífica en la doctrina, y desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo se mostró reacio a su aceptación declarando su nulidad, salvo que se incluyeran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en

caso contrario (SSTS de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267) y de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 3323), aduciendo esta última que una interpretación contraria llevaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los asegurados no hubieran podido comunicar a la aseguradora porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía.

La sentencia de 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7548), RC n.º 1326/94, atendió a la cobertura por reclamación durante la vigencia de la póliza con independencia del momento en que se hubiera producido el hecho causante, y lo hizo en beneficio del asegurado, respecto de una póliza que no añadía delimitación temporal alguna del hecho causante y descartando que la comunicación de la reclamación a la aseguradora fuera del plazo de vigencia de la póliza pudiera menoscabar la acción directa del tercero perjudicado. En parecidos términos se pronunció la STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) , RC n.º 3279/1993. Y la STS de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8254), RC n.º 1726/92, declaró con carácter general la preferencia de lo pactado en una póliza que atendía primordialmente al conocimiento por el asegurado de las consecuencias del daño, pero lo hacía igualmente en beneficio de éste y en consideración a una amplia cobertura más allá del plazo de garantía de diez años del art. 1591 CC –el supuesto versaba sobre un supuesto de responsabilidad asegurada por un arquitecto-.

Tras la reforma introducida por la LCS, la situación no ha variado de manera considerable, pues la adición del segundo párrafo al artículo 73 LCS solo demuestra que para la ley las cláusulas en cuestión tienen hoy el carácter de “limitativas de los

derechos de los asegurados” (la norma misma les atribuye expresamente esa naturaleza) y por tanto “admisibles” conforme al art. 3 de la misma ley, esto es, con el requisito de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y tener que ser específicamente aceptadas por escrito (Sentencia núm. 87/2011 de 14 febrero. RJ 2011\921).

Por último, al margen de la posición jurídica de cada una de las partes y contenido obligacional propio de los seguros de responsabilidad civil –que trataremos de abordar desde la perspectiva específica de los profesionales que nos ocupan- haremos mención al interés asegurado en el seguro de responsabilidad civil.

Es bien sabido que el interés asegurado se entiende como la relación económica de una persona con un bien, SÁNCHEZ CALERO⁸. Lesionada esa relación, el interesado sufrirá un daño. A diferencia de los seguros de daños propiamente dichos –en los que la consideración y evaluación del interés, de la relación económica del asegurado y el bien, es más sencilla-, en los seguros de responsabilidad civil se ha discutido si existe interés y cómo se cuantifica éste. Pues bien, a fin de dar respuesta a estas incógnitas, la doctrina, partiendo del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, recogido en el artículo 1.911 del Código Civil, concluye que el interés asegurado en el seguro de responsabilidad civil lo constituye el patrimonio presente y futuro del asegurado.

⁸ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Pág. 503. Aranzadi (Thomson Company). 2012.

Una de las consecuencias de esta peculiaridad de los seguros de responsabilidad civil es que, al resultar la valoración del interés asegurado indeterminada o indeterminable, se descartan las situaciones de seguro pleno, infraseguro y sobreseguro, lo que deriva de esa imposible cuantificación.

Pues bien, de cuánto hemos expuesto, a la luz de las breves consideraciones relativas a la concepción del seguro de responsabilidad civil, al riesgo asegurado en el mismo, al ámbito temporal al que se circunscribe y al interés que es objeto de este seguro, en cuanto elementos más significativos del mismo, podemos decir que los caracteres que lo rigen son los siguientes:

1.- Es un seguro amplio cuyo fin es la protección del patrimonio del asegurado. A través de este seguro se tratará de evitar que el patrimonio del asegurado quede indemne a consecuencia de la reclamación efectuada por un tercero –vinculado o no contractualmente con el asegurado- derivada del daño por él sufrido, asumiendo el asegurador la obligación de indemnizar que, de no haber existido contrato de seguro, correspondería al asegurado.

2.- Es un seguro con un riesgo asegurado complejo cuya verificación y consiguiente obligación del asegurador de atender el siniestro exige la concurrencia de varios requisitos: la existencia de daño padecido por un tercero –daño que puede afectar a bienes o aspectos morales, físicos o patrimoniales de una persona de forma aislada o conjunta⁹, la reclamación dirigida contra el asegurado o, directamente, contra el

⁹ OROZCO PARDO, GUILLERMO. *La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora*. Pág. 2. Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2006 (Editorial Aranzadi, S.A.)

asegurador; y la determinación y concreción, judicial o extrajudicial, de la responsabilidad en aquel daño padecido por el asegurado.

3.- Es un seguro en el que el carácter complejo del riesgo asegurado y la amplitud del interés asegurado, exige una perfecta delimitación objetiva y temporal del siniestro en cuanto verificación del riesgo asegurado. Quiere esto decir que en la póliza se deberá especificar –siguiendo las pautas legales- cuales son los daños causados por el asegurado que son objeto de la cobertura, en qué circunstancias deberá verificarse este daño para configurarse como siniestro atendible por el asegurador, y cuando ha de producirse ese siniestro y el plazo en que ha de reclamarse la responsabilidad del asegurado.

Por último, como cierre a esta caracterización genérica del seguro de responsabilidad civil, y a fin de centrar el objeto del trabajo, podemos decir que el seguro de responsabilidad civil admite distintos modos de ser clasificado en atención a diferentes criterios que, obviamente, se complementan entre sí:

- Por ser de suscripción imperativa legalmente: seguro de responsabilidad civil obligatorio y voluntario.

- Por la naturaleza de la responsabilidad civil: contractual y extracontractual; objetiva y subjetiva; limitada e ilimitada.

- Por la procedencia o causa del riesgo: seguro de responsabilidad civil procedente de la vinculación del asegurado con una cosa; seguro de responsabilidad derivado del vínculo jurídico con otra persona; seguro de responsabilidad civil procedente del desarrollo de una actividad.
- Por la naturaleza de la actividad de la que deriva la responsabilidad: seguro de responsabilidad civil de actividades privadas y seguro de responsabilidad civil de actividades profesionales.

Sobre esta última modalidad de seguro de responsabilidad civil, vamos a centrar el estudio académico que nos ocupa.

2. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.

2.1. Concepto.

Una vez examinadas las pautas más generales y relevantes de los seguros de responsabilidad civil, entendemos conveniente abordar este instituto jurídico en aquellos casos en los que la responsabilidad civil emana del ejercicio profesional.

A través de este segundo escalón acotaremos el riesgo asegurado en la vertiente de la actividad profesional desplegada por el asegurado, tratando de destacar las peculiaridades de este seguro que otorga cobertura a los daños inherentes a la

responsabilidad civil en la que puede incurrir aquél, consecuencia de la práctica de su profesión.

Como tendremos la oportunidad de analizar en este apartado, es palpable como en la realidad actual tanto profesionales liberales -de muy distinta índole- como administradores de sociedades mercantiles cada vez con más frecuencia recurren a seguros de responsabilidad civil profesional como mecanismo de autoprotección.

Esta proliferación obedece, según hemos podido constatar, a razones de muy distinta índole, entre las que podemos destacar las siguientes:

- la exigencia legal, al imponer la obligada suscripción de este seguro –o, en algunos casos, una garantía equivalente- para el ejercicio de una determinada actividad (v.g. personal sanitario o administradores concursales); bien por exigencia o imposición colegial, al ser los Colegios Profesionales los que suscriben pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional de índole colectivo de las que resultan asegurados sus colegiados;
- la influencia norteamericana y consolidación de una normativa rigurosa en materia de responsabilidad societaria, ha provocado el ofrecimiento de las pólizas de seguro conocidas como “D&O” (Directors and Officers Liability Insurance), suscritas, bien individual bien colectivamente, por la sociedad

administrada como tomadora del seguro para cubrir la responsabilidad civil de los administradores que puedan ocupar el cargo;

- por último, por la propia realidad social que aconseja, al ejercitar profesiones de riesgo, suscribir pólizas de seguro que otorguen garantías a quienes se relacionan en el tráfico económico con terceros que pueden sufrir perjuicios como consecuencia del mal hacer o falta de diligencia del profesional.

Sentado lo anterior, entendemos necesario partir de un concepto de “profesión” a fin de circunscribir ésta en el ámbito del seguro, de manera que permita, de entrada, dejar fuera de la cobertura cualesquiera daños que no emanan de la práctica profesional.

No es sencillo establecer en el terreno jurídico un concepto inequívoco de profesión, si bien, partiendo de la concepción establecida por la Real Academia Española como “*empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución*”, unido a la consideración social actual, podemos establecer unas notas definitorias que nos pueden servir a los efectos que nos ocupan.

En principio, desde un punto de vista jurídico-legal, podemos decir que toda profesión lleva consigo una actividad social y legalmente reconocida por la que, normalmente, se percibe un quantum económico. Bastante interesante resultan, a estos

efectos, las notas distintivas extraídas por los profesores ALTERINI, AMEAL Y LÓPEZ CABANA¹⁰ al examinar la responsabilidad profesional:

a) Habitualidad, es decir, el ejercicio efectivo de la actividad que se realiza de manera usual y repetitiva como modo de vida.

b) Pertenencia a un área del saber científico, técnico o práctico. Quiere esto decir, que se presumen unos conocimientos determinados que posibilitan el ejercicio de la actividad.

c) Regulación (*reglamentabilidad*) de la actividad por el Estado. Con mayor o menor profundidad la actividad tendrá un tratamiento legal.

d) Habilitación (*habilitabilidad*) por el Estado, en uso de su poder de policía. Los conocimientos científicos, técnicos o prácticos son refrendados por el Estado a través de un título habilitador.

e) Presunción de onerosidad. Salvo que se constate lo contrario, la actividad supone la percepción de un activo patrimonial que, por lo general, constituye el modo de vida de quien ejerce la actividad.

Además, respecto a los profesionales liberales, los profesores ALTERINI, AMEAL Y LÓPEZ CABANA añaden otras singularidades:

f) Autonomía técnica, propia del saber especializado.

¹⁰ ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. AMEAL, ÓSCAR JOSÉ. LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina) 1996, pág. 766.

g) Sujeción a normas éticas, que resultan de códigos especiales. A lo que habría que añadir, igualmente, la sujeción a unas normas de índole técnico, propias de la actividad que se ejerce, así como a la mentada como “lex artis”, entendida ésta como el correcto desempeño de la actividad -buena “praxis” en definitiva-, que permita concluir que el trabajo se ha desempeñado de acuerdo a correctos estándares de profesionalidad.

h) Correlativamente a lo anterior, sometimiento a un régimen disciplinario.

i) Colegiación en un órgano integrado por los profesionales de una determinada actividad y que puede, incluso, aplicar sanciones por la vulneración de sus normas internas. Es posible que la incorporación a estos Colegios Profesionales tenga carácter obligatorio.

Como tendremos la oportunidad de analizar más adelante, cada una de estas notas definitorias de cualquier actividad profesional –su apreciación o desprecio- serán de vital importancia a la hora de poder subsumir un supuesto de hecho desarrollado por el asegurado en la cobertura que recoge la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional.

De lo expuesto hasta ahora podemos extraer una primera definición de la profesión como: aquella actividad desarrollada por una persona con habitualidad en el ámbito social, sujeta a unas normas técnicas y a unas pautas morales que exigen un desempeño correcto de aquélla, en base a una cualificación públicamente reconocida que habilita para el ejercicio a cambio de un activo patrimonial.

Pues bien, si trasladamos esa realidad profesional a la institución del seguro, el contrato suscrito para otorgar cobertura a un profesional será aquél por el que el asegurador se obligue a cambio del pago de una prima, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el mismo contrato, a hacer frente a la indemnización de los daños y perjuicios inferidos a un tercero, derivados de la responsabilidad civil en la que incurre el asegurado en el desempeño de la actividad que ejerce de modo habitual al amparo de unas normas técnicas y a unas pautas morales que exigen un desempeño correcto de aquélla, en base a una cualificación públicamente reconocida que le habilita para su ejercicio a cambio de un activo patrimonial.

2.2. Elementos personales. El riesgo de la actividad profesional como origen de las mutuas de seguros.

Como ya hemos anticipado al referirnos a las pautas más generales del seguro de responsabilidad civil, la estructura del mismo -en lo que respecta a los elementos personales que lo integran- difiere del resto de seguros al constatarse la existencia del tercero perjudicado o víctima que ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios frente al asegurado y/o, en su caso, contra su asegurador.

Ahora bien, si analizamos que ocurre cuando el seguro de responsabilidad civil se circunscribe a una tarea profesional, podemos observar que también el asegurador, el tomador del seguro y, especialmente, el asegurado presentan ciertas notas particulares.

Pasemos a analizar de manera individual cada uno de los elementos personales en el seguro de responsabilidad civil profesional, examinando, no tanto ya el contenido obligacional –aspecto que se abordará al examinar el sustrato objetivo del contrato- , sino aspectos relativos a la naturaleza jurídica de cada uno de ellos y las peculiaridades legislativas afectantes en esta vertiente del seguro de responsabilidad civil:

a) Asegurador:

El Asegurador es la entidad que asume la cobertura del riesgo asegurado delimitado en el contrato de acuerdo con la legislación vigente. Por regla general, se trata de una entidad perfectamente identificada o identificable que debe estar autorizada para operar en el ramo de Responsabilidad Civil. Examinemos la forma jurídica de esta entidad.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, toda compañía aseguradora, sin perjuicio de la posibilidad abierta a entes públicos –pensando el legislador en el Consorcio de Compensación de Seguros-, deberá revestir la forma jurídica de sociedad anónima, sociedad mutua a prima fija, o a prima variable, mutualidad de previsión social, sociedad cooperativa. Ahora bien, con carácter general, los contratos de seguros -en concreto, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil-, son ofertados por entidades privadas que revisten la forma de sociedades anónimas o mutuas de seguros.

En efecto, la generalidad de las entidades aseguradoras o son una u otra cosa, e, igualmente ocurre cuando la suscripción es de un seguro de responsabilidad civil profesional.

Llegados a este punto cabría preguntarse: ¿qué diferencia existe hoy entre contratar con una sociedad anónima o con una mutua?

Desde un punto de vista del contrato de seguro propiamente dicho –riesgo asegurado, interés asegurado, etc.-, pocas son las diferencias que podemos extraer, no siendo, tampoco, el momento de efectuar juicios de valor subjetivos. No obstante, consideramos de interés, más si cabe al tratarse del estudio del seguro de responsabilidad civil profesional, realizar un breve análisis histórico de por qué existen hoy mutuas, cual era su origen, y el cambio que han experimentado con el desarrollo económico y social, de manera que podamos conocer cuáles son hoy las mutuas de seguros especializadas en otorgar cobertura a la responsabilidad civil profesional.

Podemos decir que el origen de las mutuas se remonta a principios del siglo XX. El desarrollo social, industrial y tecnológico provocaba que muy distintos colectivos en el ejercicio de su actividad profesional se vieran inmersos en la posibilidad de provocar o sufrir daños y perjuicios de importante entidad, lo que unido a que ni la empresa privada ni tampoco el estado se comprometían a asumir los riesgos profesionales de estos colectivos, hizo que surgiera un importante movimiento asociacionista del que nace en España las mutuas de seguros. Esto es, como nadie prestaba cobertura al riesgo

profesional, serían los propios profesionales, debidamente organizados, los que se “auto-prestarían” aseguramiento.

Quiere esto decir, que el origen de las mutuas de seguros, en mayor medida, no es otro que la unión de profesionales de un mismo sector dirigido a cubrir los riesgos profesionales propios de su actividad. De modo que desde un punto de vista histórico puede apreciarse un importante vínculo entre el seguro de responsabilidad civil profesional y las mutuas de seguros.

Las mutuas de seguros proliferaron como organizaciones perfectamente estructuras y altamente participativas con sus miembros, que se dotaban, sin ánimo de lucro, de las cuotas abonadas por sus mutualistas, para hacer frente a los perjuicios causados por éstos o a otros riesgos inherentes al ejercicio de una actividad profesional. Por tanto, nacen en un momento concreto, por razones de necesidad y, también, de solidaridad social con los compañeros de profesión. Y es que las dotaciones económicas podían ser mayores si los siniestros acaecidos habían sido mayores y, de igual modo, si estas dotaciones habían sido excesivas como consecuencia de que los siniestros habían sido menores al finalizar el ejercicio correspondiente se procedía al reparto de este excedente.

Ahora bien, esta realidad se ha ido transformando con el paso del tiempo, y prueba evidente de ello es la situación en la que se encuentran hoy día muchas de las mutuas de seguros constituidas en el momento histórico antes relatado. Tal ha sido el cambio, que muchas de las mutuas o sociedades anónimas que actualmente encabezan

el ranking nacional, son el resultado de la transformación de esas pequeñas mutuas limitadas a un concreto círculo profesional o sector de actividad.

Consideramos interesante, a efectos meramente enunciativos, detenernos en varios ejemplos de esas mutuas que permiten constatar lo que venimos exponiendo. Así, véase:

- MAPFRE: nació en 1933 como la Mutualidad de Seguros de la Agrupación de Fincas Rústicas de España con el fin de asegurar a los trabajadores de las explotaciones agrícolas. A partir de 1955, se sientan las bases de la entidad tal como la conocemos en la actualidad, extendiéndose su actividad, de forma inicial, a otros ramos aseguradores como vida, accidentes o transportes. En 2007, se llevó a cabo una reorganización que proporcionó una nueva estructura corporativa, a través de la cual, FUNDACIÓN MAPFRE se convirtió en el accionista mayoritario y en el garante de la independencia de la nueva sociedad, configurada ya como sociedad anónima, MAPFRE S.A.
- MUTUA M.M.T SEGUROS SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA: se constituyó en febrero de 1932, siendo desde sus orígenes una Mutua especializada en el Seguro del Automóvil, específicamente, para los profesionales del taxi en Madrid, de ahí su denominación (Mutua Madrileña del Taxi). En la actualidad, conservando su forma jurídica, otorga cobertura a todo tipo de riesgos surgidos de la conducción de automóviles.

- **SEGUROS PELAYO:** el 1 de Abril de 1933, un grupo de industriales que dedicaban sus vehículos al servicio público se reúnen para constituir una Sociedad, a la que denominaron Mutua de Automóviles de Alquiler de Madrid, con sede social, inicialmente, en la Calle Relatores, 13. En el año 1952 cambió esta sede social para trasladarse a la Calle Pelayo, 78 de Madrid, origen de su denominación actual.
- **FIATC (Federació Industrial de l'Autotransporte de Catalunya):** nace en el año 1930, tras la aparición de un nuevo medio de transporte que revolucionó la economía, el autocamión, con la finalidad de que los transportistas catalanes pudieran hacer frente a sus accidentes.

Es palpable, el vínculo originario existente entre el seguro de responsabilidad civil profesional o, en algunos casos, seguro de daños vinculados a una profesión y las mutuas de seguros, pudiéndose decir que éstas son resultado de la necesidad de aquéllos y la desatención del sector público y privado. Ahora bien, esa vinculación hoy en día se ha difuminado, toda vez que la gran mayoría de esas mutuas de seguros extienden ya su oferta aseguradora a ámbitos muy distintos al originario, habiendo, además, en muchos casos, alterado su naturaleza jurídica.

Si damos un repaso a datos oficiales, tras consultar el Registro Público de entidades aseguradoras de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, constatamos que a principios del año 2015 la mayoría de ellas son sociedades anónimas

(un total de 170), mientras que constan en el mismo registro un total de 31 mutuas de seguros –llamando la atención la gran proliferación de esta forma de asociacionismo asegurador en el levante español-. La cuestión es: ¿Cuántas de estas mutuas conservan la esencia primitiva de estas organizaciones, en cuanto organización sin ánimo de lucro, dirigida a proteger y otorgar cobertura a los riesgos en la que pueden incurrir los profesionales de un determinado sector?

En puridad podemos decir que, en mayor o menor medida, todas ellas han sufrido importantes cambios al haber ampliado los productos ofertados a sus mutualistas. No obstante, podemos establecer una clasificación de todas ellas en función de que su oferta de cobertura sea mayor o menor y, por ende, en relación con el mayor o menor despegue con la naturaleza originaria de las mutuas, centrándonos, finalmente en aquellas cuyo objeto básico es el seguro de responsabilidad civil de un determinado profesional.

1.- Mutuas de seguros generales:

- PELAYO, MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.
- MUTUA MADRILEÑA AUTOMOVILISTA, SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA.
- MUTUA MMT SEGUROS, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA.
- MUSSAP- MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.

- FIATC, MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.
 - MUTUALIDAD DE LEVANTE, ENTIDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA.
 - MUTUA SEGORBINA DE SEGUROS A PRIMA FIJA.
 - PAKEA, MUTUALIDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA.
 - SOLISS, MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.
 - MUTUALIDAD DE SEGUROS DE LA PANADERIA DE VALENCIA,
MUTUA A PRIMA FIJA.
 - SERAS, MUTUALIDAD DE SEGUROS A PRIMA FIJA.
 - SVRNE, MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.
- 2.- Mutuas de seguros centradas en sector de actividad o riesgo concreto:
- a) Sector pesquero o marítimo:
 - MUTUA DE SEGUROS DE ARMADORES DE BUQUES DE PESCA DE
ESPAÑA, SOCIEDAD MUTUA A PRIMA FIJA.
 - SOCIEDAD DE SEGUROS MUTUOS MARITIMOS DE VIGO,
MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.
 - MUTUA DE RIESGO MARITIMO, SOCIEDAD DE SEGUROS A PRIMA
FIJA (MURIMAR).
 - b) Sector agrícola:

- MUTUALIDAD ARROCERA DE SEGUROS A PRIMA FIJA.

- AGROMUTUA-MAVDA, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA.

c) Riesgo de incendios:

- LA UNION MONTIJANA, SEGUROS MUTUOS CONTRA INCENDIOS A PRIMA VARIABLE.

- SOCIEDAD DE SEGUROS MUTUOS CONTRA INCENDIOS DE EDIFICIOS DE VALENCIA, MUTUA A FIJA.

- MUTUA DE PROPIETARIOS, SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA. En este caso, con una mayor amplitud de productos en relación con titularidades dominicales.

- SOCIEDAD DE SEGUROS MUTUOS CONTRA INCENDIOS DE EDIFICIOS RURALES DE ALAVA, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA.

d) Mutua de accidente y sector sanitario o asistencial:

- MUTUAVENIR MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA DE PAMPLONA.

- MUTUA TINERFEÑA, MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.

- PREVISION SANITARIA NACIONAL, P.S.N. MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.

- MUTUA GENERAL DE CATALUÑA-MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA.

- NUEVA MUTUA SANITARIA DEL SERVICIO MÉDICO, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA.

- UMAS, UNION MUTUA ASISTENCIAL DE SEGUROS A PRIMA FIJA. Centrada en el ámbito religioso.

e) Riesgos derivados de la actividad de la caza:

- MUTUASPORT, MUTUA DE SEGUROS DEPORTIVOS A PRIMA FIJA.

3.- Mutuas de seguros especializadas en el seguro de responsabilidad civil profesional.

Por último, tal y como hemos adelantado anteriormente, es de recibo centrarse en las mutuas de seguros que enfocan su servicio en el seguro de responsabilidad civil profesional, pudiendo decir que existen, actualmente, tan sólo tres que se encuentran especializadas en este instituto jurídico a fin de proteger los riesgos inherentes a la actividad profesional de: personal sanitario, Arquitectos Técnicos y Arquitectos. Estas son:

- A.M.A. AGRUPACIÓN MUTUAL ASEGURADORA. Si bien con un nivel de cobertura más amplio, esta mutua nace en el mes de diciembre de 1965, inicialmente,

como Agrupación Mutua del Automóvil, con el compromiso de ofrecer productos aseguradores a los profesionales sanitarios. A partir de 1987 comienza a ofrecer Seguros Generales, siendo en el año 1994 cuando se convierte en entidad pionera en el apoyo de los seguros de responsabilidad civil profesional del personal sanitario (médicos, farmacéuticos, veterinarios, odontólogos).

- MUSAAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA. La Mutua fue constituida en 1983 por los Consejos Generales y los Colegios Oficiales de Aparejadores/Arquitectos Técnicos/Ingenieros de la Edificación, con el objetivo de ofrecer a este colectivo los seguros de responsabilidad civil necesarios, dadas las dificultades que el mercado asegurador presentaba en aquellos momentos para cubrir a estos profesionales.

Su experiencia en el sector de la construcción le ha servido a MUSAAT para ofrecer sus seguros a otros profesionales de este mismo sector: promotores y constructores inmobiliarios, empresas fabricantes y distribuidoras de materiales de construcción y empresas relacionadas con dichas actividades y su entorno, realizando estudios permanentes de los riesgos en su construcción y en su conservación, y aconsejando las medidas de prevención que son de interés para el asegurado.

- ASEMAS-MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA (con derrama pasiva). Fundada en el año 1983 por acuerdo unánime de todos los Colegios de Arquitectos de España, con el objeto de garantizar la responsabilidad civil profesional de los Arquitectos. A ésta, dada la importancia que nos merece a la luz del objeto del

presente tratado, nos referiremos en repetidos momentos a lo largo del trabajo que nos ocupa.

Pues bien, de acuerdo al examen efectuado anteriormente, podemos decir que sólo los profesionales sanitarios y los profesionales técnicos del ámbito constructivo (arquitectos y arquitectos técnicos) gozan de la posibilidad de suscribir contratos de seguro de responsabilidad civil profesional con mutuas de seguros constituidas, en exclusiva, con colegas de profesión, lo que puede constituir, al menos, un indicio de aspirar a una mayor participación activa en el seno de esta organización.

b) Tomador del seguro:

Al abordar la figura del tomador del seguro de responsabilidad civil profesional, se nos suscitan diversas cuestiones que requieren ser estudiadas: ¿quién ocupa esta posición?, si el mismo asegurado o una persona distinta a éste; ¿cuando y por qué el tomador del seguro suele ser persona física o es persona jurídica?; y, por último, las razones legales o de otra índole que determinan cada una de las opciones expuestas.

En el seguro de responsabilidad civil la figura del tomador del seguro puede coincidir con la del mismo asegurado, en este caso, responderá a un profesional que pretende dejar indemne su patrimonio y de manera particular contacta con una entidad aseguradora para otorgar cobertura a los riesgos de responsabilidad civil inherentes al ejercicio de su profesión. Si bien, se puede afirmar que en este ámbito asegurador se es más proclives a que las posiciones de tomador del seguro y asegurado sean asumidas

por personas distintas, lo que viene determinado principalmente por la naturaleza o el modo de ejercicio de la profesión.

Así, como señala JOSÉ RAMÓN SALELLES CLIMENT¹¹, es bastante frecuente que en el ámbito de las profesiones liberales, cuando concurren los Colegios Profesionales o, en otro caso, cuando se prestan servicios para sociedades profesionales, aparezcan aquéllos o éstas como tomadores de las correspondientes pólizas, mientras que si el profesional ejerce como administrador u ostenta un cargo de alta dirección, lo habitual es que el seguro de responsabilidad civil del administrador y el alto directivo sea suscrito por la sociedad como la tomadora del seguro.

En estos casos, el pago de la prima corresponde a la sociedad o ente contratante del seguro, asumiendo la obligación de pagar la prima, lo que supone como bien menciona MARTIN ARESTI¹² que, aun de manera indirecta, asuma una parte del coste derivado de la existencia de responsabilidad y de otros gastos que ésta acarrea, como son los de defensa jurídica cubiertos por el seguro.

En el caso concreto de la responsabilidad de los administradores de mercantiles, si bien no fueron pocas las posturas opuestas a que la sociedad asumiera la obligación

¹¹ JOSÉ RAMÓN SALELLES CLIMENT. *Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional*. Publicación: Revista de Derecho Mercantil num. 245/2002 parte Estudios. Revista de Derecho Mercantil, Madrid. 2002. Texto que se publica fue presentado en el X Congreso de Responsabilidad Civil organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y su Comisión de Abogados de Entidades Aseguradoras y Responsabilidad Civil, celebrado en Barcelona los días 7 y 8 de marzo de 2002.

¹² MARTÍN ARESTI, PILAR. Revista de Derecho Mercantil núm. 290/2013 parte *Comentarios de Jurisprudencia*. Madrid 2013.

de pago de la prima –en cuanto tomadora- al no ser limitada la responsabilidad de los administradores, resulta a nuestro juicio incuestionable la licitud del pago de la prima, pues como dice MARTIN ARESTI, ello puede responder bien a un modo de tutelar el interés de la sociedad tomadora (y eventualmente perjudicada) en la percepción de la indemnización, véase en este sentido mismo la aportación de IRIBARREN BLANCO¹³, bien a que el pago de la prima por la sociedad es considerado como una partida que forma parte de la retribución de los administradores concibiéndose éstos como titulares principales del interés asegurado CAMPINS VARGAS¹⁴.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que el seguro de responsabilidad civil profesional, en muchos casos, suele manifestarse como un seguro de grupo -delimitado por el ejercicio de una profesión, y referido el interés asegurado a las personas físicas vinculadas con el tomador- que, sin perjuicio de las peculiaridades que lo caracterizan, puede ser considerado como una modalidad del seguro de abono (arts. 81 y 8 LCS).

Pues bien, esta especial caracterización subjetiva tiene una incidencia bastante relevante –como recordó el Profesor SALELLES- al ponerla en relación con el régimen jurídico del contrato, toda vez que las partes intervinientes en la relación contractual habrán de tener especial celo a la hora de configurar y cumplimentar el sustrato legalmente establecido. Recordemos que no en pocas ocasiones el legislador utiliza

¹³ IRIBARREN BLANCO, M. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Aranzadi, 2005, pp. 92-93.

¹⁴ CAMPINS VARGAS, A. *Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*, RDM, núm. 249, 2003, pp. 981 y ss., p. 999.

indistintamente la noción “asegurado” o “tomador” como si de la misma persona se tratara, pudiendo afirmar que en algunos de esos supuestos lo hace de manera errónea.

Así, incluidas las condiciones generales en la póliza o en un documento complementario (art. 3 LCS), habrán de ser suscritas y entregadas al tomador del seguro, al que, como es sabido, corresponderá el pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza (art. 14 LCS); no obstante lo anterior, el contrato de seguro colectivo en su génesis se celebra por cuenta ajena, toda vez que el tomador del seguro interviene en la celebración del contrato no en interés propio, sino en el de las personas que forman parte del grupo, siendo, por tanto, partes iniciales del referido contrato la entidad aseguradora y esa persona física o jurídica que celebra aquél por cuenta de los integrantes del grupo asegurado, y a esta tomadora del seguro le corresponde la aprobación de las cláusulas que pueden ser consideradas como limitativas de los derechos de los asegurados (pese a que la LCS hable de “asegurado”), sin que sea factible en ese momento aplicar individualmente a los asegurados, al no intervenir en dicha génesis contractual, lo previsto en la parte final del párrafo primero del art. 3 de LCS. Ahora bien, precisamente esa dualidad de planos contractuales antes citada, lleva consigo que, a nuestro juicio, el asegurado en el momento contractual en el que decide personalmente adherirse al aseguramiento colectivo -previamente negociado por otros- haya también de suscribir tales cláusulas limitativas de sus derechos en cumplimiento del meritado precepto de la LCS.

De igual modo, surgen otras particularidades en cuanto al deber de información debida por el tomador del seguro en relación con la valoración del riesgo (art. 10 LCS),

o con el deber de comunicar al asegurador las circunstancias que agraven el mismo (art. 11 LCS). Ambos preceptos habrán de ser puesto en relación con el artículo 7 del mismo texto legal, de modo que los pormenores de esa información -en estos casos en los que la persona del tomador no coincide con la del asegurado-, habrá de ser detallada por el asegurado -directo conocedor de la misma-, o, en su caso, por el tomador como mero transmisor de una información ajena facilitada por aquél o conocida por él mismo.

Por otro lado, según hemos anunciado, analizaremos a continuación el por qué de la suscripción de estos seguros de responsabilidad civil profesional por parte del tomador. La estipulación de un seguro de responsabilidad civil profesional puede que sea un acto meramente voluntario del profesional, quien en atención a los riesgos a los que está expuesto y sin estar obligado a ello legalmente celebra el contrato de seguro; piénsese por ejemplo en un asesor laboral que concierta su correspondiente seguro otorgando cobertura a los riesgos de su profesión; si bien, en diversas ocasiones existe una obligación legalmente establecida para la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional.

Veamos cada uno de estos supuestos en los que ha sido el legislador quien ha instado la concertación de estos seguros de responsabilidad civil, atendiendo, principalmente, al carácter de la labor profesional -que lleva aparejada un componente mayor de riesgo- y a la naturaleza jurídica corporativa en la que se integra el profesional.

En la actualidad, el legislador alude a la concertación de un seguro de responsabilidad civil profesional, bien de manera inexcusable o como alternativa a otras formas de garantía, en los siguientes casos:

1.- Profesionales del ámbito sanitario:

En primer lugar, debemos hacer mención a los profesionales de servicios sanitarios, así, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en su artículo 46 impone a los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, la obligación de suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.

Pues bien, teniendo en cuenta el amplio ámbito de aplicación de la citada Ley que aúna a todos los profesionales relacionados con la sanidad y salud en los distintos niveles académicos –a la luz de los artículos 2 y 3 de la misma-, son muchos los profesionales sanitarios obligados a suscribir este tipo de seguros, los cuales normalmente se gestionan a través del colegio profesional respectivo.

En particular, quedan afectados por este pronunciamiento los profesionales sanitarios pertenecientes al grupo de nivel Licenciado: médicos, farmacéuticos, odontólogos y veterinarios, así como los titulados oficiales especialistas en Ciencias de la Salud, y al grupo de nivel Diplomado: enfermeros, fisioterapeutas, terapeutas

ocupacionales, podólogos, ópticos y optométricos, logopedas y nutricionistas y dietéticos, así como titulados oficiales especialistas en Ciencias de la Salud. Y de igual modo, los profesionales del área sanitaria de formación profesional de grado superior: Técnicos Superiores en Anatomía Patológica y Citología, en Dietética, en Documentación Sanitaria, en Higiene Bucodental, en Imagen para el Diagnóstico, en Laboratorio de Diagnóstico Clínico, en Ortoprotésica, en Prótesis Dentales, en Radioterapia, en Salud Ambiental y en Audioprótesis, y de grado medio: quienes ostentan los títulos de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería y en Farmacia.

2.- Audidores de cuentas:

Algo similar a lo anterior ocurre con los profesionales dedicados a la auditoría de cuentas. Como ya ocurriera con la vieja legislación (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas –que conservó vigencia en parte de su articulado hasta el 17 de Junio de 2016-), la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, abre las puertas a los seguros de responsabilidad civil en su artículo 27, toda vez que para responder de los daños y perjuicios que pudieran causar estos profesionales -sean personas físicas o personas jurídicas- en el ejercicio de su actividad, están obligados a prestar garantía financiera, y ésta, además de poder prestarse mediante depósito en efectivo, títulos de deuda pública, aval de entidad financiera, puede hacerse mediante el correspondiente seguro de responsabilidad civil o de caución, por la cuantía –que en todo caso, será proporcional a su volumen de negocio- y en la forma que establezca el Ministerio de Economía y Competitividad.

Las peculiaridades del aseguramiento de estos profesionales se abordarán más adelante al ser el seguro de responsabilidad civil suscrito por éstos unos de los merecedores de estudio más exhaustivo.

3.- Administradores concursales:

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha introducido en el sistema concursal español la exigencia de un seguro de responsabilidad civil o de una garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto para poder actuar como administrador concursal en cualquier clase de concursos de acreedores. La habilitación legal al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la correspondiente normal legal ha sido abordada por el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. Al igual que en los dos casos anterior, la cercanía de este cargo con quien suscribe este tratado como autor, nos lleva a abordar más detenidamente este seguro de responsabilidad civil profesional en el apartado reservado a ello.

4.- Ensayos clínicos con medicamentos:

En este caso la exigencia legal afecta a los profesionales de la investigación médica, si bien, circunscribiendo el imperativo legal a una actividad concreta y específica como es un ensayo clínico con medicamentos en investigación. En efecto, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, señala en su artículo 8, relativo al seguro u otra garantía financiera de los sujetos del ensayo, que sólo podrá realizarse un ensayo clínico con medicamentos en

investigación si, previamente, se ha concertado un seguro u otra garantía financiera que cubra los daños y perjuicios que como consecuencia del ensayo puedan resultar para la persona en que hubiera de realizarse, salvo que el ensayo se refiera únicamente a medicamentos autorizados en España, su utilización en el ensayo se ajuste a las condiciones de uso autorizadas y el Comité Ético de Investigación Clínica considere que las intervenciones a las que serán sometidos los sujetos por su participación en el ensayo suponen un riesgo equivalente o inferior al que correspondería a su atención en la práctica clínica habitual.

En esta actividad, el sujeto obligado a concertar el seguro de responsabilidad o la garantía financiera es el promotor del ensayo quienes deberán cubrir las responsabilidades propias, las del investigador principal y sus colaboradores, y del hospital o centro donde se lleve a cabo el ensayo clínico.

5.- Sociedades profesionales:

Supuesto peculiar resulta éste, toda vez que el imperativo legal de concertar un seguro de responsabilidad civil viene motivado por la naturaleza jurídica de quien ejerce la profesión. El legislador presume que la constitución de una persona jurídica para el ejercicio profesional lleva inherente un cierto riesgo para quien se relaciona con ella que es necesario blindar. En efecto, la desconfianza del legislador en las formas societarias que tantas veces ha requerido en el terreno práctico-jurídico la política del “levantamiento del velo”, ha llevado a que en el ámbito jurídico-privado la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (Artículo 11) imponga a éstas el deber de estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que puedan incurrir en el ejercicio

de la actividad o actividades que constituyen el objeto social. Quizás sea reprochable al legislador, de un lado, la generalidad del precepto al omitir cualquier referencia a una cuantía mínima de cobertura del seguro, y, de otro, la falta de previsión de las consecuencias jurídicas de la no suscripción del correspondiente seguro, aspecto éste que podría abordarse de distinta manera, bien con la imposición de sanciones coercitivas, bien afectando a la propia actuación legal o constitución de la Sociedad Profesional.

Como señala con buen criterio CRESPO MORA¹⁵ el legislador a través de esta previsión –si bien con poca concreción- pretende proteger al cliente y asegurar que resulte finalmente indemne, toda vez que la existencia del seguro si bien no evitará la producción de daños a los potenciales clientes y terceros, si permitirá aminorar las consecuencias que se producirían si las víctimas no pudieran ser resarcidas debido a la insolvencia del dañante. Como estudia esta autora, esta previsión legal en la ley española es heredera de lo recogido en leyes europeas que venían exigiendo también, por regla general, la suscripción de seguros de responsabilidad civil en este ámbito. Así, las Leyes francesas de 29 de noviembre de 1966 y de 31 de diciembre de 1990 imponen a la sociedad la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para garantizar así la reparación de los daños fruto del ejercicio profesional. Lo mismo cabe decir de la ley alemana de 25 de julio de 1994, que impone la suscripción obligatoria de un seguro, en este caso, de manera disyuntiva pues debe cubrir a los socios o a la sociedad. Especial relevancia tuvo el seguro en el sistema de

¹⁵ CRESPO MORA, M^a CARMEN. *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*. Ed. Aranzadi, S.A. Enero 2012.

responsabilidad diseñado por la ley alemana de 31 de agosto de 1998 reguladora de la sociedad de responsabilidad limitada de abogados, pues en ésta la responsabilidad de los socios y de los gestores se activa sólo en los casos en los que falte el seguro o resulte insuficiente la cobertura exigida por la ley. Pues bien, para esta ley reguladora de la sociedad de responsabilidad limitada de abogados, la contratación de un seguro resulta obligatoria tanto para la sociedad, como para cada socio abogado.

6.- Empresas conservadoras de ascensores:

El riesgo resulta evidente en la práctica profesional de estas empresas dedicadas a la conservación de aparatos de elevación y manutención. De manera que el Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, aprobado por Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, establece como requisito indispensable para actuar en este ramo de actividad, haber suscrito un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente, que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio, con cobertura mínima de 300.000 euros por accidente. Cuantía mínima que se podrá actualizar por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo siempre que sea necesario para mantener la equivalencia económica de la garantía, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

7.- Novedades en el ámbito financiero: nuevo campo al seguro de responsabilidad civil profesional:

Si bien de manera no obligatoria pero si como alternativa, el legislador ha

abierto un interesante campo al mercado asegurador en el ámbito de las entidades de intermediación financiera.

Así, la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en su artículo 48 -relativo a los requisitos de la autorización de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC)- dispone la necesidad de contar con un capital social inicial y unos recursos propios adicionales, entre los que se encuentra, a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con las actividades que puedan realizar las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC), y las Sociedades Capital Riesgo (SCR) o Sociedades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SICC), además de unos recursos propios adicionales, la posibilidad de suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional que esté en consonancia con los riesgos cubiertos.

Del mismo modo, el Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, dando nueva redacción al artículo 100.1 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, dispone que las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC) y las sociedades de inversión

autogestionadas deberán disponer en todo momento de unos recursos propios entre los que se establece, *“a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con las actividades que puedan realizar”* bien unos *“recursos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad en caso de negligencia profesional”* o bien *“suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional”*.

Por último, Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, recoge en su articulado, en concreto en el artículo 56, dentro de los requisitos financieros de las plataformas de financiación participativa, un capital social íntegramente desembolsado en efectivo de, al menos, 60.000 euros, o un seguro de responsabilidad civil profesional, un aval u otra garantía equivalente que permita hacer frente a la responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional, con una cobertura mínima de 300.000 euros por reclamación de daños, y un total de 400.000 euros anuales para todas las reclamaciones, o una combinación de capital inicial y de seguro de responsabilidad civil profesional, aval u otra garantía equivalente que dé lugar a un nivel de cobertura equivalente al del capital y el seguro anteriormente mencionados.

8.- Normativa autonómica (Colegios Profesionales):

En el ámbito autonómico, hemos podido observar como, en determinadas comunidades, la pertenencia de los profesionales a un ente corporativo como es el Colegio Profesional, implica, de por sí, un deber de suscribir un seguro de

responsabilidad civil que de cobertura a los daños que se generen. Ahora bien, no se trata de una previsión legal generalizada. Tenemos supuestos como la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid, que omite cualquier mención a esta suscripción imperativa, y, sin embargo, otras comunidades se han decantado por recoger un deber dirigido a tener cubierto mediante un seguro los riesgos de responsabilidad civil en que puedan incurrir los colegiados como consecuencia del ejercicio profesional. Véase, la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía (Artículo 27), o, en Cataluña, la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales. Esta última da un paso más al ampliar el ámbito obligacional y ser más meticulosa con la corporación, toda vez que impone a los profesionales titulados (estén o no colegiados) el deber de cubrir mediante un seguro los riesgos de responsabilidad en los que puedan incurrir debido al ejercicio de su profesión –excepción de los profesionales que actúan exclusivamente al servicio de una administración pública o cuanto se trata de actividad profesional ejercida exclusivamente por cuenta de otro que ya tenga asegurada la cobertura por los riesgos de la actividad que comprende el ejercicio de la profesión- y, por otro, tratándose de profesiones colegiadas, son los colegios profesionales los que deben adoptar las medidas necesarias para promover y facilitar el cumplimiento del deber de seguro de sus colegiados en forma suficiente.

Y no acaba aquí la cosa en Cataluña, pues de igual modo se impone este deber legal cuando se trata de profesionales del deporte. Así la Ley 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte (Artículo 11) exige la previa contratación de un

seguro de responsabilidad civil que cubra la indemnización por los daños que puedan causarse a terceros en la prestación de estos servicios profesionales, de conformidad con lo establecido por el artículo 9 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos decir que existen en el ámbito nacional innumerables profesiones liberales en las que el aseguramiento no constituye una obligación de rango legal, bien porque no se recoge así expresamente en la Ley estatal a través de una Ley especial, bien porque en la Comunidad Autónoma correspondiente no se hace extensivo este deber por el ejercicio de una profesión o por la pertenencia a una corporación como sería el Colegio Profesional.

Por otro lado, en relación con la suscripción de este seguro responsabilidad civil profesional -voluntaria u obligatoria-, observamos en la práctica como esa exigencia legal de aseguramiento, unida a la misma imposición por parte de determinados colegios profesionales y, de otro lado, la voluntariedad de suscribir este tipo de seguros, genera situaciones de confusión y de difícil coordinación entre los distintos seguros concertados que no son abordadas por la legislación vigente. Piénsese, por ejemplo, la situación que puede tener un profesional titulado (que suscribe un seguro de responsabilidad civil voluntario o no) perteneciente a un Colegio Profesional (que ha suscrito un seguro de responsabilidad para su colegiado) que presta sus servicios para una Sociedad Profesional (que, a su vez, tiene concertado un seguro de responsabilidad civil para la sociedad y para quienes prestan sus servicios profesionales en ella). De este modo, pueden convivir tres seguros de responsabilidad civil en los aparece como

asegurado una misma persona, si bien, con distinto tomador, siendo el riesgo asegurado el mismo o muy similar.

Situaciones como la aducida, demuestran que la regulación legal existente en el ámbito del seguro de responsabilidad civil profesional es parcial e insuficiente, e incapaz de dar respuesta -desde la perspectiva del seguro- a la verificación del siniestro cuando están vivos diferentes seguros de responsabilidad que cubren el mismo riesgo y en los que los tomadores son distintos. En efecto esta carencia legal, viene dada por el tenor literal del artículo 32 de la LC, pues la contribución por parte de los distintos aseguradores al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada, sin superar la cuantía del daño, se circunscribe a que el tomador sea el mismo, sin abordar que ocurre cuando los tomadores de seguro son personas diferentes.

Con independencia de la posible aplicación analógica de la norma a estos supuestos -pluralidad de tomadores- (como han hecho distintos órganos jurisdiccionales), entiende quien suscribe que lo que debe hacer el legislador es actualizar la norma y adaptarla a la realidad actual en la que, insistimos, coexisten seguros de responsabilidad civil -también de otra índole- en los que el tomador no es el mismo, lo que impide la aplicación analógica del mencionado precepto de la LCS; de este modo, se evita que un solo asegurador haga frente a todo el siniestro, en beneficio de otro asegurador al amparo, como decimos, de un evidente vacío legal, que el primer asegurador sólo podría remediar acudiendo a la vía del enriquecimiento injusto.

Baste citar, por todas, a fin de dar testimonio de la realidad antes mencionada, la siguiente sentencia del Alto Tribunal (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 783/2000 de 22

julio (RJ 2000\6192), en la que ante la coexistencia de dos seguros, uno suscrito por la empresa para la que trabajaban los trabajadores implicados en el siniestro, y otro, por el Colegio Profesional de Facultativos de Minas, adujo que el art. 32 cuando regula el multiseguro, se refiere a los supuestos, de que se estipulen dos o más contratos con distintos aseguradores, que cubran los efectos del mismo riesgo, pero en el supuesto que sea un mismo tomador de los distintos seguros, supuesto este último que no se da en el caso de autos, pues son distintos los tomadores de los dos seguros concurrentes, en uno la sociedad tomadora del mismo es Cantera de Zestoa, SA y en el otro es el Colegio Profesional de Facultativos de Minas de Vizcaya.

Por último, es de recibo hacer mención a la reciente Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, con entrada en vigor el día 1 de enero de 2016, que, en cierto modo, pretende regularizar y esclarecer los supuestos en los que la suscripción de un seguro –por supuesto, con incidencia en los seguros de responsabilidad civil profesional- adquiere carácter obligatorio, como legislar sobre ello, las consecuencias jurídicas de la vulneración de esta exigencia y como constatar la existencia de esta obligación de concertar un seguro. Así, en su disposición adicional segunda, aborda esta novedad bajo la rúbrica “establecimiento e información sobre seguros obligatorios”.

A la luz de esta normativa, la exigencia vendrá motivada por el ejercicio de determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera, riesgo que requerirá la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios

que puedan provocar y de los que sean responsables.

De especial interés resulta la previsión relativa a la reserva de ley, toda vez que esta obligatoriedad para la suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley que deberán contar con un informe preceptivo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora.

Como cierre a esta novedad legislativa se abordan dos puntos más: uno, las consecuencias jurídicas de la realización de actividades careciendo del correspondiente seguro obligatorio y, otro, el mecanismo organizativo de la información sobre el carácter obligatorio de la suscripción.

Así, la vulneración de la obligatoriedad se configura como una infracción administrativa muy grave, salvo que en la normativa específica se dispusiera otra cosa, y se recoge, expresamente, la cuantía pecuniaria de la sanción a imponer a quien viniera obligado a la suscripción del seguro: multa de 1.000 a 20.000 euros tras un procedimiento sancionador del que conocerá la Administración pública que impuso la suscripción del seguro obligatorio.

Finalmente, a efectos de información y conocimiento, se prevé la regulación reglamentaria de un Registro gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros, respecto al cual, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones asume dos funciones: una exterior, comunicar a la Comisión Europea los seguros obligatorios existentes en España, indicando las disposiciones específicas que los regulan; y, otra

interna, como receptora de la información que deben facilitar los órganos competentes de las Comunidades Autónomas de los seguros obligatorios existentes en su respectiva comunidad.

c) Asegurado:

El asegurado en el seguro de responsabilidad civil profesional es, obviamente, el profesional inmerso en el riesgo de causar daños en el ejercicio de su actividad y, por ende, incurrir en responsabilidad por aquélla garantizándole las consecuencias económicas derivadas de cualquier reclamación de responsabilidad civil de acuerdo a la legislación vigente por los daños materiales y personales y por los perjuicios patrimoniales causados a un tercero por errores, omisiones o negligencias profesionales cometidos por el asegurado en el desempeño de la actividad profesional.

Ahora bien, una de las peculiaridades de este seguro de responsabilidad civil profesional es que la declaración de responsabilidad, además de un contenido económico –que deberá sufragar, en su caso, la entidad aseguradora-, lleva aparejado un componente social, esto es, se puede ver afectado el prestigio profesional del asegurado, lo que conduce a que éste, en términos genéricos, tenga especial interés en no ser condenado como responsable cuando cree que efectivamente no lo es.

De acuerdo con lo anterior, en el seguro de responsabilidad civil profesional la figura del asegurado puede ser apreciada desde dos puntos de vista: en primer lugar, en su relación con el asegurador con quien tiene una relación jurídica que puede haber sido

suscrita o no por un tomador que no sea él mismo, teniendo en cuenta que en cualquier caso corresponden al asegurado todos los derechos emanados del contrato; y, en segundo lugar, como sujeto expuesto al riesgo profesional y potencial responsable de unos daños inferidos a un tercero.

Desde la primera óptica, el asegurado firmante de la póliza, como ya expusimos al hablar del tomador del seguro y de la posible confluencia o no en la misma persona de las dos condiciones de asegurado-tomador, está obligado a cumplir los deberes legales de información del riesgo y, en su caso, de agravación o disminución del mismo. Es habitual que en el ejercicio de una actividad profesional el cometido varíe, realizando o aplicando nuevas técnicas o afrontando nuevos retos profesionales que deberán ser puestos en conocimiento del asegurador para el caso de incidir en el riesgo y siempre que estos nuevos actos profesionales fueran ignorados por éste.

Asimismo, verificado el siniestro (artículo 16 LCS) el asegurado tendrá la obligación de comunicarlo a la entidad aseguradora –siete días máximo según señala la Ley de Contrato de Seguro, que puede variarse contractualmente-, piénsese que si el tomador es una sociedad profesional o un colegio profesional, el primero en conocer el siniestro será el asegurado y, además, quien podrá suministrar toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del mismo. De igual modo, la inmediatez con el siniestro, hace que sea la persona idónea para emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias de aquél (artículo 17 LCS).

Desde el otro prisma, el seguro de responsabilidad civil profesional se hace extensivo a la normativa aplicable a cada actividad profesional, a la “lex artis” aplicable a cada profesión así como a la diligencia exigible a cada persona dedicada a una determinada actividad profesional. En cierto modo, en un principio, esta vertiente del seguro de responsabilidad civil profesional se desarrolla de manera ajena al contrato de seguro, y es en el momento en el que se verifica el siniestro cuando se debe analizar el hecho causante de unos daños y si tiene o no cabida en la póliza suscrita con el asegurador.

La responsabilidad civil profesional será tan dispar como actividades profesionales susceptibles de cobertura hay, siendo el centro vital de la atención del siniestro el comportamiento y la actuación llevada a cabo por el asegurado de la que puede nacer responsabilidad civil.

Sin ánimo de efectuar una relación exhaustiva de quien puede ostentar la condición de asegurado en un seguro de responsabilidad civil profesional o, lo que es igual, que modalidades de seguro de responsabilidad civil profesional podemos encontrarnos en la realidad práctica, pues, en principio, podría decirse que serían tantas como profesiones, no obstante, quien suscribe ha podido constatar los siguientes seguros de responsabilidad civil profesional en los que la condición de asegurado la ostentan los siguientes profesionales:

- Abogados.
- Administradores Concursales.

- Administradores de fincas.
- Agencias (publicidad, de viajes, acogida/adopción, RRPP, etc..).
- Arqueólogos.
- Agentes FIFA.
- Árbitros Mediadores.
- Árbitros deportivos.
- Arquitectos y Arquitectos técnicos (persona física y Sociedad Profesional).
- AOPI (Agentes de la propiedad Industrial).
- Agente de la Propiedad Intelectual.
- API (Agentes de la Propiedad Inmobiliaria).
- Albañil.
- Alojamiento de aplicaciones de terceros.
- Analistas.
- Archivista.
- Ascensores.
- Asesores tributarios/laborales/contables.
- Asistencia a mayores y niños.
- Biotecnología (personal dedicado a la investigación).
- Bloggers / Blogueros.
- Call – Center (telefonistas).
- Carpinteros.
- Cartógrafos.

- Cerrajeros.
- Centros estéticos.
- Climatización y calefacción.
- Coaching.
- Community managers.
- Colegios, Universidades, escuelas.
- Consejeros y directivos.
- Consultorías (de licencias de software, en calidad de aguas, en acústica, en marketing y publicidad, en informática, medioambiental, de logística, en comercio exterior, en recursos humanos, de negocio o estrategia).
- Creación multimedia para promociones.
- Cristalero.
- Delineantes.
- Desarrolladores.
- Detectives privados.
- Diseño gráfico para marketing y publicidad.
- Diseñadores interiores.
- Electricista.
- Economistas.
- Empresas de reformas.
- Empresas de informática.
- Empresas de Seguridad y Vigilancia.

- Empresa de recobro
- Enólogos.
- Esteticienes.
- Entidades financieras.
- Entrenadores personales. Monitores deportivos.
- Escuelas de formación: teatro, peluquería, música.
- Estudios y Gabinetes Técnicos (Despachos arquitectura, ingeniería, topografía, Geotécnicos, Laboratorios calidad, etc
- ETT (Empresas de Trabajo Temporal).
- Fontaneros.
- Fotógrafos.
- Funerarias.
- Galerías de arte.
- Gestores de centros comerciales.
- Gestorías.
- Graduados Sociales.
- Guías turísticos.
- Headhunters (cazatalentos).
- Imprentas.
- Ingenieros.
- Instalador de gas.
- Instalador de mármol.

- Interim management (directivo interino excepcional).
- Intermediador financiero.
- ITV.
- Jueces, Magistrados, Ministerio Fiscal y Secretarios Judiciales.
- Mantenimiento informático.
- Mediadores de seguros y reaseguros.
- Medios de comunicación.
- Medicinas naturales y alternativas.
- Movimiento de tierras sin explosivos.
- Museos.
- Notarios.
- ONG.
- Operador de telecomunicaciones.
- Outsourcing informático o no informático (subcontratación de servicios).
- Peluquerías.
- Peritos.
- Pintores.
- Policías.
- Procuradores.
- Profesores de autoescuela.
- Promoción de ventas.
- Promotor.

- Psicólogos. Orientadores psicopedagógicos.
- Peritos Prevención Riesgos.
- Profesiones Médicas y sanitarias (Médicos, Veterinarios, Farmacéuticos, Asistentes sociales, Nutricionistas, ATS, Biólogos..)
- Registradores de la Propiedad.
- Relaciones públicas.
- Reparación de ordenadores, telefonía, etc.
- Restauradores de arte.
- Sanitarios (Centros sanitarios sin internamiento, Residencias Tercera Edad y Centros sanitarios, Ensayos clínicos).
- Secretarios e Interventores de Ayuntamientos.
- Servicios de conserjería, recepción.
- Soldadores.
- Tatuajes y piercings.
- Teatros.
- Terapias alternativas, medicina natural.
- Topógrafos.
- Traductores.
- Transferencias de dinero al exterior.
- Venta ambulante.

d) Perjudicado:

En el seguro de responsabilidad civil, junto al asegurador –que puede adoptar la forma de sociedad anónima, sociedad mutua a prima fija, o a prima variable, mutualidad de previsión social, sociedad cooperativa o delegaciones de entidades aseguradoras extranjeras-, el tomador del seguro –que bien puede ser un particular, una sociedad profesional (que pueden coincidir o no con el asegurado) o un colegio profesional- y el asegurado, cuya declaración de responsabilidad civil es imprescindible para que aquél preste cobertura asumiendo la obligación de indemnizar, nos encontramos la figura del perjudicado o víctima, que es quien ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios frente al asegurado y/o, en su caso, contra su asegurador.

En efecto, al verificarse el siniestro nace a favor del tercer perjudicado la titularidad de una acción de responsabilidad civil cuyo riesgo de nacimiento aparece cubierto por el seguro, acción que en virtud de la legislación vigente, legitima pasivamente tanto al causante del daño (profesional asegurado) como al asegurador frente a quien cabe ejercitar la acción directa, ya sea ante la jurisdicción civil como ante la jurisdicción penal (si el siniestro, cubierto por el seguro, reviste los caracteres de infracción criminal, siendo autor responsable criminalmente el asegurado). Trataremos de dar unas notas genéricas de esta acción, toda vez que sobre la misma ahondaremos aún más en distintos pasajes de este trabajo.

La acción del perjudicado frente al asegurador, de acuerdo con el artículo 76 de la LCS, es una particularidad exclusiva del seguro de responsabilidad civil, siendo una

acción, un derecho nacido “*ex lege*”. La denominación empleada por el legislador “*acción directa*” ha sido hondamente criticada en el ámbito doctrinal del seguro, toda vez que “*grosso modo*” no puede entenderse en sentido literal pues lo que ocurre en la práctica es que el tercero perjudicado resulta favorecido por el legislador frente al asegurador de igual modo que el asegurado. Lo que verdaderamente supone es permitir una especie de subrogación del tercero perjudicado en la posición del asegurado a la hora de reclamar a la compañía aseguradora, si bien conservando la acción de uno y otro una naturaleza jurídica diferente, y ello debido a las trabas que tradicionalmente padecían los terceros perjudicados en las reclamaciones a los asegurados causantes de los perjuicios –fundamentalmente en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de vehículos-, al negar las aseguradoras la atención de los siniestros o, incluso, dificultar la existencia del seguro mismo, o no responder de manera plena la verificación del riesgo o retrasar ampliamente su atención.

La cuestión que nos podemos plantear llegado este momento es: ¿Quién puede ostentar la condición de tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil?

En principio, el tercero perjudicado será una persona completamente ajena al contrato de seguro, esto es, como señala VEIGA COPO¹⁶ para el perjudicado el contrato de seguro es “*res inter alios acta*” del que no forma parte y del que en reciprocidad nada del mismo le puede, a priori, ser opuesto, ahora bien, la propia mecánica del seguro de responsabilidad civil en el que un tercero busca el resarcimiento de un daño ajeno, no propio, puede ocurrir, y así ocurre en el ámbito del seguro de

¹⁶ VEIGA COPO, ABEL B. *Tratado del contrato de seguro*. Edit. Aranzadi junio 2012.

responsabilidad civil de vehículos a motor que el perjudicado sea el propio asegurado en el que por el seguro obligatorio se cubre la responsabilidad civil del propietario, quedando además cubiertos los daños corporales del mismo siempre que al producirse el accidente o siniestro no fuere el conductor (artículo 1.1 V en relación con el 4 de la LRCSCVM).

Si nos centramos en el análisis del perjudicado dentro del seguro de responsabilidad civil profesional, podemos decir que, a diferencia de lo que ocurre en el seguro de responsabilidad civil más extendido como es el obligatorio de vehículos a motor en el que el tercero es ajeno a cualquier relación comercial con el asegurado, en el seguro que cubre riesgos profesionales lo más habitual es que los terceros perjudicados sean las personas que conciertan los servicios profesionales del asegurado, esto es, que exista entre ellos un vínculo jurídico; bien en el caso de un abogado, para defensa de intereses y derechos ante los Tribunales de Justicia, bien en caso de un Arquitecto para la redacción de un Proyecto de Ejecución Obra y Dirección de la misma, bien en el caso de un notario, para elevar a público un determinado contrato, o caso de un profesional de la medicina para someterse a una intervención quirúrgica. En todos estos supuestos, existirá una previa relación contractual entre el profesional asegurado y el tercero perjudicado.

No obstante, puede ocurrir que quien sufra el perjuicio sea un tercero que carece de cualquier vínculo jurídico con el profesional asegurado, piénsese, por ejemplo, en el acreedor que se ve privado de cobrar su crédito declarado concursalmente por una actuación negligente del administrador concursal asegurado, o el tercero que confiando

en la auditoría de cuentas de un sociedad elaborada por un profesional-asegurado con quien no tenía vinculo jurídico alguno, sufre un perjuicio económico.

Asimismo, conviene dejar señalado que dependiendo de la existencia o no de relación contractual entre el tercero perjudicado y el profesional asegurado, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, llamada “directa”, será dispar.

La acción directa no puede suponer para el perjudicado una cobertura mayor que la que tiene el asegurado en su póliza suscrita con el asegurador, de manera que tampoco el ejercicio de la acción directa puede suponer para aquél privilegios de índole jurídico-procesales.

Al tratarse de un derecho propio del perjudicado, ajeno al contrato de seguro, el plazo de prescripción dependerá de la naturaleza de la responsabilidad contraída por el asegurado o, lo que viene a ser igual, de la índole de la acción de responsabilidad de que el perjudicado sea titular. De manera que si se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual o culpa aquiliana el plazo de prescripción será el de la culpa extracontractual: un año (artículo 1968 del Código Civil), en lugar del más amplio de dos años contemplado en el artículo 23 de la LCS y ello porque el derecho propio del perjudicado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil no está sometido al régimen del artículo 23 LCS, en la medida que no nace del contrato de seguro, suscrito entre asegurado-tomador y asegurador, y respecto del cual, el perjudicado es un tercero, sino del hecho que ha generado la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, es decir, de la responsabilidad civil del asegurado frente a terceros (Véanse,

en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998 de 27 de septiembre de 2007).

Mientras que si media relación jurídica entre el profesional-asegurado y el tercero perjudicado, el plazo para el ejercicio de la acción directa dependerá del plazo de prescripción para exigir responsabilidad al profesional. Plazo que bien puede venir recogido en alguna Ley Especial (v.g. Ley de Ordenación de Edificación) o, en otro caso, será necesario acudir a los plazos generales de prescripción para acciones personales recogidos en el Código Civil.

2.3.Elementos reales y causales del Seguro. Contenido y efectos.

El seguro de responsabilidad civil profesional presenta, desde el punto de vista sustancial, importantes peculiaridades respecto al seguro de responsabilidad civil genérico. Así, podemos decir que el contenido del seguro y la delimitación del riesgo asegurado vienen dados por la cualidad profesional del asegurado, de tal manera que será necesario para que el seguro no quede inerte tras la verificación del siniestro que el riesgo asegurado objeto de cobertura quede perfectamente definido.

Así las cosas, a estos efectos, será fundamental, de un lado, la tipicidad de la profesión en la que esté empleado el asegurado, lo que requerirá tener un conocimiento de la normativa sectorial del ámbito profesional correspondiente, que habrá que transmutar a la póliza y, de otro lado, los riesgos típicos y concretos de la profesión tanto a la hora de llevar a término el servicio profesional previamente concertado con un

tercero, como los inherentes al ejercicio de la profesión propiamente dicha circunscritos al ámbito concreto con independencia del cliente que recibe el servicio.

Si abordamos el seguro de responsabilidad civil de manera genérica, podemos decir que la delimitación del riesgo o, dicho de otro modo, la cobertura más usual vendría determinada por los siguientes aspectos:

- La responsabilidad civil profesional propiamente dicha, dentro de los límites estipulados en la póliza, derivada de cualquier incumplimiento de obligaciones o deberes, error u omisión, actos negligentes, declaración inexacta o incierta, o incumplimiento del deber de confidencialidad, cometido o supuestamente cometido exclusivamente en el ejercicio de los servicios profesionales del asegurado y que supongan:
 - Perjuicios derivados de daños materiales o personales causados a terceros.
 - Perjuicios patrimoniales primarios: pérdidas económicas que no tienen como causa directa un daño material o personal sufrido por el reclamante de dicha pérdida.

Asimismo, puede ocurrir que cuando el asegurado tenga personal contratado a su cargo –caso, por ejemplo, de una Sociedad Profesional- la cobertura se haga extensiva al personal dependiente del asegurado o, en su caso, a subcontratistas que prestan servicios profesionales para éste.

Dentro de este punto debe hacerse especial mención a la responsabilidad civil ex delicto a la que puede ser condenada la entidad aseguradora. Han sido frecuentes los supuestos en los que en el seno de un proceso penal el asegurador de un profesional, ha tratado de eludir ésta, aludiendo a que en ningún caso la póliza de seguro puede otorgar cobertura a actuaciones dolosas sino exclusivamente errores, omisiones o actos de carácter negligente. Pues bien, recuerda el Auto núm. 653/2016 de 17 marzo. RJ 2016\2224 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) que esta cuestión suscitada por las compañías aseguradoras ya ha sido resuelta en anteriores situaciones, en las que se ha puesto de relieve que la finalidad de los contratos de seguro profesional es la de dar seguridad a quien debe confiarse a los profesionales bajo su ámbito, pues si no, de otro modo, perdería su propio contenido y esencia.

Así, el referido Auto trae a colación el caso abordado por una sentencia, la número 588/2014, de 25 de julio (RJ 2015, 4165), en el que la compañía aseguradora, condenada al pago de responsabilidad civil, por un delito de apropiación indebida, cometida por una asegurada, alegaba que el seguro contratado para cubrir la responsabilidad civil profesional de la asegurada era un seguro de responsabilidad civil de los prevenidos en el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro que, a su entender, no cubría cualquier eventualidad en la que incurriese el asegurado, sino, únicamente, la responsabilidad civil por errores o faltas profesionales cometidos en el

ejercicio de la actividad como Procurador; estimando la parte recurrente que la comisión de un delito de apropiación indebida, aunque se realizase en el ámbito profesional propio, no puede ser considerada un error o falta profesional, por lo que se excedería los límites contractuales que delimitan el riesgo cubierto y que, por su carácter objetivo, son oponibles a los terceros perjudicados. Pues bien, el Alto Tribunal desestimó la alegación de la compañía aseguradora, señalando que "el sentido del seguro de responsabilidad civil profesional es (...) precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la procura (los hechos se referían a un procurador) de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria.

Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la responsabilidad civil derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), responsabilidad que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado (artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el

asegurado." Concluía esta sentencia, afirmando que "entenderlo de otro modo vaciaría de contenido efectivo el aseguramiento contratado."

Finalmente, la resolución citada, al dar respuesta a la segunda alegación de la compañía aseguradora (invocando el contenido del acuerdo del Pleno de esta Sala de 24 de abril de 2007 sobre inasegurabilidad del dolo) recordaba que, precisamente, porque los responsables no pueden asegurar su propio dolo, la Ley reconoce al asegurador el derecho de repetir contra el asegurado, a fin de que el coste de la indemnización recaiga finalmente sobre el patrimonio de quién ocasionó el siniestro, pero sin vaciar de contenido la cobertura del contrato y su sentido social y económico, en relación con los perjudicados, los cuales deberán ser indemnizados siempre que la responsabilidad civil garantizada proceda de mala praxis profesional.

- Gastos de defensa jurídica tanto en procedimientos civiles como penales, bien entendido que la defensa en procedimiento penal del asegurado acusado de haber cometido un ilícito penal, tendrá para el asegurador la finalidad última de evitar la responsabilidad civil ex delicto. Dentro de estos gastos se incluyen tanto los honorarios de letrado como los derechos de procurador, así como la contratación y pago de perito especialista que bien puede ser un perito de parte como un perito designado judicialmente.
- Fianzas judiciales que tendrán cabida, generalmente, en los procesos penales, y, de igual modo, las tasas procedimentales: respecto a la fianza, entendida como una medida de aseguramiento directo, busca la disponibilidad de

metálico de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y de valor conocido, a través de la cual se pretende asegurar los diversos fines que se cumplen con dicha fianza, bien el pago de las responsabilidades civiles o costas derivada del delito (fianza ordinaria), bien eludir la prisión provisional y asegurar la presencia del imputado en el acto del juicio (fianza carcelaria) o bien garantizar los perjuicios derivados de la interposición de una querrela en el ejercicio de la acción popular (fianza de querrela). Asimismo, el pago de la “tasa judicial” en los casos en los que legalmente proceda.

De igual modo, la cobertura puede extenderse, de manera accesoria, a otros riesgos que, incluso, no responden, en muchos casos, propiamente dicho a una responsabilidad civil profesional, sino, más bien, a seguros de daños o seguros de responsabilidad civil general, si bien concertado todo bajo una misma póliza a modo de seguro combinado:

- Inhabilitación profesional: a través de esta cobertura accesoria de inhabilitación para la práctica profesional se garantiza el pago al asegurado de un subsidio compensatorio de los ingresos netos dejados de percibir por inhabilitación profesional impuesta por sentencia judicial firme y definitiva dictada por Tribunales de justicia en relación con siniestros amparados en la póliza de responsabilidad civil profesional.

- Pérdida o destrucción de expedientes y documentos: a través de esta cobertura se garantiza la responsabilidad civil del asegurado por la pérdida, extravío o destrucción de los expedientes o documentos propiedad de terceros que se encuentran en poder del asegurado para el desarrollo de las gestiones propias de la actividad asegurada.

Intromisión ilegítima en el derecho del honor o intimidad de un tercero: en este caso, se trata de una delimitación más exhaustiva del riesgo, al incluir la posible responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor o intimidad de terceros. No obstante, para determinados profesionales, caso de periodistas, esta cobertura no ostentará tanto un carácter accesorio como principal.

- Deshonestidad o infidelidad de empleados: la finalidad de esta cobertura es atender el riesgo consistente en las pérdidas patrimoniales sufridas como consecuencia de actos deshonestos de los trabajadores del asegurado.
- Imposición de sanciones por la infracción de la protección de datos: se atiende el riesgo consistente en las posibles sanciones impuestas por la Agencia de Protección de Datos, derivadas del incumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

- Liberación de gastos: a través de esta cobertura los gastos de tramitación de un siniestro, como pudieran ser gastos de letrado, perito, etc... quedarían fuera de la suma asegurada contratada en la póliza.
- Gastos de defensa para reclamaciones derivadas del incumplimiento o uso no autorizado de marcas registradas (copyright).
- Responsabilidad civil patronal: con el fin de otorgar cobertura a las reclamaciones que puedan dirigir los trabajadores o los derechohabientes de éstos, por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades laborales.
- Responsabilidad civil de la explotación: frente a los daños materiales, personales y perjuicios económicos causados a terceros derivados de la titularidad de los locales, establecimientos y despachos destinados a la actividad profesional.
- Contaminación ambiental: puede entenderse esta cobertura como complementaria de la anterior, otorgando al seguro una mejor delimitación.
- Gastos para atender las reclamaciones a contrarios: existe la posibilidad de que el profesional incorpore a su seguro de responsabilidad civil, la facultad de que el seguro asuma los gastos inherentes a las posibles reclamaciones que se puedan entablar contra posibles deudores o causantes de daños.

- Locales arrendados: daños a inmuebles arrendados por el asegurado, a consecuencia de los riesgos de incendio y los definidos habitualmente como complementarios.
- Bienes de empleados: Daños causados a bienes propiedad del personal asalariado.
- Trabajos en países de la Unión Europea o en otras zonas geográficas: Se trata, en este caso, de otorgar la posibilidad de ampliar la cobertura de responsabilidad civil profesional a la actividad desarrollada en países de la Unión Europea o en otras zonas geográficas.

Por otro lado, examinado el contenido del seguro en el que la cobertura puede ser más o menos extensa, y en el que la delimitación del riesgo vendrá dada, en esencia, por la naturaleza de la actividad profesional desplegada, podemos hacer mención a la configuración del seguro por parte del asegurador, esto es, a los conceptos asegurables de conformidad con la suma asegurada que conste en la póliza y los límites establecidos al efecto.

Por lo general, el seguro de responsabilidad civil profesional partiendo de la suma asegurada –límite máximo de la indemnización que va a abonar el asegurador en caso de siniestro-, se configura a través de distintos límites:

- Un límite por siniestro y año, de acuerdo con el límite de indemnización acordado.

- Unos Sublímites: límites de indemnización para garantías o coberturas específicas.
- Posibilidad de incorporar franquicia al seguro, que es la cifra a deducir del importe del siniestro (de la indemnización) tras acaecer el riesgo cubierto por la póliza, lo que implica que el asegurado asuma parte del riesgo asegurado.

Ahora bien, pese a que a priori el contenido y configuración del seguro de responsabilidad civil profesional parece no presentar problema alguno, la realidad práctica es bien distinta, el hecho de que este seguro tenga una vigencia temporal vinculada a la actividad profesional unido a las diferentes formas de manifestarse el siniestro, hace que la delimitación del riesgo y la fijación de la prima por parte del asegurador sea un hándicap a tener en cuenta.

Como señala SALELLES CLIMENT¹⁷ el seguro de responsabilidad civil profesional comparte un aspecto con el correspondiente a la responsabilidad civil de productos defectuosos y es el elemento temporal, toda vez que en el ámbito de la actividad profesional determinados hechos del asegurado pueden dar lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sucesivamente causados a personas distintas y en fechas diferentes (daños continuados), pero también que sus efectos únicamente se produzcan y puedan ser conocidos cuando ha transcurrido un determinado periodo de tiempo (daños diferidos), lo que no deja de revelar como característica de estos contratos de seguro de responsabilidad civil la particular tensión que implica la contraposición de los diferentes intereses concurrentes. Y, en efecto, este

¹⁷ JOSÉ RAMÓN SALELLES CLIMENT. Op. Cit.

carácter continuado o diferido de los daños dificulta considerablemente a la entidad aseguradora el cálculo de una prima técnicamente correcta y, en consecuencia, la adecuada dotación de sus provisiones para siniestros futuros, lo que, en cierto modo, ha generado como contraposición importantes lagunas de cobertura en amplios sectores de profesionales y de la industria. Así, a través de determinadas y no poco controvertidas disposiciones contractuales –a las que ya hemos hecho alusión anteriormente en este trabajo- se pretenden superar tales dificultades, disposiciones contractuales genéricamente denominadas por influencia de la práctica norteamericana como cláusulas claims made que, a la postre, hacen que pueda quedar efectivamente sin cobertura el profesional asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado.

2.4. Modalidades de seguros de responsabilidad civil profesional.

Ya hemos comentado al analizar la figura del asegurado que, en general, las modalidades de seguro de responsabilidad civil profesional serán tan diversas como profesionales haya interesados en otorgar cobertura a su función profesional, siendo la naturaleza de la profesión la que, en definitiva, determine la delimitación del riesgo y las características del objeto asegurable.

No obstante lo anterior, en el presente trabajo partiendo de una clasificación generales de los tipos usuales en la práctica de seguros de responsabilidad civil profesional ofertados por le entidades aseguradoras, analizaremos más detenidamente, antes de examinar el seguro de responsabilidad civil de los arquitectos –como eje

central de este tratado- varios seguros de responsabilidad civil que han despertado la inquietud de quien rubrica este trabajo.

Así, tras un análisis de la realidad operante en nuestro país, podemos decir que las profesiones para las que más se oferta la suscripción de seguros de responsabilidad civil profesional, se puede encuadrar en los siguientes grupos:

1. **Asesoramiento jurídico-financiero:** grupo en el que podríamos encasillar a profesionales tan dispares como abogados, procuradores, notarios, auditores de cuentas, administradores concursales, asesores financieros, etc. Teniendo en cuenta que el servicio profesional tanto podría ser privado como para las administraciones públicas.
2. **Sanidad:** en este apartado se enmarcaría el seguro de responsabilidad civil profesional de médicos, enfermeros, veterinarios, odontólogos, y demás profesionales sanitarios.
3. **Ingeniería y edificación:** el seguro de responsabilidad civil, en este caso, sería suscrito por profesionales de la técnica científica de muy distinta índole: ingenieros en sus distintas vertientes (ingeniería civil, ingeniería industrial, ingeniería mecánica, ingeniería informática, ingeniería naval, ingeniería ambiental, ingeniería agrícola, etc); y, por otro lado, con los profesionales que aplican sus conocimientos técnicos al sector de la construcción civil (arquitectos,

arquitectos técnicos, topógrafos, delineantes, etc), incluyendo, de igual modo, en este grupo los seguros de responsabilidad civil suscritos por promotores y constructores.

- 4. Administración y dirección:** bastante proliferación tiene el seguro de responsabilidad civil ofertado para administradores, directores y ejecutivos de empresas (llamado *D&O* en países angloparlantes). En este grupo, conviene reseñar la importancia que, con la reciente reforma del Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, tienen las pólizas suscritas por las sociedades mercantiles dirigidas a todos los altos cargos de la empresa implicados en la prevención de delitos, lo que incluiría también a la nueva figura del compliance officer o responsable de cumplimiento normativo, aspecto éste que permitirá a las entidades aseguradoras dar nuevas formas a los productos ofertados en este ramo.
- 5. Enseñanza y servicios asistenciales y formativos:** en este grupo encajaríamos a todos aquellos profesionales que prestan servicios educativos, asistenciales a personal más necesitado (tercera edad, niños, etc), así como servicios de carácter lúdico o formativo (centros infantiles, museos, zoológicos, etc).
- 6. Mediación y Seguro:** Dentro del propio ámbito asegurador, todos aquellos profesionales que de uno u otro modo colaboran con la función aseguradora (corredores o mediadores, por ejemplo).

Partiendo de la clasificación anterior, en el presente tratado nos vamos a detener en el aseguramiento de la responsabilidad civil de determinados profesionales, de un lado, abordaremos un grupo en el que se insertan aquellos que tienen una vinculación importante con el mundo del derecho: administradores concursales, abogados, auditores de cuentas y notarios y, finalmente, nos centraremos en el seguro de responsabilidad civil profesional de unos técnicos muy especiales para quien suscribe: los arquitectos.

Capítulo 3. EL ASEGURAMIENTO DE PROFESIONALES DEL MUNDO JURÍDICO.

3.1. El administrador concursal: El seguro “obligatorio” de responsabilidad civil del administrador concursal o garantía equivalente y régimen de responsabilidad del mismo¹⁸.

Uno de los cambios que introdujo la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fue la inclusión de un sistema de seguro de responsabilidad civil –como se verá de suscripción obligatoria- o prestación de garantía equivalente para aquellos que reuniendo los requisitos que fija la Ley pretenden desempeñar el cargo de administrador concursal.

La aludida ley de reforma estableció –al modificar el tenor literal del artículo 29 de la Ley Concursal- que dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación por parte del administrador concursal, el designado deberá comparecer

¹⁸ SANTAELLA SÁEZ, ÓSCAR “Seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal o garantía equivalente y régimen de responsabilidad del mismo”. Diario La Ley, N° 7966, Sección Tribuna, 16 Noviembre 2012, Editorial LA LEY.

ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente. Pues bien, este desarrollo reglamentario ha sido abordado por el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre y publicado en el BOE el 6 de octubre, por el que se regula el Seguro de Responsabilidad Civil y la garantía equivalente de los administradores concursales.

De acuerdo con lo anterior, en este apartado, trataremos de abordar el carácter obligatorio de este seguro de responsabilidad civil para el ejercicio profesional como administración concursal –para el caso de no otorgar garantía equivalente- y, asimismo, pondremos esta cuestión en relación con la posible responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores concursales en el desempeño de sus funciones, cuales son las acciones de responsabilidad que se pueden ejercitar frente a ellos, los plazos para el ejercicio de estas acciones, la cobertura, que para el caso de haber concertado el correspondiente seguro, debe prestar la entidad aseguradora si acaece el siniestro, y finalizaremos dejando en el aire una serie de cuestiones que consideramos pueden surgir tras esta nueva regulación.

No cabe duda de que el legislador tras la última reforma de la legislación concursal operada, ha tratado, de un lado, de dotar de una mayor “profesionalización” a quienes desempeñan esta función de administrador concursal –sea persona física o jurídica- y, de otro, garantizar los posibles daños y perjuicios que el actuar negligente o poco diligente de éste puede ocasionar a la masa del concurso o directamente a los intereses del deudor, acreedores o, incluso, terceros, circunstancia que no deja de ser un

claro reconocimiento legal de la responsabilidad que llegan a asumir estos profesionales del derecho en el desempeño de sus funciones, así como de la necesidad de protección de los interesados en el concurso –que ya de entrada han resultado afectados por la declaración concursal-, entre otras razones, por el perjuicio añadido que puede suponerles esa actuación negligente del administrador concursal.

Al mismo tiempo que este seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente se presenta como un beneficio o protección de acreedores concursales, debe incidir positivamente sobre el desempeño de la función encomendada a los administradores concursales¹⁹; pues de este modo, se podrán sentir respaldados y podrán tratar de evitar o disminuir la aversión al riesgo inherente a su función evitando ser demasiado precavidos o conservadores en las acciones y soluciones favorables para los intereses del concurso. En esta línea IRRIBARREN BLANCO²⁰.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley Concursal, cuando el designado administrador concursal no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente suficiente o no aceptase el cargo, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento, de lo que se desprende que, salvo que se trate de una administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de la anterior que sea nombrada administradora concursal y designe para llevar a cabo

¹⁹ TIRADO MARTÍ, IGNACIO. *Los administradores concursales*. Editorial Civitas, S.A., 2005.

²⁰ IRRIBARREN BLANCO, M. “El seguro de responsabilidad civil de administradores”. *Anuario de Derecho Concursal num. 29/2013 parte Estudios*. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2013.

tales cometidos a una persona natural que tenga la condición de empleado público o personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o del Consorcio de Compensación de Seguros (artículo 2 del Real decreto 1333/2012), la suscripción de un seguro de responsabilidad civil u otra garantía equivalente –constituida por entidad de crédito de modo solidario- adquiere carácter obligatorio.

De manera que surge en el ámbito concursal un seguro “cuasi-obligatorio” de responsabilidad civil y, decimos “cuasi-obligatorio” pues en otro caso resultará necesaria la prestación de una garantía que cubra, al igual que aquél, el quantum de responsabilidad –la suma asegurada- que se describe en la disposición reglamentaria que otorga desarrollo a la legislación concursal, que pasamos a especificar de modo expositivo:

- Con carácter general, la suma mínima asegurada por los hechos generadores de responsabilidad del administrador concursal será de trescientos mil euros (300.000 €).
- Como excepción:
 - a) la suma mínima asegurada será de ochocientos mil euros (800.000 €) cuando, tras aceptar el cargo, el asegurado sea administrador concursal en, al menos, tres concursos de acreedores de carácter ordinario. Situación ésta que se dará con relativa frecuencia para el caso de tratarse de un profesional del derecho que se dedique a este menester.

- b) De un millón quinientos mil euros (1.500.000 €) cuando se trate de concurso de especial trascendencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 bis de la Ley Concursal (cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso, que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros, que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil, que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso).
- c) La suma asegurada será de tres millones de euros (3.000.000 €) cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: 1º Cuando se trate del concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión. 2º Cuando se trate del concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora.
- d) De dos millones de euros (2.000.000 €), cuando el administrador concursal sea una persona jurídica.
- e) De cuatro millones de euros (4.000.000 €), cuando sea administrador concursal una persona jurídica y se trate del concurso de una entidad que

opere en un mercado secundario oficial, que rija valores o instrumentos en esos mercados, entidad de crédito o aseguradora.

Por otro lado, descritas las cifras numéricas de la suma asegurada de este seguro, procede analizar la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los administradores concursales en el desempeño de su función lo que, a la postre, constituirá el objeto de cobertura de aquél.

El ámbito objetivo del seguro de responsabilidad civil y de la garantía equivalente se regula en el artículo 3 del Reglamento 1333/2012 que debemos poner en relación con el artículo 36 de la Ley Concursal.

Al hilo de este último precepto, la responsabilidad en la que puede incurrir el administrador concursal se puede clasificar, de acuerdo con el tratamiento legal y jurisprudencial, en dos tipos:

- a) Responsabilidad "concursal" o "colectiva". La responsabilidad frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia. La finalidad de la acción para que se declare esta responsabilidad es el interés colectivo de preservación de la integridad de la masa, siendo necesario para su apreciación: la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo. De manera que la culpa –como criterio de imputación

subjetiva de responsabilidad- estará implícita en aquellos actos contrarios al ordenamiento jurídico y será precisa su concurrencia en los definidos como "negligentes" o faltos de la debida diligencia [*Audiencia Provincial de Córdoba (Secc. 3ª) Sentencia núm. 142/2008 de 7 julio, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4ª), Audiencia Provincial de Alicante (Secc. 8ª) Sentencia núm. 118/2008 de 4 abril, Sentencia núm. 351/2011 de 15 septiembre Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) Sentencia núm. 196/2011 de 3 junio*].

- b) Responsabilidad "individual". La responsabilidad frente al deudor, a los acreedores o a terceros por los daños y perjuicios que les hayan causado los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio -la Ley y el Reglamento hablan de "intereses"-.

Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, de 7.7.2008 [JUR 2008/95813] que "... El artículo 36 de la Ley Concursal regula dos tipos diferentes de acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales; una, a la que se refieren los seis primeros números de dicho precepto -en la redacción actual debe entenderse los apartados 1º a 5º-, y que es denominada por la doctrina como responsabilidad "concursal" o "colectiva", que tiene por objeto reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos de la administración concursal; se trata de una acción que se relaciona con el interés colectivo de preservación de la integridad de la masa y puede ser ejercitada indistintamente tanto

por el deudor como por cualquier acreedor; otra, prevista en el apartado séptimo -actual apartado 6º- del indicado artículo, conocida por la doctrina como "individual", que permite al deudor, a los acreedores o a terceros reclamar por los daños y perjuicios que les hayan causado los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio ...".

En términos muy semejantes señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 4ª, 4.4.2008 [JUR 2008/198009] que "... no se trata de que los demandados, por el mero hecho de ser administradores del concurso, deban responder de cualquier suceso perjudicial o dañoso, sino que su conducta debe aparecer teñida de un aspecto subjetivamente reprochable: el propio art. 36.1º LC alude a "actos u omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia...".

Añade la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 25.11.2014 [ROJ: SAP M 15907/2014] que "... Al tratar de la responsabilidad de los administradores, la Ley Concursal reconoce en el número 1 del artículo 36, la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios causados a la masa derivada de la responsabilidad de los administradores concursales por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin las debidas diligencias. Y, tras la regulación de esta específica acción en los números siguientes del precepto hasta el quinto, acaba proclamando, en el número 6, que: "Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder...a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales... que lesionen directamente los intereses de aquellos". No se trataría de un daño causado a la masa sino directamente en el patrimonio de un tercero...".

Podemos citar varios ejemplos de responsabilidad declarada del administrador concursal, así la Sentencia núm. 227/2015 de 13 noviembre. JUR 2015\302518 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) estimó la responsabilidad del administrador concursal quien retrasó la comunicación formal a la oficina judicial y partes personadas de la insuficiencia de la masa activa del concurso para hacer frente a los créditos reconocidos, en los términos del artículo 176 bis de la Ley Concursal, generando un perjuicio directo a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria AEAT a cuyo crédito no otorgó preferencia alguna en el cobro, por deudas tributarias de IVA y retenciones de IRPF, en vulneración del artículo 84 de la Ley Concursal.

Un supuesto de responsabilidad individual apreció el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid en la Sentencia de 30 diciembre 2015. JUR 2016\44818, por considerar que el administrador concursal había incurrido en una clara y patente dejación de sus funciones legales al no proceder a la resolución convencional del contrato de arrendamiento de nave industrial que unía al demandante (arrendador) con la concursada, lo que produjo una injustificada retención de la posesión de la finca, infiriendo un daño personal y directo en el patrimonio de aquél, pues de haberse resuelto diligentemente el contrato arrendaticio se podría haber puesto nuevamente en situación de nuevo arriendo. Se condenó al administrador al abono de las rentas, cuyo importe se determinó en ejecución de sentencia.

Al hilo de lo anterior, el seguro de responsabilidad civil del administrador concursal o garantía equivalente deberá otorgar cobertura al riesgo que surja de la obligación de indemnizar tales daños y perjuicios que pueda determinar la

responsabilidad del Administrador Concursal -colectiva o individual- en virtud de la acción cuya titularidad ostentan el deudor, el acreedor o, incluso -en el segundo caso-, un tercero perjudicado. (*Artículo 9 RD 1333/2012*).

La naturaleza y objeto del daño es la que configura esta distinción entre una y otra modalidad de responsabilidad y, de igual modo, el legislador ha dado a ambas modalidades un régimen jurídico diferente. Así, la Ley Concursal y su Reglamento de desarrollo establecen plazos distintos de prescripción de la acción, según se pretenda combatir la responsabilidad “concursal-colectiva” del administrador concursal o la responsabilidad “individual” de éste.

Respecto a la responsabilidad “colectiva-concursal”, la Ley Concursal fija un plazo de prescripción de la acción para hacerla efectiva de cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo (*Artículo 36.4 Ley*). Correlativamente, el Reglamento de desarrollo (*Artículo 9*) delimita la cobertura temporal que obligatoriamente debe prestar el asegurador hasta cuatro años después de haber cesado en el cargo el administrador concursal asegurado.

En cuanto a la responsabilidad “individual”, el plazo para el ejercicio de la acción dirigida a declarar ésta, es más breve, lo recoge el Reglamento y es similar al que corresponde para declarar la responsabilidad civil extracontractual, esto es, un año. Es lógico, toda vez que entre el administrador concursal y la posible víctima de la lesión directa no existirá vínculo jurídico, de hecho un amplio sector de la doctrina

circunscribe directamente esta acción individual fuera del ámbito de la Ley Concursal. Asimismo, debe entenderse, al no disponer nada la disposición reglamentaria, que este plazo se computará desde que tuvo conocimiento el agraviado (artículo 1968.2 CC), momento que, a su vez, coincide con el que pudo ejercitarse la acción (artículo 1969 CC).

Tampoco fija con claridad el artículo 9 del Reglamento 1333/2012, cual es la delimitación temporal que debe prestar la entidad aseguradora ante este tipo de responsabilidad, no obstante lo cual, debemos entender que deberá cubrir el seguro la posible responsabilidad individual en la que pudiera incurrir el administrador concursal siempre que se declare tras haberse ejercitado la acción dentro de plazo.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y a la luz de la regulación del seguro de responsabilidad civil del administrador concursal, podemos concluir, que se instaura un nuevo ámbito en el que opera un contrato de seguro de suscripción “obligatoria” en el que su regulación se delimita rigurosamente –se llega a detallar la suma mínima asegurada para cada caso concreto-, comportándose esta regulación como una Ley de mínimos, toda vez que podrán incluirse otras coberturas libremente pactadas entre las partes, así como ampliar el ámbito y los límites de aquéllas (Artículo 10).

No obstante todo lo expuesto, tanto la reforma de la Ley Concursal operada en su día, como el Reglamento que ha desarrollado los extremos que han sido antes examinados, nos suscitan importantes y diferentes cuestiones de diversa índole que consideramos no dejarán impasible a quienes actúen en el ámbito concursal, bien como

técnicos del derecho -actuantes o no-, bien como afectados por la función de quienes desempeñen la administración de las sociedades en concurso. En concreto, en el terreno práctico no resulta sencillo desligar la responsabilidad colectiva y la individual en el ámbito del concurso, toda vez que la pérdida de patrimonio, bienes o derechos de la masa activa podría ser considerada como una lesión directa de los intereses del deudor, lo que vaciaría de contenido lo dispuesto en el número 6 del artículo 36 de la LC, de ahí que debemos considerar que el perjuicio individual debe recaer directamente en intereses o derechos de la esfera personal del deudor, de manera que nos permita distinguir la lesión de la masa activa de la lesión de los intereses del deudor; al igual que tampoco será tarea fácil salvar la “par conditio creditorum” en caso de responsabilidad individual en sede concursal para el caso de ser estimada la acción de responsabilidad ejercitada por el perjudicado.

3.5.Responsabilidad Civil Profesional de los Abogados: su aseguramiento.

3.2.1. Introducción.

Bastante interesante resulta el estudio de la responsabilidad profesional en la que pueden incurrir unos de los profesionales más activos e importantes del panorama jurídico como son los abogados.

En este apartado trataremos de dar una visión general de la situación actual en la que se encuentran estos profesionales que por negligencia o ignorancia inexcusable generan unos daños y perjuicios a quienes conciertan sus servicios o, en su caso, a

terceros ajenos a esa relación jurídica, así como la manera en la que estos profesionales suscriben el correspondiente seguro de responsabilidad civil y el comportamiento de éste ante la verificación del siniestro. Para ello, partiremos de la normativa a la que están sujetos los abogados en el desempeño de su quehacer profesional, abordando sus notas distintivas y cuándo y por qué pueden resultar declarados responsables de los daños supuestamente inferidos –aspecto en el que será fundamental analizar exhaustivamente la casuística jurisprudencial recaída-, y finalizaremos con el estudio del seguro que deben suscribir o suscriben voluntariamente aquéllos para otorgar cobertura al riesgo inherente a su función profesional así como ciertas peculiaridades de este aseguramiento.

Tras un análisis de la realidad jurisprudencial existente hoy con la que acaecía en las dos últimas décadas del siglo pasado, podemos decir que se aprecia un importante cambio y evolución tanto en el montante de supuestos dirigidos a la reclamación de responsabilidad civil como en el tratamiento mismo de la responsabilidad civil profesional de los abogados.

Sin computar los casos de conflicto cliente-abogado que no llegan a conocimiento judicial al resolverse amistosamente –bien por desembolso del causante del daño o de la entidad aseguradora-, como hemos indicado, el número de supuestos dirigidos a reclamar la responsabilidad civil profesional de los abogados que abordan hoy nuestros Tribunales de Justicia son infinitamente superiores a los que se conocían en los años 80 o 90.

Podemos decir que se ha pasado de considerar al abogado como una especie de sujeto jurídico intocable –al igual que ocurría con notarios o registradores-, bien por entender que el abogado actuaba siempre con diligencia y a satisfacción del cliente, bien, sin más, por no ser práctica habitual –seguramente por no estar instaurado ni en la conciencia ni en la costumbre social-, a una situación en la que el abogado es considerado un profesional más que si no cumple los términos de la relación jurídica suscrita con el cliente, éste le exige responsabilidad.

Compara la profesora CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES²¹ la evolución sufrida en el campo de la responsabilidad civil de los abogados con la que experimentó en su día la de los profesionales de la medicina aduciendo que estamos siendo testigos de una evolución en nuestra jurisprudencia, consistente en abordar la responsabilidad de los abogados, desde una nueva perspectiva, con un resultado que se está cristalizando en fallos cuyo contenido no es otro que el de condenar al abono de una serie de cantidades al apreciar negligencia en su actuación profesional.

Según indica esta misma jurista, las primeras resoluciones judiciales de condena de estos profesionales del derecho encontró su origen en la infracción del derecho del cliente –consumidor desde la perspectiva relacional- a obtener una información que no le fue proporcionada irrogando aquél una serie de daños y perjuicios. En efecto, la

²¹²¹ CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES. “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”. Actualidad Civil, Nº 40, Sección Doctrina, Semana del 27 Oct. al 2 Nov. 2003, Ref. LVIII, pág. 1075, tomo 4, Editorial LA LEY.

sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 1998 partiendo del deber de fidelidad para con el cliente, adujo que éste incluye las obligaciones de información, de manera que tras la custodia de documentación por parte del cliente, terminada la relación, aquél estaba obligado a entregar la misma y al no hacerlo incumplió esta obligación por lo que fue responsable de la indemnización de daños y perjuicios irrogados; asimismo, la sentencia del Alto Tribunal de 14 de mayo 1999, encontró su ratio decidendi en ese déficit de información, toda vez que tras el fallecimiento de un menor en una piscina municipal, el abogado que asumió la defensa de los intereses de sus padres en las diligencias previas penales incoadas terminadas con auto de sobreseimiento, envió una carta a sus clientes con indicación del sobreseimiento y su consejo de no recurrir el auto de sobreseimiento omitiendo la observancia de los deberes y obligaciones que le incumbían, toda vez que como profesional del derecho debió haber aconsejado o, al menos, planteado la posibilidad de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual manteniendo con ellos una entrevista inmediata para explicarles con detalle el significado y alcance de sus posibilidades. La indemnización se recondujo como daño moral que se concretó en 500.000 pesetas.

No obstante lo anterior, es evidente que no sólo la vulneración de este deber de información que, a la postre, se traduce en la mayoría de las ocasiones en la pérdida de oportunidades del cliente –aspecto sobre el que incidiremos más adelante- puede dar lugar a la responsabilidad civil del abogado. Así, acotando la profesión de abogado a aquél que defiende unos derechos e intereses en un procedimiento judicial, el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de abril de 2003 declaró la responsabilidad civil del abogado

en una demanda interpuesta contra «Aurora Polar, SA de Seguros», en virtud de la póliza de responsabilidad civil concertada por dicha entidad con el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, reclamando la indemnización de los perjuicios ocasionados a los actores como consecuencia de que el letrado a quien el causante de los mismos había encomendado la impugnación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la antigua Audiencia Territorial de Oviedo de las resoluciones adoptadas por el Jurado Provincial de Expropiación en los expedientes de justiprecio de fincas afectadas por la ejecución de determinadas obras, hubiera omitido tanto en primera instancia, como en apelación, la proposición y práctica de la prueba pericial necesaria para desvirtuar la presunción de acierto de que según reiterada doctrina jurisprudencial gozan los acuerdos de dicho organismo, en lo relativo a la valoración de la reserva de conglomerados existente en el subsuelo de los predios, atendiendo a su calidad, posibilidad de explotación anual y rendimiento comercial aproximado, fiando toda la prueba acreditativa del error que se imputaba a dicho Jurado a la aportación de un informe extrajudicial que ya había presentado con la hoja de aprecio y que fue adverado en el proceso mediante la declaración testifical de su autor.

Para llegar a este fallo así como a otros que también han declarado la responsabilidad civil del abogado, el Alto Tribunal ha partido de la consideración de la función letrada como una función de medios -la elección del mejor medio procesal en defensa de la situación de su cliente- y no de resultado -decisión final del órgano

judicial-, aspecto sobre el que ahonda en su estudio MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM²², quien trayendo a colación la línea sentada por el órgano judicial máximo de este país aduce que la obligación que asume el abogado que se compromete a la defensa judicial de su cliente no es de resultados, sino de medios, por lo que sólo puede exigírsele el patrón de comportamiento que en el ámbito de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado necesarios para un correcto ejercicio de la misma, poniendo a disposición del cliente todos los medios, conocimientos, diligencia y prudencia que en condiciones normales permitirían obtener el resultado pretendido. Pero esta exigencia no se queda en el cuidado de no perjudicar el proceso y en que su conducta no sea la causante directa de un desastre procesal, y ello es así, por cuanto, como veremos, la jurisprudencia le exige al abogado la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas; la estricta observancia de los plazos y términos legales, y demás actuaciones que debería utilizar el abogado para que, en principio, pueda vencer en el proceso. El término que define, según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la exigencia del comportamiento del abogado en el proceso es el de *lex artis*, es decir, debe utilizar este profesional la prueba circunstancial, el cauce legal, la argumentación fáctica y jurisprudencial y todo ello dentro del plazo legal.

²² MARTI MARTI, JOAQUIM. *“Nuevo criterio del tribunal supremo sobre la responsabilidad civil del abogado por error en el proceso” “La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador”*. Editorial Bosch. 2007.

3.2.2. La Responsabilidad Civil de los abogados: regulación, contenido y caracteres.

Tomando como punto de partida las notas previas a las que hemos hecho alusión en el número anterior, el análisis de la responsabilidad civil profesional de los abogados requiere un examen previo de la normativa sectorial a la que se encuentran sujetos y a la que deben atenerse en el desempeño de su actividad. Obviamente, esta normativa únicamente recoge unas pautas generales de su recto comportamiento, siendo la praxis y los supuestos concretos los que, a la postre, permitan hablar o no de un comportamiento responsable.

A estos efectos, entendemos de recibo traer a colación las normas especiales a la que se sujetan estos profesionales del derecho, para luego ahondar de un modo más específico en el terreno práctico. Así, de entrada resulta necesario vislumbrar la normativa básica de los abogados, esto es, dirigirnos al Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

El artículo 42 de este texto legal, dispone como obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, debiendo realizar diligentemente las actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a

la tutela jurídica de dicho asunto y pudiendo auxiliarse de sus colaboradores y otros compañeros, quienes actuarán bajo su responsabilidad. En todo caso, a los efectos de asumir la posible responsabilidad civil, penal o deontológica que les pudiera corresponder, el abogado deberá identificarse ante la persona a la que asesore o defienda, incluso cuando lo hiciera por cuenta de un tercero.

Por su parte, el artículo 78 del EGAE alude a la responsabilidad de los abogados en el ejercicio de su profesión, determinando que serán responsables penalmente por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión; y, en este mismo ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio.

Por otro lado, el Código Deontológico de la Abogacía Española en conexión con el Estatuto antes mencionado, ha ido dando otras pautas que permiten ir configurando el estatuto jurídico de la responsabilidad profesional de los abogados. De este cuerpo normativo, podemos traer a colación, fundamentalmente, su artículo 13, sobre “Relaciones con los clientes”.

El número 8 de este precepto, habla de la competencia del abogado para dirigir un asunto entendida ésta como capacidad, en concreto aduce que “el Abogado no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con un Abogado que lo sea”. Este aspecto es

fundamental, toda vez que al profesional del derecho se le presumen una serie de conocimientos jurídicos que, en modo alguno, puede ignorar. En la práctica, es bastante común que los abogados acoten su campo de actuación al especializarse en determinadas ramas del derecho, pues bien, el abogado al que se le encomienda un encargo profesional debe ser honesto, primero, consigo mismo y, luego, con su cliente, de manera que si no está cualificado o no posee la competencia para asumir un determinado asunto por falta de especialización deberá abstenerse de su conocimiento. En otro caso, muy posiblemente la causación de algún daño encuentre su origen en este déficit de preparación que, a la postre, desembocará en su responsabilidad profesional.

En segundo lugar, este Código –en el número 9 del mismo artículo- se centra en el deber de información al cliente y, según hemos podido constatar, alcanza una mayor concreción que en otros textos internos, así señala que “el Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo:

- a) Su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto.
- b) Importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación.
- c) Si por sus circunstancias personales y económicas tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia Jurídica Gratuita.

d) Todas aquellas situaciones que aparentemente pudieran afectar a su independencia, como relaciones familiares, de amistad, económicas o financieras con la parte contraria o sus representantes.

e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio”. Y respecto a la documentación custodiada por el abogado, el número 12 de este Código señala que “la documentación recibida del cliente estará siempre a disposición del mismo, no pudiendo en ningún caso el Abogado retenerla, ni siquiera bajo pretexto de tener pendiente cobro de honorarios. No obstante podrá conservar copias de la documentación”.

En resumen, el deber de información se puede abordar en diferentes momentos distintos:

- i) primero, antes de iniciar cualquier actuación frente a terceros, el abogado deberá examinar la viabilidad del asunto encomendado evaluando las posibilidades de éxito y trasladando las mismas al cliente;
- ii) segundo, percibida la prosperabilidad del caso sometido a su valoración, deberá aclarar varios aspectos de índole económico: fijación de honorarios, al menos, de lo que sea estimable inicialmente e informar sobre otros posibles gastos que generará el asunto (procurador, tasas

judiciales, etc) así como la posibilidad, en su caso, de asistencia jurídica gratuita de acuerdo a la situación patrimonial del cliente;

- iii) más tarde, habrá de abordar los aspectos concretos del asunto encomendado que pudieran incidir en la buena marcha del asunto (donde podemos incluir las vinculaciones personales o reales con el objeto litigioso o con las partes implicadas);
- iv) y, por último, informar puntualmente del discurrir del asunto a través de las resoluciones judiciales más importantes, comunicaciones con la parte adversa, posibilidades de transacciones, etc, así como ilustrar al cliente finalizado o no el encargo de otras formas de dar solución a la controversia (sometimiento a mediación, acudir a otra vía jurisdiccional...);
- v) paralelamente a todo lo anterior, la documentación recibida por el abogado deberá estar siempre a disposición del cliente, debiendo, por supuesto, custodiarla con plena diligencia.

Finalmente, siguiendo con el Código Deontológico, éste aborda la diligencia, dedicación y profesionalidad del abogado, estableciendo en el número 10 de igual precepto que “el abogado asesorará y defenderá a su cliente con diligencia, y dedicación, asumiendo personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que recabe”. Este punto no es sino, una manera de

incidir a través de ese concepto jurídico indeterminado “diligencia y dedicación”, en el rigor que le debe ser exigible, dado el conocimiento del derecho que se le presume, al abogado en el desempeño de la función profesional encargada, a la luz del contrato suscrito con el cliente y de acuerdo con la normativa aplicable al caso encomendado.

Por su parte, en el ámbito comunitario, podemos traer a colación el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea (adoptado por unanimidad por los representantes de los Colegios de Abogados de la CEE, en la sesión plenaria del CCBE celebrada en Estrasburgo, el 28 octubre 1988). Este texto, con continuas referencias a los Códigos aprobados en cada uno de los estados miembros, es menos exhaustivo en la concreción del estatuto de responsabilidad de los abogados, pues en las relaciones con los clientes se limita a señalar que “dentro del respeto a las normas legales y deontológicas, el Abogado tiene la obligación de defender siempre lo mejor posible los intereses de su cliente, incluso frente a sus propios intereses, los de un compañero o los de la profesión en general”. Si resulta interesante, como tendremos la oportunidad de alegar más adelante al adentrarnos en el terreno del seguro, la referencia al seguro de responsabilidad profesional de este Código comunitario.

Ahora bien, fuera de este Estatuto y de los Códigos deontológicos que sirven de desarrollo, para determinar el régimen de las obligaciones del Abogado y, más específicamente, el grado de diligencia que le es exigible, ha de acudir al Código Civil. La experiencia práctica nos ha revelado que el estatuto de responsabilidad del abogado vendrá dado por el encargo profesional y, partiendo de éste, se deben tener presentes determinados preceptos del Código Civil que regulan ciertas relaciones

contractuales, en concreto, se ha acudido, con carácter principal, a las normas sobre contrato de arrendamiento de servicios (artículos 1583 y siguientes), sobre contrato de mandato (artículos 1542 y siguientes) o, en su caso, sobre contrato de obra (artículos 1588 y siguientes. En cuanto al régimen de responsabilidad, partiendo del encargo profesional y los términos del mismo, con carácter general es de recibo acudir a la normativa sobre obligaciones contractuales (artículos 1101 y siguientes) y, dada la condición que puede ostentar el cliente como consumidor, resultará de aplicación lo recogido en los artículos 25 y siguientes de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos atribuir a la responsabilidad civil de los abogados en el ejercicio de sus funciones profesionales los siguientes caracteres, reseñando varios aspectos relevantes:

- a) La responsabilidad civil profesional del abogado viene motivada por el incumplimiento de las obligaciones que su normativa sectorial les impone: competencia y preparación para asumir un encargo profesional; actuación con máximo celo y diligencia; obligación de guardar el secreto profesional; deber de información al cliente en sentido amplio; y la necesidad de cumplir las demás exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas.
- b) De la referencia recogida en el artículo 78 del EGAE, antes meritado, se desprende que la responsabilidad civil profesional del abogado es de naturaleza subjetiva, siendo necesario que se pruebe que el profesional ha

incurrido en cualquier clase de dolo o negligencia, a lo que se deberá añadir la ignorancia inexcusable.

- c) Al igual que ocurre con el régimen general de la responsabilidad civil, además de una actuación dolosa o culposa, será necesario que ésta sea la causa de un daño o perjuicio; lo que es lo mismo, que entre la actuación y el resultado lesivo exista un nexo causal.
- d) La naturaleza subjetiva de esta responsabilidad y la necesidad de que concurren los requisitos antes expresados, hace que la carga de la prueba recaiga sobre quien pretende acreditar tal responsabilidad, de lo que podemos deducir que la diligencia del abogado se presume si bien puede ser destruida esta presunción con prueba en contrario.
- e) Vital importancia tendrá, asimismo, el principio de la imputabilidad objetiva, en el sentido de que el perjuicio sea objetivamente imputable a la acción u omisión culposa del abogado. Esto quiere decir que no podrá apreciarse responsabilidad en el actuar culposo del abogado cuando el resultado dañoso se habría producido por distintas causas, lo que requerirá, en muchos casos, como señala la jurisprudencia más reciente, que el Tribunal sentenciador en una reclamación por responsabilidad civil deba realizar un cálculo de las probabilidades de éxito que tenía la acción o recurso perdidos.

Saliendo un poco del hilo anterior, a juicio de quien suscribe, resulta interesante una cuestión jurídico-procesal que surge como consecuencia del rango reglamentario que presenta la normativa especial reguladora de las obligaciones profesionales de los abogados, en especial, el Estatuto General de la Abogacía Española. La cuestión es si resulta posible la interposición y resolución de recurso de casación en un asunto relativo a la responsabilidad profesional de estos profesionales, por infracción de los artículos contenidos en aquel Estatuto. Pues bien, si damos un pequeño repaso a la jurisprudencia, ésta ha respondido afirmativamente sobre la base del soporte que les proporciona las normas que regulan el contrato de arrendamiento de servicios.

A estos efectos, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1992 (RJ 1992\819), en la que habiéndose denunciado en el recurso de casación interpuesto la infracción de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en los arts. 53, 54 y 102 del Real Decreto 2090/1982, de 24 julio, del Estatuto General de la Abogacía Española, nuestro Alto Tribunal adujo que “cabe estimar correctamente invocados los preceptos del Estatuto de la Abogacía, pues aunque es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el núm. 5.º del art. 1692 los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del art. 1902 del Código Civil cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños. Ambos preceptos legales imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de

familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación”.

Analizado el terreno normativo, entendemos indispensable abordar cual es la posición y las pautas que marcan nuestros Tribunales de Justicia en torno a la responsabilidad civil profesional de los abogados, y a fin de que la constatación y reflexión sobre la jurisprudencia resulte más productiva, analizaremos por partes varios aspectos de interés: naturaleza jurídica de la relación, contenido y requisitos de la responsabilidad civil, determinación del daño y cuantificación de la indemnización.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la relación contractual del abogado con el cliente, la jurisprudencia más reciente la ha configurado como un contrato de gestión que se construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 5 de junio de 2013, rec., nº 301/2010 SSTS de 14 de julio de 2005, rec. nº 971/1999 ; 30 de marzo de 2006, rec. nº 2001/1999 ; 26 de febrero de 2007, rec. nº 715/2000 ; 2 de marzo de 2007, rec. nº 1689/2000 ; 21 de junio de 2007, rec. nº 4486/2000 , y 18 de octubre de 2007, rec. nº 4086/2000); y tratándose de una responsabilidad profesional, su obligación, en cuanto contrato de gestión, es siempre de medios o actividades y no de resultado, de modo que el profesional, con tal de que actué conforme a la "lex artis", no puede considerarse responsable del resultado, y es el actor quien tiene la carga de probar que se ha infringido por el profesional dicha "lex artis", sin que baste una mera afirmación.

Ya el Tribunal Supremo en las primeras resoluciones que abordaban la responsabilidad profesional de los abogados, daba luz acerca de la naturaleza jurídica de la prestación del servicio por parte de éstos, así, la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587)), en Ponencia del Profesor Gullón, declaraba que "el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados", añadiendo que el Abogado está obligado a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud, y que "en esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas" dejando bien claro que "el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad, con la consecuencia de imponerle la carga de probar que aquella falta de éxito estaba fuera de su hacer profesional, en otras palabras, que este ha sido totalmente correcto. No existe norma positiva en nuestro Código civil que tal efecto recoja, pues el art. 1.183, que preceptúa la inversión de la carga probatoria para el deudor, se refiere a la pérdida de una cosa determinada debida estando esta cosa en su poder, y tal regla no la extiende a las obligaciones de hacer en los preceptos siguientes. Una hipotética aplicación analógica del art. 1.183 solo sería posible cuando el hacer no se haya efectuado, pero es claro que esta situación no tiene nada que ver con la que se da cuando, por el contrario, el servicio se ha realizado, pero el acreedor estima que defectuosamente. Es este un caso de incumplimiento contractual, cuya prueba debe incumbir al que lo alega (art. 1.214 del Código Civil)".

Quiere esto decir que la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de su profesión es una responsabilidad de medios, toda vez que el contrato que lo une con el cliente no es un contrato de resultado sino de servicios, cuya declaración puede venir motivada por un cumplimiento negligente o poco diligente de esas obligaciones contratadas. Así las cosas, en el juicio de imputabilidad de responsabilidad al que pueda ser sometido el abogado, resultará, con carácter general, irrelevante el logro de una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues ésta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 30 de marzo de 2006, rec. nº 2001/1999 , y 26 de febrero de 2007 rec. nº 715/2000 , entre otras).

En definitiva, la existencia o no de responsabilidad civil requiere examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio (*lex artis*), que debe resultar probada, se ha producido -siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales- una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un daño que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (STS de 23 de julio de 2008, rec. nº 98/2002). Y, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de éste,

corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, rec. nº 971/1999, y 21 de junio de 2007, rec. nº 4486/2000).

De acuerdo con lo anterior, el contenido de la responsabilidad civil profesional, tal y como lo ha configurado nuestro Alto Tribunal, viene dado:

- a) Por la existencia y constatación de un daño que, como examinaremos a continuación, puede manifestarse de distintas maneras. De entrada diremos que tanto puede ser un daño material como un daño moral.

- b) Una actuación u omisión culposa o negligente por parte del abogado que ha prestado sus servicios. De acuerdo con la casuística estudiada por quien suscribe este documento, los comportamientos que han dado lugar a una condena de responsabilidad civil del abogado, teniendo en cuenta que la línea de distinción entre unas y otras es bastante tenue, y ello sin perjuicio de nuevas formas o causas de responsabilidad, han sido los siguientes:
 - i. Frustración del ejercicio de acción o interposición de recurso por prescripción o caducidad o transcurso del plazo legal para actuar o falta de comparecencia en plazo.

Quizás sea este motivo el más prolífero en la declaración de responsabilidad del abogado –pudiendo hacer la misma extensiva a los procuradores (escuderos inseparables de los profesionales a los

que nos estamos refiriendo)-, admitiendo distintas formulas que, generalmente, vienen motivadas por una dejación u omisión del profesional o del ejercicio de una acción prescrita, que bien deja transcurrir el plazo para actuar procesalmente o para accionar o recurrir, o no informa de esta posibilidad al cliente privándolo, igualmente, de esta oportunidad procesal, o que actúa defendiendo una pretensión inviable por estar ya prescrita o caducada. Véase, a título de ejemplo la Sentencia de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793) que supuso la privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante como consecuencia de la no personación en plazo en la Audiencia por no presentar el escrito de personación el procurador. Curioso resulta hoy -en plena era informática en la que nos encontramos-, de ahí que lo reproduzcamos, lo ocurrido en este asunto en el que la responsabilidad recayó no en el abogado sino en el procurador: *El letrado que defendía los intereses de la señora N. redactó, el 23 del mismo mes, el escrito de personación ante la Sala, encabezándolo a nombre del Procurador de los Tribunales con despacho abierto en Valencia don José C. G., y se lo remitió a éste por medio de un autobús de línea, de la compañía «Unión de Benisa SA». 5) El procurador no recogió el escrito en la Estación de Autobuses, no lo presentó, por tanto en la Audiencia dentro del plazo de personación y la Sala declaró desierto el recurso y firme la sentencia por Auto del 18 abril 1988. 6) El día 22 de este último mes,*

el señor C. G. remitió al letrado de la recurrente una carta del siguiente tenor literal: «Querido compañero: Acuso recibo a tu atenta de doce del actual y respecto de la apelación del asunto de la señora N., debo significarte que mi incomparecencia en el recurso fue un lapsus involuntario, que para mi ha sido la primera vez en mi larga vida profesional y no sabes lo que lamento y que me he disgustado muchísimo. No obstante el Colegio de Procuradores de esta capital tiene suscrita una póliza con la Compañía de Seguros "Zurich" que cubre el riesgo a todos los colegiales para casos como el referido. Transmítele a dicha señora N. mi disgusto y que siento de verdad lo sucedido»; o la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) que supuso la privación del derecho de los clientes a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo al no haberse personado en la Sala dejando desierto el recurso; o la Sentencia de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013) que estableció la responsabilidad de un abogado que presentó un recurso de casación fuera del término alegado, de manera que la responsabilidad vino motivada por la privación del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva; o la Sentencia de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) , en la que el Tribunal Supremo estableció la condena del Letrado que, sobreseída la causa penal por accidente, omitió informar al cliente de la posibilidad de exigir responsabilidad civil extracontractual,

habiendo prescrito la acción por transcurso de un año; asimismo, dejamos señaladas otras muchas: la sentencias de 29 de mayo de 2003, de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8735] , de 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 28 de enero [RJ 1998, 357] , 24 de septiembre [RJ 1998, 7436] y 3 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8587]) que, como veremos más adelante al hablar de la cuantificación del daño, tienen en cuenta la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado; o, de igual modo, la sentencia núm. 772/2011 de 27 octubre (RJ 2011\7313): relativa al letrado que dejó prescribir la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la administración por un accidente de moto sufrido por el actor, justificando su reclamación en la eventual indemnización que hubiera podido obtenerse en la vía contencioso administrativa, todo ello de conformidad con los criterios valorativos contenidos en los baremos establecidos por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados; o, por último, la Sentencia núm. 250/2010 de 30 abril. RJ 2010\3770 que, en este caso, afectó a la responsabilidad de un procurador por falta de notificación a abogado y cliente de la diligencia de ordenación concediendo plazo de interposición de recurso que quedó desierto.

- ii. Por falta de actuación sin incidencia del elemento temporal o preclusivo:

Este motivo responde a daños cometidos por omisión de comportamientos consustanciales al ejercicio profesional de los abogados.

Así, podemos traer a colación la Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8735), que declaró la responsabilidad del Abogado que no pidió la prórroga de la anotación preventiva de embargo y a consecuencia de ello el deudor vendió la finca a tercero y se colocó en insolvencia; en cambio, distinto fue el criterio del juzgador en la Sentencia de 28 de diciembre de 1996, en que el Alto Tribunal sancionó la absolución del Letrado que no había solicitado el embargo preventivo, no por negligencia, sino por entender que no podrían hacer frente a la fianza que exigiría el Juez; por su parte, en la Sentencia núm. 482/2006 de 23 mayo. RJ 2006\5827, el Tribunal Supremo declaró la responsabilidad civil al haberse archivado la demanda laboral al no subsanar el abogado, que había asumido también la representación de los clientes, los defectos de representación apreciados por el Juzgado de lo Social.

iii. Apropiación indebida.

En este caso, la responsabilidad civil es consustancial a la comisión del ilícito penal de apropiación indebida relacionado con el ejercicio de la abogacía: véase, sentencia núm. 1749/2002 de 21 octubre. RJ 2002\9131, Sala de lo Penal, que condenó al abogado al que se le

entregó la devolución de una cantidad retenida judicialmente, para lo que estaba apoderado, no remitiéndosela a su cliente, ni a un representante de éste, ni realizando consignación alguna.

iv. Delitos de deslealtad profesional.

De igual manera, a modo de responsabilidad civil ex delicto, en este caso, por deslealtad profesional: Sentencia núm. 392/2012 de 16 mayo. RJ 2012\6381, en la que el abogado perjudicó de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados al apartarse indebidamente de la acción penal impidiendo a sus clientes la legítima reivindicación de sus derechos y, tras varios requerimientos, se efectúa el autopago de la minuta profesional, en ejercicio de un «ius retentionis» inexistente; o la Sentencia núm. 194/2015 de 31 marzo. RJ 2015\1000, al no comunicar a sus clientes el auto de sobreseimiento dictado en las diligencias previas incoadas en virtud de denuncia por un presunto delito contra la libertad sexual, impidiendo con ello la posibilidad de interesar el ejercicio de los oportunos recursos.

v. Falta de información.

Hemos podido constatar supuestos en los que la infracción del deber de informar al cliente ha sido elemento relevante para la condena responsable del abogado: la sentencia de la Sala Primera del Tribunal

Supremo núm. 283/2014, de 20 Mayo (JUR 2014, 159878) (Rc. 710/2010), declaró la responsabilidad profesional de un letrado que no informó a sus clientes del sobreseimiento y archivo (auto que fue notificado al procurador) de su querrela, dando lugar a que prescribiera la posterior acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración que, en cambio, sí fue estimada por la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los demás perjudicados por el mismo suceso (famosa tragedia del camping "Las Nieves" de Biescas), en sus mismas circunstancias; la Sentencia de 18 febrero 2005 (RJ 2005\1682) declaró responsables a letrado y procurador por no haber advertido al cliente sobre el plazo de la firmeza de la sentencia para pagar el precio aplazado evitando resolución de la venta y la pérdida del inmueble, lo que motivó una indemnización equivalente al valor de mercado del piso menos actualización proporcional del precio aplazado.

vi. Responsabilidad por actuaciones ajenas.

Partiendo de lo señalado en la última sentencia aducida, sorprende que la línea sentada por nuestros Tribunales de Justicia respaldara que cuando la demanda de declaración de responsabilidad profesional se dirigía conjuntamente contra abogados y procuradores, se solía resolver, tras la constatación de una conducta negligente, con la condena de ambos profesionales. Ahora bien, tal y como establece en

su estudio REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO²³, en tres recientes sentencias, el Tribunal Supremo ha deslindado las funciones que corresponde a cada uno de estos profesionales, de modo que cuando el resultado desfavorable tiene su causa definida en la omisión de la función específica de cada uno de ellos, no existe una “comunicación” de responsabilidades. La primera sentencia indicada por este autor es la de 27 febrero 2006 (RJ 2006,1564), en cuyo supuesto, la demandante se dirigió contra su procurador y abogado, al haber prescrito la acción derivada del auto ejecutivo del artículo 13 LRCSCVM, pues bien, habiendo quedado acreditado en las actuaciones que el procurador no había notificado ni dado traslado a su poderdante y al abogado el citado auto dictado en diligencias penales que fueron archivadas, la responsabilidad fue exclusiva de de aquél.

Poco más tarde, el Tribunal Supremo deslindó la responsabilidad de ambos profesionales con mayor precisión en la Sentencia de 11 de mayo 2006 (RJ 2006, 3950); en este caso el Procurador de oficio no presentó escrito de personación en el recurso de apelación y la Audiencia Provincial correspondiente condenó a ambos al considerar que los abogados intervinientes debieron instruir al procurador sobre

²³ REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO. “*La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”. Revista de responsabilidad civil y seguro.

la posibilidad y procedencia de solicitar un nuevo nombramiento de oficio para la segunda instancia ante el órgano ad quem, tal como preveía el artículo 844 I de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y que cuando se incumplía el deber de personación a raíz del emplazamiento derivado del recurso de apelación interpuesto ejerciendo la representación conferida de oficio, la responsabilidad no debía quedar limitada al causídico, sino que debe extenderse también al letrado, en virtud del incumplimiento de dicho deber de instrucción y de vigilancia de la actividad del procurador inherente a su función de dirección del asunto. No obstante, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por uno de los abogados condenados por la Audiencia, partiendo de la diferente naturaleza de las relaciones que unen al abogado y al procurador con su cliente (prestación de servicios en el primer caso, y contrato de mandato en el segundo), y concluyendo que “El procurador, en consecuencia, tal como expresa la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aplicable a este proceso por razones temporales (artículo 5 LECiv/1881), y sanciona asimismo el Estatuto de la Procuraduría (artículo 14.2 del Real Decreto 2046/1982 [RCL 1982\2238, 2562], vigente a la sazón), está obligado a no abandonar su representación en tanto no concurra alguna de las causas de extinción del mandato previstas en la Ley procesal y a hacer aquello que convenga a su cliente según la índole del asunto en el caso de que carezca de instrucciones claras”, así,

rechazó la tesis de la Audiencia, poniendo de relieve que “el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores”.

Por último, esta doctrina la continuó la sentencia de 27 julio 2006 (RJ 2006, 6548), sobre un caso similar.

vii. Ignorancia de norma aplicable o jurisprudencia consolidada.

Este motivo de responsabilidad profesional guarda relación con lo manifestado anteriormente sobre la competencia o preparación que debe tener este profesional del derecho. Así, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en la ya citada Sentencia núm. 334/2003 de 8 abril. (RJ 2003\2956) apreció esta responsabilidad por haber omitido el profesional la proposición de una prueba pericial contradictoria, sustituyéndola por un dictamen elaborado extrajudicialmente y aportado por vía documental, lo que eliminaba cualquier posible intervención de la contraparte prescindiendo, por ende, de toda garantía acerca de la imparcialidad de su autor, punto esencial por ser el perito un asesor del Juez en materias que no domina respecto al cual la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reconducía a la reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa que establecía un cuidadoso sistema de designación y de posibilidades de recusación de quienes habían de emitir el informe, así como de

oportunidades para que las partes pudiesen formular aclaraciones, que tendían a eliminar cualquier clase de indefensión. Pues bien, la negligencia vino motivada por desconocer o hacer caso omiso el abogado a una doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la escasa trascendencia que podía concederse a dicha prueba pseudo pericial tanto en general como en aquellas ocasiones en que con la misma pretendía desvirtuarse la apreciación de los Jurados de Expropiación, lo que se consideró una falta de diligencia al no haber propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes y, en consecuencia, no haber podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos; o la Sentencia núm. 728/2007 de 21 junio. RJ 2007\3781 que consideró una actuación profesional no acomodada a las mínimas exigencias profesionales, el haber dejado transcurrir largos plazos sin instar la prosecución de los procedimientos promovidos para el cobro de la deuda cuya gestión fue encomendada, con extravío de exhortos y cumplimiento tardío de mandamientos; la Sentencia núm. 136/2003 de 14 febrero. (RJ 2003\2093) declaró la responsabilidad del letrado tras la condena en costas sufrida por el actor -cliente del letrado demandado- derivada de haber presentado la demanda de desahucio ante un juzgado incompetente para conocer del asunto; la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 febrero 2006 (RJ 2006, 1564), en un caso en el que la

emisión del auto ejecutivo del art. 13 LRCSCVM fue tardíamente notificada por el procurador al letrado que dirigió el juicio penal, declarándose prescrita la posterior acción civil; la Sentencia de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006,1225) en la que la responsabilidad profesional vino dada por la omisión de un concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso del daño moral o del lucro cesante, cuando se trataba de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios.

viii. Mal asesoramiento.

Dentro de este grupo se pueden incluir aquellos supuestos en los que bien por error o desconocimiento inexcusable, el asesoramiento jurídico que presta el abogado resulta defectuoso, lo que genera unos daños y perjuicios a su cliente. Por todas, podemos traer a colación la siguiente resolución del Alto Tribunal español: la Sentencia núm. 918/2005 de 30 noviembre. (RJ 2005\7859), que versa sobre la pretensión resarcitoria ejercitada por una entidad aseguradora –Catalana Occidente, SA– contra otra aseguradora –Allianz Ras– la cual tenía concertada una póliza de seguro de responsabilidad civil derivada de actuación profesional con un abogado, quien en un proceso anterior causó un daño a la compañía de seguros actora a quien defendió en ese asunto judicial, al omitir de modo negligente la alegación de que dicha compañía tenía un límite de responsabilidad

siendo condenada por ejecutoria penal a una cantidad muy superior a la máxima asegurada, de modo que el Tribunal Supremo entendió que el abogado había incurrido en la omisión de alegación de un dato objetivo, ostensible e indefectible, de especial trascendencia para el resultado del proceso, como es una cláusula de limitación de responsabilidad civil de una póliza de seguro.

ix. Incumplimiento del deber de fidelidad.

Dentro de este último apartado tienen cabida todos aquellos supuestos que versan sobre la debida comunicación con el cliente –a quien se le debe ilustrar y escuchar en el desarrollo del ejercicio profesional-, la adecuada custodia de documentos facilitados por el cliente y la oportuna entrega de la documentación al terminar la relación. Podemos referirnos a la Sentencia núm. 275/1998 de 25 marzo.(RJ 1998\1651) en la que se consideró vulnerado el meritado deber de fidelidad, comprensivo de las obligaciones de información, custodia de documentación y entrega de la misma al terminar la relación.

- c) Que entre el daño padecido y la actuación culposa o negligente del profesional del derecho medie una relación de causalidad, esto es, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de la obligación por

parte del abogado y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente. Como ocurre de forma irrefutable tal y como hemos tenido la oportunidad de analizar, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos en la ley o en la omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o en la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso del daño moral o del lucro cesante, cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios.

- d) La inexistencia de elementos ajenos a la actuación profesional del abogado suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso. Como pudiera ser la dejadez de la parte que concretó los servicios del abogado, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales. Estos últimos aspectos pueden dar lugar a la exoneración de responsabilidad o, en su caso, a una moderación de la misma.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente, de la que podemos traer a colación la Sentencia núm. 447/2016 de 1 julio. (JUR 2016\156414), siguiendo lo expuesto, entre otras, en la sentencia de 14 de julio de 2010 (recs. 814/2011 y 1914/2006), exige para que prospere la responsabilidad civil profesional del abogado la concurrencia de tres requisitos: a) El incumplimiento de sus deberes profesionales; b) La prueba del

incumplimiento; c) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa; d) Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva y e) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades.

Siguiendo con el esquema que hemos planteado, queda abordar el aspecto que en el terreno práctico más controversias ha generado tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la determinación del daño y cuantificación de la indemnización, aspectos, que sin ninguna duda se encuentra interrelacionados.

Como señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 5989) el espinoso problema de la fijación de la indemnización de daños y perjuicios en sede de responsabilidad civil de abogados y procuradores han venido siendo examinados en diversas sentencias de este Tribunal, en las cuales se han contemplado los diversos conceptos indemnizables y los variados criterios que se pueden tomar en cuenta para cuantificarlos.

Pues bien, de entrada consideramos necesario sentar que dos son los conceptos que la practica jurisprudencial ha considerado indemnizables. Así, la sentencia de 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 5989) del Tribunal Supremo consideró como daños susceptibles de indemnización en la responsabilidad profesional del abogado:

- El daño material. Cuya cuantificación, a priori, parece resultar fácilmente estimable. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que la responsabilidad profesional del abogado viene dada por no incluir en su reclamación judicial

conceptos que eran estimables y que habrían sido estimados con total certeza por parte del órgano judicial. En este caso, el daño económico es perfectamente determinable, como ocurrió en la Sentencia de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006,1225) antes aludida. También se configuró como daño material la sentencia a la que también nos hemos referido antes, sentencia de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995,8735] que declaró la responsabilidad del Abogado que no pidió la prórroga de la anotación preventiva de embargo y a consecuencia de ello el deudor vendió la finca a tercero y se colocó en insolvencia, habiéndose cuantificado el daño en la valoración que se había dado a las fincas cuya propiedad había perdido el cliente.

- El daño moral. Cuya cuantificación requiere de un estudio detallado del caso concreto. Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral (sentencia de 20 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3793] –por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante–; 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) –por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo–; 25 de junio de 1998 [RJ 1998, 5013] –derivado del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva–; 14 de mayo de 1999; y 29 de mayo de 2003.

De acuerdo con lo anterior, en el procedimiento de la valoración económica del daño, que deberá estar presidido por el principio *restitutio in integrum* (reparación integral) que constituye la esencia del derecho de daños, las consecuencias suelen ser distintas, especialmente en la aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la relación entre la importancia del daño padecido y la cuantía de la indemnización para repararlo. Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado -en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción-, hasta la negación de toda indemnización -en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad-, al considerarse el daño patrimonial inexistente.

Ahora bien, la anterior reflexión, basada en un juicio de prosperabilidad de la acción o el recurso frustrado, no siempre ha sido la acogida por nuestros Tribunales de justicia, y ello dado el cierto confusionismo que se ha podido percibir entre la naturaleza del daño (moral o material) así como el diferente criterio de valoración de éste.

La cuestión surge en los supuestos en los que el cliente sufre una pérdida de oportunidad, por no poder ejercitar ya una acción -al estar prescrita- o no poder interponer un recurso -por preclusión del plazo o no advertencia al cliente-. En estos

supuestos, a nuestro juicio, cuando además la pretensión frustrada tiene un componente económico, puede constatarse, de un lado, la existencia de un daño moral consistente en la pérdida de oportunidad considerada en sí misma que determina un perjuicio psicológico de privación de tutela judicial efectiva con independencia de la prosperabilidad o no de la pretensión; y de otro, la existencia de un daño material que dado su componente económico vendría dado por aquello que el cliente ha dejado de obtener materialmente como consecuencia del no ejercicio de la acción o no interposición del recurso correspondiente.

Esta posición que defendemos, parece ser la sentada por la jurisprudencia más reciente, que afirma que cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. Ahora bien, no se puede en estos supuestos confundir la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales: SSTS de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), RC n.º 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002, 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002, 23 de octubre de 2008 (RJ

2008, 5792), RC n.º 1687/03 , 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919), RC n.º 1141/2004 y 9 de marzo de 2011, RC n.º 1021/2007).

Ahora bien, la tan variada casuística ha llevado a no pocos Tribunales de Justicia a ampliar el concepto de daño moral, poniéndolo en relación con el juicio de prosperabilidad de la pretensión no sometida a criterio judicial, esto es, al análisis más exhaustivo del pleito del pleito.

Enlazando con lo anterior, interesante resulta la diferenciación efectuada por MARTI MARTI, JOAQUIM²⁴ relativa a los dos criterios jurisprudenciales de enfocar el daño y la valoración de éste por negligencia profesional del abogado. La primera basada, exclusivamente, en el concepto de la oportunidad procesal perdida, al imputar al abogado negligente tan sólo la pérdida de la oportunidad de satisfacción de los intereses de su cliente, y no así la pretensión que estaba en juego y que no puede ya ejercitarse. La fundamentación de esta primera postura parte de la imposibilidad de imputar directamente al abogado el daño de la pretensión frustrada al no poder saber a ciencia cierta el resultado definitivo del pleito principal y la repercusión de la *lex artis* si la actuación profesional hubiera sido la correcta, y centrarse en el paso intermedio consistente en la oportunidad desechada. Esto supone circunscribir el daño existente y su valoración a lo que hemos denominado daño moral, véase en este la sentencia 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013) que , a su vez hace a alusión a la de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) , que afirma que “prescindiendo totalmente, repetimos, del hipotético tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que hubieran podido recibir los

²⁴MARTI MARTI, JOAQUIM, cit. 2007

repetidos recursos de apelación, lo que es imposible tratar de averiguar ahora, lo cierto y verdad es que la negligente conducta del Procurador señor M. N., aquí recurrente al no personarse en los mismos, ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los allí apelantes, que consistió en dejarles irremisiblemente privados del conocimiento y resolución, por el Tribunal competente, de dichos recursos de apelación y, en su caso, también de los posteriores recursos de casación, cuyo daño moral, claramente producido, es el que la sentencia recurrida ha declarado indemnizable en la cuantía ya dicha”. No obstante, lo cierto es que esta línea jurisprudencial parece estar ya desfasada, siendo aplicable, eso sí, en aquellos supuestos en los que se apreciara que la pretensión que encerraba la acción fallida en ningún caso habría prosperado.

Y, por otro lado, una segunda línea jurisprudencial que se aproxima más al daño material causado por el error en el proceso, en el que habrá de enjuiciarse que habría ocurrido si el abogado hubiera actuado diligentemente, esto es, cual habría sido la prosperabilidad de la pretensión frustrada lo que se conoce como el examen del “pleito del pleito” que requerirá, como señala el Alto Tribunal, una operación intelectual consistente en determinar con criterios de pura verosimilitud o probabilidad cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo.

Así las cosas, las dos soluciones jurisprudenciales resultan perfectamente compatibles a la luz de lo expuesto, siendo una y otra aplicable según el resultado que se obtenga en el juicio de probabilidad de la pretensión desechada. Así, si el juicio de probabilidad es positivo, en el sentido de que la pretensión, de no haber mediado

negligencia profesional, hubiera prosperado, el juzgador podría condenar al abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos. En cambio, si la respuesta es negativa, el juez deberá establecer una indemnización a favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto haberse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido. En relación a esto último podemos reproducir la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914), que adujo que después de exponer la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que cita, señala como “de la anterior jurisprudencia, y atendidos los matices diferenciales que en la misma figuran, forzosamente se ha de concluir que el Tribunal de instancia no la ha tenido en cuenta, cuando debía hacerlo; y ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad, lo que es razonable, de estimar que el recurso prosperado con las consecuencias indemnizatorias descritas por los actores, que son las que hubieran tenido que figurar en la resolución favorable del recurso. Pero hay que insistir en que por el contrario no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la Abogada de los actores, que ha privado a éstos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que entenderse como un daño moral infligido a los demandantes”.

Ahora bien, también hemos constatado, aspecto que compartimos plenamente, que ambos daños (moral y material) no son excluyentes sino perfectamente compatibles y resarcibles a la vez, véase como se pronunció el Tribunal Supremo en esta sentencia núm. 18/2005 de 28 enero. (RJ 2005\1830): “la verdadera ratio decidendi de la sentencia «a quo» que se expresa en los siguientes términos: “Junto a estos elementos, que suponen un difícil juicio de ponderación que trata de relacionar la indemnización, o, por mejor decir, el daño, con el éxito de la expectativa iniciada y perseguida en el proceso, existe un daño ajeno incluso al anterior y que ha de valorarse con este derivado del hecho de que el profesional con el incumplimiento culpable de su obligación ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , con la frustración personal que ello supone, habiendo llegado a mantener la STS de 28 de enero de 1988 (rectius, 1998 [RJ 1998, 357]) que «como indemnización del daño es correcta la condena a aquella persona que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener»”.

Y, de igual modo, esta misma línea se ha constatado más recientemente, aunando en la sentencia la existencia de un daño moral (privación de ejercicio de acción por estar prescrita tras no informar) y también material (no obtener en consecuencia indemnización alguna por muerte de familiares en las que se había constatado la responsabilidad de la Administración), a la luz de un razonamiento equitativo, valorado precisamente por el Alto Tribunal al casar la sentencia recurrida estimando la demanda. El caso, bastante reciente, abordado por la ya citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 283/2014, de 20 Mayo (JUR 2014, 159878) y estudiada

ampliamente en el terreno doctrinal (SALAS CARCELLER. ANTONIO²⁵ -Magistrado del Tribunal Supremo-) resolvió el siniestro del camping “Las Nieves” de Biescas en el que la acción de responsabilidad civil promovida por los demandantes, ahora recurrentes, contra su letrado y la aseguradora de éste se basaba en la actuación negligente de aquél en la defensa de los intereses que le habían sido encomendados respecto de la obtención de las indemnizaciones que les hubieran podido corresponder por el fallecimiento de sus respectivos familiares (cónyuge e hija de cada uno de los demandantes), habiendo sido el perjuicio que se invoca –y el origen de los daños materiales y morales que se reclaman– la prescripción de la acción para exigir responsabilidad patrimonial de la Administración –de la que no se informó al cliente– tras el archivo de las diligencias penales seguidas por el hecho. Pues bien, en esta caso, el Tribunal asume la instancia para estimar la demanda y, al abordar la cuestión siempre difícil de determinar la cuantía del daño, reconoce a favor de los demandantes las mismas indemnizaciones que han sido concedidas por el mismo suceso a otros perjudicados en similares condiciones y las cantidades reclamadas por daño moral, que se consideran adecuadas y razonables «para compensar la zozobra e incertidumbre provocadas por la negligencia de su abogado, viéndose abocados a emprender actuaciones de resultado altamente incierto mientras quienes se encontraban en su misma situación de perjudicados por el siniestro del camping "Las Nieves" obtenían

²⁵ SALAS CARCELLER, ANTONIO. “*Responsabilidad civil de abogado por negligencia profesional*”. Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.

sentencia favorable del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a finales del año 2005» .

De acuerdo con lo expuesto, y pese a la variedad de situaciones que se pueden producir, lo que determina que tenga una especial relevancia el aspecto casuístico, lo cierto es que existiendo negligencia profesional del abogado por vulneración de la *lex artis*, la existencia o no de la indemnización del daño vendrá determinada, además de por la verificación de nexo causal, desde el punto de vista del perjuicio, primero, por la posible constatación de un verdadero daño moral, entendido como la privación de poder ser sometido a criterio judicial una pretensión fundada en derecho: “pérdida de oportunidad”; y, segundo, por la probable existencia de un daño material cuantificable económicamente bien de manera directa, bien tras el examen de un juicio de probabilidad de la pretensión arruinada a consecuencia del comportamiento negligente del profesional de la abogacía.

Por último, una vez que por parte del Juzgador se ha determinado la existencia de un daño material y/o moral susceptible de ser indemnizado, cabe hacer mención, desde un punto de vista procesal, a lo que sienta el Tribunal Supremo respecto a estas indemnizaciones por responsabilidad civil profesional del abogado ya cuantificadas por el Juzgado a quo y, más tarde, por el Tribunal de Apelación. Así, viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7982) , 18 de julio de 1996 , 14 de julio de 2000 ,

15 de marzo de 2001 , 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002 , 1 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1111) , RC n.º 4120/2001) , solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988 , 19 de febrero de 1990 , 19 de diciembre de 1991 , 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1554) , 15 de diciembre de 1994 , 24 de marzo de 1998 , 23 de noviembre de 1999 , 5 de diciembre de 2000 , 31 de enero de 2001 , 25 de enero de 2002 , 10 de junio de 2002 , 3 de febrero de 2004 , 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989 , 21 de abril de 2005 , 17 de enero de 2006 , 27 de febrero de 2006 , 5 de abril de 2006 , 9 de junio de 2006 , 13 de junio de 2006 , 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8086) , 31 de octubre de 2007, RC n.º 3537/2000 , 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002 , 23 de octubre de 2008, RC n.º 1687/2003 , 12 de mayo de 2009, RC n.º 1141/2004 , 14 de octubre de 2009, RC n.º 461/2006 , 30 de abril de 2010, RC n.º 1165/2005 y 16 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 19) , RC n.º 179/2008) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994 , 18 de mayo de 1994 , 21 de diciembre de 2006 , 30 de julio de 2008 (RJ 2008, 4640) , RC n.º 616/2002 y 1 de diciembre de 2008, RC n.º 4120/2001).

Como cierre a este apartado, e igualmente como anticipo al apartado siguiente relativo ya al seguro de responsabilidad civil propiamente dicho, entendemos de interés incidir en un aspecto que afecta a la vertiente subjetiva de la responsabilidad civil del abogado.

Es bien sabido que la profesión de abogado se puede ejercer en solitario o en grupo, esto es, como miembro de un despacho o bufete. La cuestión que surge en este último supuesto es hasta donde alcanza la responsabilidad del abogado –como miembro del conjunto- y que responsabilidad asume el bufete como consecuencia de la responsabilidad emanada de un error o negligente actuar de uno de sus miembros. Interesante resulta la publicación realizada por CRESPO MORA, M^a CARMEN²⁶ en la que se aborda el estudio de una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 3 de diciembre de 2010 –JUR 2011, 54795-) en la que se aborda la responsabilidad en la que incurrió un abogado integrado en un bufete de abogados por negligencia profesional consistente en privar a la demandante de tener la oportunidad de que su recurso fuera examinado por la Sala 1^a del Tribunal Supremo, al exigírsele al letrado poner todos sus conocimientos, diligencia y prudencia para que así ocurriera, por lo que se procedió a la cuantificación del daño moral inferido.

Como señala la publicación aludida, la responsabilidad examinada se inserta en el ámbito de las denominadas “relaciones tripolares o triangulares”, pues el servicio jurídico es contratado por el cliente con el bufete de abogados, pero ejecutado por el profesional que, en principio, no mantiene ningún tipo de relación contractual con el primero.

²⁶ CRESPO MORA, M^a CARMEN. “Responsabilidad civil en el contexto de los despachos de abogados. Incidencia de la Ley de Sociedades Profesionales. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2010”. Revista de Derecho Patrimonial núm. 29/2012. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012

Pues bien, la cuestión que se suscita es si en estos supuestos en los que la relación contractual está concertada con el bufete se debe demandar sólo a éste y, en su caso, a la entidad aseguradora con la que pudiera tener concertado el mismo un seguro; si es preciso también demandar al letrado negligente para la válida constitución de la relación jurídico-procesal y, en su caso, a su seguro colectivo concretado por el Colegio o particular si existiera; o si es posible demandar tan sólo a éste último.

En el supuesto abordado por la Audiencia Provincial de Madrid, se resolvió la cuestión planteada sin incidir en el tipo de vinculación que el abogado tenía con el bufete –ya fuera socio, relación laboral o una prestación de servicios-, y ello sobre la base de que la relación contractual lo era con el ente corporativo. Esto es, si el bufete como tal presta un servicio a un cliente y uno de los miembros de aquél infliere unos daños en el ejercicio de su quehacer profesional, la responsabilidad siempre podrá ser exigida al bufete por la vía de responsabilidad contractual, y dado que en aquel supuesto solo se había dirigido la acción contra el bufete y contra la compañía de seguros, se consideró acertada la constitución de la relación jurídico procesal –pese a no encontrarse el letrado en la parte demandada- sobre la base del artículo 11 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, en el que se establece la responsabilidad solidaria de la sociedad y los profesionales, sean socios o no, por las deudas sociales que se derivan de los actos profesionales propiamente dichos, donde ineluctablemente habría de incardinarse la actuación del Letrado que, por ende, se subsumiría en el radio de operatividad de dicho precepto. Y señala esta misma sentencia, con buen criterio, que la solidaridad no invalida la relación jurídico procesal

por falta de algunos de los posibles responsables, como tiene declarado una profusa doctrina jurisprudencial, con lo que el perjudicado está legitimado para dirigir la acción contra quien estime oportuno, pudiendo demandar a todos, a algunos o a uno sólo de los responsables directos, sin que ello permita la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, y sin perjuicio de las acciones que permanezcan subsistentes entre los deudores solidarios.

Quiere esto decir y así lo entiende quien suscribe, que en estos casos, la demanda civil se podrá dirigir conjuntamente contra el bufete –en su caso, contra su entidad aseguradora también-, y contra el profesional –en su caso, contra su entidad aseguradora también-, como mecanismo de garantizar el resarcimiento de un daño causado a través del ejercicio de una profesión desarrollada en grupo.

Como señala la profesora CRESPO, de la Ley de Sociedades profesionales se puede deducir que los despachos colectivos de abogados son considerados sociedades profesionales a los efectos de la misma, por lo que deberán constituirse como tales en los términos y plazos previstos en la citada ley (artículo 1 LSP). Ahora bien, el que la sociedad no llegue a constituirse con arreglo a las disposiciones de la ley (lo que sucederá cuando no se cumplan las formalidades y los requisitos de publicidad previstos legalmente para la constitución de esta clase de sociedades), no impedirá la aplicación de su riguroso régimen de responsabilidad civil, pues la Disposición Adicional Segunda de la citada ley hace extensibles las previsiones del artículo 11 LSP a las sociedades profesionales irregulares, lo que, como hemos expuesto, demuestra la preocupación del legislador por evitar que el ejercicio en grupo de la profesión pueda ser utilizado

fraudulentamente como vía de exoneración de responsabilidad personal de los profesionales en perjuicio de los clientes que contratan estos servicios.

Es más, ya con anterioridad a la promulgación de la Ley de Sociedades Profesionales, el Estatuto General de la Abogacía Española (aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio) en su artículo 28.7, se había preocupado de destacar el carácter solidario de esta responsabilidad emanada de un bufete al señalar que “la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado”.

En definitiva, la profesión de abogado se ejerza en solitario, se ejerza como miembro de un despacho colectivo, lleva aparejada una responsabilidad de índole personal que no se puede ver difuminada o diluida como consecuencia de que los servicios se presten para un ente asociativo o societario, de ahí la importancia de que la cobertura prestada por el seguro de responsabilidad civil profesional suscrito por el Colegio de Abogados tenga como elemento subjetivo, esto es, como asegurado al abogado individualmente.

3.2.3. Aspectos relevantes del Seguro que da cobertura a la Responsabilidad Civil profesional de los abogados.

Una vez examinada estrictamente la responsabilidad civil profesional de los abogados, es de recibo adentrarse en el estudio del seguro que estos profesionales deben

concertar para hacer frente a las indemnizaciones a las que puedan ser condenados como consecuencia de la declaración de aquélla.

Tal y como ya hemos expuesto a lo largo de este tratado, si bien, centrándonos ahora en el caso de los abogados, el seguro de responsabilidad civil profesional del abogado nace como consecuencia del aumento que en las últimas décadas han experimentado las reclamaciones de daños y perjuicios por parte de los clientes a los letrados, tal y como había ocurrido años antes con otros profesionales liberales como médicos, arquitectos o ingenieros.

A la vista de esa realidad práctica, los Colegios de Abogados –tal y como ya anticipamos-, sobre los años ochenta, con el fin de proteger a sus colegiados y otorgar cobertura a la posible responsabilidad civil profesional en la que podían incurrir estos profesionales por un posible error o por negligencia, dado el importante quebranto económico que podía suponerles una condena por responsabilidad civil profesional de la que debían responder, en principio, con todo su patrimonio presente y futuro e, incluso, trasladando esta posible deuda a sus herederos, fueron acordando la contratación de pólizas de seguro colectivo para cubrir esta responsabilidad civil de sus colegiados, con más razón aún, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción del ejercicio de las acciones para la exigencia de responsabilidad era de quince años –bien sabemos hoy que este plazo se ha reducido a cinco años-.

De acuerdo con lo anterior, en lo que se refiere a los profesionales de la abogacía, la responsabilidad civil profesional se encontrará, por lo general, cubierta por

el seguro que el Colegio de Abogados suscribe con la correspondiente entidad aseguradora, siendo posible que, además, el abogado suscriba a título particular otro contrato de seguro que servirá para ampliar la cobertura –generalmente reducida- que le presta el seguro colectivo.

Con carácter general, estas pólizas colectivas suscritas por los Colegios de Abogados atajaron una de las cuestiones más controvertidas: la cobertura temporal del siniestro mediante la utilización de las conocidas cláusulas “claims made” de manera que el asegurador cubriría el siniestro siempre que las reclamaciones se efectuaran por primera vez estando vigente la póliza con independencia del momento en el que tuvo lugar la negligente actuación del abogado. Ahora bien, si quedarían excluidas, a priori, de esta extensión temporal, al ser entendidas como reclamaciones propiamente dichas, todas aquellas incidencias o acaecimientos que fueran conocidas por el asegurado en momento anterior a la vigencia de la póliza y ello al vislumbrarse una cierta mala fe por parte de aquél. No obstante, sobre esta cuestión existe una casuística amplia que obliga a estudiar caso por caso para poder efectuar una respuesta cierta –sobre este aspecto incidiremos más adelante-.

El seguro de responsabilidad civil para abogados se incluye dentro del grupo de los seguros de responsabilidad civil relacionados con la actividad de asesoramiento jurídico-financiero, y tiene por objeto otorgar cobertura a los posibles perjuicios o pérdidas económicas que como consecuencia de un desempeño irregular o negligente de la actividad profesional puedan sufrir los clientes. Por lo general, la cobertura se extiende también a los empleados del profesional tomador del seguro.

La primera cuestión que podemos abordar es si resulta o no obligatoria la suscripción por parte de todo abogado de un seguro de responsabilidad civil profesional. La Ley de Contrato de Seguro en su artículo 75 alude a la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen, no autorizando, en otro caso, el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro e imponiendo sanciones administrativas en caso de falta de seguro cuando sea obligatorio.

Pues bien, dentro de la normativa corporativa nacional de la abogacía no aparece del todo claro el carácter obligatorio de esta suscripción. El Código Deontológico, adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en su artículo 21 relativo a la cobertura de la responsabilidad civil, señala que el Abogado deberá tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su responsabilidad profesional, en cuantía adecuada a los riesgos que implique. Mientras que el Estatuto General de la Abogacía Española, señala en su artículo 78 la posibilidad de fijar por Ley este carácter obligatorio; sin embargo en su artículo 11, si hace mención al carácter obligatorio de la colegiación en un Colegio de Abogados para el ejercicio de la abogacía, lo que, a la postre, tal y como aludimos al inicio de este trabajo y se ahondará al hablar del seguro de responsabilidad civil de los arquitectos, dependiendo de la normativa de cada Comunidad Autónoma en materia de colegios profesionales –al haber asumido competencias en esta materia- se podrá constatar este carácter obligatorio o no en la concertación del seguro de responsabilidad civil profesional.

En el caso de Andalucía, la Ley 10/2003 de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, si obliga a cualquier colegiado a la suscripción del correspondiente seguro, por lo que, no cabe duda, que los abogados colegiados en cualquier Colegio de Abogados ubicados en esta comunidad deberán contar con el correspondiente seguro.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos decir que el vacío de la normativa nacional sobre el carácter imperativo de la suscripción del seguro de responsabilidad civil por parte de los colegios de abogados, parece cubierto en el ámbito europeo, en el que el Código Deontológico de la C.C.B.E. (Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea) si se refiere expresamente al seguro de responsabilidad civil profesional (punto 3.9) imperando, sin reservas, su carácter obligatorio al aducir que el Abogado deberá tener en todo momento un seguro para hacer frente a su responsabilidad profesional, en una cuantía razonable en función de la naturaleza y alcance de los riesgos que asuma en el desempeño de su actividad. Y, es más, dada la posibilidad de prestar sus servicios profesionales en diferentes países de la Unión Europea, se alude (punto 3.9.2.) a que quedará sometido a las siguientes obligaciones: (3.9.2.1.) cumplir las disposiciones relativas a la obligación de tener un seguro de responsabilidad profesional aplicables en el Estado Miembro de origen; (punto 3.9.2.2.) cuando un Abogado se encuentre obligado a suscribir tal seguro en el Estado Miembro de origen y ejerza una actividad profesional en un Estado Miembro de acogida, deberá esforzarse por obtener la extensión de dicho seguro a su actividad profesional en el Estado Miembro de acogida; (punto 3.9.2.3.); cuando las normas del Estado Miembro

de origen no prevean la obligación del Abogado de suscribir tal seguro, o resulte imposible la extensión del seguro contemplada en el apartado anterior, el Abogado deberá asegurarse en la actividad profesional desarrollada en el Estado Miembro de acogida a favor de los clientes de dicho Estado Miembro de acogida, por lo menos en la misma medida que la que resulte exigible a los Abogados del Estado Miembro de acogida, salvo si la obtención de tal seguro resultara imposible; (punto 3.9.2.4.) en el caso de que el Abogado no pudiera obtener un seguro de conformidad con las normas precedentes, deberá informar de ello a aquellos clientes que puedan sufrir un perjuicio como resultado de la carencia de seguro; (punto 3.9.2.5.) el Abogado que ejerza su actividad en un Estado Miembro de acogida podrá, una vez obtenida la autorización de las autoridades competentes del Estado Miembro de origen y del Estado Miembro de acogida, someterse exclusivamente a las normas de éste último en materia de seguro de responsabilidad profesional. En tal caso, el Abogado deberá adoptar las medidas necesarias para informar a sus clientes de que su seguro se ajusta a las Normas del Estado Miembro de acogida.

Partiendo de lo anterior, lo habitual en la práctica –como ya hemos adelantado al inicio de este apartado- es que el abogado cuente con un seguro colectivo del que resulte tomador su colegio profesional, que, por lo general, tendrá carácter obligatorio, y es posible además que, a su vez, cuente con un seguro individual costado ya íntegramente por el propio abogado para protegerse de posibles reclamaciones hasta donde no le protegiera el seguro colectivo, esto es, como complemento cuantitativo de la cobertura de la primera.

A título de ejemplo, entendiendo que puede resultar ilustrativo, examinaremos las condiciones de los seguros colectivos concertados por dos de los colegios más emblemáticos del panorama nacional: Madrid y Granada. Si acudimos al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, observamos que ha ido perfilando su seguro colectivo tendiendo a mejorar la cobertura aseguradora de sus colegiados con el transcurso del tiempo; así, de proporcionar este Colegio a todos sus miembros un Seguro de Responsabilidad Profesional de hasta 18.000 euros con una franquicia de 1.000 euros, y, a su vez, la misma entidad aseguradora que prestaba este servicio ofrecía la posibilidad de ampliar la cobertura contratando una póliza de responsabilidad civil complementaria con diferentes opciones de suma asegurada, se ha pasado a partir del día 1 de marzo 2015, en virtud del acuerdo aprobado en Junta General de 18 de diciembre de 2014, a la entrada en vigor de una póliza de responsabilidad civil profesional colegial, con el aumento de la cobertura a 300.000 euros, contratada con la compañía CASER, a través de AON, cumpliendo además las exigencias legales para el desarrollo de la actividad concursal (con límite mínimo de 300.000), y para aquellos colegiados que con anterioridad al 1 de marzo tuvieran contratada una póliza individual de excesos a la capa básica de 300.000 euros, se eliminaría la Franquicia de 1.000 euros.

Por su parte, el Ilustre Colegio de Abogados de Granada, en el año 2016, tiene suscrita su póliza colectiva con SEGURCAIXA ADESLAS, S.A. de Seguros y Reaseguros -lo que ha servido para ampliar las garantías que anteriormente prestaba la entidad aseguradora ARCH INSURANCE (EUROPE)-, por la que se garantiza el pago de las indemnizaciones de que pueda resultar civilmente responsable el asegurado

conforme a derecho, por daños corporales y materiales, perjuicios que de lo anterior se deriven, así como por los daños patrimoniales primarios y daños morales, ocasionados involuntariamente a terceros por actos negligentes, errores u omisiones profesionales que deriven del ejercicio de la abogacía y demás disposiciones legales o reglamentarias que lo determinen. Igualmente el asegurador extenderá la cobertura del seguro a los gastos de defensa y constitución de fianzas en causas penales cuando la responsabilidad civil está amparada por el contrato.

El ámbito temporal de este seguro se extiende a la Unión Europea y Andorra, con unas garantías básicas que comprenden puramente la responsabilidad civil profesional con un límite cuantitativo de 1.000.000 de euros por siniestro y asegurado; daños a documentos y expedientes con un tope numérico de 250.000 euros por siniestro y asegurado, con la inclusión, en todo caso, de la defensa jurídica y la prestación de las fianzas correspondientes. Y como garantías adicionales se incluyen tres tipos de responsabilidad civil: general, locativa y patronal; un sublímite por víctima de responsabilidad civil patronal de 300.000 euros; y las siguientes coberturas: inhabilitación profesional hasta 2.500 euros mensuales con un máximo de dieciocho mensualidades; infidelidad de los empleados hasta 80.000 euros por siniestro y año; protección de datos hasta 30.000 euros de límite por asegurado y año; libre designación de letrado con un límite de 30.000 euros; liberación de gastos hasta el 100% de la suma asegurada; y un sublímite para reclamación de daños a contrarios de 30.000 euros para todos los asegurados por año. Estos límites cuantitativos se amplían para el caso de que

el asegurado sea miembro de la Junta de Gobierno, llegando a alcanzar un límite cuantitativo por siniestro y año de responsabilidad civil profesional de 2.500.000 euros.

Por último, independientemente de las garantías afectadas por un mismo siniestro se establece un límite de indemnización para el conjunto de las mismas afectadas por siniestro y año de 10.000.000 euros. En cualquier caso, se fija una franquicia por siniestro de 150 euros.

Las garantías antes aducidas encuentran su contraprestación en una prima neta de 915.470,25 euros (prima total de 971.771,67 euros) para el periodo de 01/07/2015 a 31/12/2016, en base a que los abogados colegiados asegurados ascienden a unos 2.819 siendo, por tanto, la prima neta por asegurado de 324,75 euros (prima total de 344,72 euros).

Lo anteriormente expuesto, nos ha servido para constatar cual suele ser el contenido del seguro colectivo de responsabilidad civil profesional del abogado concertado por el Colegio de Abogados. Ahora bien, si ahondamos más aún en el terreno práctico, teniendo en cuenta que no siempre el profesional de la abogacía conoce los pormenores de estas pólizas colectivas, resultará prudente por su parte que ante el posible acaecimiento de un siniestro adopte los siguientes comportamientos: primero, interesar de su Colegio de Abogados, a través de la comisión competente, cual podrían ser las consecuencias de ese posible error o imprudencia profesional en la que ha incurrido; caso de constatar la existencia del siniestro (exista o no reclamación formal al respecto) comunicarlo inmediatamente a la entidad aseguradora por conducto del

Colegio; paralelamente a lo anterior, minorar en lo posible –como así exige la Ley- las consecuencias económicas del siniestro siempre con el consentimiento o asentimiento del cliente y previo conocimiento de la entidad aseguradora; y, por último, seguir las directrices de la entidad aseguradora sin asumir, como es obvio, responsabilidad o pago alguno sin la aquiescencia de aquél.

Por otro lado, al igual que ocurre con otros seguros de responsabilidad civil, el correspondiente a los abogados suscita en la práctica una doble discrepancia: una, la existente entre la entidad aseguradora y el asegurado relativa a si el siniestro comunicado tiene o no cobertura; dos, el debate que se suscitará entre la entidad aseguradora y el propio asegurado con el tercero perjudicado acerca de si es posible o no la declaración de responsabilidad profesional del abogado asegurado.

Respecto a esta última cuestión, ya hemos analizado los requisitos y pormenores necesarios para que pueda declararse la responsabilidad civil profesional del abogado por negligencia profesional que tanto al asegurado como a la entidad aseguradora intentarán eludir, si defienden la inexistencia de aquélla, a través de todas las armas jurídicas existentes en derecho.

Mientras que, por otro lado, en lo que respecta al comportamiento evasor de la entidad aseguradora para otorgar cobertura al siniestro comunicado, puede tener una doble perspectiva. Así, si el asunto se judicializa y la entidad aseguradora interviene como parte demandada al haberse ejercitado contra ella la acción directa contra el asegurador y pretende eludir su obligación, a priori sus armas de defensa son menores

que en el caso de que la posición de demandante la ocupe el asegurado como consecuencia de la negativa anterior de aquél a otorgar cobertura a un siniestro ya verificado. La razón de estas limitaciones de defensa, deriva del contenido del artículo 76 de la LCS que establece que el asegurador no puede oponer frente al perjudicado las excepciones personales; no obstante lo anterior, tal y como se deduce del artículo 73 LCS, será posible que oponga los términos objetivos de la cobertura del contrato, lo que ha llevado a la jurisprudencia a considerar oponible al perjudicado la existencia de una delimitación temporal de cobertura -entre otras, la Sentencia de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 930), rec n° 2361/1999-, así como las circunstancias y modalidades que configuran el siniestro por el que se reclama la indemnización.

Ahora bien, centrándonos primero en el elemento temporal al que ya hemos alusión más arriba, podemos constatar como las pólizas de seguro de responsabilidad civil, en este caso, de abogados, suelen incluir entre sus cláusulas una que, generalmente, hace alusión a que:

- *"quedarán cubiertos, conforme a lo estipulado en el presente condicionado, los daños a terceros por errores reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza, cualquiera que sea el momento de acaecimiento de los mismos [...].*

- *Por reclamación se entenderá cualquier notificación hecha al asegurado, bastando la simple declaración verbal de intenciones del perjudicado. [...]*

- *No serán objeto de cobertura las reclamaciones o incidencias de las que el asegurado hubiera tenido conocimiento anterior a la fecha de efecto del seguro".*

Clausula ésta –comúnmente conocida como “claim made”- que no contraviene el sentir de nuestros Tribunales de Justicia que identifican el siniestro con hecho causante y no con reclamación del perjudicado, lo que implica que el deber de indemnizar nazca desde que se originan los daños y como reacción frente a ellos, y que son admitidas, sin reservas, por nuestro Alto Tribunal pues pese a buscar el desplazamiento de la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, se incorporan en beneficio del asegurado o perjudicado y no perjudican los derechos de éstos, pues, en caso contrario, se reputarían lesivas.

Pues bien, partiendo de todos estas premisas, podemos traer a colación la reciente sentencia del Tribunal Supremo 283/2014 de 20 de mayo (RJ 2014 / 3761) que abordó la reclamación dirigida contra una compañía aseguradora que había emitido dos pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional de abogados: una colectiva suscrita con el Colegio de Abogados de Tarragona para dar cobertura a la responsabilidad civil de sus abogados, y otra individual, suscrita por el propio letrado demandado y que servía de complemento cuantitativo de la primera (de tal manera que la colectiva cubría los primeros 300.000 euros, importe de la franquicia de la póliza individual, y esta segunda cubría desde esa suma y hasta la suma máxima asegurada de

600.000 euros). En este supuesto, la aseguradora demandada insistió en que ninguna de las pólizas cubría el riesgo al haber acaecido el siniestro con anterioridad a su fecha de efecto y ser el asegurado plenamente conocedor de dicha circunstancias. Por el contrario, la Sala del Tribunal no compartió la exclusión de cobertura alegada por la aseguradora, pues del tenor literal de la cláusula de delimitación temporal de cobertura se desprendía que el hecho de que la negligencia origen de la responsabilidad fuera anterior a la vigencia de la póliza no determinaba la exclusión de cobertura de dicho riesgo, a menos que se hubiera probado que el asegurado tuvo conocimiento previo de la reclamación o incidencia mediante notificación del perjudicado al asegurado en cualquier forma, incluso mediante una simple declaración de intenciones. Es decir, la falta de cobertura no se hace depender del momento en que se produjeron los daños -pues quedan cubiertos con independencia de su fecha de producción-, sino de que la reclamación se hiciera dentro de la vigencia del seguro, a menos que el asegurado hubiera sido conocedor no del hecho, sino de la reclamación.

El razonamiento final de la sentencia es el siguiente: la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva y que es la causa del siniestro que se encuentra en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil, de tal forma que el siniestro, en el seguro de responsabilidad civil, coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso y no con su reclamación, debiendo estarse al seguro vigente cuando acaeció aquel daño. Pero, no obstante lo anterior, son plenamente válidas las estipulaciones en virtud de las cuales se determina que el hecho causante del daño que origina su resarcimiento sea cubierto no

por el seguro que estuviera en vigor cuando se produjo dicho hecho, sino por el seguro o póliza que lo estuviera cuando se produjo la reclamación, siempre y en todo caso que dichas estipulaciones se interpreten en beneficio del asegurado/perjudicado y no en su contra.

Por lo demás, como cierre a este apartado, en cuanto a otras circunstancias oponibles por el asegurador al configurar el siniestro por el que se reclama la indemnización, debemos tener en cuenta que la dificultad radica al deslindar las cláusulas del seguro de responsabilidad civil limitativas de los derechos del asegurado de las delimitadoras del riesgo, cuestión que se ha tratado de resolver al identificar las estipulaciones delimitadoras del riesgo con las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que se concreten qué riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. De ahí que la fijación de límites cuantitativos –suma asegurada- o de una franquicia, puedan considerarse oponibles por parte del asegurador en un proceso judicial de exigencia de responsabilidad de su asegurado.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 4985), rec. n° 489/2011, afirma que «las excepciones a que hace referencia esta previsión legal están vinculadas a la conducta del asegurado y son ajenas a las estipulaciones delimitadoras de la cobertura establecida en abstracto, como es el caso de la que fija la suma asegurada en una determinada cobertura». Y en esta línea la STS de 12 de noviembre de 2013 cita también, en el mismo sentido, las SSTs de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3519), rec. n° 2230/2008, 30 de julio de 2007, rec. n°

3213/2000, y 27 de marzo de 2012, rec. n° 1553/2009, declarándose en esta última que la condición particular del contrato de seguro que establece el "capital máximo por siniestro" no es una cláusula limitativa sino un hecho delimitador del riesgo, y como tal oponible a tercero (citando a su vez las sentencias de esta Sala de 15 de julio de 2008 (RJ 2008, 4376) , rec. 1839/2001, y 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576) , rec. n° 3260/1999).

Del mismo modo, la delimitación espacial del riesgo asegurado –como hemos adelantado- podría ser causa de oposición por la entidad aseguradora para el caso de que la verificación de aquél hubiera acaecido fuera del ámbito que se hubiera establecido en la póliza de responsabilidad civil. Imaginemos, por ejemplo, que el contrato de seguro tiene influencia espacial tan sólo en la Unión Europea y el siniestro tiene lugar en Marruecos.

3.6.El Auditor de Cuentas: la responsabilidad civil profesional de éste y su aseguramiento.

Siendo conscientes de que el régimen general del seguro de responsabilidad civil profesional suscrito por los auditores de cuentas es similar, en líneas generales, a lo que ya hemos venido estudiando, en este apartado trataremos de examinar algunos de los aspectos que podemos considerar distintivos, primero, en lo relativo a la responsabilidad civil profesional en la que pueden incurrir estos profesionales en el ejercicio de su actividad, así como ciertas notas diferenciadoras del seguro dirigido a cubrir este riesgo.

Tal y como hemos referido ya, la nota de distinción de la responsabilidad civil en cada profesión viene dada por las peculiaridades de ésta, lo que, a su vez, puede repercutir en el modo de manifestarse aquélla y como las compañías aseguradoras otorgan cobertura a la misma.

Quien suscribe es consciente de que el régimen jurídico de estos profesionales es amplio y que se ha visto alterado con el paso de los años, fundamentalmente, con el fin de adaptarse a la normativa comunitaria y, de este modo, tratar de recuperar la confianza de los usuarios en la información económico-financiera que se audita y reforzar la calidad e independencia de las auditorías. De modo que, partiendo de unas notas genéricas sobre este quehacer, abordaremos que tipo de responsabilidad es la que puede derivarse de esta profesión y cuáles son los caracteres de esta responsabilidad, así como cuales son los aspectos de relieve que podemos distinguir en el seguro suscrito por estos profesionales.

Partiendo de la vigente Ley (artículo 1.2) 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, podemos considerar la auditoría de cuentas como aquella actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros.

Por otro lado, desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha proyectado una visión amplia de esta actividad destacando, por supuesto, su importancia interna -por y para la empresa auditada-, y más tarde, el valor que tiene fuera de ésta al reflejar la realidad económico-contable de aquélla; así, por todas, podemos traer a colación la Sentencia núm. 1143/1998 de 10 diciembre. RJ 1998\9883, según la cual, la auditoría de cuentas es un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas.

De acuerdo con lo anterior, la función del auditor puede tener una repercusión negativa, en forma de daño y perjuicio, tanto para la misma empresa auditada que contrata los servicios del auditor, incurriendo en la consiguiente responsabilidad civil contractual, como para terceros ajenos a la empresa y que actúan, de uno u otro modo, confiando en el resultado económico-contable certificado por el auditor, lo que daría lugar a una responsabilidad civil extracontractual.

Una y otra responsabilidad civil profesional constituyen la materialización del riesgo al que está expuesto el auditor, riesgo que, de acuerdo con las normas de

auditoría generalmente aceptadas, como recordó DEL CID GÓMEZ, JUAN MIGUEL²⁷, aúna varios riesgos distintos que, en su conjunto, dan lugar a un riesgo final:

- Riesgo inherente: consistente en la posibilidad de que un grupo de transacciones o un saldo contable contenga errores significativos que puedan afectar los estados contables considerados en su conjunto.
- Riesgo de control: consistente en la posibilidad de que existiendo errores de importancia, no sean detectados por los sistemas de control interno de la empresa auditada.
- Riesgo de no descubrimiento: consistente en la posibilidad de que cualquier error de importancia existente y que no haya sido detectado por el sistema de control interno, no sea tampoco detectado por la actividad auditora desplegada.
- Riesgo profesional: en este caso el riesgo se percibe desde otro punto de vista, al consistir en la posibilidad de que la actividad del auditor genere para él, consecuencia de los anteriores riesgos, pérdidas directas, como son el posible pago por indemnizaciones, al perder un litigio de responsabilidad civil o al llegar a una transacción extrajudicial; el posible pago de sanciones administrativas; o el incremento de las primas de seguro; así como pérdidas

²⁷ DEL CID GÓMEZ, JUAN MIGUEL. “*La responsabilidad de los auditores y su cobertura aseguradora*”. Resumen del informe final de la beca de riesgo y seguro concedida por la fundación MAPFRE. 1999.

indirectas derivadas de la pérdida de prestigio profesional o pérdida de clientela, a su vez, consecuencia de la imposición de sanciones administrativas o del elevado número de litigios presentados en su contra.

La actual normativa es consciente de la relevancia que desde el punto de vista interno de la empresa como para el exterior de la misma tiene el resultado de la función desempeñada por el auditor de cuentas, de ahí que al abordar la responsabilidad civil (artículo 26 de la ya mencionada Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), después de remitirse a la normas del Código Civil al aducir que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales, aquél con las particularidades establecidas en este artículo, establezca que la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría será exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero.

La responsabilidad extracontractual, al igual que ocurre con el régimen general, requiere la concurrencia de nexo causal entre la auditoría practicada y el comportamiento o actitud con efectos perjudiciales por parte de un tercero, considerando como tal, a estos efectos, cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión.

Además de dar por sentada esta doble vertiente de responsabilidad civil en la que puede incurrir el auditor en el ejercicio de su actividad, es necesario destacar como la Ley actual, siguiendo la senda que estableció la anterior Ley 12/2010, limita la responsabilidad civil del auditor, siendo ésta proporcional y directa a los daños causados.

En efecto, la Ley 12/2010 modificó, en su día, el régimen de responsabilidad profesional de los auditores, en base a una Recomendación de la Comisión Europea de 5 de junio de 2008, derivada, a su vez, de la Octava Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de mayo. De las tres alternativas que preveía la mencionada Recomendación para limitar la responsabilidad civil del auditor, a saber, fijar legalmente una cuantía máxima o bien la fórmula para calcularla de acuerdo a distintos factores: honorarios de auditoría, el tamaño de la empresa...; fijar una limitación contractual obligatoria ; o excluir la responsabilidad conjunta y solidaria con los otros causantes del daño siendo proporcional al perjuicio sufrido por el reclamante, aquella Ley 12/2010, se decantó por esta última opción, limitando la responsabilidad de los auditores en función de su contribución real a los daños y perjuicios ocasionados, lo que es lógico y perfectamente coherente con el principio de responsabilidad subjetiva.

A nuestro juicio, este sistema es mucho más justo que el que imperaba con anterioridad, en el que el auditor respondía junto con los restantes causantes del daño, normalmente la propia sociedad y sus administradores, de forma directa, solidaria e ilimitada, lo que suponía que la gran mayoría de exigencias de responsabilidad y consiguiente indemnización se dirigieran contra los auditores quienes por exigencia

legal debían (y deben hoy también) prestar fianza para el ejercicio de la actividad de auditoría para responder de los daños.

Así las cosas, y según insiste la Ley, la responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros. Ahora bien, en la práctica, al igual que ocurre en otros sectores de actividad en el que concurren varios profesionales en la creación, desarrollo y concreción de un resultado profesional, no siempre será sencillo individualizar y personalizar la responsabilidad, aspecto que requerirá una ardua tarea probatoria.

Prueba de lo anterior, es el supuesto abordado en última instancia por el Alto Tribunal, (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 798/2008 de 9 octubre. RJ 2008\6042, en el que se abordó un supuesto de responsabilidad extracontractual de una entidad auditora, en este caso, Price Waterhouse Auditores, S.A. y de un auditor perteneciente a ésta. En este caso, unos inversores que habían visto frustradas sus expectativas inversoras en una agencia de valores achacaron los daños padecidos a la auditoria elaborada por la sociedad auditora que no detectó las cuantiosas pérdidas que presentaba, aduciendo que de haber sido detectadas éstas, la Comisión Nacional del Mercado de Valores habría paralizado la actividad de la agencia de valores y no habrían realizado sus inversiones.

La cuestión central del debate se centró en la existencia o no de causalidad –nexo causal- que permitiera constatar la imputación objetiva del resultado a los

auditores. Mientras que el Juzgado de instancia desestimó la demanda al no apreciar la concurrencia de la necesaria relación de causalidad, el Tribunal de apelación entendió lo contrario, llegando, finalmente, el asunto al conocimiento del Tribunal Supremo.

Pues bien, por parte del Tribunal Supremo dentro de los requisitos exigidos por el artículo 1902 del Código Civil, se incidió sobre la relación causal entre la conducta y el daño. Y, en este punto, diferencia una doble fase: una primera en la que se debe constatar la causalidad material o física según las reglas de la lógica, y en una segunda fase se tratará de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. Se trata, con ello, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad.

En esta misma línea, la sentencia de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3542) distingue "la causalidad material o física", primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica de que

el resultado haya sucedido, de "la causalidad jurídica", en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente -imputar- a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad -juicio de reproche subjetivo- para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual. Concluye este Tribunal que, para "sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal".

De acuerdo con lo anterior, en el supuesto enjuiciado, al resolver el recurso de casación, se desestimó la demanda absolviendo a la sociedad auditora y al auditor perteneciente a ésta, en base al siguiente razonamiento: la sentencia recurrida dictada por la Sala de Apelación no afirmó que el auditor respondiera por haber posibilitado que los demandantes invirtieran con una conciencia viciada por un error, sobre la situación financiera de XM Patrimonios Agencia de Valores, SA (empresa auditada), provocado por el ofrecimiento de una información económico contable que no era fiel y veraz sobre las cuentas anuales auditadas, sino por no haber determinado la actuación de Comisión Nacional del Mercado de Valores, organismo administrativo de supervisión e inspección de dicho mercado, y esta causa inmediata del daño, la consideró el Alto Tribunal completamente extraña al ámbito de protección proporcionado por la normativa a cuya infracción se ha vinculado la responsabilidad del auditor.

Esto es, pese a que se pudiera apreciar la causalidad material, no se apreció la concurrencia de la causalidad jurídica, toda vez que el incumplimiento de la sociedad auditora no se presentó en la demanda como autónomo, sino como consecuencia de no haber descubierto aquélla las irregularidades y fraudes en la revisión y verificación de los documentos contables de XM Patrimonios Agencia de Valores, SA, por razón de una prestación profesional negligente, y la norma que le obligaba a colaborar, mediante la presentación de la oportuna denuncia -disposición final primera de la Ley 19/1988-, con el organismo supervisor en la defensa del mercado, sólo remotamente coincidía en su finalidad con la realmente infringida; sumado ello a que fue la propia agencia de valores –responsable de la situación y merecedora de sanción- la que concurrió a la producción del daño, y que las competencias de supervisión e inspección a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que implican un control continuado del cumplimiento de la normativa vigente por aquellos que desarrollan su actividad profesional en los mercados financieros -artículos 13 y 84 de la Ley 24/1988 (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781) -, las debía ejercer por propia iniciativa

De igual modo podemos entender el criterio de nuestra jurisprudencia sobre la responsabilidad civil del auditor de cuentas en la reciente sentencia núm. 444/2016 de 1 julio (RJ 2016\2912 (Sala de lo Civil, Sección1ª). En este caso, la responsabilidad civil se exigió por parte de la propia entidad auditada –responsabilidad contractual-, de forma solidaria para la sociedad auditora y el socio de ésta que se hizo cargo de la auditoría, como consecuencia de no haber comprobado la exactitud de la referencia contable de las existencias que estaban en el almacén del puerto mediante una comunicación directa

con el tercero depositario. Teniendo en cuenta la relevancia que las existencias -material siderúrgico- tenían en el activo de la compañía, la auditora no sólo debía haber recabado la información directamente del depositario, como prevé el párrafo primero del epígrafe 18 de la norma técnica, sino que debía haber extremado el control como advierte el párrafo segundo, que indica posibles medidas de control adicional del propio recuento del depositario.

Ahora bien, la labor del juzgador consistió en deslindar cuales de los daños y perjuicios reclamados por la parte demandante tenían cabida en la actuación negligente del auditor de la que se derivó su responsabilidad civil profesional, y cuales quedaban excluidos por no poder trazar una relación de causalidad jurídica –a la que hemos hecho alusión antes- entre la conducta negligente del auditor y el daño.

Pues bien, partiendo de que los daños y perjuicios respecto de los que se pidió la condena indemnizatoria fueron de muy distinta índole, a saber: el precio del material depositado que desapareció; las pérdidas sufridas por el desconocimiento de la verdadera situación de la compañía; el perjuicio fiscal por el pago de impuestos societarios injustificados; y el perjuicio por los préstamos realizados a la entidad auditada para su financiación, el Tribunal Supremo sentenció que no cabía apreciar relación de causalidad jurídica entre la conducta negligente del auditor y la desaparición de las mercancías, que sería imputable, en su caso, a quien la llevó a cabo, toda vez que la actuación del auditor, más que contribuir a la desaparición de la mercancía, la presuponía, en cuanto no adoptó la diligencia que hubiera podido contribuir a detectarla, pero no era, propiamente, causa de tal desaparición; de igual modo tampoco le eran

imputables las pérdidas sufridas por la compañía ni los costes financieros, que respondían a la gestión empresarial y a la administración de la sociedad, y serían imputables, en su caso, a quien correspondiera tales labores.

Sin embargo, sí que se apreció una relación de causalidad respecto de algunas consecuencias derivadas de la defectuosa contabilización, en concreto, el pago de impuestos societarios injustificados como consecuencia de la información contable. El perjuicio derivado de la inadvertencia de esta disparidad entre las existencias contabilizadas y las realmente existentes durante los ejercicios denunciados, que se hubiera podido evitar de haberse verificado correctamente el control de las mercancías en puerto en el primero de los ejercicios, es que de acuerdo con la información contable afloraron unos beneficios inexistentes, que generaron unas obligaciones fiscales (impuesto de sociedades) que no hubieran existido de haberse reflejado la realidad en las cuentas auditadas.

Como podemos observar, desde un punto de vista práctico, la peculiaridad de la función profesional del auditor de cuentas –con repercusión interna y externa a la empresa auditada- influye también en la peculiaridad de la responsabilidad civil de éste, que exige huir de una reprochable responsabilidad cuasi objetiva y, por ende, una laboriosa tarea en la constatación del nexo causal tanto desde un punto de vista físico como desde un punto de vista jurídico.

Por otro lado, teniendo en cuenta que, al igual que ocurre con los abogados, los auditores suelen actuar como miembros de una sociedad de auditoría, como ya hemos

anunciado al tratar los dos supuestos prácticos analizados antes, el legislador evitando cualquier controversia, partiendo del límite de responsabilidad antes señalado –proporcional y directa al perjuicio real-, hace responsables solidarios al auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría cuando la función auditora se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad dedicada a esta labor (artículo 26.3), lo que hace que adquiera más repercusión la obligación de contar, tanto individual como colectivamente con una garantía financiera que, como se verá, podrá ser, entre otras posibilidades, un seguro de responsabilidad civil profesional.

En aplicación de este principio de solidaridad nuestro Alto Tribunal ha venido declarando la misma siempre que el auditor que firma el informe de auditoría forma parte o actúa a través de una sociedad auditora. Así, podemos referirnos al pronunciamiento efectuado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en Sentencia núm. 338/2012 de 7 junio, (RJ 2012\7408), en la que confirmó la condena de los demandados -la sociedad auditora Ernst & Young, SA y el socio de dicha firma autor del informe de auditoría, así como la aseguradora de la responsabilidad civil de ambos, Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, SA- a indemnizar a determinados actores en los perjuicios patrimoniales que habían sufrido a consecuencia de un negligente desempeño de la actividad de auditoría de las cuentas de PSV, unido a la crisis económica de ésta. El daño fue imputado al auditor y a la sociedad de auditoría demandados, por no haber revisado y verificado correctamente el primero los documentos contables de PSV correspondientes a los ejercicios de los años mil

novecientos noventa y uno y mil novecientos noventa y dos, y, al fin, por no haber reflejado en el informe la verdadera y evidente crítica situación de la sociedad auditada.

Como cierre al régimen jurídico de la responsabilidad civil del auditor, el artículo 26 de la citada Ley de Auditoría de Cuentas, establece un plazo de prescripción de cuatro años de la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría a contar desde la fecha del informe de auditoría.

Hemos de reseñar que la fijación de este plazo constituyó una de las reformas más importantes de la ya citada Ley 12/2010 que precedió a la actual, toda vez que con anterioridad, el plazo de prescripción, a la luz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo -Sentencia de 27 de mayo de 2009-, era de 15 años si el supuesto era para exigir responsabilidad contractual al ser el actor la sociedad auditada, por aplicación del artículo 1.964 del Código Civil, mientras que el plazo sería de un año en los casos en los que el reclamante fuese un tercero (artículo 1.968.2 del Código Civil). Hoy, al igual que ocurre con la responsabilidad de los administradores, si bien para éstos la fijación del *dies a quo* se hace coincidir con el momento de su cese, el plazo para poder exigir responsabilidad la empresa auditada al auditor es de cuatro años desde que terminó el informe, y no existiendo mención alguna para los casos de responsabilidad extracontractual, habrá que entender aplicable el plazo general de un año recogido en el Código Civil a contar desde que el perjudicado tomó conocimiento del daño.

De acuerdo con lo expuesto, podemos reseñar como características de interés de la responsabilidad civil profesional del auditor de cuentas en el ejercicio de su actividad las siguientes:

- La responsabilidad civil profesional puede ser contractual como extracontractual, bien sea el reclamante que exige daños y perjuicios la propia empresa auditada o un tercero distinto de ésta.
- En cualquier caso, la responsabilidad civil profesional del auditor de cuentas es personal, individualizada y proporcional al daño o perjuicio económico inferido a la empresa auditada o a un tercero.
- Dentro de los requisitos generales de la responsabilidad civil se deberá prestar especial atención a una causalidad completa, entendida como causalidad física o material y causalidad jurídica entre el informe de auditoría o actuación auditora y el perjuicio o daño objeto de la reclamación.
- Cuando el informe de auditoría se ha elaborado por un auditor como miembro de una sociedad auditora, ambos responderán solidariamente dentro, por supuesto, de la responsabilidad individual y proporcional al daño inferido.

- El plazo de prescripción para exigir la empresa auditada responsabilidad civil contractual al auditor de cuentas es de cuatro años desde la terminación del informe de auditoría, si es responsabilidad extracontractual será de un año desde que el agraviado tuvo conocimiento del daño.

Estudiada la responsabilidad civil profesional del auditor de cuentas en la que, como hemos estudiado, el daño causado puede alcanzar cuantiosas cantidades de dinero, procede centrarse en el seguro que da cobertura a aquélla.

Es evidente que la actividad desarrollada por los auditores está ampliamente expuesta al uso de la propia empresa auditada como de terceros que de uno u otro modo aspiran a relacionarse de uno u otro modo con aquélla. El legislador siendo consciente de la importancia que tienen los informes de auditoría y los grandes riesgos a los que están expuestos los auditores, ha venido exigiendo la constitución de una garantía financiera para responder de los daños y perjuicios que pudieran causar en el ejercicio de su actividad.

Esta exigencia tiene carácter imperativo tal y como recoge hoy el párrafo primero del artículo 27 de la Ley. La cuestión es: ¿Qué se entiende por garantía financiera? La propia Ley dispone que la garantía financiera podrá prestarse mediante depósito en efectivo, títulos de deuda pública, aval de entidad financiera o seguro de responsabilidad civil o de caución, por la cuantía y en la forma que establezca el Ministerio de Economía y Competitividad. La cuantía, en todo caso, será proporcional a su volumen de negocio.

La vigente ley sustituye el término fianza que empleaba la legislación anterior (y que aún mantiene el reglamento de desarrollo) por el de garantía financiera, lo que supone un mayor esmero jurídico, al ser ésta la que si puede aglutinar a los distintos modos de dar cobertura a los posibles daños y perjuicios y no así la fianza que si podría ser una modalidad de garantía pero no el embrión de todas ellas.

Aún hoy, sigue en vigor la norma reglamentaria que servía de desarrollo a la Ley ya derogada, toda vez que después de la nueva Ley no se ha dictado ninguna disposición reglamentaria, por lo que, en muchos aspectos, sus referencias son acordes con la anterior regulación de 2011. Este aspecto hace necesario una nueva reforma que acomode la norma reglamentaria a la disposición legal en vigor –esta oportunidad no la aprovechó –al reformar sólo lo relativo a las entidades de interés público (artículo 15)- el Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, por el que se regula el fondo de reserva que deben constituir determinadas fundaciones bancarias y se modifica el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Pues bien, la remisión que hace la Ley al reglamento en cuanto a la cuantía “*importe de la garantía financiera para el primer año de ejercicio de la actividad*” y forma “*elementos esenciales que resulten necesarios para garantizar su suficiencia y*

vigencia a efectos de cumplir su finalidad”, se debe entender hecha al Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

Esta norma reglamentaria regula la garantía financiera en el artículo 55 -refiriéndose al igual que hacía la ley anterior a “fianza”-, en el que tras hacer mención a las distintas formas de garantía que recoge la Ley (depósito en efectivo, valores de deuda pública, aval de entidades financieras inscritas en los registros especiales del Ministerio de Economía y de Hacienda y del Banco de España o seguro de responsabilidad civil) establece la duración, forma y pormenores de las mismas.

Así, respecto a la duración de la garantía, deberá mantenerse durante el plazo en el que pueda ejercitarse la acción de responsabilidad –los cuatro años a los que hemos hecho alusión más arriba- y, en el caso de cese de la actividad de auditoría de cuentas, el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría deberá mantener asimismo durante el citado plazo la fianza constituida, pudiendo solicitarse la devolución de la misma una vez transcurrido dicho plazo.

La cuantía de la garantía para el primer año de actividad y que sirve de mínimo para los años sucesivos asciende para las persona físicas a 300.000 euros, si bien, esta cuantía, en el caso de las sociedades de auditoría, se multiplicará por cada uno de los socios de la misma, sean o no auditores de cuentas, y auditores de cuentas designados

para firmar informes de auditoría en nombre de la sociedad, teniendo, asimismo, el carácter de mínima en los años sucesivos.

Una vez transcurrido el primer año de la actividad, la garantía mínima se incrementará en el 30 por ciento de la facturación que exceda de la cuantía equivalente a la de dicha fianza mínima y que corresponda a la actividad de auditoría de cuentas del ejercicio anterior. Tanto la vigencia como la cuantía de la garantía en los términos que hemos expuesto, deberá ser justificada anualmente, pues, en otro caso, se impedirá el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas y conllevará la adscripción a la situación de no ejercientes para las personas físicas y la baja en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas para las sociedades, una vez transcurridos los tres meses desde que se produjo tal circunstancia o el plazo para efectuar la subsanación requerida por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Mención especial requiere la garantía financiera más utilizada en la práctica y que constituye núcleo esencial de este estudio: el seguro de responsabilidad civil profesional.

Tal y como ocurre con el seguro de responsabilidad civil profesional de los abogados, el correspondiente a los auditores de cuentas puede ser individual o colectivo, si bien, en cualquier caso, deberá cubrir específicamente la responsabilidad civil tal y como se define en la Ley, y en los términos y condiciones a los que hemos hecho alusión anteriormente, lo que en definitiva supone que la cobertura debe realizarse de forma individualizada para cada asegurado y para el ejercicio de la actividad de

auditoría de cuentas, sin que sean admisibles cláusulas que determinen una cobertura inferior a los límites aplicables para cada siniestro con independencia de que de forma conjunta se cubra dicho límite.

En primer lugar, de acuerdo con lo ya expuesto, podemos decir que el seguro de responsabilidad civil profesional suscrito por los auditores de cuentas es un seguro obligatorio, salvo que sea sustituido por un depósito, seguro de caución o un aval que otorguen garantía a los daños que se puedan inferir en el ejercicio de la actividad. Los requisitos, como hemos visto, en cualquier caso serían los mismos.

Por lo general, el volumen de las grandes sociedades auditoras hace que estos seguros de responsabilidad civil suscritos por estos profesionales se configuren, en muchos casos, como seguros de grandes riesgos, toda vez que el tomador suele cumplimentar dos de los tres requisitos legalmente exigidos: un activo total del balance de 6.200.000 euros, un importe neto del volumen de negocios de 12.800.000 euros y número medio de empleados durante el ejercicio de 250 empleados, debiéndose tener en cuenta que si el tomador del seguro formara parte de un grupo de sociedades cuyas cuentas consolidadas se establezcan con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base de las cuentas consolidadas (artículo 11 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras). El efecto de constituir un seguro de gran riesgo no es otro sino que las normas de la Ley de Contrato de Seguro pierden su carácter de imperativas y son dispositivas, ya que

prevalecen sobre ellas las condiciones pactadas por los contratantes (artículo 44.2 de la Ley de Contrato de Seguro).

Asimismo, es normal que este seguro contenga “claim made” como cláusula delimitadora de cobertura desde el punto de vista temporal y, asimismo, como atractivo para el cliente tomador.

En lo relativo al ámbito de la cobertura del seguro, ya nos hemos detenido en la distinción de la responsabilidad civil de los auditores frente a la entidad auditada y frente a los terceros (artículo 26.2 de la Ley 22/2015).

En cuanto a sus elementos personales, en principio, la posición de tomadora del seguro correspondería a las sociedades de auditoría que podrían concertar el seguro por cuenta propia (a fin de dar respuesta a lo preceptuado en los artículos 26 y 27 de la Ley 22/2015) y por cuenta ajena (de los auditores integrados en ellas) y de los propios auditores individualmente considerados, como posibles tomadores y asegurados.

Ahora bien, a parte de los seguros de responsabilidad civil que a título particular pueda suscribir cualquier auditor o sociedad auditora, resulta interesante hacer mención al seguro colectivo que el gremio de los auditores, a nivel nacional, tiene concertado para dar respuesta a la garantía financiera exigida legalmente. A este respecto, debemos partir del Consejo General de Economistas que, como es sabido, es una Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines que se rige por la Ley de Colegios Profesionales y por sus propios Estatutos (Orden ECC/402/2013, de 12 de marzo, por la que se publican los

Estatutos provisionales del Consejo General de Economistas) que coordina y representa en los ámbitos nacional e internacional a todos los Colegios de Economistas y de Titulares Mercantiles, de España y ordena y defiende el ejercicio profesional de sus colegiados. En la actualidad hay 70.000 colegiados entre los 68 Colegios existentes.

Entre sus objetivos se encuentra:

- La ordenación del ejercicio profesional de los colegiados.
- La representación exclusiva del conjunto de la profesión.
- La defensa y protección de los intereses profesionales de los colegiados.
- El establecimiento de intercambios, acuerdos o cualquier clase de relaciones con organizaciones similares o afines españolas o extranjeras, tanto de ámbito nacional como supranacional.

Pues bien, dentro del Consejo General de Economistas existe un órgano especializado, el REA+REGA Auditores (Registro de Economistas Auditores), creado en el año 1982, cuyo objetivo es desarrollar las funciones que dicho Consejo tiene en materia de auditoría de cuentas. En la actualidad, es la organización más representativa de los auditores, con el 60% de los profesionales de la auditoría de cuentas y el 57% de las sociedades de auditoría. Cuenta con más de 6.000 auditores inscritos, y el número de

sociedades de auditoría afiliadas es cercano a las 800 (según datos del propio Consejo General de Economistas).

Así las cosas, el Consejo General de Economistas se ha encargado de ir dando cobertura a la garantía financiera de los auditores que forman parte de la Corporación REA+REGA Auditores, en este caso a través de una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional.

A mi juicio, resulta interesante conocer algunos aspectos de esta póliza, pues ello nos permitirá hacernos una idea, dada su similitud, de las pólizas ofertadas a los auditores por otras compañías aseguradoras.

Actualmente, la póliza colectiva suscrita por el Consejo General de Economistas -de la que éste es tomador- suscrita para los auditores, está concertada con la compañía MAPFRE, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. a través de la correduría de Seguros BRUZON Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A., siendo los asegurados los miembros del REA+REGA Corporación de Auditores del Consejo General de Economistas, tanto personas físicas como jurídicas, que se encuentren adheridos a la póliza mediante el oportuno certificado de seguro y que estén al corriente de pago de la prima.

Anualmente se informa a los miembros de la referida corporación de los pormenores del seguro a través de una Circular. La última Circular relativa a la negociación aseguradora a la que hemos tenido acceso es del mes de julio de 2016, en la que se puso en conocimiento de aquéllos todos los aspectos de interés de esta póliza,

que según infiere de la misma, trata de acomodar el seguro a las necesidades de protección y aseguramiento de estos profesionales –ampliando la cobertura a nuevos riesgos que pueden venir dados por nuevos servicios prestados o por la aprobación de nueva legislación-. En concreto, en esta circular se ponía de manifiesto que *“el día 16 de julio de 2.016 se ha renovado la póliza de responsabilidad civil con la actual aseguradora, Mapfre. Las negociaciones mantenidas con Mapfre y la renovación de esta anualidad se enmarcan en un entorno de mayor litigiosidad, lo cual nos ha permitido comunicar una actualización de las primas con un leve incremento que podemos calificar de justificado en función de algunas reclamaciones que están afectando a nuestra actividad profesional de auditoría.*

Resaltamos algunas mejoras que contempla la póliza, más allá de la actividad principal de Auditoría:

- Límites asegurados superiores a los exigidos según legislación.*
- Actividad profesional de control de calidad según legislación vigente.*
- Garantía para los daños relacionados con la L.O.P.D.*
- Actividad de Mediador según Ley 5/2012 y RD 980/2013.*
- Actividad como experto externo en el ámbito de la legislación aplicable sobre Blanqueo de Capitales.*

· *Actividad de elaboración de informes, en calidad de auditor inscrito en el ROAC, que no se correspondan en toda su amplitud con un informe de auditoría de cuentas.*

· *Límite para Sanciones Administrativas de 400.000 euros por auditor / sociedad y anualidad de seguro”.*

En resumen, esta póliza de seguro de responsabilidad tiene como cobertura principal la auditoría de cuentas –aumentando el capital asegurado exigido legalmente, en este caso, en 200.000 euros por asegurado y siniestro-, tal y como se encuentra definida en la Ley 22/2015 y Reglamento según RD 1517/2011. Ahora bien, tal y como hemos anunciado, los servicios prestados por los auditores así como la forma en la que se prestan estos servicios hace que el riesgo asegurado se haya ido ampliando. Así:

- En aplicación de la Ley 2/2007 de 15 de Marzo de Sociedades Profesionales, se cubre para la actividad y hasta los límites fijados en las condiciones particulares, junto con la Responsabilidad Civil Societaria, la Responsabilidad Civil de los Socios Profesionales que hayan intervenido en la prestación del servicio.
- Se incluye dentro de la actividad asegurada la actividad profesional de control de calidad exigida en la Norma de Control de Calidad Interna según Resolución de 26 de octubre de 2011 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

- Se incluye la actividad del auditor como experto externo en el ámbito de la legislación vigente sobre Blanqueo de Capitales.
- Se incluye la actividad de Mediador según Ley 5/2012 y RD 980/2013 con un sublímite específico de 300.000 euros por siniestro, asegurado y anualidad de seguro.
- Se incluye la actividad de elaboración de informes en calidad de auditor inscrito en el ROAC, siempre que así se haga constar y cuando dichos informes guarden relación con la actividad de auditoría.

Por otro lado, uno de los aspectos que más discusiones doctrinales ha suscitado en relación al riesgo asegurado, es si resultan o no asegurables las sanciones administrativas que puedan imponerse a los auditores por vulneración de la normativa sectorial que les resulta de aplicación. Pues bien, pese a las críticas recibidas, las pólizas de seguro de seguro de responsabilidad civil de los auditores tienden a cubrir las sanciones administrativas en las que puede incurrir el auditor, prueba de ello es la cobertura que establece la póliza suscrita por el Consejo General de Economistas: *cobertura de Sanciones Administrativas con un límite de indemnización de 400.000 euros por anualidad de seguro y por auditor/sociedad.*

La cuestión no es baladí, pues el aseguramiento de estas sanciones administrativas parece contravenir la prohibición de asegurar el comportamiento doloso

del asegurado, esto es, el principio que declara nulo todo pacto o contrato que tiende a exonerar de la responsabilidad procedente de dolo («ne dolus praestatur»), al que la Ley de Contrato de Seguro llama mala fe: *El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado* (Artículo 19).

Desde muy distintas voces cualificadas se han emitido opiniones dispares. Así, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en la Consulta 5/2008, de 31 de marzo de 2008, dando respuesta a una consulta concreta de una aseguradora relativa a la asegurabilidad en general de las multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, adujo que esta cobertura vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable. De manera que esta cláusula de cobertura de sanciones administrativas –según la Dirección General– no es admisible porque podría ser contraria al orden público y por no ser objeto de cobertura en el seguro de responsabilidad civil, al no ser posible asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos.

En el otro lado, determinado sector doctrinal, partiendo de la consideración de las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones como meras recomendaciones o interpretaciones de la ley sin carácter imperativo, ha entendido que es factible que el mercado siga asegurando multas y sanciones mientras que la Ley de Contrato de Seguro no recoja expresa y claramente esa prohibición, lo que, de ocurrir,

daría lugar a la nulidad de tales cláusulas y consiguiente devolución de la fracción de prima cobrada por asegurar tales riesgos.

El razonamiento en el que se apoya esta última línea doctrinal parte de la base de que esta cobertura no atenta contra el orden público, al velar por intereses privados del asegurado –no se cubre la conducta dolosa del asegurado sino el montante económico derivado de la sanción-, sin que se pueda considerar que fomente la negligencia del asegurado quien, por otro lado, nunca querrá ser reclamado y sancionado por una cuestión de imagen o reputación profesional.

A mi entender, la protección del perjudicado, el aseguramiento de la solvencia económica del asegurado y las expectativas de negocio del asegurador hacen que deba ser admitida la cobertura de sanciones de índole administrativo. En cuanto a la legalidad de este modus operandi debemos encontrarlo en el riesgo asegurado que, por supuesto, no será el comportamiento culposo del asegurado, sino la eventual penalización que pueda sufrir por parte la administración.

3.4.El Notario: de las obligaciones profesionales del notario y su responsabilidad. De la responsabilidad del notario por desconocimiento de la Ley. Del seguro de responsabilidad civil profesional del Notario.

3.4.1. La responsabilidad del notario en su vinculación con la Ley.

En el sistema jurídico en el que nos encontramos, la función de dar fe conforme a la legislación vigente de cualesquiera actos jurídicos o circunstancias fácticas se atribuye desde antiguo al notario.

Esta función encomendada al notario, le puede originar responsabilidad civil cuando por negligencia profesional produce daños y perjuicios a un tercero, requiriéndose, como en general ocurre con el resto de profesionales, una acción u omisión culposa del notario, un daño, un perjuicio y la relación de causalidad entre la acción u omisión culpable del notario y el daño que se ha producido.

Pues bien, entendiendo que esta negligencia profesional puede tener distintas maneras de manifestarse, teniendo en cuenta que los daños inferidos de descuidos o meros errores profesionales propios del notario o de su equipo (error en la constatación de la realidad –de los sujetos intervinientes o del objeto tratado-, extravío de escrituras, etc) son de fácil apreciación y de dudosa discusión, en este apartado trataremos de ahondar en la responsabilidad civil del notario que pudiera emanar del desconocimiento de la legislación vigente, intentando dar solución a la controvertida cuestión de hasta dónde alcanza el deber de este fedatario público de conocer la normativa vigente en el ejercicio de su función de autorizar documentos públicos y cuál es, en su caso, la actuación que debe desarrollar cuando detecta alguna irregularidad formal o material en el documento que se le presenta, para, más tarde, poder entrar a valorar cuál es la responsabilidad en la que puede incurrir él mismo, bien por autorizar instrumentos *contra legem*, bien por ignorancia de la Ley o por negligencia manifiesta en su apreciación.

Asimismo, ha despertado en quien suscribe el interés de ahondar en la posición que actualmente ocupa este operador jurídico en el marco legal y social, y cuál es la nueva orientación que puede o debe darle el legislador en pos de la sociedad y de la

seguridad jurídica, de manera que el ciudadano tenga la certeza de que tras someter a la fe pública su instrumento, éste tiene una evidencia de legalidad.

Por último, partiendo de las cuestiones más controvertidas que de la responsabilidad profesional del notario se pueden extraer, analizaremos ciertos puntos de interés sobre el seguro que estos profesionales suscriben para dar cobertura a aquélla y, por ende, defender su patrimonio.

Partiendo de la legislación aplicable, de la jurisprudencia y de la doctrina más autorizada, intentaremos dar respuesta a una serie de contradicciones y obstáculos que inciden en la percepción de la dicotomía Notario-Ley: ¿debe el Notario conocer el derecho en base a un principio similar por el que se rigen los jueces?; en segundo lugar, para el caso de ser afirmativa la respuesta dada a la primera cuestión: ¿es función del Notario ejercer un control de legalidad de los instrumentos públicos que intervenga o autorice?, o, dicho de otro modo, ¿debe el Notario autorizar instrumentos mercantiles ilícitos o ilegales?. Cuestiones todas ellas que nos llevarán a estudiar la posible responsabilidad en la que puede incurrir el Notario en su quehacer profesional; y, por último, trataremos de dar respuesta –a modo de *lege ferenda*- a este interrogante: ¿qué vías puede abrir el legislador para -en pos de la seguridad jurídica preventiva- impulsar la función notarial y el compromiso de ésta con la legalidad existente? ¿Puede el seguro desempeñar algún papel en estos casos?

No se trata de reproducir la cuestión –en su día ampliamente discutida- que se suscitó tras la declaración de inconstitucionalidad de parte de la disposición

reglamentaria (artículo 145 del Reglamento Notarial -Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado-) de la que se extraía el control de legalidad que competía a los notarios, sino constatar que ocurre o podría ocurrir si este fedatario público eleva a público -o se niega a hacerlo- un documento no ajustado a la Ley o de dudosa legalidad. Pues bien, a través de este estudio observaremos como la idea que cualquier lego en derecho puede tener acerca de los cometidos y conocimientos exigidos a estos juristas de más alto nivel, no encuentra una respuesta clara y contundente en nuestro ordenamiento jurídico.

Si partimos de lo dispuesto en la Ley del Notariado -Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado- (artículo 1), el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, y le corresponde, a la luz del artículo 24 del mismo texto legal, controlar la regularidad formal y material de los negocios jurídicos que se pretendan documentar. Quiere esto decir que, en principio, de acuerdo con la normativa en vigor, es predicable que los notarios deben indagar si el negocio jurídico que se le presenta cuenta con todos sus elementos para ser considerado ajustado a la legalidad, afirmación respaldada, asimismo, por el artículo 17 bis del mismo texto legal que corrobora su deber de adecuar el otorgamiento *a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*.

Por su parte, señala la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 21 diciembre 2007) que no puede olvidarse que compete al notario autorizante de la escritura asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los

medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar, de modo que al autorizar el instrumento público da fe sobre la adecuación del otorgamiento no sólo a la legalidad sino también a la voluntad debidamente informada de los otorgantes, debiendo indagar esa verdadera voluntad y controlar la regularidad formal y material del acto o negocio jurídico –en sus elementos esenciales, naturales y accidentales–, de modo que se asegure que no sean contrarios a las Leyes o al orden público, así como el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos y necesarios para su plena validez y eficacia.

Por su parte, nuestro Alto Tribunal en calificación de esta función notarial, tras destacar su carácter complejo, ha reseñado (Sentencia de 20 mayo 2008 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) que el notario evalúa la legalidad del acto o negocio jurídico de que se trate y que a tal efecto los interesados acuden al mismo, fiados en su cualificación jurídica, para instrumentalizar adecuadamente tal acto o negocio jurídico; que el notario ha de velar por la regularidad formal o material de los actos o negocios jurídicos en que intervenga o el examen de la adecuada legalidad habrá de efectuarse en los términos y con el alcance que resulta de la Ley que la propicia, materializándose en las correspondientes reservas y advertencias establecidas en la Ley o, como resulta del artículo 194 del propio Reglamento, en el Código Civil y en el Código de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, así como en la adecuada información de la voluntad de los intervinientes, en los términos que resultan del artículo 1 del propio Reglamento, e incluso otras previsiones legales como la ya indicada del artículo 24 de la Ley.

Quiere todo esto decir que, desde cualquier vertiente jurista, al igual que ocurre con la percepción de la sociedad, se parte de la convicción de que el Notario no es un mero instrumento de rúbrica de la realidad que se le presenta, sino que debe profundizar en esa realidad fáctica que se somete a su revisión y tiene que corroborar que es ajustada a la Ley. El Notario debe comportarse como un “vehículo hacia la legalidad”, como un guía que conduzca la voluntad de los contratantes y otorgantes de escrituras públicas a la conformidad con la normativa aplicable, lo que implica, irremediabilmente, el conocimiento de la Ley.

Por razones de seguridad jurídica y bienestar social, es indispensable sostener la máxima de que *el Notario conoce la Ley* o, cuando menos, *se presume* este conocimiento. Ahora bien, las interrogantes surgen, primero, a la hora de determinar cómo debe gestionar el Notario este conocimiento: ¿Qué puede hacer o debe hacer para evitar que los documentos que él intervengan no contengan cláusulas ilegales?; más tarde, cuando el Notario no ha ajustado el instrumento público a la letra de la Ley: ¿Se le puede exigir responsabilidad? ¿De qué tipo?; por último, ante la existencia de una escritura pública contra legem: ¿el reproche del que puede ser merecedor el fedatario público, es el mismo si el otorgamiento fue intencionado o negligente?

Partiendo de la máxima: el notario conoce la Ley y debe ajustarse a ella al elevar a público los documentos que se le sometan, se hace necesario determinar el alcance del control de legalidad de los notarios.

Como anunciamos al inicio de este trabajo, no vamos a tratar de ahondar más de lo estrictamente necesario en la cuestión formal de si nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los notarios el control de legalidad de los actos o negocios jurídicos que intervenga, sino, más bien, cuales son los mecanismos legales con los que cuentan estos magños profesionales para ser fiadores de legalidad –que pueden o no pueden hacer- y donde empieza su responsabilidad profesional y donde termina.

Respecto a la primera cuestión formal, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, que anuló parcial o totalmente diversos artículos del Reglamento Notarial, despertaron todos los sectores del derecho al excluirse del texto de la Ley que el notario, “*en su función de control de la legalidad*”, no sólo debía excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando, a su juicio, apreciara una serie de contravenciones jurídicas. Ahora bien, a los efectos que nos ocupan, no fue trivial que la derogación reglamentaria fuera una cuestión meramente formal –al regular a través de una norma con rango reglamentario una cuestión que requería una norma con rango legal-, y ello, pese a la existencia de intereses corporativos –véase que el recurso contencioso administrativo lo interpuso el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-.

Se podría considerar irrelevante la derogación de esa declaración, pues, como insistía el Alto Tribunal, lo que se cuestionaba no era la oportunidad o procedencia de que el notario pudiera denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, sino que ello no se hubiera establecido en norma de adecuado rango legal.

En defensa del notariado, tras la sentencia del Tribunal Supremo, la declaración de la Asociación de notarios y registradores de España –en documento firmado por sus copresidentes, Don Alfonso Cavallé Cruz y Don Jesús Ducay López-, afirmó que el notario, por su condición de funcionario público, está obligado a controlar la legalidad en el ámbito de sus funciones lo que al ser tan evidente, nunca se ha puesto en duda a lo largo de la historia de la institución notarial, y que el asesoramiento y el control de legalidad son consustanciales e inherentes a la propia esencia del notario; la negación, del control de legalidad que corresponde al notario en el momento de la perfección del negocio jurídico, chocaría frontalmente con el sistema de seguridad jurídica preventiva vigente, en contra de nuestra mejor tradición jurídica y lo que es más grave, en claro perjuicio para los ciudadanos.

En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros y el Notariado en su resolución de 1 de octubre de 2010, manifestó que los notarios están sujetos a la Directiva 93/13/CEE y obligados, por ende, al control de oficio de las cláusulas abusivas.

Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de fecha 7 de marzo de 2016 (sentencia número 528/2016, ponente señor Córdoba Castroverde), en lo que respecta a los préstamos hipotecarios, se ha pronunciado sobre el control de legalidad notarial de los mismos y, partiendo de la declaración de nulidad del artículo 30.3 y 4 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, niega a los notarios la posibilidad de denegar la autorización de los préstamos hipotecarios o la

inscripción de alguna de sus cláusulas cuando no cumplan con la legalidad vigente, y ello por falta de habilitación legal para regular la competencia del control de legalidad de los notarios. A este respecto, aduce el Alto Tribunal que es necesaria una norma de rango legal que dé cobertura a las previsiones recogidas en la mencionada Orden que no sólo otorga la función de control notarial, sino que además establece que la decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendiendo que los preceptos impugnados no encuentran cobertura legal ni en la Ley del Notariado, ni en la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), ni en la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios o la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Corresponde, concluye el Tribunal Supremo, al legislador, y no a un departamento ministerial determinado, la aprobación de los preceptos ahora anulados por falta de cobertura legal.

Así las cosas, a nuestro juicio, no es baladí que exista o no un soporte legal expreso relativo a ese control de legalidad y, más aún, una regulación legal de cómo debe el notario gestionar ese control, pues de ello dependerá que puede o no puede, o que debe o no debe hacer el notario en el ejercicio de ese control de legalidad, bien entendido que la intervención revisora notarial debe ser inmediata, al exigirlo así las necesidades sociales.

Pensemos, por ejemplo, en un negocio jurídico presentado a elevación pública que contiene una cláusula que, a juicio del notario, pudiera resultar abusiva o ilegal y, por ende, nula de pleno derecho: ¿Qué puede o debe hacer el notario? Extraemos las siguientes conclusiones a la luz de la normativa vigente:

1.- El notario puede y debe autorizar aquellas cláusulas que no contravienen precepto legal alguno, es más, está obligado a dar fe de ese acto público o particular extrajudicial al no encontrar justa causa para negar la intervención de su oficio, de acuerdo con el tenor literal del artículo 2 de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado.

2.- El notario puede y debe denegar la autorización de aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por imperativo del artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3.- El notario no puede y, quizás deba, denegar la autorización de una cláusula que a su juicio pudiera resultar abusiva o ilegal. Ahora bien, cabe preguntarse: de un lado, cuál es el sustento que podría tener el fedatario público para denegar la autorización del instrumento y, de otro, que le permitiría autorizar ese instrumento.

Antes de la derogación parcial del artículo 145 del Reglamento Notarial, como ya hemos señalado, el notario encontraba apoyo legal para, en su función de control de la legalidad, negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio la autorización o intervención notarial suponía la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos; y, asimismo, cuando el acto o el contrato en todo o en parte fueran contrarios a las leyes o al orden público o se prescindiera por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia. Ahora bien, derogadas

estas premisas por el Tribunal Supremo –en obvio detrimento del sistema de seguridad jurídica preventiva-, el notario a quien se le presenta el acto o negocio jurídico de legalidad equívoca, a nuestro juicio, puede:

- Verse obligado a autorizar el acto jurídico que se le presenta por no encontrar mecanismo legal que le permita actuar de otro modo.
- Verse obligado a autorizar el acto jurídico que se le presenta por no encontrar mecanismo legal que le permita actuar de otro modo, si bien, a fin de salvaguardar su propia responsabilidad –al amparo del artículo 194 del Reglamento Notarial- haciendo las reservas y advertencias legales que considere oportunas.
- Considerar que tiene justa causa para denegar la autorización –entroncando con los artículos 1, 2 y 24 de la Ley del Notariado- por encontrar un negocio jurídico que, a su juicio, adolece de ilegalidad.

Ahora bien, la casuística que se le puede presentar es diversa y el juicio de legalidad puede estar más o menos claro.

En efecto, en ocasiones la violación de la legalidad puede ser percibida de manera clara y objetiva, en cuyo caso, podría defenderse –que no afirmarse con rotundidad- la denegación por parte del notario de la autorización de actos jurídicos o contratos que contengan cláusulas cuyo carácter *contra legem* pueda ser objetivamente

apreciado; por el contrario, cuando el negocio jurídico sometido a su ministerio requiera de un juicio más profundo de valoración, parece que su “*potestas*” no le permite –a la luz de la normativa vigente- pronunciarse, quedando obligado a ejercer su función fedataria.

Sea como fuere, el decantarse por una u otra de las opciones expuestas no dejaría de ser una mera apreciación subjetiva del notario carente de un soporte legal firme, objetivo y serio, que –como veremos más adelante- podría determinar la declaración de su responsabilidad –de una u otra naturaleza, según el caso- y la imposición de un reproche disciplinario.

Quiere esto decir, que la hoja de ruta que debe seguir el notario cuando se le presenta un instrumento que puede adolecer de algún elemento que contraviene la ley, no consta escrita, más bien todo lo contrario, existen una serie de disposiciones legales genéricas y ambiguas que suponen una oscura incertidumbre en tan loable función profesional. Este es el aspecto que, entendemos, debe ser subsanado por el legislador, de manera que la figura del notario no quede como un simple testigo cualificado que quede inerte ante actos jurídicos reprochables jurídicamente y se enmarque legalmente como un fiel instrumento garante de la legalidad.

Partiendo de lo anterior, si nos centramos ahora en la responsabilidad en la que puede incurrir el notario en el ejercicio de su profesión y la focalizamos en la autorización de instrumentos no legales, diremos que la indefinición legal de la función notarial puede desencadenar que la actuación del notario, bien autorizando bien

denegando la autorización ante instrumentos jurídicos de dudosa legalidad, pueda determinar su responsabilidad profesional, aspecto que colisiona frontalmente con ese vacío legal antes mencionado.

Hagamos un breve recorrido por los distintos tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el notario en el ejercicio de su profesión, enlazando esta cuestión con lo que hemos venido analizando anteriormente, de manera que trataremos de dar respuesta a estas cuestiones: ¿Cuál es la responsabilidad en la que puede incurrir el notario por autorizar actos jurídicos contrarios a la Ley o de legalidad incierta? y ¿cuál es la responsabilidad en la que puede incurrir el notario por denegar la autorización de actos jurídicos de dudosa legalidad?.

Dado el distinto matiz sobre el que estamos analizando la responsabilidad profesional del notario –en relación a los otros profesionales ya estudiados- en este caso, entendemos de recibo examinar los distintos tipos de responsabilidad en la que puede incurrir aquél:

a) Responsabilidad disciplinaria.

El Reglamento Notarial en su artículo 348 en su apartado c) considera como infracción muy grave *la autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración.* Si enlazamos esta previsión normativa con lo que hemos venido manifestando

anteriormente, es coherente pensar que el notario debe denegar la autorización o intervención de documentos ilegales.

Ahora bien, no habrá duda cuando el documento jurídico que se pretende elevar a público resulte claramente contrario a Ley (P.ej. la compraventa llevada a cabo por el tutor respecto al inmueble titularidad de su tutelado -incapacitado judicialmente- sin la preceptiva autorización judicial, o la escritura de declaración de obra nueva sin la preceptiva licencia de primera ocupación). En cambio, habrá supuestos que sean difíciles de encajar dentro de la legalidad (p.ej. el carácter abusivo de una cláusula contenida en un préstamo hipotecario, o el acuerdo de los cónyuges en la liquidación del régimen matrimonial relativo a indivisibilidad del inmueble común hasta contraer nuevas nupcias uno de ellos).

Pues bien, mientras que en el primer supuesto se puede decir que el notario ha actuado con diligencia, en el segundo supuesto no será posible extraer esta misma conclusión hasta que un órgano judicial declare la legalidad del instrumento elevado a público después de haber sido impugnado ante los Tribunales de justicia; por el contrario, si se declarara la nulidad del instrumento por contravenir la Ley, ello podría acarrear la depuración de responsabilidad del notario autorizante por haber autorizado un acto ilegal.

Por otro lado, el artículo 349 del mismo Reglamento Notarial, considera como infracción grave *la negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, así como la ausencia injustificada por más de dos días del lugar de su residencia, siempre*

que cause daño a terceros; en particular, se considerará a los efectos de esta infracción de negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, la denegación injustificada por parte del notario a autorizar un instrumento público. Esta disposición nos lleva a la misma reflexión que hemos extraído tras analizar el artículo 2 de la Ley Orgánica del Notariado, esto es, la posible existencia de responsabilidad en este caso, dependerá de si el notario, subjetivamente, entiende como justa causa para denegar la autorización de un instrumento público, la existencia de una cláusula controvertida jurídicamente a la luz del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la eventual responsabilidad del notario por denegar la autorización de un instrumento jurídico que se somete a su conocimiento, vendrá determinada por la confección de un concepto jurídico indeterminado: “justa causa”, circunstancia que lleva aparejada una irresolución que no casa con la función preventiva asignada al notario ni con la seguridad jurídica que tienen derecho a obtener quienes someten sus relaciones jurídicas a un funcionario público de la más alta cualificación.

b) Responsabilidad civil: diligencia exigible. ¿Abstinere vero debet notarius ne conscribat illicita instrumeta?

El artículo 146 del Reglamento Notarial prescribe que el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Es evidente que la actuación notarial consistente en autorizar negocios jurídicos luego declarados nulos de pleno derecho por ser contrarios a la legalidad vigente, pueden conllevar daños a los firmantes de las escrituras o a terceros.

Como hemos anticipado al inicio de este apartado, existen supuestos en los que se más sencillo detectar la responsabilidad civil derivada de comportamientos notariales sin que medien conocimientos o desconocimientos legales previos o juicios de valor por parte del fedatario público, esto es, casos en los que existe una falta de cuidado a la hora de plasmar la realidad generando, de ese modo, daños y perjuicios.

Véase, en este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 126-2014 de 18 marzo, que declara la responsabilidad civil del notario con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios por ignorar inexcusablemente la existencia de un embargo judicial que gravaba el inmueble al autorizar la escritura de compraventa; o la Sentencia de 9 Mar. 2012, rec. 136/2009 que declaró la responsabilidad civil del notario por infracción del artículo 1.872 del Código Civil, al incumplir el requisito consistente en la comunicación de la subasta a la propietaria de los bienes subastados). En estos supuestos se parte de la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal, según la cual, existe responsabilidad del notario cuando, por sí o por sus dependientes, incumple o cumple defectuosamente obligaciones asumidas contractualmente, como gestor, o como cualquier otro jurista o profesional, omitiendo una «escrupulosa» supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad por culpa in vigilando (SSTS de 28 de noviembre de 2007, 6 de junio de 2002 y 19 de junio de 2003). Más adelante ahondaremos, como

merece este tratado, sobre la responsabilidad civil profesional del notario al igual que estamos haciendo con el resto de profesionales.

Si bien, si nos centramos en la relación notario-Ley, la responsabilidad civil del notario puede venir motivada por aspectos dispares, así, entendemos que el desconocimiento por parte del notario de una Ley vigente o la autorización de un instrumento en base a una Ley derogada por culpa o ignorancia inexcusable, debe conducir a su responsabilidad civil si de esa actuación derivan daños y perjuicios, y media una relación causal entre la intervención notarial –vinculada a la Ley- y estos efectos dañosos. De igual modo podemos extraer la misma conclusión si el notario interviene o autoriza un instrumento público luego declarado ilegal por sentencia judicial, concurriendo las mismas circunstancias: perjuicios, dolo, culpa o ignorancia inexcusable y nexo causal entre la actuación notarial y aquéllos.

Esta responsabilidad civil del Notario por su actuación negligente o poco diligente deriva de la propia contravención de la Ley Orgánica del Notariado, al ser implícito a la función de fedatario público, como ya expusimos, dar fe conforme a las leyes (Artículo 1 Ley del Notariado), adecuar el instrumento público autorizado a la Ley (Artículo 17 bis Ley del Notariado) y velar por la regularidad del negocio jurídico intervenido (Artículo 24 Ley del Notariado), aspectos que, al declararse la ilegalidad del negocio jurídico intervenido, en modo alguno cumplimentó.

Pero es que además, en el caso del fedatario público, la diligencia que le es exigible al amparo del artículo 1.104 del Código Civil para prevenir el daño, no puede

ser considerada como la normal u ordinaria sino la más exquisita por exigencia de su profesión pública, alta preparación, especial cualificación y credibilidad social. En este sentido, cabe traer a colación las siguientes sentencias del Alto Tribunal: STS Sala 1ª 6 de mayo de 1994; STS de la Sala 1ª 28 de noviembre de 2007 –antes aludida-; STS Sala 1ª de 14 de mayo de 2008- de las que, en efecto, cabe extraer que la diligencia debida de los notarios no es la propia de un buen padre de familia para evitar la producción de un daño sino la más exigente.

De manera que la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones exigibles, de acuerdo con las circunstancias, es elevado en cualquier caso, pues los particulares interesados se encomiendan a un profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario, de quien es razonable tener una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen. Línea jurisprudencial ésta, luego respaldada por nuestra jurisprudencia menor, de la que cabe citar, por todas, la Sentencia núm. 253/2012 de 26 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), o la Sentencia núm. 41/2013 de 5 de febrero de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª).

Ahora bien, es justo pensar que la responsabilidad civil del notario requiera la concurrencia de un reproche subjetivo derivado de una actuación dolosa o negligente que exige sea probado por parte de quien la alega, sin que pueda derivarse de la mera existencia de un daño a modo de responsabilidad objetiva. No basta, a priori, tampoco

ni resulta suficiente, una interpretación discutible de un precepto legal o reglamentario sino que se requiere carezca de todo apoyo en norma legal alguna (en este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) Sentencia núm. 39-2005 de 25 octubre).

Enlazando con lo expuesto, es innegable que en el ejercicio de su función y a la luz de los conocimientos técnicos que se le presumen -perfecto conocedor de la Ley-, el notario debe considerar si las situaciones fácticas que se someten a su ministerio son ajustadas a la legalidad, es decir, debe interpretar la norma sin estar investido de jurisdicción y su actuación debe ser acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen y obtener como resultado un instrumento público “presumiblemente” legal, ahora bien, no siempre resultará sencillo este *modus operandi*.

No son pocas las ocasiones en las que la autonomía de la voluntad de los particulares entra en colisión con la deseable función notarial garante de la legalidad, se fuerza la labor notarial a extremos no deseables, hasta el punto de ser necesario cuestionarse si debe el notario autorizar ciertos instrumentos. En estos casos, el propio funcionario público garante de la legalidad entra en un debate interno en el que debe evaluar y discernir entre: el deseo y la necesidad de autorizar un negocio jurídico -elevándolo a público-, y la posibilidad de denegar la autorización por desconocer, de manera definitiva, si aquél se ajusta al ordenamiento jurídico y no poder decidir sobre la juridicidad del acto, ni siquiera de modo cautelar, y todo ello unido a la necesidad de salvaguardar su responsabilidad profesional.

Nos encontramos con un operador jurídico al que se le presume el más alto grado de conocimiento jurídico, a quien se le exige la máxima diligencia en su cometido en pos de la legalidad y, sin embargo, se cuestiona la posibilidad de que pueda negar la autorización de negocios jurídicos de cuestionable legalidad. En nuestra opinión, tal nivel de exigencia y preparación jurídica debe ser aprovechado por la sociedad y, entendemos, que así lo demanda ésta.

Un sistema jurídico basado en la seguridad jurídica no debe permitir que el notario no encuentre cauce legal a sus fluctuaciones jurídicas; si no se le inviste de potestad para denegar la autorización o interpretar la Ley al no corresponderle la función jurisdiccional, se le debe dar una vía rápida de resolución del conflicto –en beneficio de los ciudadanos y de su propia posición y eventual responsabilidad-, de manera que la sociedad pueda tener la certeza de que la intervención del fedatario público es absoluta prueba de legalidad –sobre este extremo se ahondará más adelante en forma de *lege ferenda*-.

c) Responsabilidad penal.

Por último, nos detendremos en la responsabilidad penal en la que puede incurrir el notario en el ejercicio de su función y, en concreto, en relación al objeto de este apartado, esto es, al elevar a público negocios jurídicos ajenos a la Ley.

De entrada, debemos decir que la posibilidad de apreciar la responsabilidad penal del notario en la intervención de instrumentos públicos ilegales, requiere –junto a la concurrencia de cada uno de los elementos del tipo penal- que el comportamiento del

notario sea doloso, esto es, que su actuación se haya realizado “a sabiendas” de lo que hace y pretende llevar a cabo, y en los supuestos perfectamente tasados en el Código Penal, el ilícito podría venir dado también –como se verá- por imprudencia grave. Ahora bien, ¿a donde se puede reconducir penalmente el comportamiento del notario que conscientemente o no autoriza un negocio jurídico contrario a la Ley?

En principio, tal y como se configura el ilícito penal de prevaricación por funcionario público del artículo 406 del Código Penal, no parece viable reconducir el comportamiento notarial al mismo, toda vez que el Notario ni dicta resoluciones, ni ejerce una actuación puramente administrativa. Menos aún, cabe aplicar a los notarios, la prevaricación del artículo 446 de la que resultan sujetos activos jueces o magistrados y del que es bien jurídico protegido la administración de justicia.

Por su parte, la percepción consciente de la ilegalidad del instrumento público y el actuar en connivencia con alguna de las partes intervinientes, ha llevado al notario a ser responsable criminal –bien como autor o cooperador necesario- de delitos de estafa o falsedad en documento público.

En efecto, cuando el notario constata como cierta una realidad que no es acorde con determinado precepto legal, sin advertir a los otorgantes de la escritura pública las pesquisas de la Ley, esa constatación, real o no, pero no ajustada a la legalidad puede ser la vía de un ilícito penal.

Por ejemplo, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la

normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, era frecuente el reconocimiento en escritura pública de haber percibido –por uno u otro concepto jurídico- en efectivo, cantidades de dinero superiores a 2.500 euros, y el notario, por así afirmarlo las partes, debía dar fe de que así había ocurrido pese a no tener constancia física. Pues bien, a partir de la entrada en vigor de la meritada Ley, al no poder pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera, el notario no podrá, más bien, no deberá, dejar constancia de ese traspaso dinerario aducido por las partes, menos aún cuando, esa infracción legal que pretende tener constancia en instrumento público pudiera ser la senda de un ilícito penal.

En términos genéricos, la tipificación penal dolosa de la falsedad existirá cuando el Notario, al redactar la escritura atribuye a las partes intervinientes, manifestaciones distintas de las efectuadas o una capacidad de la que carecen de manera evidente, altera elementos esenciales del documento, supone la intervención de personas o sus manifestaciones y, en fin, falta a la verdad en la narración de los hechos. En este sentido, la falsedad ideológica consistiría en aquella manifestación destinada a hacer constar en el documento, con plena consciencia, de que no se corresponde lo aducido no ya con la verdad absoluta, sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho.

De igual modo, puede ser el notario participe en el engaño inferido a un sujeto a quien aquél omite la existencia de una norma ventajosa para la posición de la víctima.

En este sentido, cabe citar a título casual, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que estableció que en el caso de venta extrajudicial ante notario, el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podría ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podría en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; pues bien, el fedatario público debe velar porque esta prescripción legal se cumple, bien entendido que pudiera existir un interés oculto en constatar una tasación a la baja del inmueble hipotecado para así adquirirlo a bajo coste el prestamista. Si el notario no efectúa las advertencias oportunas de esa realidad normativa, podría ser cómplice del engaño determinante del tipo penal de estafa.

Quiere esto decir que la función del notario no sólo debe tender a que la voluntad de los intervinientes se ajuste a la Ley, sino, además, debe ser informadora de la legalidad y conformadora de la misma.

También la falta de diligencia y rigor en el ejercicio de su función –así definida en su Ley Orgánica- al constatar la realidad que se le presenta, puede llevar a que el notario delinca por imprudencia grave cuando su conducta es omisiva de las más elementales precauciones, obrando con inexcusable ligereza. Véase en este sentido, la reciente sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, Sentencia 194/2014 de 16 May. 2014, (Rec. 93/2014), que en la línea marcada por las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006 (STS 835/2006) y de 14 de abril de 2009,

apreció la modalidad imprudente del tipo de falsedad (artículo 391 CP), al autorizar una escritura pública de poder general a una persona incapacitada judicialmente que carecía de aptitudes psíquicas para gobernarse y administrar bienes y haber errado palmariamente en el juicio de capacidad.

Ahora bien, no toda constatación falsa recogida en la escritura podría reconducirse al tipo imprudente de falsedad. Para que la conducta del notario sea penalmente típica, de conformidad con la jurisprudencia del Alto Tribunal, debe constituir un riesgo relevante de afectación a la confianza de los ciudadanos en las funciones del documento, de manera que, si no es idónea para producir esa perturbación, la conducta debería ser atípica (falsedad inocua).

De acuerdo con el razonamiento de OLIVA GARCÍA, HORACIO²⁸, los motivos por los cuales en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en otros países, se sanciona penalmente la falsedad imprudente cometida por Notario, pueden considerarse fundamentalmente dos: uno de carácter teórico y otro de índole político-criminal. Por lo que respecta al primero, el antiguo Código penal contenía una cláusula abierta de la imprudencia –artículo 565 CP– de tal manera que, a priori, todos los delitos admitían, al menos teóricamente, la modalidad imprudente y, en consecuencia, el nuevo Código Penal sólo vino a codificar lo ya existente. En lo que al segundo respecta, cuando a raíz del Código penal de 1995, se destipifica la falsedad ideológica cometida

²⁸ OLIVA GARCIA, HORACIO. Último número de EL NOTARIO DEL SIGLO XXI - SEPTIEMBRE-OCTUBRE 2014 / N°57)

por particulares, la única posibilidad de sancionar penalmente al particular es como partícipe –a título de extraneus ya que, precisamente, no ostenta la condición de funcionario público– en la falsedad imprudente del funcionario público ex artículo 391. Por lo tanto, sin perjuicio de que ciertas modalidades de las falsedades ideológicas cometidas por particulares se están intentando reconducir en la jurisprudencia al apartado 2º del artículo 390.1 CP por medio del concepto de «simulación parcial» [discutido ampliamente en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999 y consolidado en la jurisprudencia posterior], lo cierto es que el reforzamiento de los deberes notariales de comprobación de la veracidad de los hechos relatados por los particulares, parece abogar por la posibilidad que brinda el artículo 391 CP.

Es de recibo afirmar que los notarios pueden y deben vencer el error al que les inducen los particulares cuando realizan manifestaciones falaces en el otorgamiento de escrituras públicas, de manera que percibida esa mendacidad, al emplear la diligencia debida, deben negar el otorgamiento pudiendo, en su caso, ser instrumentos de lucha contra el fraude, generalmente de falsedad o, en última instancia, de la consecución de un delito de estafa.

Antes de adentrarnos en el seguro que suscriben los notarios para otorgar cobertura a su responsabilidad profesional, intentaremos dar unas pautas de la orientación legal adjetiva de la función notarial para, a modo de lege ferenda, proyectar una visión cambiante de la realidad.

De todo cuanto hemos expuesto hasta ahora se puede extraer una premisa razonable: el notario que detecta un negocio jurídico no ajustado a la Ley o de dudosa legalidad no cuenta con los mecanismos legales que orienten su modo de actuar, lo que, inevitablemente, debilita la seguridad jurídica inherente a su “facere”.

Ya hemos analizado que, salvo determinados casos –constancia legal o palmaria ilegalidad-, es discutible que pueda negar, sin más, la formalización de un instrumento público, pudiendo siempre efectuar las advertencias o recomendaciones oportunas. La cuestión es: ¿Cómo proceder entonces?

Entendemos que es necesario que el legislador dé respuesta a este vacío en la regulación procedimental de la función notarial, de manera que pueda darse solución urgente a la duda jurídica suscitada, y delimite con rotundidad que debe, hoy día, representar el notario y cuál es su función. La nueva orientación que el legislador pueda dar a ésta depende, en gran medida, de la categoría que quiera dar a tan añeja profesión en la estructura jurídica-social.

La respuesta pasa por determinar quien debe o puede decidir sobre la legalidad del instrumento –siendo respetuoso con la división de poderes-, y cómo se puede dar agilidad a la cuestión para ser acorde con la inmediatez que se demanda en el tráfico económico –de manera que no se retrase en demasía la elevación a público del acto jurídico-.

Partiendo de la presunción “iura novit notarium” y del amplio conocimiento que se le supone al notario, debe reconocerse al mismo la potestad para denegar la

autorización de instrumentos públicos que considere contrarios a la Ley. Bajo nuestra visión, es razonablemente necesario. Ahora bien, no existiría un aprovechamiento del conocimiento notarial si se le facultara, sin más, a denegar su rúbrica. Es necesario exigir algo más al notario.

Tanto si autoriza un instrumento público como si deniega esta autorización, si el negocio jurídico presenta dificultades de derecho, entendemos que el notario debe plasmar su decisión –de dar fe o no- con razonamientos jurídicos en forma de dictamen o resolución, y para el caso de no ejercer su ministerio por considerar que el instrumento sometido a su imperio no es ajustado al ordenamiento jurídico, si los particulares mantienen su voluntad de elevarlo a público, es prudente que el notario se valga del instituto jurídico de la suspensión.

Vayamos por partes, actualmente el notario decide autorizar dando fe de un negocio jurídico sin exponer ni argumentar su decisión de porqué lo ha hecho, pensemos, por ejemplo, en un préstamo con garantía hipotecaria con una cláusula suelo. Si el notario evaluara y argumentara en forma de dictamen su posición, a parte de otorgar a las partes un plus de información sobre el negocio jurídico suscrito, ese dictamen serviría de prueba pre-constituída para el caso de que esa cláusula llegara luego a debate ante un órgano judicial. La cuestión no es otra que explotar la sapiencia de los servidores públicos e implicarlos más en el tráfico económico del que son elementos fundamentales.

Es más, su compromiso con la sociedad -en cuanto miembros de la res publica- debe ir más allá, así, si encuentran argumentos jurídicos para no intervenir un acto jurídico por ser contrario a la legalidad, además de facultarles para no hacerlo -atribuyéndole un autentico control de legalidad preventivo-, debería regularse el mecanismo que dé solución a la cuestión suscitada -al no poder hacerlo él mismo- y que se haga de modo rápido y definitivo, de modo que, a posteriori sirva de descargo a los Tribunales de Justicia.

A juicio de quien suscribe, la opción que podría dar respuesta a la cuestión de derecho que hubiera motivado la suspensión de la autorización de la escritura pública por parte del notario sería que éste dejara en suspensión el instrumento sometido a su conocimiento, por un plazo razonablemente corto y elevara la cuestión a la Dirección General de los Registros y el Notariado, a la que, sería necesario investir de una función cuasi-jurisdiccional, extendiendo su función consultora -recogida en el artículo 313 del Reglamento Notarial- de aplicación, inteligencia y ejecución de la Ley del Notariado, de su Reglamento y disposiciones complementarias, sino también de cualesquiera otras materias jurídicas de las que tuviera que conocer el notariado y sobre las que pudiera suscitarse dudas.

Esta opción permitiría optimizar los recursos y organismos con los que cuenta un Estado, si bien, el problema podría venir al tratar de encajarla con la “trias política” pese a que siempre los pareceres del Notariado podrían someterse al examen jurisdiccional.

Lo que resulta incuestionable es que el legislador debe abordar esta materia redefiniendo los quehaceres del notariado, explotando sus recursos y regulando su modo de actuar, de manera que impregne de seguridad jurídica tanto la digna función desempeñada por ellos como los instrumentos que se someten a su conocimiento. De este modo, en cuanto implacable revisor de la legalidad sometiendo a judicialización los puntos dudosos, no sólo se impregnaría de mayor seguridad jurídica a las relaciones mercantiles y, a la larga, se cooperaría con la descarga de la administración de justicia, sino que, al mismo tiempo, reforzaría el prestigio social del notariado.

Como cierre a esta reflexión, el notariado ni quiere ni debe ser considerado como un mero testigo cualificado; es un operador jurídico altamente cualificado de naturaleza pública que conoce la Ley y debe ajustar a ésta todo acto jurídico que se le somete y, en caso de no poder conformar ese ajuste a la Ley, el ordenamiento jurídico debe darle los mecanismos pertinentes para esquivar cualquier escollo de ilegalidad ejerciendo una labor preventiva de seguridad jurídica para la sociedad y salvaguardando, a la vez, su propia responsabilidad.

No es lógico que el notario tenga que quedar inerte y autorizar instrumentos pese a no tener certeza de su acomodo a la legalidad, de manera que tras deliberar con diligencia y seriedad un determinado acto jurídico, es necesario que tanto él como los particulares conozcan como ejerce este fedatario público su función fiscalizadora y que decisiones puede adoptar en pos de la legalidad.

Así, si el notario no está dotado de jurisdicción, el ordenamiento jurídico debe dotarle de un rápido y ágil acceso a la misma, de una vía preferente, de manera que convierta al notario, no sólo -según hemos venido aduciendo-, en garante de la legalidad, sino también, en el depurador de la ilegalidad.

3.4.2. El notario como responsable civil.

Una vez finalizado el análisis investigador expuesto, y antes de entrar en el examen del seguro de responsabilidad suscrito por estos profesionales, queremos detenernos con más detalle –como hemos hecho con el resto de profesionales del derecho- en la responsabilidad profesional de índole civil, con el fin de destacar algunos supuestos prácticos que han llevado a la declaración de aquélla.

En este punto, quien mejor que uno de los magistrados que ha conocido de primera mano algunos supuestos de responsabilidad civil profesional de estos fedatarios públicos, para dar fe –nunca mejor dicho- de tales supuestos. Como hemos venido exponiendo y como así afirma SALAS CARCELLER, JOSÉ ANTONIO²⁹ (Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo), la responsabilidad civil del notario carece de una regulación legal específica, como lo ha sido, en parte, la de los registradores de la Propiedad, de modo que para su constatación habrá que acudir a las normas generales que, como ya hemos venido refiriendo, requerirá la concurrencia de una actuación

²⁹ SALAS CARCELLER, JOSÉ ANTONIO. *La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad*. Artículo Monográfico. Septiembre 2007. Referencia: SP/DOCT/3444.

culposa o, al menos, incumplidora de las obligaciones profesionales, un daño para tercero y una relación de causalidad entre aquella y éste.

Ahora bien, determinados preceptos conformadores del estatuto jurídico del notario, ayudan también a la delimitación de esa responsabilidad civil. Así, el Reglamento Notarial tras varias reformas y la nulidad declarada de distintos preceptos por parte de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008 –relativa a la imposibilidad de ejercicio de control de legalidad–, en su artículo 147, al declarar el modo de redacción de los instrumentos públicos, declara que *“el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado”*. Y más tarde, señala que *“en el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”*.

Por su parte, también resulta interesante a los efectos que nos ocupan, el artículo 172 del mismo Reglamento Notarial, el cual a fin de salvar la responsabilidad del notario, le permite extender la correspondiente advertencia, cuando en la autorización de actos o contratos sujetos a registro, los interesados no presenten los documentos de los que hayan de tomarse las circunstancias necesarias para su inscripción, y no atendieren el previo requerimiento verbal de aquél, excepto el caso de que la inscripción y, por lo tanto, las circunstancias para obtenerla, fuera forzosa según la naturaleza del

contrato para que tuviera validez, en cuyo caso, se negaría la autorización. Asimismo, este mismo precepto excluye la responsabilidad del notario autorizante cuando su actuación obedece a la falsedad o inexactitud de las manifestaciones verbales de los interesados; y, de igual modo, de conformidad con el artículo 256, el notario no asumirá responsabilidad por el contenido del documento cuyas firmas legitime.

Por otro lado, si hace el Reglamento Notarial responsable al notario de manera expresa en determinados supuestos; así, en relación a la expedición de copias parciales, (artículo 237) señala, en su párrafo último, que *en toda copia parcial se hará constar, bajo la responsabilidad del Notario, que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto; sin perjuicio de que también pueda hacerse extracto o relación breve de aquello*; y, en la misma línea, el artículo 249 se refiere a la responsabilidad civil del notario por expedición tardía de las copias de los documentos que autorice, en concreto, alude a que *el notario será responsable de los daños y perjuicios que se cause al interesado como consecuencia del retraso en la expedición de copia electrónica y su presentación telemática, excepto en los supuestos de imposibilidad técnica*.

En el artículo monográfico antes reseñado, SALAS CARCELLER, reproduce alguno de los supuestos extraídos de la jurisprudencia en los que se aborda la responsabilidad civil de los notarios:

- a) La STS de 22 de junio de 2004 estudia un supuesto en que un notario es demandado por los daños sufridos por el actor al autorizar aquél una escritura

pública de traspaso de un local de negocio antes de transcurrir el plazo legal de tanteo, produciéndose la resolución del contrato de arrendamiento por ilegalidad de aquél a instancia de la arrendadora. La prueba indicó que se había advertido de ello verbalmente a las partes, pero que éstas decidieron no esperar a la finalización del plazo. Dice la sentencia que *"(...) carece de relevancia para el proceso «si el fedatario público debió dejar detalle expreso del plazo legal del tanteo, advirtiendo al traspasante y traspasatario de que no había transcurrido el plazo legal», y si se infringió o no el párrafo segundo del art. 194 del Reglamento Notarial sobre las advertencias que deban consignarse en el documento. Lo verdaderamente trascendente para el asunto que se enjuicia es si el Notario, con anterioridad a la autorización del instrumento, advirtió a los intervinientes, con claridad y en los términos precisos para su debida información, acerca del riesgo del otorgamiento, cuestión acerca de la que no cabe la menor duda habida cuenta los términos expuestos en la relación histórica. Los otorgantes estaban plenamente instruidos y enterados, y sin embargo insistieron en que se formalizara la escritura. La infracción formal – reglamentaria– no puede «por sí sola» servir de fundamento a una responsabilidad civil; y en el caso, dadas las circunstancias concurrentes [expuestas], no cabe estimar que concurre un nexo causal adecuado entre la conducta omisiva atribuida al Notario y el hipotético daño producido. Y ello lo corrobora que la expresión específica de la advertencia omitida no habría evitado dicho resultado".*

- b) La STS de 31 de mayo de 1983 se refiere a un supuesto en el que se demanda al Colegio Notarial de Valencia con base en una acción negligente, expresamente admitida, determinante del extravío de una letra de cambio, entregada al mismo, por el demandante, para su turno y protesto, cuya cuantía no pudo ser hecha efectiva por motivo de la pérdida del documento. En este caso, se condenó al pago al acreedor cambiario del importe de la letra.
- c) La STS de 18 de marzo de 1998 aborda el supuesto en el que el registrador de la propiedad suspendió una inscripción de hipoteca, creada con ocasión de una escritura pública de reconocimiento de deuda, porque concurría una situación de auto-contratación con intereses contrapuestos, que debió ser puesta de manifiesto por el notario. No obstante, la sentencia niega que exista responsabilidad civil del notario autorizante, dado que falta el nexo causal entre su omisión y el resultado dañoso, ya que, en todo caso, la hipoteca fue declarada nula por alcanzarle la retroacción de la quiebra de la entidad deudora.
- d) La STS de 2 de diciembre de 1998, confirmó la condena al notario al haber autorizado el otorgamiento de un poder en el que fue suplantada la personalidad del poderdante, habiendo dado fe el notario de conocer personalmente a éste. La condena se extiende a indemnizar el valor del inmueble que había sido objeto de despojo mediante el uso del referido poder. Afirma la Sala que *"(...) conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el Notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por*

habitualidad, en el trato (vgr. cliente de la Notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, la identidad de ésta. Es decir entraña un «reconocimiento» de la persona lo cual exige un previo conocimiento. Por ello, conforme establece la sentencia de instancia «parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23, c) de la referida Ley del Notariado», respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, «de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente». No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia facilitó, objetivamente (aun, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) las intenciones delictivas de aquélla. En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones (...)".

- e) La STS de 5 de febrero de 2000, se refiere a la misma cuestión de la identificación de un poderdante –en este caso suplantado por su hermano que condena al notario a indemnizar los daños y perjuicios causados en virtud de la suscripción de contratos de compraventa y de arrendamiento financiero haciendo uso del poder. Se dice en la sentencia que "(...) los notarios, sin perjuicio de la

actividad profesional de asesorar y ofrecer los medios jurídicos más adecuados para quienes soliciten sus servicios, pueden llevar a cabo contratos y actos jurídicos lícitos y válidos (artículo primero del Reglamento), lo que contribuye decididamente a su prestigio, sin embargo la actuación más importante es la dación de fe conforme a las leyes, que lleva consigo la función documentadora, conforme al artículo uno de la Ley del Notariado. El correcto ejercicio de la fe notarial de conocimiento por atribución legal directa, resulta trascendental al quedar fijados con certeza los sujetos intervinientes en el acto y máxime en una sociedad como la actual, en la que la complejidad y proliferación de actuaciones jurídicas resulta notoria, por lo que se hace más exigente la cuestión de la responsabilidad en que estos funcionarios pueden incurrir, la que puede derivar tanto por actuaciones que cabe enmarcar en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales o incluso concurriendo ambas (Sentencia de 19-6-1984)". Más adelante afirma que "(...) el notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales, y de este modo no se le exime de ponderar y valorar en cada actuación todos los elementos identificadores que puedan tenerse en cuenta, lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional y dar por buena una identificación posterior en base a otra anterior, como aquí ha sucedido, cuando aquélla no responde a conocimiento directo y si emplea los medios supletorios lo es bajo su responsabilidad (...)"

- f) La STS de 6 de junio de 2002 admite la responsabilidad del notario por hecho ajeno atribuible a sus empleados, con aplicación de lo dispuesto en el art. 1.903 del Código Civil, en un supuesto en que, autorizada por el mismo una escritura de constitución de hipoteca, dicha escritura no se inscribió en el Registro de la Propiedad habiendo asumido tal cometido –como era normal en esa Notaría– los propios empleados. Razona la sentencia en el sentido de que *"(...) como la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe, éste, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias. Y esas funciones deben alcanzar también a aquellas incidencias que tengan su origen o su marco en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella; sobre todo, a pesar de que alguna doctrina científica moderna no lo exige, cuando es el empleado o afecto a la Notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento antedicho. Con lo que se configura plenamente la presunción de culpa «in eligendo» o «in vigilando» en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales. Pues tampoco se puede olvidar que el Notario como director de la Notaría está dentro del orden de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad –la «accountability» anglosajona–, lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que ha encargado, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar*

cuando no se consiga la finalidad pretendida con la confección de la misma, y se ocasionen concretos perjuicios". En igual sentido, declara la responsabilidad del notario por hechos de sus empleados la STS de 19 de julio de 2003.

- g) La STS de 26 de octubre de 2005 hace responsable al notario de los daños causados a la acreedora, titular de embargo sobre un inmueble, por incumplir aquél el deber establecido en el artículo 175 del Reglamento Notarial en lo relativo a solicitar información registral del inmueble con carácter previo al otorgamiento de escritura pública de venta del mismo, dando lugar con ello a que los compradores hubieran sido considerados terceros protegidos por la fe pública registral, en aplicación del art. 34 de la Ley Hipotecaria, y les hubiera sido inoponible un embargo constituido sobre el inmueble vendido, antes de la venta y en garantía de la satisfacción del crédito de la actora.

Igualmente deben ser citadas en cuanto a la responsabilidad civil del notario las siguientes sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales:

- a) La SAP Madrid, Sección 18.^a, de 7 de mayo de 2003 condena tanto al notario como al registrador de la Propiedad a indemnizar los daños y perjuicios causados a quien se vio desposeído de un solar de su propiedad, que fue vendido en escritura pública por otra persona teniendo acceso al Registro la adquisición.

- b) La SAP Tarragona, Sección 3.^a, de 3 de febrero de 2003 declara que no existe responsabilidad civil del notario por omisión de la práctica de una notificación a la que venía obligado, ya que no se aprecia la existencia de nexo causal entre la omisión de la notificación que debía efectuar el notario y el daño producido.
- c) La SAP Barcelona, Sección 17.^a, de 21 de junio de 1999 declara la responsabilidad civil del notario por falta de comunicación a la Central de Anotaciones de pignoración de deuda pública representada por anotaciones en cuenta, causándose perjuicio al actor consistente en la anteposición de una traba posterior. Dice la Audiencia que *"(...) el Notario según los arts. 1.2 y 147 del Reglamento Notarial, deberá asesorar debidamente a los otorgantes, informándoles en forma exhaustiva sobre las circunstancias y efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica una asistencia especial que ha de encajarse en su doble faceta como funcionario público y profesional del derecho. Su intervención no solamente ha de circunscribirse a la autorización de las escrituras públicas sino también la de verificar todos los actos pertinentes para que una vez autorizadas surtan éstas todos los efectos civiles, registrales y administrativos"*, y añade *"(...) el incumplimiento de la comunicación de la pignoración de la Deuda Pública a la correspondiente Central de Anotaciones provocó un perjuicio a la actora cuyo origen se encuentra en la falta de diligencia del Notario autorizante que no realizó las correspondientes actuaciones para que dicha prenda tuviera plena eficacia*

frente a terceros para impedir la anteposición de una traba posterior (...)". La condena abarcó el pago de la cantidad de seis millones de pesetas, que era la garantizada con prenda y que el acreedor no pudo hacer efectiva.

Hemos podido constatar que la casuística jurisprudencial que rodea a los supuestos de responsabilidad civil profesional del notario, aparte de no ser muy numerosa, por lo general ha respondido a supuestos de actuación negligente por no constatar acertadamente la realidad o infringir negligentemente las obligaciones procedimentales que le impone la ley. En cambio, volviendo a la cuestión inicial planteada, escasas son las resoluciones judiciales que han entrado a valorar la responsabilidad del fedatario público por no ajustar a la ley un instrumento público, lo que parece confirmar la tesis que hemos mantenido más arriba.

3.4.3. El aseguramiento de la responsabilidad profesional del notario.

Una vez estudiados los diferentes aspectos que se pueden extraer de la responsabilidad profesional del notario, y extraídas diferentes valoraciones personales acerca de nuestro deficitario organigrama jurídico legal en el que se inserta este profesional, debemos concluir con el estudio de la existencia y los caracteres del seguro de responsabilidad del que se valen estos fedatarios públicos para garantizar la aparición eventual de ésta.

De entrada debemos decir que el seguro de responsabilidad civil de los notarios tiene carácter obligatorio -a diferencia de la incertidumbre existente con otros

profesionales-. En efecto, el Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado redactado, a los efectos que nos ocupan, por el R.D. 45/2007, de 19 de enero -cuya constitucionalidad fue corroborada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2008-, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, dispone en su artículo 24 que el notario electo deberá obligatoriamente acreditar la contratación de un seguro de responsabilidad civil a que se refiere el artículo siguiente y constituir la fianza, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Notariado, presentando en la Dirección General de los Registros y del Notariado los documentos justificativos de todo ello. Dicha obligación deberá cumplirse dentro del plazo de treinta días naturales, contados desde la publicación del nombramiento para una Notaría determinada en virtud de concurso ordinario en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en el Boletín o Diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

De entrada, observamos que las garantías exigidas al notario son más rigurosas y más definidas que las que se les requieren a otros profesionales: un seguro obligatorio de responsabilidad civil y la prestación de fianza –si bien, en este caso, la exigencia legal parece ínfima en relación a la responsabilidad a la que se expone este profesional (cuantía de 1.500 euros, salvo que se trate de poblaciones de más de un millón de habitantes, en cuyo caso se elevará a 3.000 euros)-.

Si nos centramos en el seguro de responsabilidad civil cuyo objeto es cubrir las responsabilidades de dicha índole en que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su

cargo, constatamos, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento, que tendrá unas condiciones mínimas que fijará la Dirección General de los Registros y del Notariado previa audiencia del Consejo General del Notariado. No obstante, el Consejo General del Notariado podrá solicitar justificadamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado que se modifiquen dichas condiciones, y el centro directivo deberá pronunciarse expresamente en el plazo máximo de un mes sobre tal solicitud de modificación.

El carácter normado de este seguro de responsabilidad civil profesional encuentra su pieza angular en la Orden de 16 de noviembre de 1982 por la que se modifican las normas reguladoras del Servicio de Responsabilidad Civil de los Notarios creadas por Orden de 24 de abril de 1948. Esta Orden trató, tal y como expone en su preámbulo, tanto de renovar la autorización concedida entonces a la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (hoy esta remisión debe entenderse hecha al Consejo General del Notariado, constituido, al igual que aquella Junta por todos los decanos de los colegios notariales de España) para concertar el seguro de responsabilidad civil profesional, si bien, para adaptarla a las actuales circunstancias mediante la posible utilización de un sistema de mayor flexibilidad, compatible, en todo caso, con la intención siempre presente de salvaguardar el prestigio de la institución notarial.

El escueto pero claro articulado de esta Orden dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Se autoriza a la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España para proceder a la sustitución del sistema establecido en la Orden de 24 de abril de 1948 por otro de seguro de responsabilidad civil de todos los Notarios, con adecuación a la legislación en materia de seguros privados vigente en cada momento.

Art. 2. Los asegurados serán en todo caso los Notarios en activo, aunque posteriormente pasen a la situación de excedencia o jubilación, o fallezcan.

Art. 3. El ámbito de cobertura del seguro comprenderá el entero quehacer del Notario, incluidos los supuestos de actuación de todos sus empleados, siempre que de ella deba aquél responder.

Art. 4. La Junta de Decanos podrá actuar como árbitro a asumir funciones semejantes.

Art. 5. La Junta de Decanos será informada, a la mayor brevedad, tanto por los Notarios como por los aseguradores, de las reclamaciones formuladas y de todas las vicisitudes que ocurran hasta la terminación de cada asunto. Velará escrupulosamente por el prestigio de la institución notarial y por el recto ejercicio profesional del Notario, y cuidará asimismo de que el secreto del protocolo no sea vulnerado.

Art. 6. Al margen y con independencia de la relación de seguro que pueda establecerse, y con carácter rigurosamente excepcional, podrá la Junta de Decanos asumir por sí, previa conformidad de Notario y reclamante, cualquier supuesto de responsabilidad civil de un Notario, tanto en cuanto a su enjuiciamiento como al abono de la indemnización que corresponda.

Art. 7. Podrá la Junta de Decanos establecer las aportaciones a cuotas a cargo de los Notarios que sean necesarios para la aplicación de lo dispuesto en esta Orden.

Art. 8. Si las circunstancias lo aconsejan podrá la Junta de Decanos decidir que se establezca el sistema de seguro para los Colegios Notariales u otros Organismos corporativos en materias tales como la pérdida de letras de cambio u otros similares”.

De acuerdo con lo anterior, el seguro colectivo suscrito por este gremio a través de su órgano rector (Consejo General del Notariado) sin ningún intermediario de seguros, va dirigido a cubrir la responsabilidad en la que pueda incurrir el notario y las personas dependientes de él en su quehacer profesional, asumiendo, ese órgano rector -en cuanto tomador del seguro-, la coordinación, mediación y filtración de la información de cada una de las reclamaciones dirigidas contra los notarios que se encuentren en activo quienes, a su vez, deberán hacer frente al pago de las cuotas correspondientes según lo concertado por aquel órgano.

Pues bien, en la actualidad los notarios tienen su seguro de responsabilidad civil en forma de coaseguro con las entidades aseguradoras Zurich, Berkley y Mapfre, en el que cada una de éstas asume un porcentaje del riesgo asegurado. En concreto, el esquema de reparto se configura del siguiente modo: Zurich y la aseguradora estadounidense Berkeley lideran la póliza, con un 40% del riesgo cada una, y Mapfre asume el 20% restante como coaseguradora.

Con anterioridad, la póliza del seguro de responsabilidad civil estaba concertada con Generali que tenía el 60% del riesgo a través de su filial La Estrella, ya fusionada

hoy con Vitalicio, también de Generali, y Zurich y Mapfre ya participaban en el anterior seguro con un 20% cada una.

La póliza en cuestión, que se ha venido prorrogando anualmente desde el año 2010, tiene una prima de 4,85 millones de euros para casi 3.000 notarios en activo. La indemnización máxima fijada en la póliza es de 30 millones de euros por siniestro y de 150 millones de euros por año.

Como puede observarse, el capital asegurado es de una cuantía relevante, lo que obedece a los importantes riesgos que asumen estos profesionales en el ejercicio de su actividad, si bien, en la práctica, los supuestos de demandas exigiendo la responsabilidad civil de los notarios son muy escasos, según los datos del Consejo General del Notariado se sitúa en una media de 80 al año en los últimos quince ejercicios lo que resulta bastante llamativo.

La cuestión que nos surge a la vista de estos datos es la siguiente: ¿Acaso los supuestos en los que se puede apreciar y exigir la responsabilidad de los notarios puede no resultar proporcionada con la excelsa función que tiene encomendada? Lo cierto es que en la realidad jurídica actual pese a la constatación de la realidad por parte del notario y acomodo a la ley de lo que certifica, no es un profesional al que se le exija fácilmente responsabilidad, tan sólo en supuesto de palpable negligencia profesional (incumplimiento de trámites legales, falta de constatación cierta de la realidad, pérdida de documentación...) se le erige como causante del daño.

Desde el punto de vista del seguro, los supuestos anteriores no presentan dificultad alguna, de manera que constatado el daño y la relación causal, el seguro atiende el siniestro. Ahora bien, si se ha observado en la práctica jurisdiccional mayores problemas en los casos en los que se ha apreciado un comportamiento doloso por parte del notario.

Para abordar esta cuestión, resulta bastante interesante la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) Sentencia núm. 493/2009 de 8 julio. AC 2010\635, que dio respuesta a la demanda interpuesta por la entidad aseguradora ALLIANZ contra el notario asegurado y la tomadora del seguro -la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-, en virtud de la póliza suscrita por ésta.

Con anterioridad a la demanda interpuesta por la compañía aseguradora, la Junta de Decanos en el año 1993 comunicó a aquélla la interposición de sendas querellas dirigidas, entre otros, contra el notario demandado en este asunto. Pese a que la actora rehusó la reclamación por entender que las actuaciones penales lo eran por presuntos delitos de falsedad y estafa de carácter doloso, y por ello carecían de cobertura, el notario presentó denuncia ante la Dirección General de Seguros, la cual dictó resolución en la que se determinaba la obligación de la aseguradora de prestar fianza al no haberse determinado el tipo de responsabilidad que le incumbía. En acatamiento de la Resolución de la Dirección General de Seguros, la aseguradora actora se vio obligada a satisfacer a lo largo del proceso penal el importe de las minutas de los letrados y procuradores que atendieron a la defensa del notario y, finalmente, en el proceso penal se dictó sentencia condenando al notario como cómplice de un delito de estafa. Pues

bien, importando las minutas abonadas un total de 144.435,50 euros, la compañía aseguradora reclamó dicha cantidad junto con sus intereses al notario codemandado, solicitando, igualmente, se declarase que la responsabilidad derivada de actuaciones dolosas de los notarios asegurados no estaban cubiertas por las pólizas suscritas entre la actora y la Junta de Decanos referida, debiendo estar y pasar los demandados por dicha declaración.

Así las cosas, la cuestión central radicaba en determinar si la entidad aseguradora estaba o no obligada a atender el siniestro cuando la verificación de éste derivaba de un comportamiento doloso (en este caso un ilícito penal) y cuando, precisamente, una de las cláusulas de la póliza enumeraba como exclusión, "la responsabilidad resultante de una actuación dolosa del Notario". La ratio decidendi versó sobre si la actuación dolosa del Notario comprendía actuaciones realizadas a título de dolo eventual, o si con ello se excluían únicamente los supuestos de actuaciones dolosas en sentido gramatical y estricto.

Partiendo de lo que establece el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, relativo a la claridad y precisión de toda cláusula contractual inserta en un contrato de seguro ya sean condiciones generales o condiciones particulares, si el hecho que origina la cobertura de la póliza es la declaración de responsabilidad civil por una actuación profesional del Notario, para que pudiera quedar excluida la cobertura en caso de que dicha responsabilidad se produjera, hubiera sido necesario que de forma clara y precisa se desprendiera tal exclusión del articulado de la póliza, y el término dolo, o si se prefiere actuación dolosa, en términos gramaticales y civiles, y más en concreto en el

ámbito del contrato de seguro, debe entenderse como equiparable únicamente a actuación dolosa en sentido estricto, es decir excluyendo los supuestos de dolo eventual. Ciertamente es que en una acepción amplia del término dolo éste comprende también los supuestos de dolo eventual, pero para entender que la referencia a una conducta dolosa también comprende supuestos de dolo eventual, es preciso que así se haga constar con claridad y precisión, ya que de no ser así lo único claro y cierto es que se excluyen conductas dolosas en sentido estricto, es decir, sin comprender conductas que quepa considerar como realizadas a título de dolo eventual. De este modo, en el supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Madrid al no constar que el notario demandado, al autorizar las escrituras, tuviese un conocimiento cierto de que el delito de estafa se fuese a cometer efectivamente, no tuvo una actuación dolosa en sentido estricto sino un dolo eventual y como éste no aparecía de forma clara y precisa como causa de exclusión de la cobertura, la entidad aseguradora tuvo que atender el siniestro.

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones: una, que no todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro. Y dos, a efectos del contrato de seguro, el notario que autoriza escrituras públicas conociendo que con ello se podría cometer una estafa no incurre en dolo salvo que tuviese conocimiento cierto de que el delito de estafa se fuese a cometer efectivamente.

Capítulo 4. FUNCIÓN PROFESIONAL DE LOS ARQUITECTOS. RESPONSABILIDAD.

4.1. Actuación profesional objeto de cobertura.

4.1.1. Del riesgo asegurado.

Tal y como hemos venido exponiendo en capítulos anteriores, el riesgo asegurado en el seguro de responsabilidad civil lo constituye la eventual responsabilidad civil del asegurado y consiguiente pago de la deuda emanada de esa responsabilidad así como los eventuales gastos de defensa y/o fianzas, mientras que en el caso del profesional, esa responsabilidad civil vendrá determinada por la causación de daños consecuencia de incurrir en alguna negligencia profesional o por la infracción de la *Lex Artis* a la que ha de atenerse en el ejercicio de su profesión. Pues bien, tratándose de un arquitecto, el riesgo asegurado lo constituye la negligencia profesional en el desempeño de la arquitectura o la infracción de la *Lex Artis* que rige esta profesión.

Como tendremos la ocasión de exponer más adelante con detenimiento, al arquitecto le corresponde, de un lado, la redacción del proyecto de ejecución –que puede venir precedido del correspondiente proyecto básico-, en cuanto documento que debe proporcionar las soluciones correctas de edificación, de conformidad con la normativa técnica aplicable; y, de otro lado, como director de la obra, le incumbe inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto confeccionado, por él u otro arquitecto -en cuyo caso asumiría las posibles deficiencias

de este proyecto ajeno- y si esta ejecución se desarrolla de forma satisfactoria. Es necesario diferenciar el control diario de la ejecución de la obra -que no es función propia de la alta dirección del arquitecto-, con la función controladora última de la obra, pues, como veremos, los pequeños defectos de ejecución no caerán, en principio, en el marco de responsabilidad del arquitecto, salvo que se hayan escapado a su función inspectora daños tan generalizados que hayan supuesto un evidente desmerecimiento de la edificación poniendo en evidencia su negligencia profesional.

Si hacemos un breve recorrido sobre la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en torno a la función profesional del arquitecto, podemos extraer las siguientes conclusiones: *"La responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra"; "en la fase de la ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización ajustada al proyecto según la lex artis"; "al no tratarse de simples imperfecciones, sino de vicios que afectan a los elementos esenciales de la construcción, de los mismos no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador del edificio"; "al arquitecto le afecta responsabilidad en cuanto le corresponde la ideación de la obra, su planificación y superior inspección, que hace exigente una diligencia desplegada con todo el rigor técnico, por la especialidad de sus conocimientos"; "corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado (...), no bastando con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o*

subsanción antes de emitir la certificación final aprobatoria"; "responde de los vicios de dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado (...), y los defectos del caso son objetivos, obedecen a una falta de control sobre la obra y su origen se debe a una negligencia en la labor profesional"; "en su función de director de la obra le incumbe inspeccionar y controlar si la ejecución de la misma se ajusta o no al proyecto por él confeccionado y, caso contrario, dar las órdenes correctoras de la labor constructiva": Sentencia núm. 45/2011 de 14 febrero. RJ 2011\441, STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 37), STS 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2342) , STS de 27 de junio de 1994 (RJ 1994, 6505), STS de 28 de enero de 1994, (STS de 15 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4237) , (STS de 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7547) , STS de 19 de noviembre de 1996 , (STS de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7162) , STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1194).

De acuerdo con lo anterior, podemos decir que corresponde al arquitecto la elaboración de un proyecto correcto, en el sentido de que éste recoja una solución constructiva adecuada en cada caso, y luego la alta dirección de la obra, esto es, cerciorarse de que la obra se ha ejecutado conforme a proyecto. No obstante, como ya hemos anticipado anteriormente, no cabe confundir la función de dirección de obra o alta dirección que incumbe al arquitecto, con la función de dirección de ejecución de la obra que corresponde al arquitecto técnico, toda vez que es éste quien debe controlar la ejecución material de la obra cuantitativa y cualitativamente. De igual modo, tampoco entrarían dentro del ámbito profesional del arquitecto aspectos menores de ejecución de obra –ajenos al suelo, estructura o cimentación- o el cumplimiento de las normas de

buena construcción cuyo cumplimiento debe ser apreciado por el constructor y controlado por el arquitecto técnico.

Así las cosas, la responsabilidad civil profesional del arquitecto y, por ende, la verificación del riesgo asegurado, en su caso, puede surgir cuando, primero, el profesional de la arquitectura asume la redacción e interpretación de un proyecto de ejecución de una obra o la dirección de una obra, o ambos cometidos conjuntamente; segundo, en el desarrollo de esa labor profesional que le es propia, incurre en algún tipo de negligencia o error vulnerador de su *lex artis*; tercero, esa actuación negligente del arquitecto tiene un efecto dañoso en un tercero perjudicado.

4.1.2. De la regulación legal de la función profesional del Arquitecto.

Con el fin de lograr una mayor claridad, concreción y comprensión de la función profesional del arquitecto de la que se puede derivar su responsabilidad civil, ahondaremos en el estudio de las normas que las regula y que recogen el contenido obligatorio de estos técnicos dedicados a la edificación.

La Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, viene a suplir la carencia existente en este ámbito, toda vez que la tradicional regulación del suelo contrastaba con la falta de una configuración legal de la construcción de los edificios, básicamente establecida a través del Código Civil y de una variedad de normas cuyo conjunto adolecía de serias lagunas en la ordenación del complejo proceso de la edificación, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de

los agentes que intervenían en el mismo, como en lo que se refería a las garantías para proteger al usuario. De manera que, como señala la exposición de motivos, el objetivo prioritario de la meritada Ley, fue –y sigue siendo- regular el proceso de la edificación actualizando y completando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías a los usuarios, en base a una definición de los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios.

De acuerdo con esta Ley, son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación (artículo 8), regulando a continuación las obligaciones de cada uno de ellos, lo que deberá ser complementado con las demás disposiciones que resulten de aplicación, así como, en su caso, con el contrato que hubiera originado su intervención.

En lo que respecta al arquitecto, debemos diferenciar entre la doble función anteriormente expuesta:

1.- Redacción del proyecto: La Ley define el proyecto -en su artículo 4- como el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras incluidas en el ámbito de aplicación de la misma, debiendo el proyecto justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable. Quiere esto decir que no basta con definir o exponer las exigencias técnicas, sino que resulta necesario justificar esas exigencias, para lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la normativa aplicable.

Respecto a esta normativa técnica, el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, supuso la superación y modernización del marco normativo de la edificación en España, anteriormente regulado por el Real Decreto 1650/1977, de 10 de junio, sobre normativa de la edificación, que establecía las Normas Básicas de la Edificación, como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios, así como por diversas Normas Básicas aprobadas desde 1979, que conformaba un conjunto abierto de disposiciones según las exigencias sociales, pero que no constituían en sí mismo un conjunto coordinado, aspecto que trata de suplir el Código Técnico de la Edificación.

El Código Técnico de la Edificación pretende crear un marco normativo homologable al existente en los países más avanzados y armonizar la reglamentación nacional existente en la edificación con las disposiciones de la Unión Europea vigentes en esta materia, vinculando a los agentes que participan en el proceso de la edificación –entre ellos, los arquitectos- en concordancia con la Ley de Ordenación de la Edificación.

No obstante, el hecho de que los agentes de la construcción resulten responsables de la aplicación del Código Técnico de la Edificación, no quiere decir que aquéllos no puedan adoptar soluciones técnicas alternativas a las recogidas en la norma siempre que cumplan con las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios y que recoge el referido Código.

El Código Técnico de la Edificación establece las exigencias básicas para cada uno de los requisitos básicos de «seguridad estructural», «seguridad en caso de incendio», «seguridad de utilización y accesibilidad», «higiene, salud y protección del medio ambiente», «protección contra el ruido» y «ahorro de energía y aislamiento térmico» y proporciona procedimientos que permiten acreditar su cumplimiento con suficientes garantías técnicas, si bien, estos procedimientos no son de obligado cumplimiento, el Código tiene una naturaleza prestacional, esto es, ofrece a los profesionales unas soluciones que pueden emplear o no y, en todo caso, lo que se han de cumplir son las exigencias básicas que recoge la norma.

En este sentido, el artículo 5.3 del Real Decreto por el que se aprueba el mencionado Código, establece que para justificar que un edificio cumple las exigencias básicas que se establecen en el mismo, podrá optarse por:

a) Adoptar soluciones técnicas basadas en los Documentos Básicos que recoge, cuya aplicación en el proyecto, en la ejecución de la obra o en el mantenimiento y conservación del edificio, es suficiente para acreditar el cumplimiento de las exigencias básicas relacionadas en los mismos.

b) Soluciones alternativas, entendidas como aquéllas que se aparten total o parcialmente de los Documentos Básicos, toda vez que el proyectista o el director de obra pueden, bajo su responsabilidad y previa conformidad del promotor, adoptar soluciones alternativas, siempre que justifiquen documentalmente que el edificio proyectado cumple las exigencias básicas del Código porque sus prestaciones son, al

menos, equivalentes a los que se obtendrían por la aplicación de los Documentos Básicos.

La importancia de destacar la naturaleza de esta norma, y las exigencias básicas que recoge, obedece a que, según entendemos, lo que puede generar la responsabilidad civil del arquitecto –tras la vulneración de la *lex artis*- no será el no ajustar la edificación a la solución técnica propuesta en el Código Técnico, sino que la solución técnica elegida y ejecutada, no de cumplimiento a las exigencias básicas recogidas en él, lo que a la postre se traduce en un evento dañoso para el propietario de la edificación.

Por otro lado, la complejidad de la obra puede hacer necesario que el proyecto se desarrolle mediante varios proyectos parciales u otros documentos técnicos sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio, en cuyo caso, será necesario que se mantengan entre todos ellos la necesaria coordinación sin que se produzca una duplicidad en la documentación ni en los honorarios a percibir por los autores de los distintos trabajos indicados.

El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto. Es posible que existan en una misma obra varios proyectos parciales u otros documentos técnicos, tal y como hemos aludido anteriormente, si bien, si son varios los proyectistas que concurren cada uno de ellos asumirá la titularidad de su proyecto.

Dentro de las obligaciones del proyectista, la ley aborda cuál es la titulación académica y profesional necesaria para el ejercicio de esta función. De manera que

cuando se trate de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal sea administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto. En los demás casos, habrá de estarse a las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Como es obvio, la redacción del proyecto habrá de hacerse con sujeción a la normativa vigente –para lo que el profesional de la arquitectura deberá atenerse, entre otros aspectos, al ya aludido Código Técnico de la Edificación-, ajustarse a lo que se le haya contratado, así como cumplimentar los visados que en su caso fueran preceptivos. No obstante, a efectos de la posible responsabilidad civil, como tendremos la ocasión de abordar en el presente tratado, el incumplimiento de las obligaciones en las que como proyectista puede incurrir el arquitecto no se centrarán tanto en el aspecto formal o administrativo, sino más bien en el aspecto técnico-normativo, sin perjuicio de la incidencia que determinados aspectos formales puedan tener en la responsabilidad civil de aquél.

Por último, según las exigencias de la edificación, corresponderá, en su caso, al proyectista, acordar con el promotor la contratación de colaboraciones parciales.

2.- Dirección de obra: el segundo gran bloque de las funciones profesionales del arquitecto lo constituye el ejercicio de la función como director de obra. Cuando el arquitecto asume esta función, pasa a ser el agente interviniente en la obra que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la misma en los

aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (artículo 12 LOE).

En caso de que existan varios proyectos parciales, como se expuso precedentemente, corresponderá al director de obra coordinar a estos otros técnicos que puedan concurrir.

Al igual que ocurre con el ejercicio de la función de proyectista, se reserva a los arquitectos la función de desplegar este cometido de directores de obra cuando se trate de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal sea administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural. En los demás casos, habrá de estarse a lo dispuesto en las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Si nos adentramos en el contenido obligatorio de esta función, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación, le corresponde:

- Verificar el replanteo y la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectada a las características geotécnicas del terreno.

- Resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Órdenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto.
- Elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto.
- Suscribir el acta de replanteo o de comienzo de obra y el certificado final de obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.
- Elaborar y suscribir la documentación de la obra ejecutada para entregarla al promotor, con los visados que en su caso fueran preceptivos.
- Las correspondientes al director de ejecución de obra, en aquellos casos en los que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra sea el mismo profesional, si fuera ésta la opción elegida.

De acuerdo con lo expuesto, en apariencia el contenido obligacional de este profesional se encuentra perfectamente definido, si bien, como analizaremos a

continuación, esta supuesta claridad en su cometido no resulta con tanta nitidez cuando de lo que se trata es de delimitar la responsabilidad civil en su actividad profesional por parte de nuestros tribunales de justicia.

4.2. De la responsabilidad civil en la que puede incurrir el Arquitecto.

4.2.1. Introducción.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, el panorama relativo a las acciones para exigir la responsabilidad civil de los intervinientes en el proceso constructivo encontraba su centro neurálgico en el artículo 1.591 del Código Civil, precepto que dio y ha dado mucho de sí dada la abundante y copiosa jurisprudencia y tratamiento doctrinal del que ha sido objeto.

Compartimos la visión mostrada por la Profesora SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA³⁰, al abordar el debate jurídico que hoy plantea la Ley de Ordenación de la Edificación en cuanto a las acciones de responsabilidad por daños en la construcción de edificios. De acuerdo con su razonamiento, el ámbito de aplicación del artículo 1.591 del Código Civil fue ampliado –en ocasiones de manera, incluso forzada- para dar cabida a supuestos que, entendemos, no entraban dentro de la literalidad ni del espíritu de la Ley. Aspectos tales como el concepto de ruina funcional,

³⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA. El verdadero debate jurídico que hoy plantea la ley de ordenación de la edificación: la necesidad de clarificar el panorama legal de acciones de responsabilidad por daños de la construcción de edificios, II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro.

la extensión de la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la acción o para soportar la misma, o la posible naturaleza solidaria de la responsabilidad son, entre otros, claro ejemplo de ello.

Bien fuera para tratar de esclarecer la situación existente, bien para dar respuesta a la demanda del sector de la construcción, la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, no ha logrado clarificar, con rotundidad y recto orden, cuáles son las acciones que a consecuencia de los daños inferidos por una edificación son ejercitables contra los intervinientes en el proceso constructivo para que se declare su responsabilidad civil.

A nuestro juicio, la Ley de Ordenación de la Edificación se quedó corta y pecó de prudente, prudencia que le llevó incluso a omitir cualquier pronunciamiento relativo a la derogación del tan aludido artículo 1.591, que hasta entonces e incluso con posterioridad –no con demasiado acierto a nuestro entender- se comportó como una especie de cajón de sastre al que se reconducían las reclamaciones de los perjudicados por la construcción –a la luz de acciones de muy distinta índole contractual o extracontractual- en virtud de daños de diferente naturaleza y gravedad.

Sin ahondar en elucubraciones relativas al régimen imperante bajo el mandato del artículo 1.591 del Código Civil o a su más que patente derogación, y centrándonos en las vías que actualmente entendemos pueden dar lugar a la declaración de la responsabilidad de los intervinientes en el proceso constructivo y, más específicamente, de los arquitectos, la experiencia jurídico-práctica nos lleva a considerar que el

arquitecto en el ejercicio de su profesión –en los términos que han sido antes expuestos- puede ser declarado responsable civil y, por ende, determinar el cumplimiento de la prestación de indemnización por parte del asegurador firmante del contrato de seguro con aquél, en los siguientes supuestos:

- a) La responsabilidad civil “ex lege” de acuerdo con la Ley de Ordenación de la Edificación que, como desarrollaremos después, establece un régimen especial de responsabilidad de los intervinientes en el proceso de la edificación –entre ellos los arquitectos- por vicios o defectos en la edificación.

- b) La responsabilidad civil extracontractual, derivada de la causación de daños o perjuicios a terceros ajenos al proceso constructivo y a la edificación, que a consecuencia de éstos sufren alguna merma patrimonial o personal.

- c) La responsabilidad civil puramente contractual derivada del denominado contrato profesional del arquitecto y que viene dada por el incumplimiento del vínculo contractual suscrito.

Conviene dejar sentado que, en el ámbito práctico, no existe un criterio jurisprudencial uniforme y único de los supuestos de responsabilidad civil de los arquitectos, todo lo contrario, se puede hablar de una copiosa casuística, por lo que será en cada caso concreto, a la vista de la prueba practicada y tras la aplicación de la

normativa vigente, donde se determine la existencia o no de la responsabilidad del arquitecto.

A continuación pasamos a examinar cada uno de estos supuestos de responsabilidad civil.

4.2.2. De la responsabilidad civil ex lege. Ley de Ordenación de la Edificación.

La Ley de Ordenación de la Edificación diseña un sistema de responsabilidad de los sujetos que intervienen en el proceso de edificación que parte de la distinción entre tres tipos de patologías o daños materiales, respecto a los cuales se establecen tres plazos diferentes de garantía de diez, tres y un año, en atención a la entidad y naturaleza de los mismos.

Así las cosas, esta responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación por los daños ocasionados en el edificio, a contar desde la recepción de la obra, de acuerdo con el artículo 17, es de diez años cuando se trate de vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; de tres años, si son vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y finalmente –individualizando la responsabilidad en la persona del constructor- el plazo es de un año por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

De manera que partiendo de la función profesional del arquitecto y a la luz de la causa y naturaleza del vicio o defecto constructivo existente habrá de determinarse e individualizarse, en su caso, la eventual responsabilidad. En efecto, esta responsabilidad es exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder, y sólo cuando no pueda individualizarse la causa de los daños o se acredite la concurrencia de culpas sin poder concretar el grado de intervención de cada agente responsable, la responsabilidad será solidaria.

Esta previsión de la responsabilidad solidaria –subsidiaria a la individualizada– es heredera de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en torno al antes citado artículo 1.591 del Código Civil, solidaridad que, de un lado, ha sido empleada en el terreno práctico por los órganos judiciales quizás con excesiva ligereza y falta de rigor técnico-jurídico –piénsese que la individualización de la responsabilidad en una reclamación en la que se incluyen numerosos defectos constructivos requiere de una ardua tarea de reflexión y estudio y, en cambio, la solidaridad es un escape bastante tentador al no tener que recaer el peso de la Ley exclusivamente sobre alguno o algunos de los agentes de la edificación en más o menos medida– y, por otro lado, esta solidaridad se puede decir que se ha revertido en un perjuicio para aquellos profesionales –caso del arquitecto– que tienen suscrito su correspondiente seguro de responsabilidad civil, toda vez que son las entidades aseguradoras de estos profesionales las que suplen la insolvencia de otras entidades codemandadas solidariamente, como

promotores o constructores, a fin de evitar la afectación del patrimonio de sus asegurados.

Ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, gran parte de las reclamaciones de responsabilidad civil amparadas en el artículo 1.591 del Código Civil –dada su amplia interpretación- se dirigían contra el arquitecto, al ser, de entre todos los agentes intervinientes en el proceso de edificación, (junto al promotor, constructor, director de la ejecución de la obra, etc.) quien disponía o había contratado, porque así lo exigía su colegio profesional, la constitución del correspondiente seguro de responsabilidad civil con el que se hacía frente a la práctica totalidad de las reclamaciones dirigidas contra los agentes demandados “solidariamente” (de forma impropia), sin perjuicio, eso sí, de la ulterior repetición de lo desembolsado en nombre de los distintos condenados solidarios. Y es que al comitente o comprador-reclamante, que sufre el daño, lo que realmente le interesaba era no tanto determinar quién había sido el “culpable” del vicio ruinógeno sino lograr el éxito de su reclamación. Lo cierto es que tras la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación la situación viene siendo la misma.

Esta situación legal de la responsabilidad individual de los agentes del proceso constructivo -solo solidaria en caso de imposibilidad de aquélla-, ha sido consolidada, igualmente, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así podemos traer a colación, entre otras, la Sentencia núm. 558/2005 de 30 junio que determinó la exclusiva justificación de la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación, en el caso de no poder individualizarse la correspondiente

a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, de manera que al quedar su responsabilidad perfectamente delimitada, no entra en juego la solidaridad que precisa que el suceso dañoso haya sido producido por una acción plural. Posición ésta ya sentada en anteriores resoluciones judiciales: Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1990 [RJ 1990, 5783] , 16 de julio [RJ 1992, 6623] , 1 de octubre [RJ 1992, 7515] y 4 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9198]), de 3 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9787] .

En caso de que la sentencia condenatoria en un proceso por vicios constructivos individualice la responsabilidad, no habrá más problema que el propio de cada agente que trata de salvar aquélla. Ahora bien, cosa distinta ocurre en el supuesto –bastante frecuente como hemos aludido- de declaración de solidaridad en la responsabilidad de los distintos intervinientes en la obra, pues recaída la sentencia condenatoria de modo solidario al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se ha venido suscitando en la práctica jurisprudencial la controversia relativa a la incidencia que esa solidaridad -que a priori tiene las notas de una responsabilidad solidaria impropia al nacer de una resolución judicial y no directamente de la ley que proclama la responsabilidad individual y mancomunada-, tiene sobre la prescripción de las acciones ejercitadas contra los distintos intervinientes en el proceso constructivo a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.974 del Código Civil , en cuanto, que dispone que "la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores".

Fundamentalmente el problema venía dado cuando el afectado por unos daños constructivos, con carácter previo a la interposición de la demanda reclamaba extrajudicialmente la subsanación o reparación de los mismos a uno sólo de los profesionales de la construcción –principalmente al promotor- frente a quien, indudablemente, se interrumpía el plazo prescriptivo, y luego se ejercitaba la acción judicial contra todos los intervinientes en el proceso constructivo –arquitecto, arquitecto técnico, constructor y promotor-. La cuestión suscitada es si esa interrupción de la prescripción –individualmente realizada- aprovechaba también al resto de profesionales, de acuerdo con el ya citado artículo 1.974 del Código Civil predicador de la solidaridad propia.

Durante mucho tiempo Juzgados y Tribunales han mantenido criterios dispares en este asunto, sin que la archiconocida sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo 2003 (RJ 2003, 3645) que motivó la Junta General de Magistrados de la Sala Primera de 27 de marzo de 2003 -en la que se acordó la inaplicación del artículo 1.974 a las obligaciones “in solidum”, sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pudiera presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción- resolviera definitivamente el problema generado. De manera que unos Tribunales se decantaban por considerar la solidaridad declarada en sentencia como una especie de solidaridad propia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y por tanto extender los efectos interruptivos de la prescripción a todos los demandados, o, incluso, agarrándose a aspectos tales como la relación de dependencia entre la promotora y los técnicos contratados, o la propia

naturaleza de las cosas que hacía razonable presumir que la promotora había puesto en conocimiento de los técnicos intervinientes los problemas y defectos denunciados; mientras que otros Tribunales no hacían extensiva esa interrupción –apreciando, en consecuencia, la prescripción de la acción- al entender, sin más, que la solidaridad que se prevé en el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, es un tipo de solidaridad impropia, pues no deriva de la Ley, sino, necesaria y exclusivamente, de una resolución judicial que así lo disponga, de la misma manera que sucedía antes de la entrada en vigor de dicha Ley, de manera que la responsabilidad civil de los diferentes agentes que intervienen en el proceso de la edificación sigue siendo, al igual que lo era con anterioridad, una responsabilidad exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder (art. 17.2 Ley de Ordenación de Edificación); en tanto que la responsabilidad solidaria (art. 17.3), al igual que sucedía antes, solo puede declararse "cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido"; lo que exige, inevitablemente, una resolución judicial que así lo establezca.

Tal era la controversia suscitada que hasta distintas secciones de una misma Audiencia Provincial, mantuvieron líneas de resolución diferentes.

Finalmente, el Alto Tribunal ha abordado esta polémica dando solución definitiva a la misma, la cual, como bien señala ÁLVAREZ OLALLA³¹, se ha suscitado cuando la Ley, con el tiempo, ha venido a proclamar la regla de la solidaridad ante situaciones a las que antes le reconocía este efecto la jurisprudencia, de manera que de seguir al pie de la letra la doctrina del Tribunal Supremo a la que acabamos de hacer alusión, esta solidaridad podría ser considerada propia, siéndole de aplicación todos los efectos que se derivan de ella, incluida la aplicación del artículo 1974 del Código Civil.

En efecto, el Tribunal Supremo reiterando lo señalado en la Sentencia de 16 de enero de 2015 (núm. 761/2014), en el fallo de la Sentencia de 20 de mayo de 2015 se pronuncia del siguiente modo: «se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los daños comprendidos en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil (LEG 1889, 27), en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el

³¹ ÁLVAREZ OLALLA, PILAR. *El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 11/2015. BIB\2015\167262

plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes». Esta doctrina se reitera, con posterioridad, en SSTs de 17 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4004, 4005, 4006).

Eso sí, hay que tener en cuenta -como bien señala el Tribunal Supremo- que hay supuestos contemplados en la Ley de Ordenación de la Edificación en los que se establece una obligación solidaria de inicio (solidaridad propia) como es el caso del promotor. Así, la interrupción de la prescripción con respecto a uno de los agentes de los que responde solidariamente el promotor, interrumpirá la prescripción con respecto a éste. Pero no a la inversa, esto es, interrumpida la prescripción con respecto al promotor, no se interrumpe la prescripción, por ese hecho, con respecto a los técnicos o constructor, lo que supone delimitar perfectamente la solidaridad propia e impropia de uno y otro supuesto.

Por otro lado, no cabe confundir esta responsabilidad solidaria, solo imperante en los casos en los que no sea posible la individualización de la responsabilidad en el caso de los técnicos, con la responsabilidad solidaria declarada “ex lege” cuando el proyecto o la dirección de obra han sido contratados conjuntamente a más de un proyectista. En caso de vicio o defecto en el proyecto o en la dirección, la responsabilidad entre ellos es siempre solidaria.

Llegados a este punto, y centrándonos en la responsabilidad civil del arquitecto ante supuestos como el que nos ocupa, diremos que la misma, normalmente –salvo acuerdo o transacción extrajudicial en la que participe la entidad aseguradora del técnico- será declarada tras la sustanciación del correspondiente procedimiento judicial

–en el que la entidad aseguradora, como veremos, asumirá la defensa jurídica del arquitecto asegurado- en el que una vez practicadas las pruebas, entre las que la prueba pericial tendrá especial interés al dilucidarse la existencia y la causa de las patologías reclamadas, será el Juzgador quien determine la existencia o no de responsabilidad del arquitecto en su función de proyectista –tras analizar la posible existencia de vicio de proyecto-, así como en su función de director de obra. Respecto a esta última, si debemos insistir que aspectos tales como vicios o defectos constructivos de ejecución, o aspectos de terminación o acabado –caso por ejemplo de la incorrecta ejecución de una impermeabilización adecuadamente proyectada, o una defectuosa compactación del terreno, o caso de defectos puntuales de embutido de cableado, etc- quedarían fuera de la órbita de responsabilidad del arquitecto, al ser actuaciones circunscritas a la labor del ejecutor material de la obra, y de quien debe velar por la correcta ejecución de ésta, esto es, el director de la ejecución de la obra: el arquitecto técnico.

Conviene aclarar que en el supuesto de que un arquitecto acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no hubiera elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones de ese proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista.

Por otro lado, para que pueda prosperar la responsabilidad civil ejercitada al amparo de esta Ley, será necesario que la acción esté “viva” al tiempo de su ejercicio, esto es, que la acción no haya prescrito.

En relación a la prescripción podemos decir que la situación jurídica creada en torno al artículo 1.591 del Código Civil, antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, era de bastante inseguridad jurídica. De un lado, fijaba un plazo de garantía de diez años, una responsabilidad decenal, dentro del cual podía surgir el estado ruinoso, que, según ya hemos expuesto se hizo extensivo a situaciones que afectaban a la habitabilidad o funcionalidad de la edificación y, por otro lado, el plazo para el ejercicio de la acción era de quince años, al resultar de aplicación el artículo 1.964 del Código Civil, al no tener señalada esta acción de índole personal un plazo específico en la Ley.

El anterior panorama de incertidumbre para los profesionales dedicados a la construcción, que podían, incluso, soportar acciones transcurridos más de veinte años después de la terminación de la obra –los diez años para la aparición del vicio y quince para el ejercicio de la acción-, desaparece con la Ley de Ordenación de la Edificación, toda vez que junto a los plazos de garantía antes citados (artículo 17), se incorpora un plazo de prescripción para exigir la responsabilidad de los agentes en el proceso de edificación por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual (artículo 18).

En el terreno práctico, la cuestión que más problemas ha suscitado a la hora de determinar el transcurso o no de ese plazo de prescripción de dos años, son los denominados daños continuados y, más tarde, su distinción con los daños permanentes o duraderos.

Así, en el caso de los daños continuados, el dies a quo del plazo de prescripción de dos años no es el de la producción del evento dañoso sino el del resultado definitivo, lo que hace que se prolongue en el tiempo la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción aún cuando el agraviado conociera la existencia y no se hubiera manifestado aún el resultado definitivo, mientras que en el caso de daños duraderos o permanentes, entendidos como aquellos que se producen en un momento determinado por la conducta del demandado pero persisten a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado –tal y como expone la Sentencia núm. 672/2009 de 28 octubre. RJ 2009\5817, si bien referida a un supuesto distinto a los que nos ocupan-, el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción (en la misma línea la STS de 14 de julio de 2010).

E incidiendo en esta misma posición, el Alto Tribunal más recientemente ha proclamado esta misma idea en sentencia núm. 624/2014 de 31 octubre. RJ 2014\5642, en la que entendiendo que se trataba de un supuesto de daños permanentes y no una situación de daños continuados, al conocer la parte actora la existencia de los mismos, y no interponer la demanda antes de los dos años establecidos en el artículo 18 de la LOE, la acción se consideró prescrita .

4.2.3. De la responsabilidad extracontractual del arquitecto.

El segundo bloque de responsabilidad civil en la que puede incurrir el arquitecto en su función profesional y que, por ende, se comporta como otro campo de actuación del seguro de responsabilidad civil del arquitecto, viene dada por la causación de daños a terceras personas ajenas a la obra y que carecen de cualquier relación contractual con aquél. Se trata de la responsabilidad extracontractual, también conocida como responsabilidad aquiliana o por culpa, que encuentra su apoyo legal en el artículo 1.902 del Código Civil así como la mención específica que para este ámbito se contiene en el artículo 1.909 del mismo texto legal.

En la práctica, los supuestos de responsabilidad extracontractual del arquitecto, suelen obedecer a casos en los que, a consecuencia de la ejecución de una obra, se generan daños en los inmuebles colindantes o vecinos a aquél en el que interviene este profesional. Los requisitos de indispensable concurrencia para el éxito de la acción de responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1902 del Código Civil, siguiendo una reiteradísima y constante doctrina jurisprudencial, son: (1) la existencia de un daño, (2) la culpa o negligencia del arquitecto demandado y (3) la existencia de un nexo causal entre el daño existente y la conducta culposa o negligente del arquitecto demandado.

Por supuesto que la culpa o negligencia del arquitecto habrá que apreciarla desde el punto de vista de su función profesional, de manera que, pese a la tendencia a la objetivización en el ámbito de esta responsabilidad aquiliana, es preciso que el arquitecto incurra en alguna acción u omisión culposa o negligente en su labor

profesional. Si bien, también es cierto que en el ámbito de la construcción existe una tendencia a la inversión de la carga de la prueba, de manera que será el arquitecto quien, tras la prueba de la existencia del daño, deba probar su actuación diligente.

Prueba palpable del anterior criterio, resulta lo expuesto por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 noviembre 1990. RJ 1990\9047, que de forma bastante elocuente adujo lo siguiente: *”la responsabilidad extracontractual o aquiliana sancionada en el art. 1902 del Código Civil, basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad del agente, ha experimentado una constante evolución en la doctrina jurisprudencial, a partir de la sentencia de 10 de julio de 1943 (RJ 1943\856), que si bien tuvo su origen en el campo de la circulación vial, posteriormente ha sido aplicada a supuestos de mera responsabilidad por riesgo como los derivados, por ejemplo, de la explotación de industrias -sentencias de 12 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4747) y 17 de marzo de 1981 (RJ 1981\1009)-; si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala no ha sancionado en términos absolutos, en los supuestos en que resulta aplicable el citado art. 1902, la atribución de la obligación de indemnizar a que dicho precepto se contrae al causante material del daño, lo que implicaría la proclamación de una responsabilidad objetiva, que sólo es exigible cuando el ordenamiento jurídico la impone para procurar un mínimo compensatorio a las posibles víctimas, no lo es menos que la indicada evolución jurisprudencial se orienta hacia un sistema que, sin hacer obstrucción del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de*

ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por un tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la específicamente reglada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado; pero, sin embargo, la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo -sentencia de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989\6923) y las numerosas en ella citadas-. Esto sentado y no combatidas eficazmente las declaraciones fácticas de la sentencia de instancia acerca de la existencia de los daños cuya reparación se solicita y la acción u omisión estimados como causa de aquéllos, ha de mantenerse, asimismo, la conclusión del Tribunal sobre la existencia de una relación de causalidad directa entre los daños acreditados y la progresiva realización de la obra de los codemandados y a la que se llega después de una conjunta

y ponderada valoración de los medios de prueba aportados en los autos que ponen de manifiesto la existencia de un enlace preciso y directo entre la ejecución de la obra y la aparición de grietas y fisuras en el inmueble de la parte actora. Por otra parte, la sentencia recurrida no infringe la citada doctrina jurisprudencial sobre la inversión de la carga de la prueba al atribuir a los demandados la carga de la prueba de haber adoptado las prevenciones requeridas en la ejecución de la obra para evitar los daños sufridos por los actores, siendo de tener en cuenta que el Arquitecto director de la obra era conocedor de la naturaleza de los terrenos sobre los que se asentaban ambos edificios, tratándose de solares rellenos con tierras de otra procedencia hace menos de cincuenta años, no obstante lo cual, y siendo previsible que la construcción del edificio por él proyectado y dirigido provocase asentamientos en el edificio colindante, por la compactación del terreno debida al aumento de carga sobre el mismo que necesariamente habría de derivarse de la construcción de un edificio de un volumen considerablemente mayor al colindante ya construido, no adoptó precaución alguna o al menos no resulta acreditado que adoptase precaución alguna suficiente a evitar esos previsibles daños, ni siquiera cuando, una vez aparecidas las grietas en el edificio de la calle Mosén Molé, 4, el Ayuntamiento, a consecuencia de la denuncia formulada, le indicó que, como director técnico de la obra, «deberá tomar las medidas oportunas para el control de las deficiencias que se observan en la casa vecina a fin de evitar las desgracias o perjuicios que se pudieran ocasionar a aquéllos» (documento 6 de la demanda); tal conducta del Arquitecto director de la obra ha de calificarse de negligente al no haberse adoptado las prevenciones que las circunstancias de tiempo y

lugar requerían y que sus conocimientos profesionales le exigían para evitar esos previsibles daños”.

Es lógico este planteamiento jurisprudencial, toda vez que la concurrencia de daños en edificios colindantes no existentes hasta el momento de las obras, en principio deben tener su origen en causas propias de la obra colindante, de ahí esa inversión de la prueba con la consiguiente presunción de negligencia profesional, lo que a la postre se traduce en que los arquitectos deben tener una exquisita diligencia y adoptar todas las prevenciones posibles, no sólo ya para la correcta finalización de la construcción para la que han sido contratados sino también para evitar cualquier daño o merma en edificaciones o construcciones vecinas.

4.2.4. De la responsabilidad contractual del arquitecto.

Por último, debemos examinar la responsabilidad puramente contractual del arquitecto, quien, como es obvio, presta sus servicios en virtud de una previa relación contractual con el promotor profesional o, en su caso, con un autopromotor.

La responsabilidad civil contractual del arquitecto surgirá en caso de incumplimiento de los términos del contrato, conocido comúnmente como contrato profesional del arquitecto, el cual es el instrumento jurídico a través del cual cliente y arquitecto se vinculan jurídicamente, obligándose el primero a satisfacer la retribución económica que se convenga, y el segundo a llevar a cabo la prestación propia de su especialidad técnica, siendo mayoritaria la opinión doctrinal y jurisprudencial que enmarca este contrato dentro del arrendamiento de obra, quedando limitado el

arrendamiento de servicios a aquellos supuestos en que tan sólo se solicita del arquitecto la emisión de un informe técnico.

La particularidad del contrato profesional del arquitecto, frente a otras actividades de carácter intelectual, es que cuando el cliente encarga un proyecto técnico pretende la consecución de un resultado y, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dando forma a esta relación contractual, se ha referido al mismo como un negocio jurídico por el que se encarga a un arquitecto la realización de un proyecto de edificación que debe calificarse como de arrendamiento de obra y no de servicios, en cuanto que su objeto lo constituye el resultado concreto prometido por el profesional, pasando a segundo término la actividad o trabajo dirigida a tal fin" (STS de 29 de mayo de 1987). Y en alusión no sólo a la labor proyectista sino también de dirección de obra, nuestro Alto Tribunal, destacando esa misma naturaleza, esgrimió que el encargo por el dueño de la obra, aceptado por el arquitecto, determina el nacimiento de un contrato de arrendamiento de obra, previsto en el artículo 1544 del Código Civil del que surge la obligación del arquitecto no solo de redactar un proyecto técnicamente viable, sino de asumir la dirección de la obra durante la ejecución, de manera tal que esta pueda ser llevada a su práctica material de acuerdo con lo proyectado (Sentencia núm. 538/2012, de 26 septiembre, RJ 2012\9337).

La lógica jurídica determina que la legitimación activa para exigir la responsabilidad civil contractual del arquitecto la ostente, exclusivamente, quien hubiera contratado los servicios de éste, bien sea el promotor profesional o el particular que asume la función promotora, lo que descarta que, por ejemplo, los adquirentes de

las viviendas compradas al promotor profesional tengan legitimación para ejercitar la acción dirigida a que se declare esta responsabilidad -el vínculo contractual lo tienen con el promotor, frente al que podrán ejercitar las acciones de índole contractual que consideren convenientes, además de la acción amparada en la Ley de Ordenación de la Edificación para hacerlo responsable solidario (artículo 17.3): *“en todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción”*-, si bien, la acción frente al arquitecto quedará limitada a la derivada de la propia Ley de Ordenación de la Edificación, sin perjuicio, obviamente, de dirigir la acción de manera directa frente a la entidad aseguradora del arquitecto, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, acción que, asimismo, encuentra justificación en la responsabilidad “ex lege” del profesional de la arquitectura.

Interesante resulta, a estos efectos, la reciente sentencia de nuestro Alto Tribunal, Sentencia núm. 381/2016 de 3 junio (RJ 2016\2301), que declaró el incumplimiento de un contrato de colaboración para prestar determinados servicios de arquitectura e ingeniería, consistentes en la elaboración de un proyecto para la construcción de sendos complejos inmobiliarios, en los que como consecuencia del colapso y derribo del graderío al comenzar el proceso de hormigonado, la promotora resultó directamente perjudicada al tener que reparar los desperfectos ocasionados por un fracaso generalizado en la unidad de estructura a la que se extendían las labores de dirección, supervisión y vigilancia para las que se contrató a un arquitecto de evidente renombre internacional para una obra singular o emblemática en la ciudad de Oviedo, a

quien correspondía cumplir sus obligaciones profesionales de control absoluto no solo del proyecto sino de su ejecución para que la obra se concluyera sin problemas; al mismo tiempo, la cubierta móvil, o dispositivo móvil a modo de visera, que era el elemento diferencial del Palacio de Congresos -señas de identidad del proyecto-, no se consiguió en la forma que se había convenido, cuando era posible hacerlo en la totalidad de las situaciones, lo que se debió a la falta de previsión en el diseño, fabricación y ejecución de la estructura de la cubierta, lo que llevó a que no pudiera cumplir su función de móvil con la necesaria seguridad y frecuencia.

4.3. Supuestos en los que no ha lugar a declarar la responsabilidad civil del arquitecto.

Siguiendo con el estudio de la responsabilidad civil profesional del arquitecto, en este apartado analizaremos diferentes supuestos en los que la actuación profesional del mismo no desencadena, por unas u otras razones, su posible declaración de responsabilidad civil, lo que a la postre se traducirá en que la entidad aseguradora, sin perjuicio de poder haber asumido la defensa jurídica del asegurado en el correspondiente procedimiento judicial –asumiendo el coste de letrado, procurador y demás gastos procesales-, no haya de satisfacer prestación alguna al perjudicado por inexistencia de esa responsabilidad o porque no sea jurídicamente viable apreciarla en el litigio.

Es obvio que presentada una reclamación judicial hay que dilucidar si concurren los requisitos necesarios para que se pueda declarar la responsabilidad civil del

arquitecto, no obstante, existen circunstancias que pueden concurrir, sean desde un punto de vista fáctico, jurídico o jurídico-procesal, que determinan que no haya que hacer frente a responsabilidad civil alguna.

1.- En primer lugar, la responsabilidad civil por daños derivada de la Ley de Ordenación de la Edificación no será exigible al arquitecto que intervenga en el proceso de edificación si se prueba que aquellos daños fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (artículo 17.8 de la LOE).

En el mismo sentido, se debe tener en cuenta lo dispuesto en nuestro Código Civil, en su artículo 1.105, que, a pesar de no aludir a ello de modo expreso, implícitamente se refiere a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor al declarar que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables, salvando los casos expresamente previstos en la Ley y los declarados en la obligación.

Lo cierto es que en estos supuestos, la falta de responsabilidad del arquitecto viene dada por no apreciarse culpa, negligencia o error alguno en su quehacer profesional que guarde relación causal inmediata con el vicio constructivo.

A la vista de la copiosa doctrina y jurisprudencia sentada en la materia, podemos decir que el caso fortuito o la fuerza mayor mencionada en la Ley, son los que actúan imponiendo inevitablemente el resultado dañoso ocasionado. De manera que para que

pueda estimarse la existencia de una fuerza mayor, como causa de exoneración de la responsabilidad civil, es preciso que concurren las siguientes situaciones:

a) Que se trate de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del agente causante y, por tanto, no imputable a él. Ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión y que excluya toda intervención de culpa. El evento decisivo debe proceder exclusivamente de un acaecimiento impuesto y no previsto ni previsible; o, si se hubiese previsto, que resulte insuperable e inevitable por su ajenidad y sin intervención de culpa alguna del agente demandado.

b) El acontecimiento debe ser: o bien imprevisto e imprevisible, o bien previsto pero inevitable. Imprevisibilidad dentro de la normal previsión en el caso de que se trate es, pues, requisito esencial para la no aparición de las causas que provocan la ruptura del nexo causal.

c) Entre el mencionado acontecimiento y el subsiguiente evento dañoso debe existir un necesario vínculo de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente; y debe probarse el evento de una forma cumplida y satisfactoria. Se ha negado esta virtualidad a fenómenos físicos habituales en la zona de que se trate y de intensidad media (así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006).

2.- El segundo de los supuestos sobre el que nos queremos detener, gira en torno a la figura jurídico-procesal de la intervención provocada, cuya base legal la encontramos, ab initio, en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y su

permisión legal en la Disposición Adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación.

En virtud de ambos preceptos, existe la posibilidad de que quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación, pueda solicitar, dentro del plazo que la LEC concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieran, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

Así las cosas, el arquitecto demandado podrá interesar la intervención de algún otro interviniente en el proceso constructivo o, en su caso, algún agente de la construcción demandado puede solicitar la intervención del arquitecto. Debemos entender, de acuerdo con el tenor de la Ley, que esta posibilidad queda reducida a los supuestos en los que se ejercitan acciones al amparo de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La cuestión más relevante que ha venido suscitando la figura procesal de la intervención provocada es acerca del papel que desempeña en el proceso el tercero interviniente, esto es, si es o no un auténtico demandado y como tal puede ser

condenado en el litigio; o si, por el contrario, al no haberse ejercitado contra él acción alguna, no puede alcanzar la consideración de parte pasiva del proceso a los efectos de una eventual sentencia condenatoria o absolutoria.

Lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales además de realizar un abundante estudio sobre esta institución procesal (véase el completo estudio de SÁNCHEZ HERNÁNDEZ³²), se han mostrado divididas: así, para algunos, el tercero debe ser tenido, en todo caso, como parte demandada y, por tanto, debe figurar en la parte dispositiva de la sentencia y debe ser alcanzado por todos sus pronunciamientos, incluido el que verse sobre las costas; para otros, para poder condenar a alguno de los intervinientes en el proceso constructivo "llamado en garantía" de forma provocada por algún codemandado, sería necesaria la solicitud de condena expresa por parte de alguno de los demandantes, por un elemental y obligado respeto a los principios dispositivos, rogación y congruencia, lo cual no significa que la sentencia no pueda tener consecuencias frente a dicho tercero, pues en virtud de esa intervención procesal, que le ha permitido defender sus propios intereses, debe quedar afectado por las declaraciones que en ella se hagan, las cuales no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso, pero sólo le alcanzará el fallo condenatorio o absolutorio si se ejercita la acción frente a él, lo que requiere que en el momento en el que el demandante es oído tras la solicitud, deba mostrarse conforme con ella lo que se debe entender como una ampliación de su demanda.

³² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. *Derecho de Edificación: llamada en garantía y LOE*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2010.

Esta situación de incertidumbre la ha tratado de zanjar el Tribunal Supremo tras el dictado de la reciente sentencia de 26 de septiembre de 2012 (Sentencia núm. 538/2012 de 26 septiembre. RJ 2012\9337). En ésta, nuestro Alto Tribunal se decanta por la segunda de las opciones antes analizada, de manera que el tercero cuya intervención ha sido acordada, solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo, lo que resulta absolutamente coherente con los principios dispositivo y de aportación de parte que rigen en nuestro derecho civil.

En la resolución anterior del Pleno de 20 de diciembre de 2011, al abordar la naturaleza del tercer interviniente, ya había realizado un análisis similar, al aducir que la cualidad de parte demandada la ostenta el sujeto frente al que el demandante pretende la tutela ante los tribunales y al que ha de afectar la pretensión solicitada en la demanda, lo que resulta de los artículos 5.2 y 10 de la Ley Enjuiciamiento Civil. De manera que el sujeto solo adquiere la condición de parte demandada si frente a él se ejercita una pretensión. En consecuencia, el tercero cuya intervención ha sido acordada solo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al tercero. Si el demandante no dirige expresamente una pretensión frente al tercero, la intervención del tercero no supone la ampliación del elemento pasivo del proceso. En ese caso, el tercero no será parte demandada y la sentencia que se dicte no podrá contener un pronunciamiento condenatorio ni absolutorio del mismo, sin perjuicio de que pueda hacer valer sus derechos como sujeto interesado –con todos los derechos de la parte procesal- y que, sin soportar la acción, se le permita una actividad en el

proceso dirigida a conseguir que éste tenga un resultado lo menos adverso posible para él, a efectos de una posible actuación procesal ulterior de la parte correspondiente.

3.- Otra cuestión procesal que consideramos digna de mención en el ámbito que nos ocupa, es la relativa a la imposibilidad de que se declare la responsabilidad civil del arquitecto tras el ejercicio de la acción por parte del promotor que ha enajenado la totalidad de las viviendas que integran la promoción. En este caso, la imposible declaración de responsabilidad viene dada por la falta de legitimación activa del promotor para el ejercicio de la acción. Se puede decir que el promotor pierde por completo su situación de posible perjudicado, para convertirse de pleno en posible responsable.

Vendidas todas las viviendas, el promotor –debemos entender- carece de acción, no puede ser perjudicado, incluso podría darse el caso de que los demandados abonaran lo reclamado por el promotor y, luego, los adquirentes volvieran a demandarlos, con lo que el pago hipotético -en caso de estimación de la demanda- tampoco liberaría a los demandados intervinientes en el proceso constructivo, además de suponer un enriquecimiento injusto para el promotor. La cuestión se complicaría si el promotor hubiera ejercitado la acción en interés o beneficio o por mandato de los adquirentes de las viviendas, tras haberle reclamado a él, o por haber ejercitado acción frente a éste; en estos casos, habría que analizar cada supuesto en concreto a fin de apreciar su legitimación y la existencia o no de objeto. Si bien, fuera de estas situaciones, el promotor no sería titular del derecho ni poseería facultad de disposición sobre el objeto del litigio de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante lo anteriormente expuesto, la imposibilidad de ejercitar acción amparada en la Ley de Ordenación de la Edificación, no obsta para que el promotor conserve la legitimación para exigir la posible responsabilidad contractual conforme al derecho común. La responsabilidad establecida en la Ley de Ordenación de la Edificación es una responsabilidad por imperativo legal a favor de quien sufra un daño concreto, y la legitimación activa del promotor enajenante que anteriormente encontraba cobijo en el artículo 1591 del Código Civil fundado en un interés contractual del contrato de obra, desaparece con el artículo 17 de la Ley especial que solo tutela el interés de los propietarios.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004 entendió que con la enajenación el promotor se despoja de su interés legítimo, que se transfiere a los adquirentes *"por entender que la acción derivada del artículo 1591 a la que reconducía su reclamación, pues la cita del artículo 1258 del propio CC no era suficiente por tratarse de un precepto de carácter general, correspondía a los posteriores adquirentes, tras las transmisiones que hubiera habido, de pisos y locales, no habiendo demostrado la misma ser titular actual de ninguno, y no justificaba gastos, ni en relación a la petición dineraria que hacía....en el presente caso, los derechos y obligaciones que en sus respectivas defensas alegan las partes, derivan exclusivamente del cumplimiento y ejecución de un contrato de arrendamiento de obra, en el que la actora es la dueña de la obra o comitente, y, como tal reclama por los defectos constructivos frente al contratista con el que concertó la realización de la misma, así como también frente al Arquitecto, cuyo Proyecto y Dirección de Obra impuso, y frente*

al Aparejador, al que también contrató para su ejecución y control, por lo que es difícil salirse de este entorno jurídico. Bajo este planteamiento, acertado, ambas sentencias enjuician la responsabilidad sobre los daños de los diversos intervinientes, y la enlazan con la demanda de la Comunidad de vecinos y de varios de éstos, y en base a ello, por un lado, las mismas entienden con total corrección, que éstos adquirentes de los pisos (y aquella velando por los elementos comunes, en lo que los mismos participan a través de la misma) son los únicos legitimados para reclamar por los vicios aparecidos, negando tal legitimación a la Promotora, ya que los vendió (y la que por otro lado, debe responder también como vendedora de una cosa reputada como apta para su fin, y en cuanto no lo sea, frente a ellos), pues ha desaparecido su interés legítimo a tal objeto, por perder su condición de perjudicada, y ha adquirido el de posible responsable, bajo el que ya sólo puede ser juzgada. Por otro lado, su reclamación, en el fondo jurídico-material del tema tratado, carece de sustento (puede tenerlo una vez pague lo que le corresponde por los daños, pero no antes)".

De acuerdo con lo expuesto, la responsabilidad civil a la que está expuesto el arquitecto en el ejercicio de su profesión puede de ser de distinta naturaleza –ex lege contractual o extracontractual- siendo común a todas estas formas de responsabilidad la actuación poco diligente de aquél, bien sea por no ajustar su cometido a la lex artis a la que ha de atenerse, bien por infringir los términos contractuales que había asumido. No obstante lo anterior, a parte de la copiosa casuística jurisprudencial que ha tratado de ir perfilando poco a poco el contenido obligacional último de estos técnicos, existen

también otra serie de factores jurídicos o procesales que, de igual modo, inciden en la posible declaración de responsabilidad.

Capítulo 5. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARQUITECTO.

5.1. Del seguro de responsabilidad civil del arquitecto.

5.1.1. De la obligatoriedad o no de la suscripción del seguro de responsabilidad civil del arquitecto.

La Ley de Contrato de Seguro en su artículo 75, (ya derogado en virtud de la Disposición Derogatoria a) de la Ley 20/2015, de 14 de julio) recogía la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinaran, no autorizando, en otro caso, el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acreditara por el interesado la existencia del seguro e imponiendo sanciones administrativas en caso de falta de seguro cuando sea obligatorio. Actualmente, esta previsión la recoge la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, cuya Disposición Adicional 2ª establece la posibilidad de establecer por Ley la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto.

La cuestión que se plantea a la luz de este precepto, es si el ejercicio de la actividad profesional de los arquitectos requiere o no la suscripción obligatoria del correspondiente seguro de responsabilidad civil.

En primer lugar, si acudimos a la Ley de Ordenación de la Edificación, tan sólo menciona la obligatoriedad de la contratación de un seguro de daños materiales o un seguro de caución para el promotor y constructor de las obras de edificación de conformidad con los artículos 9 y 11, debiéndose ajustar a las pautas que marca el artículo 19 de la misma Ley. Quiere esto decir, de un lado, que la Ley de Ordenación de la Edificación prescinde de establecer un seguro de responsabilidad civil de carácter obligatorio para el arquitecto y demás intervinientes en el proceso constructivo –si bien constituyen una práctica habitual los seguros de responsabilidad civil profesional de arquitectos y aparejadores-, y de otro, que opta por un seguro de daños o seguro de caución en lugar de aquél, y sólo residual y subsidiariamente, la retención por el promotor del cinco por ciento del importe de la ejecución material de la obra.

La consecuencia de que la Ley opte por un seguro de daños y no por un seguro de responsabilidad civil, dada su distinta configuración, es que los compradores ulteriores de los inmuebles al promotor en lugar de tener la posible consideración de beneficiarios, serán considerados asegurados y, por ende, titulares de los derechos y obligaciones derivados del contrato, tales como los deberes de comunicación o de salvamento del artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro. El riesgo asegurado no será en el seguro de daños la responsabilidad del tomador, bien sea el promotor o el constructor, sino la consecución misma del daño, sin perjuicio de la acción de repetición

que el asegurador pueda entablar contra el agente a quien el vicio o defecto sea imputable. De este modo, lo pretendido por la Ley y, a nuestro juicio, no conseguido -a la luz de la realidad práctica en la que son los seguros de responsabilidad profesional los que en mayor medida acaban atendiendo la reparación de los daños inferidos en la construcción, excepción hecha de los supuestos de exclusión de responsabilidad- era lograr un desembolso inminente derivado del daño a costa de un seguro, sin necesidad de discutir cuestiones de responsabilidad de los distintos agentes del proceso constructivo, reflexión ésta, acorde con el criterio sentado por CORDERO LOBATO³³. Dicho de otro modo, la fórmula legal pretende lograr la prefinanciación de la reparación de los daños a través de un sistema de seguros obligatorios de daños como bien señala CARRASCO PERERA³⁴ en sus comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación.

Por otro lado, a pesar de que la Ley de Ordenación de la Edificación no obliga a la contratación de un seguro de responsabilidad civil del arquitecto, siguiendo la habilitación del antiguo artículo 75 de la Ley de Contrato del Seguro –hoy de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, se hace necesario acudir al resto de legislación autonómica y estatal para descartar la inexistencia de obligatoriedad en la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por los arquitectos.

³³ CORDERO LOBATO, Encarna. *Los seguros de vicios o defectos constructivos*, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2012.

³⁴ CARRASCO PERERA. Ángel. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2000, pág. 382.

La Ley 17/2009 de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y servicios y de su ejercicio, da un paso más respecto a lo contenido en la Ley de Ordenación de la Edificación, al recoger, al menos, la posibilidad de exigir a los prestadores de servicios, en una norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional o de otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio, en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de un destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario (artículo 21.1).

Tenemos que irnos a la regulación de los Colegios Profesionales para ahondar más en la cuestión objeto de estudio. Así, la Ley estatal preconstitucional, 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, no alude de manera directa a la suscripción de seguros para el ejercicio de la actividad profesional, si bien, uno de los fines señalados para los Colegios es la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados.

No obstante, el fenómeno autonómico ha provocado que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias normativas en la materia, y hayan procedido a la regulación de los Colegios Profesionales de su ámbito territorial. De modo que si hacemos un breve recorrido por la normativa autonómica relativa a los Colegios Profesionales observamos que en algunas leyes autonómicas –decimos algunas pues no se ha generalizado esta práctica- se recoge la obligatoria suscripción por parte de los colegiados del seguro de responsabilidad civil profesional.

Así, a título de ejemplo, podemos traer a colación la Ley 10/2003 de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía que obliga a cualquier colegiado a la suscripción del correspondiente seguro; otro tanto ocurre con la Ley 7/2006, de 31 de mayo de Colegios Profesionales de Cataluña, en la que, si bien con ciertas matizaciones, se dispone, con carácter general, que los y las profesionales con titulación tienen el deber de cubrir mediante un seguro o garantía equivalente los riesgos de responsabilidad en que puedan incurrir a causa del ejercicio de su profesión.

Pero, insistimos que esta práctica no es generalizada. Así, no contiene esta previsión, entre otras, la Ley de colegios profesionales de la Comunidad Valenciana.

La cuestión antes expuesta está íntimamente ligada con la intervención que los Colegios Profesionales tienen que desplegar para la emisión de cierta documentación exigible para la formalización de una determinada edificación. En este sentido, el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, incluye entre las actuaciones que son objeto de este visado, el proyecto de ejecución de edificación, el Certificado de final de obra y el Proyecto de demolición de edificaciones.

De acuerdo con esta normativa, la función de visar trabajos profesionales, cuando sean obligatorios, será ejercida directamente por el colegio profesional bajo su responsabilidad; quiere esto decir que los colegios profesionales deberán cumplir su función de manera diligente y velar porque los trabajos de edificación que se les presentan sean adecuados y cumplan las exigencias técnicas y de seguridad. Es obvio que esta implicación hace que resulte del interés de los propios colegios profesionales la

existencia de la garantía que supone un seguro de responsabilidad civil profesional suscrito por los arquitectos que presentan sus trabajos para que reciban el visto bueno del ente colegial.

En virtud de cuanto ha quedado expuesto, no cabe negar la conveniencia de que el profesional de turno suscriba el correspondiente seguro de responsabilidad civil, no obstante lo cual, para apreciar la obligatoriedad de la suscripción de este seguro habrá que acudir a la regulación existente en cada Comunidad Autónoma y vislumbrar, asimismo, lo dispuesto en la regulación de cada uno de los Colegios Profesionales.

Ahora bien, si debemos dejar señalado, como ya pusimos de manifiesto al abordar el seguro de responsabilidad civil profesional, que cuando quien interviene en la función de proyectista o director de obra es una sociedad profesional, la naturaleza jurídica de ésta hará necesaria la suscripción obligatoria del seguro de responsabilidad civil. Aunque el artículo 11.3 LSP no lo establezca expresamente, todo parece indicar que el seguro que debe suscribir la sociedad consiste en un seguro de responsabilidad civil, cuyos beneficiarios, indeterminados en el momento de contratar, serán todos aquellos que sufran un daño como consecuencia de la actividad de la sociedad profesional o de las personas por quienes ésta debe responder CRESPO MORA³⁵.

³⁵ CRESPO MORA, M^a CARMEN. Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. BIB 2012\1348 .Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2012.

5.1.2. Objeto del seguro de responsabilidad civil profesional. Riesgos incluidos.

Sin perjuicio de lo que puedan estipular las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, con carácter general, el objeto del seguro de responsabilidad civil profesional y, por ende, el seguro suscrito por el profesional de la arquitectura está dirigido a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del arquitecto asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados exclusivamente a causa del ejercicio de su actividad profesional que se hubieran declarado previamente a la entidad aseguradora, y ello de acuerdo con las condiciones generales y particulares estipuladas en la póliza hasta el límite de la garantía prevista. Igualmente, suele constituir su objeto la responsabilidad civil profesional que se pueda derivar para el arquitecto asegurado por los actos realizados en el ejercicio de su servicio y bajo las órdenes de aquél por las personas de las que sea legalmente responsable, así como, en caso de haber constituido una sociedad civil profesional o comunidad de bienes la responsabilidad civil profesional en la que puedan incurrir.

En principio, por lo general resultará indiferente a efectos de su responsabilidad civil, que el arquitecto desempeñe su función como trabajador libre o contratado, así como que se trate de un arquitecto que ejerza o hubiese ejercido como funcionario o asimilado, si bien, también es cierto que en la práctica se suelen excluir las reclamaciones emanadas de la propia Administración Pública para las que el arquitecto asegurado hubiera desarrollado su función.

Por otro lado, en lo que respecta a los riesgos incluidos, siempre de acuerdo con lo recogido en las condiciones de la Póliza y dentro de los límites estipulados, el asegurador estará obligado una vez verificado el riesgo a satisfacer la prestación consistente en:

- a) El pago de las indemnizaciones derivadas de las responsabilidades del arquitecto asegurado.
- b) Las costas y gastos derivados de la defensa jurídica del arquitecto asegurado.
- c) La constitución de las correspondientes fianzas judiciales que en el orden jurisdiccional civil o penal se pueda exigir al arquitecto asegurado para garantizar su responsabilidad civil profesional.

Dentro de este riesgo asegurado podemos distinguir lo que es la garantía principal, consistente en la responsabilidad civil profesional propiamente dicha, según el límite estipulado; de lo que es la garantía adicional que, por lo general, puede comprender:

- Cobertura para Daños Patrimoniales Primarios, según el límite elegido.
- Daños a expedientes y documentos.
- Responsabilidad Civil de Explotación y Patronal.
- Inhabilitación para el ejercicio de la actividad.
- Responsabilidad Civil por Contaminación Accidental.
- Reclamaciones derivadas de infracciones de la LOPD.
- Defensa Jurídica.

- Constitución de Fianzas Civiles.

En efecto, a través de estas garantías adicionales, lo que en principio parece ser un seguro de responsabilidad civil se convierte en un seguro multirriesgo que da cabida a seguros de distinta índole y naturaleza.

5.1.3. Ámbito temporal y material de la cobertura. Duración del seguro y cláusulas claim made.

Como ya expusimos al analizar el seguro de responsabilidad civil en general, una de las cuestiones que suscita este seguro y, en concreto, el seguro de responsabilidad civil profesional del arquitecto, es la relativa al ámbito temporal. El hecho de que los daños se puedan manifestar en momentos muy posteriores a la finalización de la obra, momento en el que puede que haya perdido vigencia la póliza, hace necesario fijar cuál es el elemento determinante para que el asegurador satisfaga la prestación otorgando cobertura tras la verificación del riesgo.

Normalmente, los seguros de responsabilidad civil profesional de los arquitectos tienen una duración de un año, renovándose anualmente a partir del día y hora estipulados en el vencimiento, salvo que alguna de las partes se oponga a la prórroga del contrato mediante notificación escrita dirigida a la otra parte con la antelación mínima que se fije en la Póliza o, en su defecto, con un plazo de un mes si quien se opone a la prórroga es el tomador del seguro y dos meses de anticipación si quien se opone es el asegurador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Contrato de

Seguro (reformado de virtud de la disposición final 1.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras). Pues bien, es habitual que las pólizas de seguro de responsabilidad civil de arquitectos circunscriban la cobertura a los casos en que la reclamación contra el asegurado tiene lugar durante el periodo de vigencia de la póliza y ello sin perjuicio de que el hecho motivador de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar durante el periodo de vigencia de la póliza o en momento anterior al comienzo de los efectos del contrato. Sensu contrario, la cobertura de las pólizas se extienden a los supuestos en los que la reclamación contra el arquitecto asegurado haya tenido lugar durante la vigencia de la póliza por una actuación profesional desplegada también durante esa vigencia o en años anteriores, excepción hecha de las reclamaciones que ya fueran conocidas por el asegurado a la fecha de iniciarse aquél.

No obstante lo anterior, dentro de la libertad de contratación, determinados aseguradores ofertan hoy ya también pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional del arquitecto con coberturas temporales dispares y amplias, partiendo, por supuesto, de los límites temporales que señala la Ley.

La cuestión más peliaguda surge cuando la reclamación obedece a hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza pero aquélla tiene lugar cuando la póliza de responsabilidad civil ha expirado, que como veremos, tal y como se configuran hoy los seguros de responsabilidad civil, determinan que el asegurador niegue otorgar cobertura. Esta circunstancia es bastante común en el ámbito de la construcción en el que los daños suelen ser de manifestación diferida y, más si cabe, en aspectos en los que resulta

fundamental la función profesional del arquitecto y, por tanto, su eventual responsabilidad (piénsese, según ya expusimos en su momento, en los vicios o defectos que afectan a suelo o estructura en los que el plazo de garantía es de diez años).

Lo primero que hay que hacer para abordar esta cuestión es ubicar temporalmente el siniestro. Como ya expusimos al abordar la notas genéricas del seguro de responsabilidad civil, si acudimos a la línea sentada por nuestro Alto Tribunal podemos concluir que el acaecimiento del siniestro se corresponde con el efectivo nacimiento de la deuda de resarcimiento que incrementa el pasivo del deudor, esto es, se identifica con la causa del daño y no con la reclamación del perjudicado. Véase la Sentencia núm. 477/2009 de 3 julio. RJ 2009\4326 que tras un exhaustivo análisis de la doctrina y de la jurisprudencia concluye: *“destacada doctrina científica ha declarado que, con seguimiento de la posición de la responsabilidad civil, relativa a que el nacimiento de la deuda de indemnización se produce de forma inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, de forma que el mismo es la causa del siniestro que se encuentra precisamente en el origen de la obligación derivada de la responsabilidad civil, habremos de admitir que es a partir del momento en que se ha producido cuando surge el débito de responsabilidad y el patrimonio del asegurado se ve gravado por dicha adeudo generado por el hecho dañoso, y desde esta óptica, ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso, tesis que ha sido confirmada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, la cual ha manifestado que "el legislador español en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de*

indemnización de su hecho motivador, de la reclamación o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo de su nacimiento" (STS de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267) y, en idéntico sentido, SSTS de 12 de julio y 3 de noviembre de 1997 , 28 de enero 17 de septiembre , 3 de octubre y 7 de diciembre de 1998 , 22 de enero , 24 de febrero y 18 de septiembre de 1999 , 9 de marzo de 2000 , 14 de junio de 2002 (RJ 2002, 4901) , 19 de septiembre (RJ 2003, 6995) , 14 de julio (RJ 2003, 4630) y 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7391)). Una parte de la doctrina científica ha examinado la circunstancia de la reclamación del tercero perjudicado con la conclusión de que, si la misma no se ejercita, no puede hablarse de siniestro; sin embargo, esta orientación no es aceptada por el sector referido en el párrafo precedente, el cual precisa que confunde el hecho de la iniciación del ejercicio del derecho, que compete al perjudicado para la reparación del daño con fundamento en la responsabilidad civil del asegurado, con el nacimiento a cargo de éste de ese derecho; la ausencia de reclamación por quién sea acreedor del asegurado puede llevar a la extinción de su derecho con el transcurso del tiempo en algunos casos por caducidad y en otros por prescripción; la reclamación de un tercero no implica de por sí un daño patrimonial para el asegurado, sino que este daño viene dado por el efectivo nacimiento de una deuda de resarcimiento que incrementa el pasivo del asegurado.

Esta Sala comparte la opinión jurídica contraria a los efectos del hecho de la reclamación del tercero perjudicado recién expuesta, por cuanto que el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro presupone que se trata de una deuda indemnizatoria

referida a unos daños y perjuicios, de modo que cuando se originen se va a producir, por regla general, como reacción frente a ellos, el deber de indemnizar”.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, como igualmente adelantamos en el capítulo dedicado a ciertos aspectos generales del seguro de responsabilidad civil, la utilización de las denominadas cláusulas “claim made” que, entre otros aspectos, vinieron a considerar el momento de la reclamación por el perjudicado como elemento temporal central a efectos de otorgar cobertura el asegurador –como momento del siniestro- también han tenido cabida en el ámbito de la arquitectura.

Quiere esto decir que frente a la posición doctrinal mayoritaria y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha considerado que el momento temporal determinante lo constituye la producción del hecho del que nace la responsabilidad civil y no la reclamación, estas cláusulas, en cierto modo, han tratado de alterar esa realidad. La inclusión del párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se mostró condescendiente con la posición que adoptaban las Entidades Aseguradoras admitiendo la validez de las mismas siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro, lo que supone que deben redactarse de forma clara y precisa, incluirse en la proposición de seguro y en la póliza o documento complementario, destacarse de forma especial y aceptarse específicamente por escrito por el asegurado.

La cuestión es: ¿sería posible casar la posición doctrinal y jurisprudencial con la realidad práctica en el sentido de que todo asegurador debiera responder de los siniestros derivados de hechos acaecidos durante la vigencia de una póliza, con independencia del momento de la reclamación y de si el contrato de seguro seguía o no vigente en este momento, siempre que el tomador a la fecha de aquél estuviera al corriente en el pago de la prima? El planteamiento invita a una reflexión profunda y, a mi juicio, la propia esencia del instituto del seguro debería ser proclive a dar una respuesta afirmativa a respaldar por los operadores jurídicos.

5.1.4. Límite de la garantía, suma asegurada y prima de seguro.

Como es obvio, la cobertura que presta el seguro de responsabilidad civil profesional del arquitecto aparece delimitada en la propia Póliza, siendo habitual la fijación de varios límites que, a la postre, determinarán la cantidad máxima (suma asegurada) a satisfacer por el asegurador en caso de acaecer el siniestro. Frecuentemente, sin perjuicio de la posibilidad de que se oferten productos con diferentes características o se dé entrada a la libre estipulación de las partes, los límites suelen ser:

1. Límite asegurado general o básico (límite por asegurado y siniestro): supone la garantía que presta el asegurador por asegurado y siniestro. Su quantum viene determinado por el límite máximo de indemnización que por siniestro –por cada siniestro- asume el asegurador por los daños personales o materiales derivados del riesgo cubierto en la póliza. Este límite da respuesta

al denominado como principio de unidad del siniestro, de acuerdo con el cual, con independencia del número de reclamaciones que se hubieren efectuado por la misma causa, todas ellas constituyen un único siniestro sujeto al límite predeterminado en la póliza.

2. Límite asegurado acumulado total por siniestro (acumulado por siniestro): representado por la cantidad máxima de indemnización que por cada siniestro asume el asegurador, independientemente del número de reclamaciones que afecten al siniestro y al número de asegurados responsables. Está previsto para aquellos supuestos en los que intervienen diferentes arquitectos responsables mancomunada o solidariamente. Aun cuando la suma de los límites asegurados básicos de los diferentes arquitectos responsables exceda de esta cantidad, el importe máximo que satisfará el asegurador vendrá determinado por este límite.

3. Límite acumulado anual: viene constituido por la cantidad máxima de responsabilidad que atenderá el asegurador durante la vigencia de la póliza. Toda vez que la póliza suele tener una duración anual, el importe fijado representa la suma máxima asegurada que satisfará el asegurador en el periodo del año que coincide con la vigencia de la Póliza. De manera que si en el mismo año se producen diferentes siniestros, la cuantía disponible se irá reduciendo hasta que llegue a agotarse.

4. Límite asegurado para daños personales: es posible que se estipule en la póliza una garantía complementaria por daños personales a la que se fijará un límite máximo a satisfacer por el asegurador. Es perfectamente viable y así ocurre en la práctica, ligar este límite asegurado por daños personales con el límite asegurado básico para daños materiales, si bien, se pueden configurar en la póliza de manera independiente.

En lo que respecta a los gastos de dirección jurídica (letrado y procurador), de peritación y cualesquiera otros gastos procedimentales, lo normal es que no se computen a fin de cubrir cada uno de los límites de garantía antes expuestos, lo que no obsta para que la póliza fije un límite para tales gastos. Cosa distinta suele ocurrir con las costas para el caso de resultar condenado a ellas que, en su caso, debiera satisfacer el asegurado la que, por lo general, se adiciona para computar el límite de garantía asegurada.

Por otro lado, en cuanto a la prima del seguro, lo habitual en el ámbito del seguro de responsabilidad civil que nos ocupa, es que junto a la existencia de una prima fija o general derivada del ejercicio de la actividad, se imponga la obligación del asegurado de satisfacer una prima adicional por cada obra proyectada y/o dirigida o legalizada durante la vigencia de la póliza. Quiere esto decir que el arquitecto asegurado satisface la prima fija general y una prima adicional por obra en la que intervenga. Hemos de aclarar que el pago de esta prima adicional no lleva consigo un incremento de cobertura, pues el aumento de la prima se justifica, de un lado, en el aumento del riesgo

que supone la intervención del asegurado en una nueva obra y, de otro, en que permite al asegurador cubrir el eventual siniestro que se pueda ocasionar en dicha obra.

Como tendremos la oportunidad de examinar más adelante, a efectos de la determinación del importe de la prima, tanto de la general como de la adicional, resulta vital, dentro del ámbito de este seguro, la obligación que corresponde al asegurado de comunicar al asegurador las obras en las que ha intervenido, interviene o intervendrá, así como las características de las mismas. En base a esta información, y a la luz de los criterios y tarifas propias del asegurador se fijará el importe de las respectivas primas.

Las primas, ya sea la fija, como, en su caso, la prima adicional, se devengan y son exigibles al inicio de cada periodo de vigencia, sin perjuicio de que se pueda estipular un pago fraccionado. En cuanto a la prima adicional por obra, debe pagarse antes de iniciarse la obra, toda vez que se devenga en el momento de determinarse por el asegurador en las tarifas, en las condiciones particulares o en el cuestionario que se pone a disposición del tomador y asegurado. Cada compañía aseguradora tendrá sus propias tarifas para calcular el importe de las primas, que, a su vez pueden atender a criterios diferentes, como el presupuesto de la obra o la suma asegurada o a fórmulas eclécticas.

5.1.5. De la importancia de la obligación de declaración del riesgo.

Las pólizas de seguro de responsabilidad civil de los arquitectos se estipulan sobre la base de las declaraciones del riesgo que formula el tomador o el asegurado con

carácter previo a la firma de la póliza, así como durante el decurso de la relación contractual, en atención a los cuestionarios que le remita el asegurador. Recibidas las declaraciones de riesgo, el asegurador asumirá su cobertura y fijará la prima en consecuencia.

La declaración del riesgo supone que el tomador o asegurado informen a la entidad aseguradora acerca de la actividad profesional, esto es, las obras en las que ha intervenido, la función desplegada en las mismas, el coste de la obra, los datos técnicos de la obra, los sujetos intervinientes en la misma, etc.

Según hemos anticipado, es necesario distinguir entre la declaración del riesgo previa a la suscripción del contrato, dando respuesta el tomador o asegurado al cuestionario que se ponga a su disposición, y la declaración de riesgo durante la vigencia del contrato, es decir, si durante la vigencia del contrato el arquitecto asume una nueva función profesional (redacción de proyecto, asunción de dirección de obra o legalización de una obra) habrá de comunicarlo al asegurador, quien remitirá el cuestionario correspondiente para su cumplimentación por aquél, a fin de poder obtener los datos necesarios para la fijación de la nueva prima o prima adicional.

Conforme se vaya renovando de manera periódica la póliza, en principio, no será necesario declarar los riesgos ya comunicados –las obras ya informadas-, sin perjuicio, como es obvio, de la obligación de comunicar la posible agravación o disminución de ese riesgo.

Dada la existencia de documentación técnica en la que se puede acreditar y verificar las circunstancias del riesgo de manera indubitada, las pólizas de seguro de responsabilidad civil de los arquitectos suelen incluir en su articulado mecanismos que imponen al tomador o asegurado la obligación de remitir al asegurador -cuando éste lo requiera- la documentación técnica por él exigida con el fin de verificar la certeza de la actividad profesional informada; de igual modo, y para los mismos fines, el arquitecto asegurado faculta al asegurador para que éste pueda obtener la documentación técnica de parte de los organismos correspondientes, públicos o privados, por sí mismo. De esta manera el asegurador podrá contrastar “per se” los datos del riesgo declarado por el tomador o asegurado, descubriendo posibles fraudes.

5.1.6. Del siniestro.

Sin perjuicio de las peculiaridades que presenta el siniestro en los seguros de responsabilidad civil –hasta el punto de haberse discutido doctrinalmente la existencia o no de siniestro en los mismos- lo cierto es que el siniestro en el ámbito del seguro de los arquitectos no presenta excesivas particularidades.

Incumbe al tomador del seguro o asegurado comunicar el siniestro al asegurador a la mayor brevedad, suministrándole toda la información sobre las características y consecuencias del mismo, así como el deber de aminorar sus consecuencias.

En general, según ya comentamos, las pólizas de seguro de responsabilidad profesional tienden a identificar la verificación del riesgo con la reclamación efectuada

por el perjudicado sufridor de los daños derivados de la labor técnica del arquitecto, por lo que, por lo general, la comunicación del siniestro vendrá precedida de la reclamación extrajudicial o judicial. No obstante, pudiera ocurrir que el arquitecto, sin previa reclamación, detecte o perciba la existencia de daños o potenciales daños que puedan desencadenar la ulterior reclamación y consiguiente siniestro, en cuyo caso, el arquitecto asegurado igualmente está obligado a comunicar estas circunstancias al asegurador a fin de que éste, si lo estima conveniente y dentro de su función aseguradora, pueda adoptar las medidas preventivas oportunas para evitar el daño o disminuir sus consecuencias.

Comunicado el siniestro –mejor dicho, la reclamación efectuada por el perjudicado-, salvo estipulación en contrario, el asegurador, sin perjuicio de la colaboración que ha de prestar el asegurado, asume todas las gestiones que tengan relación con el siniestro interviniendo en nombre del asegurado en las relaciones con los reclamantes o perjudicados, resultando, en todo caso, necesaria su autorización para acordar, admitir o tasar una indemnización en atención al siniestro.

Es fundamental en este tipo de seguro una buena predisposición a negociar, lo que en muchos casos permite menguar el resarcimiento de los daños –si realmente hay responsabilidad, por supuesto-. Actuación negociadora que, por experiencia, debe desplegarse cuanto antes (antes incluso de acudir el perjudicado a los tribunales de justicia), debe perdurar durante el curso del procedimiento judicial (no son pocos los asuntos de vicios constructivos que culminan con una transacción judicial), y que, incluso, será necesaria para la ejecución de la sentencia. Piénsese que las demandas que

se interponen por defectos en la construcción van dirigidas bien a obtener la reparación in natura, pretendiendo, por tanto, una obligación de hacer específica o, en otro caso, una indemnización monetaria. En el primero de los casos –decretada la obligación de hacer judicialmente-, el buen entendimiento entre los profesionales del derecho en armonía con los técnicos –principalmente los peritos que han intervenido en el procedimiento judicial emitiendo sus informes y ratificando y aclarando los mismos en juicio- podrá suponer un importante abaratamiento de costes monetarios para el seguro de responsabilidad civil de los arquitectos.

En el caso de que el siniestro se judicialice, la intervención del asegurador será algo distinta según que haya sido demandado directamente en virtud de la acción emanada del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro o que, por el contrario, no lo haya sido pero tenga que intervenir asistiendo al arquitecto pero sin ocupar ella misma, como entidad aseguradora, la posición pasiva en el proceso judicial. Sobre esta cuestión trabajaremos a continuación.

5.2.Ejercicio de la acción contra el asegurado o directa contra el asegurador.

Peculiaridades de la cobertura.

El artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, dentro del ámbito del seguro de responsabilidad civil, concede al perjudicado o sus herederos la posibilidad de ejercitar la acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. La acción directa contra el asegurador constituye un derecho del

perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado y ello para evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización. De ello se desprende que tiene, de un lado, un fin protector del perjudicado y, de otro, que pretendía, en principio, ser coherente con el principio de economía procesal.

Tradicionalmente, en la práctica judicial se ha venido considerando que –sin perjuicio de las acciones personales que pudieran existir– asegurador y asegurado son obligados solidarios frente al tercero perjudicado (entre otras, Sentencia núm. 87/2015 de 4 marzo. RJ 2015\714), ahora bien, como examinaremos a continuación, el problema principal vendrá dado cuando el tercero demande únicamente al asegurador.

En caso de ejercicio exclusivo de la acción directa se plantean en la realidad jurídico-procesal una serie de anomalías que, en muchos casos, no resultan fácilmente salvables, pues lo que se enjuicia, en cualquier caso, es la existencia o no de la responsabilidad del asegurado que, a la postre, es el fundamento de la obligación del asegurador, lo que hace razonable desde un punto de vista procesal y a la luz del principio de no indefensión, que quien va a ser juzgado en su comportamiento sea parte en el procedimiento. A mayor abundamiento, en caso de insuficiencia de la suma asegurada es posible para el caso de que el tercero perjudicado decida demandar posteriormente al asegurado por el resto no cubierto por la póliza de seguro que ello pueda dar lugar a que se dicten sentencias contradictorias sobre el mismo asunto.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el objeto del procedimiento judicial en el que se ejercita la acción directa, no es una mera cuestión económica en el que dilucidar la cuantía de la indemnización, sino que será necesario evaluar la concurrencia o no de responsabilidad del asegurado, resulta aconsejable que se recogiera legalmente la necesidad de demandar a éste, con más razón, si cabe, en los casos de responsabilidad civil profesional en los que, incluso, está en juego el prestigio profesional del asegurado.

Partiendo de la configuración que nuestro legislador hizo de la acción directa en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, fundamentalmente pensando en el seguro obligatorio de automóviles, y teniendo en cuenta que nuestra jurisprudencia ha tratado de explicar su configuración, principalmente, a través de la solidaridad, quizás sea necesario ahondar más en este estatuto jurídico en los casos en los que el seguro está vinculado a la responsabilidad de un profesional que tiene en juego, insistimos, no sólo su pericia como conductor de vehículos –lo que también podría ocurrir en el caso de un taxista, por ejemplo- sino su buen hacer en una actividad profesional específica. Esto es, en lugar de legislar sobre jurisprudencia consolidada, consideramos aconsejable regular acerca del funcionamiento de esta acción, modo de intervención de las partes del seguro en el procedimiento judicial, concreción de responsabilidades de las partes del seguro, etc. Sobre esta inquietud nos pronunciaremos más adelante en este trabajo al abordar la parte reservada a conclusiones.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, analicemos la situación tal y como se expone hoy y enfocándola en el profesional de la arquitectura.

Dada la viabilidad de ejercitar la acción directa, conjunta o separadamente con las acciones que pudieran ejercitarse contra el causante de los daños, cabe la posibilidad de que ante la existencia de vicios o defectos constructivos en la ejecución de una obra, el perjudicado se dirija contra:

- El asegurado, exclusivamente, en cuyo caso éste lo comunicará al asegurador para que asuma su defensa jurídica. En caso de declararse la responsabilidad de aquél, el asegurador hará frente al siniestro si está dentro de la cobertura prestada en la póliza.
- El asegurado y el asegurador: además del ejercicio de la acción directa se dirige la acción correspondiente contra el arquitecto. Lo normal es que asegurado y asegurador intervengan en juicio bajo una misma dirección jurídica para el caso de que el argumento vital sea defender la no responsabilidad del asegurado, aunque puede que no ocurra así. Piénsese, asimismo, que las armas procesales o jurídicas en general pueden no ser las mismas en ambas partes.
- Por último, es posible que la acción se dirija exclusivamente contra el asegurador, esto es, que el perjudicado o sus derechohabientes ejerciten tan sólo la acción directa contra el asegurador.

En caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador surgen varias cuestiones: La primera se refiere a qué presupuestos son necesarios para que

pueda prosperar esta acción directa, y la segunda cuestión consiste en qué excepciones puede oponer el asegurador frente a la demanda recibida.

En primer lugar, para que pueda prosperar la acción directa es necesario que el daño que se reclama tenga cabida en el contrato de seguro, esto es, que el daño emane de un hecho previsto en este contrato, toda vez que la obligación del asegurador requiere la constatación del evento dañoso recogido en el contrato: STS de 20 diciembre 2005 (RJ 2006, 1265), de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2349) y de 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 8233) y Sentencia núm. 40/2009 de 23 abril. RJ 2009\3164.

En cuanto a las excepciones que puede oponer el asegurador, a pesar de que el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro indica que la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, ello no quiere decir que no pueda oponer las que podemos denominar “excepciones impropias”, considerando como tales aquellos hechos impositivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes, es decir, todos aquellos aspectos recogidos en el contrato y relativos a su contenido que el asegurador podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado.

Dicho de otro modo, esa inmunidad declarada “ex lege”, no puede suponer una extensión de la cobertura del seguro o alterar el riesgo asegurado. El asegurador, por el hecho de serlo, no está obligado a atender un riesgo no cubierto u otorgar más cobertura que la suma asegurada recogida en el contrato. La obligación respecto del tercero ha de circunscribirse a los términos del contrato, sin que

pueda exceder de los propios límites del seguro concertado, pues, en tal caso, se vulneraría la propia definición del contrato de seguro del artículo 1 de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será “dentro de los límites pactados” y se llegaría a la conclusión inadmisibile y contra *lege* de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada. En esta dirección podemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2006 de 15 febrero. RJ 2006\2940.

No obstante lo anterior, fuera de los aspectos expuestos –delimitación objetiva del riesgo asegurado y límites a la cobertura-, podemos decir que el régimen puramente contractual –asegurador/asegurado- si debe ser inmune a la reclamación vía acción directa.

Así, por ejemplo, si dentro del vínculo contractual el asegurado asumió la obligación de visar la documentación técnica empleada en el ejercicio de su actividad y esta obligación no fue cumplida, este incumplimiento –que no deja de ser una formalidad administrativa- no puede ser opuesto por el asegurador frente al perjudicado por no alcanzar la consideración de excepción personal frente a éste. Así lo constató el Alto Tribunal en Sentencia núm. 256/1996 de 1 abril. RJ 1996\2874.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1989, al hacer referencia a la falta de comunicación de la hoja de encargo por parte del Arquitecto al Colegio Profesional -lo que calificó como deber u obligación colegial-, declaró que las actividades formales complementarias y de naturaleza administrativa que las pólizas

pueden imponer, no resultan decisivas para privar de validez a la relación de seguro y menos con proyección negativa para quien resulte perjudicado, ajeno al contrato de seguro, que pudiera ejercitar la acción directa contra el asegurador.

Un supuesto diferente al anterior pero al que entendemos debe darse el mismo tratamiento siempre que su emisión encerrara mala fe por parte del técnico interviniente en la obra, sería la expedición del Certificado Final de Obra, circunstancia que, en este caso, no encuentra amparo en la relación contractual sino en la propia Ley. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación, la emisión del Certificado Final de Obra parece responder a una *“conditio sine qua non”* para el nacimiento de acciones por vicios constructivos que pudieran derivarse contra el arquitecto y, en su caso, contra el asegurador con quien tenga concertado el correspondiente seguro. El artículo 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que *“el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción –acreditada en el certificado final de obra según el art. 6.4-, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”*. Esto es, el Certificado Final de Obra marca los plazos de responsabilidad y garantía, toda vez que acredita que la obra está terminada y entregada, y determina la asunción por los profesionales que han intervenido en el proceso constructivo del buen fin de las obras y trabajos ejecutados respondiendo, desde entonces, del mismo.

5.3. Acción de repetición del asegurador.

Especial interés merece, dada la particularidad que nace del seguro de responsabilidad civil de los arquitectos, la acción de repetición que podría ejercitar el asegurador del profesional de la arquitectura con el fin de resarcirse lo que haya satisfecho de más, de acuerdo con lo establecido en la Ley o en el propio contrato de seguro.

Con carácter general, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, se parte de la distinción entre la acción de repetición y el derecho de subrogación o acción de reembolso. Así, la acción de subrogación es considerada una acción netamente indemnizatoria, de origen contractual, a la que son de aplicación los mecanismos ordinarios de la subrogación, de manera que la aseguradora que paga se sitúa en idéntica posición que su asegurado, pudiendo ejercitar la misma acción que correspondía a éste, y debiendo soportar las mismas excepciones que pudieran oponérsele, mientras que, por otro lado, la acción de repetición no goza de la misma naturaleza al ser considerada una acción recuperatoria, independiente y autónoma, carente de apoyo contractual alguno, y que se concede al asegurador en los casos en que paga a pesar de la inexistencia de contrato, o en aquellos en que aun existiendo contrato, hay causa legal o contractual de exclusión de cobertura. En estos casos, se puede decir que el pago que se realiza al perjudicado, a quien hay que indemnizar todos los daños, es objetivamente indebido, al no estar soportado por causa contractual alguna, u otra legítima de atribución. En este

sentido, entre otros, LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA³⁶. Ahora bien, la realidad práctica plantea situaciones en las que ambos derechos pueden llegar a confundirse.

Vayamos por partes, para tomar un mejor conocimiento de las acciones de las que puede hacer uso el asegurador y diferenciar que acción es la más ajustada a cada supuesto concreto, entendemos indispensable traer a colación aquellos preceptos legales que aluden a una posible acción de repetición, acción de regreso o acción por subrogación de la que puede resultar legitimado el asegurador que otorga cobertura a un profesional de la arquitectura.

En primer lugar, entendemos de recibo acudir a nuestro Código Civil que, como sabemos, recoge un derecho de repetición del deudor solidario que realiza el pago de la totalidad de la deuda frente al resto de deudores solidarios. En este sentido, debemos traer a colación los siguientes artículos: 1.144, 1.145 y 1.146 del Código Civil que además de facultar al acreedor para dirigirse frente a cualquiera de los deudores solidarios, declaran que el cumplimiento de la obligación tras el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación, así como la posibilidad o derecho de quien hizo el pago de reclamar a cada uno la parte que le corresponde con los intereses del anticipo, además de excluir la responsabilidad de cada deudor para con los demás en caso de quita o remisión por parte del acreedor.

Del mismo modo, debemos abordar un precepto del Código Civil relativo al pago, en concreto, el artículo 1.158 que dispone lo siguiente:

³⁶ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER. El derecho de repetición del asegurador. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. 2006.

“Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago”.

Por otro lado, si acudimos ya a la legislación especial, teniendo en consideración la condición de entidad aseguradora que puede ostentar quien hace el pago en nombre de su asegurado, la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de octubre en su artículo 43 regula la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado tras el pago de la indemnización. En efecto este precepto establece que *“el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación*

estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

En un principio, es necesario distinguir la naturaleza jurídica de la acción de repetición recogida en el Código Civil, y la subrogación operada en el ámbito asegurador, fundamentalmente porque la acción de subrogación del asegurador siempre encuentra su fundamento en el vínculo contractual con el asegurado en cuya posición se subroga. De hecho, ésta última –la subrogación- es la que puede dar pie a la entidad aseguradora a ejercitar las acciones de repetición contra los deudores solidarios para el caso de haber sido ella la que haya satisfecho la obligación de carácter solidario declarada judicialmente o, incluso, estipulada extrajudicialmente.

Así, piénsese en aquellos supuestos en los que la acción por la existencia de vicios constructivos se dirige contra todos los intervinientes en la obra y resultan todos ellos condenados solidariamente. Imaginemos -hipótesis bastante frecuente en la práctica-, que, a fin de evitar perjuicios para el patrimonio personal del arquitecto asegurado -por ejemplo-, su seguro atiende toda la deuda solidaria declarada en sentencia o una parte superior a la que le corresponde a ese técnico. En esos casos, la entidad aseguradora podrá ejercitar, al subrogarse (artículo 43 LCS) en los derechos del asegurado –deudor solidario-, acción de repetición (artículo 1145 CC) contra el resto de intervinientes en el proceso constructivo –también demandados y condenados solidariamente-, lo que, a la postre, determina que ambos preceptos no se excluyan sino que son complementarios

entre sí. De modo que este primer supuesto lo podemos denominar como derecho de repetición por subrogación.

La cuestión que surge en este caso y sobre la que se ha discutido en el ámbito doctrinal y jurisprudencial es a qué plazo de prescripción debe sujetarse esta acción de repetición por subrogación. La jurisprudencia se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta acción de repetición aludiendo a su naturaleza personal, de manera que siendo una acción personal que no tiene señalado un término especial de prescripción, está sujeta a un plazo de prescripción de quince años (hoy cinco años) de acuerdo con el tenor del artículo 1964 del CC (Véase en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 1157/2000 de 5 diciembre (RJ 2000\9331). Esto quiere decir que la entidad aseguradora que atiende una condena solidaria puede repetir contra el resto de deudores solidarios condenados en el plazo de cinco años (antes quince años) desde que efectuó el pago.

Tras el análisis de la acción de repetición por subrogación, analizaremos la acción de repetición propiamente dicha que en el ámbito asegurador de los arquitectos presenta interesantes y complejos problemas prácticos.

De entrada diremos que en el ámbito general del seguro de responsabilidad civil, el asegurador goza de un derecho de repetición con el fin de reclamar a quien hubiera sido responsable del daño inferido al perjudicado la indemnización por él satisfecha evitando, de este modo, cualquier enriquecimiento injusto. Esto es, el asegurador paga

la indemnización en virtud de su vínculo contractual y después repite contra quien hubiera sido responsable.

Puede ocurrir que el responsable fuera el propio asegurado y que hubiera actuado dolosamente, de ahí la previsión recogida en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro cuando dice: *“sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”*; asimismo, pudiera ocurrir que el siniestro acaeciera por actuación negligente del asegurado bajo circunstancias que permitieran, de acuerdo con el contrato de seguro, al asegurador repetir contra aquél, lo que se haría en virtud de una acción puramente contractual al amparo de la póliza. Pero puede ocurrir que la responsabilidad recaiga sobre un sujeto distinto del asegurado y que el asegurador haya tenido que hacer frente al pago de la indemnización.

A diferencia de lo que ocurre en el sector del seguro de responsabilidad civil relativo a la circulación de vehículos a motor, donde el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, donde se recoge expresamente una facultad de repetición contra el responsable (sea el conductor, el propietario del vehículo causante o el asegurado -si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas-, sea contra el tercero responsable de los daños o contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, conforme

a lo previsto en el contrato, o sea en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir, para lo que se fija, en todo caso, un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado), no ocurre lo propio, en general, en el ámbito del seguro de responsabilidad civil profesional pero si algo parecido en la esfera del seguro de responsabilidad civil de los arquitectos o de otros técnicos que intervienen en el proceso constructivo.

Cuando el asegurador del arquitecto satisface la deuda de responsabilidad de su asegurado puede ocurrir que haya sido condenado solidariamente con otros responsables –supuesto que ya hemos analizado anteriormente-, o que se le condene en un procedimiento en el que algún corresponsable no haya sido demandado ni condenado. Este supuesto, distinto al anterior, es el que mayores problemas plantea, pues de lo que se trata es de extender la declaración de responsabilidad a otros intervinientes en el proceso constructivo que no fueron demandados en el primer procedimiento. Imaginemos que la entidad aseguradora (en este caso del arquitecto) paga el objeto de la condena judicial y se plantea reclamar a otros profesionales (arquitecto técnico, ingeniero, constructor o promotor), ¿Qué acción sería la que habría de ejercitarse?

Evidentemente, no cabe hacer extensiva la deuda-condena de solidaridad sin un previo pronunciamiento judicial de responsabilidad, es decir, si no existe una previa condena solidaria de los demandados. De manera que la acción de repetición sólo prosperará cuando el demandante (que puede ser el asegurador que atendió el pago judicial o extrajudicial) acredite la responsabilidad del demandado no condenado

fijando su participación cuantitativa en la obligación indemnizatoria. Esto es, cabe la acción de repetición de quien como agente de la edificación o como asegurador hubiese procedido a la indemnización de forma judicial o extrajudicial, si bien, con carácter previo debe ejercitarse a la vez la acción de declaración de responsabilidad contra quien se dirija la de repetición para poder dilucidar y discutir si contra quienes se acciona –que podrán defenderse- son responsables y en qué medida.

De acuerdo con lo anterior, esta acción de declaración de responsabilidad –que podrá ser ejercitada por la entidad aseguradora para el caso de haber pagado tras la condena de su asegurado y considerar la responsabilidad de otros profesionales de la construcción en el proceso constructivo- es distinta a la de repetición propiamente considerada, si bien es requisito sine qua non para que ésta pueda prosperar.

Pues bien, en el ámbito de la edificación, nos encontramos la conjugación de ambas acciones en el artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, según el cual, *“la acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial”*.

El planteamiento anteriormente expuesto, parece ser el establecido por el Alto Tribunal. Así, la reciente sentencia de la Sala de lo Civil, Sección1ª, núm. 87/2016 de 19 febrero. (RJ 2016\938), hizo un análisis similar al que hemos plasmado ante un

supuesto en el que la aseguradora del arquitecto que pagó la indemnización por vicios ruinógenos en virtud de una transacción acordada en un anterior proceso, decidió repetir frente a otros agentes de la edificación acreditando que el vicio les era imputable y en qué medida.

Más concretamente, la decisión de la Sala que reproducimos, por considerarla altamente ilustrativa, fue la siguiente: *I.- La sentencia de 12 junio de 2013 (RJ 2013, 3945) declara como presupuestos básicos para que se produzca la subrogación del asegurador que: (i) se haya cumplido por el mismo la obligación de abonar al asegurado la indemnización prevista en el contrato; lo que tuvo lugar en este caso al liberar a aquél, mediante pago, de la responsabilidad civil que, con carácter solidario, le exigía la Comunidad de Propietarios perjudicada por vicios ruinógenos. Que esa subrogación es correcta se colige de que la Ley de Ordenación de la Edificación, que aquí no se ha aplicado pero que nos puede servir de orientación, contempla la acción de repetición en el artículo 18. 2 de la misma no sólo a favor de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, sino también a los aseguradores; (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero como consecuencia del mismo daño que ha motivado la indemnización del asegurador. Efectivamente para que se produzca la subrogación es necesaria la existencia de un crédito del asegurado contra un tercero, dirigido precisamente a la obtención de resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización que ha recibido del asegurador, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación (SSTS de 18 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8840) , 29 de diciembre de 1993 , 9 de julio de*

1994 , 18 de julio de 1997 (RJ 1997, 5613) , 5 de febrero de 1992 y 14 de julio 2004 (RJ 2004, 4674)).

2.- Este segundo presupuesto es el que presenta perfiles menos claros por cuanto al recurrente no puede afectarle un acuerdo transaccional en el que no intervino (STS de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1780)) ni antes de la presente litis había sido declarado responsable por resolución judicial alguna. Respecto del acuerdo transaccional y su no vinculación para él no existe discrepancia ni constituye la «ratiodecidenti» de su responsabilidad. El núcleo de la decisión de la sentencia recurrida, en sintonía con la de primera instancia, es entender que precisamente por ello la actora ventila en el presente litigio, como prius lógico, la responsabilidad civil del demandado a fin de poder repetir contra él. Obsérvese que el ya citado artículo 18. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación prevé la acción de repetición no sólo en supuestos de resolución judicial sino también en los que se hubiera procedido a la indemnización de forma «extrajudicial».

Ello no contradice lo declarado por la sentencia de 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5025) , que está enjuiciando un supuesto diferente al que aquí se enjuicia, por cuanto la actora no ejercita acción contra aseguradoras al amparo del artículo 76 LCS (RCL 1980, 2295) .

Nos hallamos en presencia de una acción de repetición contra quien no ha sido condenado, que precisa de un nuevo juicio que dilucide su responsabilidad civil, como autoriza la sentencia de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1648) , Rc. 909/1998 , que

partiendo de que la acción originaria se había dirigido sólo contra la constructora, afirma que «[...] se habilita por ello una ulterior acción de repetición, la que corresponde a los responsables que resulten condenados respecto de los demás intervinientes en la obra (SS. de 22 de marzo de 1977)»

Cuando así sucede y la responsabilidad se ventila entre los agentes de la edificación, en concreto entre quien pagó y el agente no demandado, la acción de aquél es la de repetición, precisando un nuevo juicio, como aquí ha sucedido, para determinar la responsabilidad, esto es, si le es imputable el vicio o defecto y en qué medida, si tal responsabilidad es solidaria o individual y, de ser solidaria, determinar, ad intra , su grado de participación en el hecho dañoso.

Como recoge la sentencia de 21 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7134), con cita de derecho comparado y de la regla acogida en el artículo 1135 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de obligaciones, publicado en enero de 2009 por el Ministerio de Justicia, nuestro sistema regula la acción de repetición del deudor solidario que paga íntegramente la deuda y en el segundo párrafo del artículo 1145 del Código Civil (LEG 1889, 27) dispone que «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponde con los intereses de anticipo».

Precisamente esta acción, y no la de subrogación en el crédito del acreedor perjudicado, es la que aquí se ejercita, compadeciéndose, según lo expuesto, la

armónica aplicación del artículo 43 de la LCS en relación con el 1145.2 del Código Civil.

Como acertadamente recoge la sentencia recurrida, y de ahí que se desestimen los motivos del recurso, si se ha promovido un procedimiento judicial contra todos o algunos de los deudores solidarios y se produce una sentencia condenatoria con dicho carácter de solidaridad, de ella se ha de partir y únicamente quedará por fijar la participación cuantitativa del obligado en la acción de repetición. Pero, si como sucede en este caso, no existe una previa condena solidaria de los demandados, entonces el demandante tiene que acreditar en primer lugar la responsabilidad solidaria del demandado y después fijar su participación cuantitativa en tal obligación.

Ahora bien, surgen varias cuestiones que, entendemos, resultan de gran interés. En primer lugar esta acción de responsabilidad tiene un plazo de prescripción de dos años desde la resolución judicial de condena o desde la transacción judicial que, de precluir, impediría la viabilidad de la repetición que, como hemos señalado, está sujeta a un plazo más amplio de prescripción. Lo que queremos decir es que no sería viable aducir el plazo de prescripción general de las acciones personales –como así ocurre para las acciones de repetición por subrogación- pues el sustento legal emana del mencionado artículo 18.2 de la LOE.

Por otro lado, se podrían plantear cuestiones de índole procesal como la cosa juzgada (que no prosperaría por falta de identidad del elemento subjetivo) o el sentido

que puede tener en estos casos el instituto procesal de la intervención provocada al que se pudo recurrir o no en el proceso anterior.

En efecto, el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite a la parte demandada efectuar un llamamiento a terceros para que intervengan en el procedimiento, siempre que la ley permita dicha llamada, y, en este sentido, la disposición adicional séptima de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación autoriza expresamente la llamada al proceso de otros agentes de la construcción intervinientes y que no han resultado inicialmente demandados:

“Séptima.- Solicitud de la demanda de notificación a otros agentes.

Quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”.

Pues bien, al hilo de lo anterior, y en relación a la viabilidad o no de ejercitar la acción de responsabilidad –ex artículo 18.2 de la LOE- frente a un partícipe en el proceso constructivo (que podría haber sido llamado como interviniente en el proceso

judicial) no demandado ni, por ende, condenado en un proceso anterior, podrían plantearse varias cuestiones a las que trataremos de dar respuesta.

En primer lugar, pensemos que ha resultado demandado y condenado en un proceso judicial el arquitecto u otro interviniente y éste no hizo uso de la intervención provocada. Desde un punto de vista procesal podría plantearse que ha agotado su oportunidad de hacer extensivo el objeto del proceso judicial (ex artículo 400, en relación con el 14.2 de la LEC) a otros intervinientes en el proceso constructivo. No obstante, el carácter no imperativo del mencionado artículo 14.2 e, igualmente, de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación, aconsejan, a nuestro juicio, no llegar a esta conclusión. Lo que quiere decir que terminado el proceso podría hacer uso de la acción del artículo 18.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

En segundo lugar, puede ocurrir que el demandado y condenado en un proceso judicial -sea el arquitecto u otro interviniente-, hiciera uso de la intervención provocada, en cuyo caso, la situación es distinta según que la parte actora ampliara o no la demanda contra el llamado al proceso. De ampliar la demanda, la sentencia que resolviera el procedimiento judicial podría condenar al demandado llamado por intervención provocada, mientras que de no ampliar la demanda, la sentencia, si bien podría valorar la concurrencia o no de responsabilidad, no podría contener un pronunciamiento condenatorio o absolutorio del demandado llamado por intervención provocada, lo que a nuestro juicio, abriría las puertas a la acción de repetición por parte de quien satisfizo la indemnización –que principalmente sería el asegurador- contra quien fue demandado y

declarado responsable pero sin recoger la sentencia pronunciamiento alguno ni condenatorio ni absolutorio.

Como hemos podido ver, la posible acción de repetición del asegurador de un técnico dedicado a la arquitectura presenta distinta naturaleza y pone de manifiesto una serie de cuestiones de derecho material y procesal de gran interés jurídico.

Capítulo 6. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ARQUITECTOS SEGÚN LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO.

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto en el cuerpo del presente trabajo, debemos destacar, en primer término, la importancia de la suscripción por parte de los arquitectos del seguro de responsabilidad civil profesional: los cuantiosos riesgos asumidos por estos profesionales, los daños que pueden inferir en el desarrollo de su actividad, así como la inexplicable tendencia jurisprudencial de escape hacia la solidaridad en la declaración de responsabilidad “ex lege” aconseja que éstos deban concertar el correspondiente seguro de responsabilidad civil.

En este apartado, como cierre al estudio más exhaustivo de los profesionales de la arquitectura, después de destacar diferentes aspectos del seguro suscrito por éstos, terminaremos analizando como es hoy la oferta aseguradora para estos profesionales tras el dilatado periodo de crisis del sector inmobiliario de los últimos años.

Según hemos tenido la oportunidad de analizar, la responsabilidad civil de los arquitectos, inicialmente centrada por el legislador en torno a un precepto: el artículo

1.591 del Código Civil -precepto que originó una copiosa y no uniforme jurisprudencia generadora de cierta inseguridad jurídica-, ha dado lugar a una regulación, Ley de Ordenación de la Edificación, quizás no lo exhaustiva, técnica y rigurosa que merecía la materia, que al igual que ocurría bajo el régimen anterior, ha ido generando interpretaciones no uniformes que dificultan determinar *ab initio* la extensión de la responsabilidad civil de los arquitectos.

Quiere esto decir que la responsabilidad civil del arquitecto no es una cuestión unívoca y clarificada, sino que dado el componente técnico de su función profesional, la defectuosa -en ocasiones- regulación legal de ésta y, por ende, de su responsabilidad, unido a la existencia de numerosos componentes externos -de muy variada índole, tanto materiales, técnicos e, incluso, procesales- que inciden igualmente en la eventual declaración de responsabilidad o irresponsabilidad del arquitecto, determinan que cuando el arquitecto recibe una reclamación -judicial o extrajudicial- e, incluso, cuando el mismo prevé la manifestación de daños en la órbita de su actuación profesional, exista incertidumbre acerca de si el siniestro comunicado dará o no lugar a la declaración de responsabilidad y, a su vez, si se dan todos los requisitos para que la entidad aseguradora atienda la indemnización al perjudicado.

En cuanto al seguro en si mismo considerado del que analizaremos su evolución actual de manos del sector asegurador, debemos destacar la importancia de la declaración del riesgo por parte del arquitecto asegurado. Esta declaración que debe ser fiel reflejo de la actividad profesional del arquitecto, determinará, a la postre, el contenido de la principal obligación del tomador: el pago de la prima.

Dependiendo de la mayor o menor intervención profesional y la mayor o menor envergadura de las obras en las que interviene el arquitecto, mayor o menor será el importe de la prima de seguro, tanto de la fija, como de la adicional, en su caso. Circunstancia esta última, en proceso de adaptación a la nueva etapa en la que se han insertado estos profesionales como vamos a analizar más adelante.

La práctica jurídica nos demuestra la disparidad de criterios a la hora de determinar la cuantificación de la prima de seguro, si bien, antes de la crisis del sector, se solía partir en este ámbito, de la fijación de una cuota fija anual (prima fija), y otra prima variable que se pagaba por obra aprobada. Una y otra prima eran de obligado cumplimiento si el profesional no quería quedarse sin la cobertura del asegurador.

De igual modo, cobra especial interés en este ámbito, las cláusulas relativas a la extensión temporal de la cobertura del seguro. El carácter diferido tanto de la manifestación de los daños como de la responsabilidad en la que puede incurrir el arquitecto por los mismos, derivada de la importancia de su función y de la envergadura de los vicios en los que puede incurrir –fundamentalmente de suelo, estructura o cimentación-, con plazos de garantía más dilatados –según se ha comentado-, hace que sean habituales las cláusulas que limitan la cobertura en el tiempo, fijando como elemento central de ésta la reclamación efectuada por el perjudicado, lo que no siempre fue entendido condescendentemente por doctrina y jurisprudencia.

Asimismo, los límites también suelen alcanzar de muy distinta manera a la garantía prestada por el asegurador, y es que la incertidumbre de la responsabilidad civil

del arquitecto, que a su vez puede alcanzar cotas muy gravosas, hace que el asegurador tenga que actuar con exquisita cautela.

Las pólizas de responsabilidad civil de los arquitectos admiten un contenido y ámbito diverso, siendo frecuente la imposición de límites, tanto en cuanto a la garantía –suma asegurada- como temporales, lo que puede llevar a supuestos en los que, en caso de siniestro –reclamación de parte del perjudicado-, el arquitecto que piensa que tiene cubiertas sus responsabilidades de acuerdo con el contrato de seguro celebrado, se encuentre con que su póliza no las cubre.

A lo anterior se une que la crisis económica ha puesto en una posición muy complicada a los profesionales de la arquitectura, lo que, por efecto, se ha extendido a las compañías aseguradoras que centran sus esfuerzos en otorgar cobertura a la responsabilidad civil de éstos. Sin perjuicio de confiar en la progresiva recuperación del sector, lo cierto es que la situación existente viene dando lugar a la estipulación de nuevas fórmulas o formas en que concertar este seguro que puedan ser más favorables para los profesionales que ven mermadas sus oportunidades profesionales y también para el sector asegurador que puede impedir la acelerada huida del aseguramiento por parte de estos técnicos.

En efecto, a la luz de lo anterior, la situación actual muestra a un gran número de arquitectos que como consecuencia de la crisis económica muchas veces carecen de capacidad para hacer frente a las primas, y en cambio siguen requiriendo de un seguro que preste cobertura a eventuales riesgos presentes y futuros.

Desde que estalló la crisis en el ámbito de la construcción con la explosión de la burbuja inmobiliaria que, por supuesto, ha arrastrado a muchos profesionales, incluido el arquitecto, se ha podido observar cómo han menguado considerablemente sus posibilidades laborales y, sin embargo, en virtud de la normativa en vigor (tanto por la LOE como por el Código Civil –este último al establecer un dilatado riesgo temporal al prologarlo hasta los veinticinco años-), siguen expuestos a riesgos profesionales de gran envergadura. Y, es más, la habitual práctica judicial de declarar la solidaridad de todos los intervinientes en el proceso constructivo, negando la posibilidad de individualizar la responsabilidad de cada uno de acuerdo con su función profesional, a la postre ha supuesto que la insolvencia de entidades promotoras y constructoras haya tenido que ser suplida por las entidades aseguradoras de los técnicos –arquitecto y arquitecto técnico-, asumiendo una mayor cuota económica de responsabilidad de la que realmente le corresponde siendo muy difícil recuperar esas cantidades pagadas por terceros dada la pésima situación monetaria de constructores y promotores.

Así, de un lado, se ha podido apreciar como el técnico profesional cada vez posee menor poder adquisitivo, con el mismo riesgo profesional, y como las entidades aseguradoras que prestan cobertura a estos riesgos profesionales poseen menores ingresos al paralizarse las obras y, por tanto, la suscripción de nuevas pólizas. De igual modo, hemos podido constatar como en estos años muchos de los profesionales de la arquitectura o bien han dejado de suscribir pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional –al no encontrar nuevas obras, ser insuficientes o, incluso, optar por la jubilación- exponiendo a riesgo su patrimonio personal, o bien han menguado la

cobertura del seguro limitando la suma asegurada y, sin embargo, abonando primas bastante elevadas.

Este convulso panorama ha originado importantes cambios en el ámbito asegurador de los arquitectos; de un lado, esta crisis ha sido aprovechada por distintas entidades aseguradoras que se han introducido en el mercado asegurador del seguro de responsabilidad civil profesional de estos técnicos, mercado que hasta la fecha estaba reservado –de manera considerable- a la mutua de seguros y reaseguros ASEMAS, proponiendo pólizas con un condicionado, a priori, distinto al que presentaba ésta.

En efecto, entidades aseguradoras como LLOYD'S, MAPFRE o ZURICH, entre otras, fundamentalmente a través de distintas corredurías de seguros (AON o MARSH) se han dirigido a estos profesionales ofreciendo pólizas de seguros de responsabilidad civil profesional. Y, al hilo de lo anterior, se ha observado una oferta aseguradora, tanto por parte de estas entidades que entran ex novo en este campo, como por parte de la misma ASEMAS, más flexible, con opciones dispares en atención a la situación personal del asegurado (por ejemplo para jóvenes arquitectos o para jubilados), con la eliminación de límites territoriales o de declaración de siniestros, o configurando la prima de manera distinta a como se venía haciendo.

Y este cambio en el ámbito asegurador que estamos examinando se ha hecho extensivo a través de pólizas tanto individuales como colectivas.

Así, a título de ejemplo, podemos referirnos al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid que ha renovado, por tercer año consecutivo, la póliza de responsabilidad civil

profesional que tenía con la compañía de seguros MAPFRE con la intermediación de la Correduría de Seguros MARSH. Se trata de una póliza colectiva para todos sus colegiados con el fin de apoyar a sus miembros en la cobertura de su responsabilidad profesional. Contratación colectiva a través del colegio profesional, aprovechando los rendimientos de escala para tratar de conseguir mejores condiciones y, tratando, según aduce, de adaptarse a los nuevos tiempos, fundamentalmente a través de:

- Un modelo de prima única por anualidad, sin necesidad de declaraciones de actividad ni honorarios, ni aplicaciones discriminatorias de coeficientes por cubrir obras anteriores.
- Un límite de indemnización flexible pudiendo incrementar la cobertura a lo largo de la vida de la póliza en función de las necesidades del arquitecto asegurado hasta los 3.000.000 € por anualidad.
- Una cobertura ajustada al perfil de la actividad: funcionarios, asalariados, libre ejercientes, tasadores etc.
- Una cobertura gratuita para las sociedades de arquitectura integradas por arquitectos asegurados.
- La inclusión de jubilados, cese de actividad y situaciones de incapacidad con condiciones de prima especiales y gratuitas a partir del cuarto año de inactividad.

- La inclusión gratuita de cobertura para los herederos y causahabientes de arquitectos fallecidos.
- El amplio ámbito territorial, que permitirá al arquitecto trabajar con cobertura de responsabilidad civil en todo el mundo (excepto USA y Canadá).
- La retroactividad ilimitada. El arquitecto tendrá cubiertas su actividad actual y futura, así como la actividad previa anterior a su incorporación a la póliza.
- La defensa jurídica a través de letrados especializados localmente.

En la misma línea, AON ha tratado de diseñar pólizas de seguros de responsabilidad civil de arquitectos, a través de la compañía aseguradora ZURICH, intentando adaptar aquéllas a las nuevas necesidades que van surgiendo. En este caso, con mayores límites de indemnización (hasta 2.400.000 euros), coberturas más amplias (inhabilitación profesional, daños a expedientes y documentos, retroactividad ilimitada, cobertura mundial, excepto EEUU y Canadá), y una optimización de los costes aseguradores.

Por último, la pionera del seguro de responsabilidad civil profesional de los arquitectos, ASEMÁS, vemos como también ha ido realizando esfuerzos por adaptarse a este escenario más complejo para todos. Así, ha tratado de ampliar la oferta de sus mutualistas con pólizas de seguro de responsabilidad profesional que pretende adaptarse a las circunstancias personales de cada uno (funcionarios o asimilados, sociedades profesionales, póliza base para arquitectos sin intervención en obra, póliza joven para

recién titulados, póliza de asalariados para arquitectos que compatibilizan el ejercicio liberal y asalariado con necesidades de cobertura distintas, pólizas de jubilación o cese de actividad...), jugando luego con ampliaciones de la suma asegurada para obra concreta o para toda la actividad, así como ampliaciones de cobertura para subcontrataciones.

ASEMAS, mutua de seguros de los arquitectos, trata de evitar la huida de sus mutualistas a otras compañías aseguradoras destacando ciertos puntos que entiende son ventajas respecto a la oferta de su competencia. A saber:

- Considera favorable a sus asegurados el carácter dinámico de sus pólizas, esto es, frente a las primas fijas de otras compañías que no tienen en cuenta ni la actividad realizada por el profesional ni la siniestralidad anterior, o, incluso las regularizables que pueden ir orientadas en función de la facturación real de los honorarios obtenidos por el arquitecto o la Sociedad; ASEMAS, sigue creyendo en la modulación de la prima en atención al volumen de trabajo, circunstancias de obra, siniestralidad anterior, etc.

- ASEMAS considera una ventaja para sus mutualistas, la renovación de la póliza de manera automática, sin que el asegurado, a cada vencimiento tenga que ir cumplimentando un cuestionario, unido a su historial, de los siniestros que, a la postre, determinarán la eventual renovación de su garantía.

- La póliza individual es gestionada directamente por el asegurado-tomador, sin depender de la gestión de algún órgano profesional o colectivo, como ocurre en los seguros colectivos, en los que además, según incide ASEMAS:
 - La prima se fija en función exclusivamente de la Garantía contratada por cada técnico asegurado, con independencia de que tenga mucho o poco trabajo.
 - La cobertura de los técnicos fallecidos o jubilados se articula mediante una póliza anual sin renovación obligatoria cuya duración resulta insuficiente para cubrir las responsabilidades durante el tiempo que marca la legislación.
 - Las Sociedades multidisciplinarias no quedan cubiertas. Por tanto, no se cumple lo establecido en la Ley de Sociedades Profesionales y no se garantiza la responsabilidad solidaria que pueda alcanzar a la Sociedad por la actividad de otro técnico bajo contratación mercantil.
 - Disponen límites acumulados o agregados que establecen la responsabilidad máxima del asegurador para el conjunto de siniestros declarados en la anualidad de póliza por el conjunto de asegurados en ella incluidos. Es decir, un límite de indemnización para todos los pagos de siniestros y para todas las coberturas y para todos los asegurados de la póliza.
 - Franquicias obligatorias por siniestro.

- Pagos de comisiones a intermediarios de seguros.
- Renovaciones de póliza condicionadas, de forma tácita, al resultado que produce el colectivo asegurado.

En resumen, ha aflorado una libre competencia que, en última instancia, es buena para el consumidor, quien ve como la oferta existente se esfuerza porque se contraten sus servicios, tan necesarios e indispensables en este campo. Oferta que, finalmente, determinará que a unos profesionales interese un tipo de póliza u otro y una u otra entidad aseguradora en atención a las circunstancias personales y laborales de cada uno. Ahora bien, ello requiere un conocimiento exhaustivo de la cobertura prestada por el asegurador y las condiciones generales y particulares a las que están sujetas esa cobertura.

Lo cierto es que no siempre un ciudadano medio, no especialista en derecho de seguros, podrá conocer los pormenores de su póliza, lo que supone que el potencial tomador-asegurado deba actuar con prudencia en este cometido y, si es posible, debidamente asesorado jurídicamente para no incurrir en decepciones futuras.

Capítulo 7. CONCLUSIONES: IMPORTANCIA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL. DEFICIENCIAS: LEGISFERENDA.

Sin perjuicio de todos y cada uno de los razonamientos, planteamientos y posturas que hemos ido exponiendo a lo largo de esta tesis sobre la responsabilidad civil

profesional y su aseguramiento, como cierre a este trabajo en el que hemos tratado de dar una perspectiva amplia del seguro de responsabilidad civil profesional en general, a la vez que hemos podido profundizar en el aseguramiento de la responsabilidad en la que pueden incurrir distintos profesionales de ámbitos muy distintos, entendemos necesario abordar algunos aspectos más concretos -a modo de conclusiones- de este seguro de responsabilidad civil, exponiendo aquello que consideramos susceptible de mejora o corrección tanto desde un punto de vista legal como de la propia práctica jurídica.

En primer lugar, es indispensable hacer mención a la importancia que tiene hoy el seguro de responsabilidad civil en general y, en particular, el seguro de responsabilidad civil profesional. En efecto, el ejercicio de determinadas profesiones supone la creación de un riesgo de responsabilidad, de ahí que, de un lado, quien ejerce la profesión deba otorgar protección a su esfera personal y, en particular, a su patrimonio que puede verse afectado por esa declaración de responsabilidad; y, por otro lado, al mismo tiempo, se deba también velar por el interés del tercero que concierne los servicios profesionales y que puede, igualmente, sufrir daños y perjuicios como consecuencia de la declaración de responsabilidad de aquél. En este último caso, la protección de este tercero que, de facto, podrá ser un consumidor, debe venir dada por el Estado legislador quien, como ya hemos señalado, tiene la facultad de otorgar carácter obligatorio a la suscripción de seguros de responsabilidad civil profesional.

Pues bien, de acuerdo con lo anterior y tal y como expusimos al abordar la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil profesional, la cuestión que se nos

suscita es ¿Cuáles son los criterios que el legislador ha tenido en cuenta para hacer obligatorio un seguro de responsabilidad civil y cuando no? ¿Por qué el legislador protege a personas que se relacionan con unos profesionales y no con otros instituyendo un seguro obligatorio?

Si analizamos el modus operandi del legislador observamos que se ocupa, de manera general, de la posibilidad de instaurar un seguro obligatorio, desde la perspectiva del servicio profesional, al tratar el libre acceso de servicios y su ejercicio en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 21, bajo el título “Seguros y garantías de responsabilidad profesional”, señala que “*se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario. La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto*”; y, de otro lado, en el ámbito asegurador, también reseña esta misma posibilidad en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, cuya Disposición adicional segunda –a la que ya hicimos alusión- bajo la rúbrica “*Establecimiento e información sobre seguros obligatorios*” señala que “*1. Se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las*

personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables. La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto. 2. La obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley que deberán contar con un informe preceptivo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora”.

Ahora bien, tal y como estudiamos al tratar los aspectos generales del seguro de responsabilidad civil profesional, la legislación no resulta clara y contundente en este aspecto pese a la importancia que, entendemos, posee, toda vez que salvando a los profesionales sanitarios, auditores de cuentas, administradores concursales y profesionales de la investigación médica, para el resto de profesionales –que no sean sociedades profesionales- la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional vendrá dada por la pertenencia o no a un colegio profesional, y aún así, dependerá de la legislación autonómica que regule a esa corporación que sea o no obligatoria la suscripción del mismo.

Entendemos que por razones de seguridad jurídica esta situación debe ser atajada definitivamente por el legislador quien, a nuestro juicio, debe dictar una norma con rango de ley en la que al regular el ejercicio profesional valore que profesiones, por sus características, son merecedoras de que se preste necesaria y anticipadamente un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente como mecanismo para proteger tanto

a quienes contratan los servicios profesionales como para autoproteger al mismo profesional.

Con bastante frecuencia el legislador sólo ejerce su función en respuesta a supuestos concretos y mediáticos que llegan incluso a forzar su intervención. Pues bien, creemos que ello no debe ocurrir en el supuesto que estamos analizando, esta incertidumbre y falta de regulación debe ser abordada de manera inminente sin esperar a que acaezca algún supuesto práctico que saque a debate el tema de la suscripción o no obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones. Entendemos que al legislador se le debe exigir responsabilidad, claridad y seguridad jurídica.

En segundo lugar, el presente estudio del seguro de responsabilidad civil profesional nos ha llevado a analizar, previamente, la responsabilidad civil de los profesionales lo que ha comportado, a su vez, examinar el contenido de la función profesional correspondiente. No siendo este autor partidario de una sobrerregulación o saturación legislativa, si se echa de menos una regulación seria, técnica y genérica del contrato que da cabida al servicio profesional y, por ende, a la responsabilidad que emana del mismo. Por coherencia jurídica se debe actualizar la ley que está manida y desfasada, desregularizar lo que no es necesario y sentar las bases legislativas de aquello que demanda la sociedad.

El motivo principal de la anterior reflexión es bien sencillo, la prestación de un servicio profesional que puede ser digna de garantía aseguradora reviste, por lo general, la forma de un arrendamiento de servicios, y para este contrato la ley (Código Civil) no

sólo no contiene una regulación general como si hace para otros contratos –limitándose a definirlo en el artículo 1544 como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto-, sino que mantiene la regulación de un servicio profesional rancio y desfasado a la vez que innecesario en el ámbito civil, el de “*criados y trabajadores asalariados*” implícitamente derogado.

¿Tanto le cuesta al legislador dar forma al contrato de arrendamiento de servicios profesionales en estos preceptos -1.583 a 1.587- del Código Civil? Todos los intentos han sido infructuosos.

En mi opinión, esta regulación genérica permitiría centrar y orientar adecuadamente muchos de los supuestos que se dan en la práctica, no dejando a su libre albedrío aspectos que pueden ser esenciales. El Código Civil es una obra de arte jurídica y centro del derecho privado y el legislador debe estar a la altura de la herencia recibida actualizando aspectos como el que nos ocupa y omitiendo definitivamente de nuestra legislación locuciones como “*criado doméstico*” o “*al servicio personal de su amo*” o “*el amo será creído, salvo prueba en contrario*”, que violan los más elementales derechos humanos.

Pese a que la legislación especial ha tratado de ir dando contenido a los distintos servicios profesionales para los que resulta vital la *lex artis*, no estaría de más, partir de unas mínimas normas genéricas que sirvan de base en la que asentar la normativa especial y rasgos peculiares de cada profesión sirviendo de herramienta –como ocurre

con otros contratos regulados en el Código- para afrontar los problemas que la realidad práctica plantea.

Hemos podido comprobar como parte del contenido obligatorio de determinados profesionales (por ejemplo, los abogados) muchas veces debe intuirse por los tribunales de justicia, o encuentra su fundamento en normas deontológicas con escasa fuerza jurídica, de ahí que pueda ser muy interesante la promulgación de un marco legal mínimo con normas que pueden ser dispositivas, y que a la postre serán muy relevantes para valorar la existencia o no de responsabilidad civil por daños y perjuicios causados en el ejercicio de la profesión y, por ende, si deben ser objeto de cobertura por el seguro de responsabilidad civil profesional.

Siendo osados, quien firma este trabajo, abordaría la materia distinguiendo los tres momentos de la relación contractual: antes, durante y después de la prestación del servicio y fijando determinados derechos y deberes en cada periodo, partiendo, por supuesto, de la delimitación material de la regulación civil.

Es obvio que resultaría ajeno a la normativa del Código Civil cualquier prestación de servicios derivada de una relación laboral, las prestadas por o para la administración pública o con la intervención de cualquier otro modo de una administración pública que limite la autonomía de la voluntad al ser objeto, por ello, de una regulación específica (por ejemplo, servicios financieros o bancarios, servicios sanitarios o servicios de transporte).

Delimitado lo anterior, tal y como hemos avanzado, tocaría abordar y llenar de contenido los tres momentos del *iter* contractual:

- Fase precontractual: el momento previo a la conclusión del contrato debe venir dada por un intercambio mutuo de información por las dos partes, prestador del servicio y cliente. Así, por parte del cliente se deberá reseñar cual es el servicio que pretende contratar, delimitando la descripción del supuesto de hecho que hace que precise de ese servicio y que pueda ser de utilidad para el prestador del servicio; mientras que el prestador del servicio deberá concretar en qué consiste su servicio, si lo prestará personalmente o si cabe la delegación o subcontratación, si se trata de la prestación de un resultado o de una actividad (como sabemos, las consecuencias en uno y otro caso no son las mismas) y, en su caso, el plazo al que está sujeto el servicio –toda vez que el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo (1.583 CC)-, los riesgos e inconvenientes que, en su caso, pudiera acarrear la prestación del servicio, el *modus operandi* en el que va a concretar aquél y, por supuesto, a cuánto asciende el montante económico de su servicio. El déficit de información o una incorrecta información suministrada a la otra parte debe hacer responsable a quien omitió o erró en el suministro de la información de los daños y perjuicios que se pudieran acarrear como consecuencia de ello.

Mención especial merece el precio, el cual, suele suscitar bastantes problemas cuando se trata de un servicio profesional. A nuestro juicio, es necesario que la retribución esté delimitada de la mejor manera posible por las partes con carácter

previo al inicio de la actividad (directamente o por remisión a unas pautas específicas y concretas que permitan su fijación) sin perjuicio del nimio ajuste que a la baja o al alza pudiera acarrear por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que, en todo caso, deberán ser reseñadas o acreditadas por el profesional y expuestas o trasladadas, previamente, al cliente, salvo que se trate de actuaciones de tal urgencia que no permitan un mínimo receso en su concreción. De igual modo, se podrá fijar el momento de satisfacer el precio pues, en otro caso (de no existir pacto), se entiende que éste debe hacerse efectivo tras la prestación del servicio.

- Fase de dar cumplimiento al contrato: el núcleo esencial del arrendamiento de servicios profesionales viene dado, como es lógico, por la prestación del servicio que requiere, por supuesto, de una cooperación mutua por las dos partes contratantes. El servicio deberá llevarse a cabo con la pericia propia de quien dispone de unos conocimientos específicos en la materia y la diligencia propia del buen profesional. Asimismo, durante la prestación del servicio el obligado a ello deberá informar al cliente del curso del servicio (si surgen problemas, trabas o situaciones favorables) y hacer partícipe al cliente por si hubiera que adoptar alguna decisión o cambio de algún tipo en la prestación concertada; del mismo modo, al cliente le debe corresponder el derecho a dirigirse al prestador del servicio para que le vaya informando de su desarrollo y, en caso de que haya de adoptarse cualquier decisión relevante para sus intereses, dar las instrucciones pertinentes al respecto, si bien, previo asesoramiento técnico por parte del

profesional. Asimismo, durante el desarrollo del iter contractual y antes de la finalización del mismo, el cliente deberá mostrar al prestador del servicio su conformidad o, en otro caso, su disconformidad especificando los motivos de la misma.

- Finalización del contrato: la naturaleza especial del objeto del contrato hace necesaria la previsión de causas específicas de terminación del mismo. Junto a causas generales de finalización de los contratos (terminación por cumplimiento, nulidad, resolución) se debería prever el derecho, en principio, del cliente y, en su caso, del prestador del servicio a desistir unilateralmente del vínculo contractual. Si bien, para ello el cliente deberá abonar previamente los servicios prestados por la otra parte hasta ese momento, los gastos y demás perjuicios evaluables que el desistimiento le podría ocasionar; y, por su parte, el prestador del servicio, indemnizando, en su caso, los daños y perjuicios que esa huida del contrato por la parte adversa le podría acarrear.

Insistimos, no se trataría de hacer una regulación exhaustiva de un contrato que admite muchas variantes, sino unas pautas generales de actuación de las partes implicadas en un arriendo de servicios que, si se concretan de un modo útil y con correcta técnica jurídica, puede llegar a ser de gran utilidad tanto para los propios contratantes, como para quienes les afecta de uno u otro modo la declaración de responsabilidad de cualquiera de ellos, incluidos, por supuesto, las entidades aseguradoras que prestan cobertura a quienes desarrollan una actividad profesional así

como a quienes tienen el deber de enjuiciar la existencia o no de aquella responsabilidad profesional.

Por otro lado, otras de las conclusiones que hemos podido extraer del presente estudio que, al igual que el supuesto anterior, versa sobre el contenido de la ley vigente, es la ligereza con la que el legislador reguló el seguro de responsabilidad civil. Obviamente, ello responde al momento de la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro, inicio de los años 80, en los que este seguro estaba orientado a una responsabilidad civil extracontractual por riesgos muy específicos así como, por lo general, centrado en una suscripción obligatoria. Pues bien, quizás esta Ley no ha sabido adaptarse a la realidad práctica que ha venido ocurriendo.

Como sabemos, actualmente, la Ley de contrato de seguro dedica a esta tipología de seguro –tras vaciar de contenido el artículo 75, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, relativo a la suscripción obligatoria de estos seguros, al recogerse esta previsión, como ya hemos expuesto, en otras normas- tres preceptos (73, 74 y 76), que abordan: su concepto y referencia a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados; la defensa jurídica que suele ser inherente a este seguro para reclamar al asegurado; y, por último, la acción directa.

Pues bien, de entrada, una de de las cuestiones que podría plantearse el legislador es la referencia a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, cuando la referencia debería hacerse a las cláusulas delimitadoras del objeto asegurado,

esto es, de la cobertura otorgada por el asegurador en remisión al aludido artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. De igual modo, otro de los aspectos que la doctrina más autoriza (DE ANGULO RODRÍGUEZ³⁷, entre otros) ha criticado, lo que guarda, a su vez, relación con lo expuesto en la primera de las conclusiones, es que después de tanto tiempo el legislador no haya sido capaz de abordar separadamente el seguro de responsabilidad civil obligatorio del seguro de responsabilidad civil voluntario, fundamentalmente para diferenciar la facultades de oposición para excepcionar en uno y otro caso; y, es más, de igual modo se podría profundizar sobre la distinción que podría apreciarse cuando quien pretende otorgar cobertura a su eventual responsabilidad civil es quien ejerce una actividad profesional donde está en juego la valía de sus servicios, tal y como hemos ido exponiendo en este tratado.

Al hilo de lo anterior, otro de los aspectos que quien suscribe reprocha al legislador es la regulación poco exhaustiva de la acción directa cuando el asegurado tiene un negocio jurídico suscrito con el perjudicado siendo además aquél un profesional que presta sus servicios profesionales. Tal y como ya anunciamos al abordar la acción directa en el seguro de responsabilidad civil profesional de los arquitectos, el problema se plantea cuando aquélla se dirige exclusivamente contra el asegurador quien de acuerdo con la jurisprudencia es considerado obligado solidario junto al asegurado/responsable civil.

³⁷ DE ANGULO RODRÍGUEZ, LUIS. “Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia”. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, número 21.

El hecho de que la ley no de respuesta a esta situación puede ocasionar anomalías de índole procesal y, en última instancia, incluso, situaciones de indefensión por parte del asegurado no demandado. En efecto, partiendo de que el procedimiento judicial versa sobre la existencia o no de responsabilidad del asegurado, de entrada, supone una incoherencia procesal que quien va a ser juzgado no sea parte pasiva en el mismo. Así, razones de economía procesal (dada la posibilidad de que se sustancien dos procedimientos sobre un mismo objeto e, incluso el riesgo, en estos casos, de sentencias contradictorias, por ejemplo al existir la insuficiencia de la suma asegurada y posible ulterior demanda contra el asegurado por el resto no cubierto por el seguro) y personales del asegurado (que al ser un profesional deja a expensas de su asegurador no sólo que preste éste cobertura sino también su prestigio y diligencia profesional, debiendo, en su caso, intervenir en el procedimiento judicial como testigo y no como parte) aconsejan una modificación legal en este sentido.

Si bien no es fácil dar forma técnico-jurídica a la ficción en qué consiste la acción directa, si consideramos necesario paliar estos flecos, de manera que el asegurado tenga siempre una participación activa por así recogerlo el legislador, de manera que ello permita luego aplicar los cauces procesales adecuados para darle entrada en el procedimiento judicial. Si bien asegurador y asegurado tienen un fin común en relación a la responsabilidad civil, pueden estar confrontados en otros aspectos si oponibles por el primero que aconsejan un nuevo tratamiento legal que sepa atajar la distinta naturaleza de la acción dirigida frente a uno y otro, de origen bien distinto y, por ende,

con una responsabilidad también diferente (pese a haberlas unido solidariamente la jurisprudencia por razones más prácticas que técnico-jurídicas).

Una prueba de lo anterior, es la línea sentada por nuestro Alto Tribunal en la reciente Sentencia núm. 213/2015 de 17 abril (RJ 2015\1198), por la que analiza la acción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro en un supuesto de responsabilidad civil profesional médica. En el caso enjuiciado un menor resultó dañado en una intervención médica y sus padres ejercitaron la acción directa contra la aseguradora del médico, solicitando se declarara la responsabilidad civil directa de la misma y dejando la cuantificación de los daños para un pleito posterior. Pues bien, el Alto Tribunal estimó la viabilidad del pedimento recogido en la demanda lo que, a la postre, se puede considerar como una clara manifestación de la falta de concreción y esfuerzo por parte del legislador de dar forma jurídica y también seguridad jurídica a la acción directa.

A nuestro juicio, la dejadez del legislador ha tenido que ser suplida por los tribunales de justicia que han asumido este papel. La sentencia comentada admite el ejercicio de la acción directa contra el asegurador sin determinar la cuantía del daño, cuando existe una gran dificultad o imposibilidad de concretarla en la demanda, permitiendo la presentación de una nueva demanda y un nuevo litigio para esa determinación. Ahora bien, de acuerdo con los principios que rigen nuestro derecho procesal: economía procesal, concentración, no indefensión, entre otros, ¿tiene sentido esta línea jurisprudencial? Siendo lógica la salida del Tribunal Supremo –al no dejar sin indemnización al perjudicado cuando hay responsable declarado-, no deja de ser una

postura débil desde un punto de vista técnico-procesal. Entiendo que se debe dar cauce procesal y material a la acción directa, la cual, es útil y necesaria, si bien podría ser interesante concretar los siguientes aspectos:

- a) Que su ejercicio debe ser siempre acumulado a la acción de responsabilidad del asegurado (de manera que éste sea oído siempre evitando su indefensión y forzando que la sentencia que recaiga produzca efectos de cosa juzgada respecto al mismo);
- b) que tiene un límite cierto consistente en la suma asegurada y las cláusulas delimitativas del riesgo que aparecen recogidos con absoluta claridad en la póliza (aspectos que deben ser examinados de inicio por el juzgador de modo que queden perfectamente delimitadas las pretensiones de todas las partes –activa y pasiva-), que harán que surja a la luz el círculo de intereses no compartido entre el asegurador y el asegurado;
- c) y, en definitiva, otorgar una mayor claridad a la examinada acción directa evitando de este modo artimañas procesales que tengan que ser resueltas por nuestro Alto Tribunal con una intachable lógica jurídica pero también con una técnica altamente imaginativa.

Fuera ya del ámbito puramente legal y adentrándonos en la realidad práctica del seguro de responsabilidad civil profesional, podemos decir que el mercado asegurador

tiene muchas posibilidades de expansión y modernización en relación a este seguro, a la vez que sigue presentando ciertos inconvenientes para aseguradoras y asegurados. Partiendo de las pretensiones básicas de las partes que suscriben el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional -a saber: el asegurador: ajustar sus previsiones y minorar los riesgos; el tomador: disminuir la prima y ampliar el riesgo y suma asegurados, al igual que el asegurado-, como cierre a este trabajo, mostraremos distintas ideas con el fin de tratar de extraer distintas conclusiones.

Alguna de las cuestiones que suscita el seguro de responsabilidad civil profesional vienen determinadas por la proliferación de los seguros colectivos, a algunas de las cuales ya hemos hecho alusión a lo largo de este tratado. Es el caso de la convivencia en el mismo asegurado de estos seguros con otros también colectivos o individuales (seguros múltiples o coaseguros impropios) en los que la figura del tomador no recae sobre la misma persona, que requieren, de un lado, un adecuado aseguramiento del riesgo por parte de tomador y asegurado de manera que comuniquen a las distintas aseguradoras los contratos suscritos, a fin de evitar enriquecimientos injustos y, de otro lado, que las aseguradoras conozcan el riesgo que cubren en relación a las otras aseguradoras (artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro)-. En efecto, estos seguros colectivos generan controversias dispares para todas las partes implicadas en el contrato.

El seguro colectivo plantea el problema inicial de determinación del asegurado, lo que, por lo general, viene dado por una condición que depende del tomador del seguro: por ejemplo, la adscripción a un colegio profesional o la pertenencia a una

entidad profesional. Esta cuestión se soluciona con una correcta comunicación y verificación de información entre asegurador y tomador de la póliza. En mi parecer, no se debería de esperar al momento de la verificación del siniestro para que el asegurador tome conocimiento de quien se comporta como asegurado –en sentido individualizador y no como miembro de un grupo-, lo que puede resolverse con estipulaciones inter partes recogidas en la póliza.

Por otro lado, suele ocurrir que si bien el tomador del seguro colectivo sea un ente corporativo, éste repercute las primas en los propios asegurados, lo que genera en la práctica problemas internos que, a mi juicio, deben resolverse entre los propios asegurados independientemente del asegurador. Pensemos, por ejemplo, en el seguro suscrito por el colegio de farmacéuticos de una provincia, siendo un solo profesional el que da parte de numerosos siniestros ¿deben el resto de profesionales farmacéuticos colegiados hacer frente al mal hacer de este otro compañero de profesión? La solución pasa por redistribuir internamente la prima entre todos los profesionales en atención a la mayor o menor siniestralidad que es inherente a cada profesional, lo que implica llegar a acuerdos profesionales en este sentido al margen de la entidad aseguradora.

Otra de las cuestiones sobre la que puede profundizar el mercado asegurador en el ámbito del seguro de responsabilidad civil profesional, es la mitigación del riesgo asegurado y consiguiente competitividad en el precio de las primas. Es evidente que tratándose de riesgos de índole profesional, el riesgo es menor cualitativamente cuando el profesional presenta y acredita una mayor diligencia y preparación profesional, y el

riesgo será menor cuantitativamente cuando el profesional presta servicios en los que se compromete poco dinero o asume escaso riesgo económico.

Como ocurre en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de automóviles con los buenos conductores, el seguro de responsabilidad civil de profesionales debe primar al buen profesional y tratar de individualizar las pólizas en atención al asegurado.

Quien suscribe invita a las entidades aseguradoras que ofertan seguros de responsabilidad civil profesional a tener un mayor conocimiento de quienes van a ser sus asegurados y, por ende, los riesgos profesionales que deben cubrir, aspecto que podría ser cubierto a través de un test o cuestionario de profesionalidad en el que constatar: conocimientos, preparación, formación, experiencia, así como el tipo y cantidad de servicios profesionales que se prestan, lo que permitirá ser competitivos en el precio de las primas, cumplir expectativas y mitigar los riesgos que se someten a su cobertura.

Es innegable que el seguro de responsabilidad civil profesional es una institución jurídica de vital importancia en el momento actual y que cada vez tiene una mayor presencia en la vida laboral y económica, lo que obliga, necesariamente, a todos los organismos competentes, empezando por el legislador a tratar de otorgar a esta garantía el dinamismo y la seguridad que merece tanto para el profesional como para las propias compañías aseguradoras.

Por último, a modo de colofón, diremos que a través de este trabajo hemos tratado de ir exponiendo una realidad jurídica para dar forma a una figura jurídica como es el seguro de responsabilidad civil profesional, analizando con detenimiento cada uno de los dos pilares elementales que lo conforman: responsabilidad civil y seguro. Examen que nos ha llevado a profundizar en aquellos aspectos que, por la vivencia de este autor e inquietudes del mismo, hemos considerado de más interés, y este ilusionante estudio nos ha permitido que destaquemos, de un lado, lo vital que es este seguro en el mundo actual y criticar constructivamente aquello que desde un punto de vista legal, jurisprudencial y práctico puede llegar a ayudar a mejorarlo al encontrarse en pleno proceso de evolución y en progresiva construcción.

BIBLIOGRAFÍA**1) DOCTRINA:**

- ALBALADEJO, MANUEL. *Compendio de derecho civil*. Editorial EDISOFER S.L. 2011.
- ALONSO SOTO, RICARDO. “Responsabilidad civil y seguro”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, número 4. Año 2000. (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), págs. 193-204.
- ALONSO SOTO, RICARDO. “La aplicación de la normativa de la competencia al seguro”. *Revista Española de Seguros*, 2008, número 136.
- ALTERINI, ATILIO ANÍBAL. AMEAL, ÓSCAR JOSÉ. LÓPEZ CABANA, ROBERTO M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina) 1996.
- ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I. “Responsabilidad civil médica”. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014.
- ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA. “La protección de la víctima en el seguro de responsabilidad civil”. *La protección del cliente en el mercado*

- asegurador*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014.
- BADILLO ARIAS, J. A.: “Plazo de prescripción de la acción subrogatoria del art. 43 LCS”, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro RC*, nº 11, año 40.
 - BADILLO ARIAS, J. A.: “El dolo y la culpa en el contrato de seguro” en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro RC*.
 - BATALLER-LATORRE CHINER-OLAVARRÍA IGLESIA. *Derecho de los seguros privados*. Editorial Marcial Pons. 2007.
 - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho mercantil*, Pamplona, Aranzadi, 2011°.
 - BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P. *Cuestiones de Responsabilidad Civil en la Edificación*. Editorial Tirant lo Blanch. Diciembre de 2013.
 - BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P. “Los supuestos de responsabilidad objetiva”. Editorial Tirant lo Blanch. Diciembre de 2013.
 - CABANILLAS SÁNCHEZ, A. “La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación” en *Perfiles de la*

- Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, (coordinada por MORENO MARTÍNEZ), Editorial Dykinson, 2000.
- CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES. *El seguro de responsabilidad civil*. Editorial Aranzadi. 2005.
 - CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES. “La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro”. *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*. La protección del cliente en el mercado asegurador. BIB 2013\2342, Editorial Aranzadi. Enero 2014.
 - CAMPINS VARGAS, A. «*Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*», RDM, núm. 249, 2003, pp. 981 y ss., p. 999.
 - CARRASCO PERERA, ÁNGEL. *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Editorial Aranzadi. 2000.
 - CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., *El régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales*. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010.
 - CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES. “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”. *Actualidad Civil*, N° 40, Sección

- Doctrina, Semana del 27 Oct. al 2 Nov. 2003, Ref. LVIII, pág. 1075, tomo 4, Editorial LA LEY.
- COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, INIGO. “El plazo de prescripción de la “acción directa” del Tercero perjudicado frente a la Aseguradora”. Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, número 53, 2015.
 - CORDERO LOBATO, ENCARNA. *Los seguros de vicios o defectos constructivos*, Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2012.
 - CRESPO MORA, M^a CARMEN. *La responsabilidad del Abogado en el Derecho Civil*. Thomson-Civitas. 2005
 - CRESPO MORA, M^a CARMEN. *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*. BIB 2012\1348 .Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2012.
 - CRESPO MORA, M^a CARMEN. “Responsabilidad civil en el contexto de los despachos de abogados. Incidencia de la Ley de Sociedades Profesionales. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2010”. *Revista de Derecho Patrimonial núm. 29/2012*. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO. “Seguros de Responsabilidad Civil”. *Estudio sobre el sector asegurador en España*.
- DE ANGULO RODRÍGUEZ, LUIS. “Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, número 21.
- DE CASTRO GARCÍA, JAIME. *Contestaciones de derecho civil al programa de judicatura*. Tomo I, Editorial Colex 2000.
- DE CASTRO GARCÍA, JAIME. *Contestaciones de derecho civil al programa de judicatura*. Tomo II, Editorial Colex 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS Y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO. *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Septiembre 2001.
- DE LA TORRE DIAZ, FRANCISCO JAVIER. *Ética y Deontología jurídica*. Editorial Dykinson, año 2000.
- DEL CID GÓMEZ, JUAN MIGUEL. “La responsabilidad de los auditores y su cobertura aseguradora”. Resumen del informe final de la beca de riesgo y seguro concedida por la fundación MAPFRE. 1999.

- DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Cizur Menor, 2007
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Derecho de Daños*. Editorial Cívitas, 1999.
- DIEZ PICAZO, J Y GULLÓN BALLESTEROS, M. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos. 1999.
- GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR. “Ámbito de cobertura temporal de los seguros de responsabilidad civil por actos médicos”, en Revista- Jurídica Española LA LEY. 1996.
- GALÁN CORTÉS, JULIO CÉSAR y MARÍN CASTÁN, FRANCISCO. *Responsabilidad Civil Médica*. Editorial Civitas, SA, Enero de 2016.
- GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS. *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*. Fundación MAPFRE. Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, JAVIER. *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*. Editorial LA LEY. Mayo 2007.

- HURTADO YELO, JUAN JOSÉ. “La defensa de la Compañía de Seguros ante la reclamación del perjudicado. Las denominadas excepciones impropias”. *Revista de Derecho de la Circulación*, 1 de septiembre de 2013.
- IRIBARREN BLANCO, M. *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Aranzadi, 2005, pp. 92-93.
- IRIBARREN BLANCO, M. “El seguro de responsabilidad civil de administradores”. *Anuario de Derecho Concursal num. 29/2013 parte Estudios*. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2013.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J. y otros. *Derecho mercantil*. Editorial ARIES, S.A. 1990.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J. y otros. *Lecciones de derecho mercantil*. Editorial TECNOS. 2000.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER. “El derecho de repetición del asegurador”. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*. 2006.
- MARTI MARTI, JOAQUIM. “Nuevo criterio del tribunal supremo sobre la responsabilidad civil del abogado por error en el proceso”. *La responsabilidad civil del Abogado y del Procurador*. Editorial Bosch. 2007.

- MORENO LISO, LOURDES. “Las nuevas orientaciones comunitarias a la abogacía en materia de política de la competencia”. Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 9/2004 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2004.
- OLIVA GARCIA, HORACIO. Último número de *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI - SEPTIEMBRE-OCTUBRE 2014 / N°57*).
- ORDIZ FUERTES, M^a DE LA CONCEPCIÓN. *El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, obligatorios para el ejercicio de las funciones de administrador concursal*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012.
- OROZCO PARDO, GUILLERMO. “La responsabilidad civil de los técnicos: un ejemplo de la tendencia unificadora”. Pág. 2. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2006. Editorial Aranzadi, S.A.
- OSSORIO MORALES, JUAN. *Lecciones de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos (Parte General)*. Editorial Comares, 1996.
- OTERO CRESPO, MARTA. “Un caso de responsabilidad civil notarial”. *Revista de Derecho Civil*. Vol. I, número 3 (julio-septiembre, 2014).
- PARRA LUCÁN, M^a ÁNGELES y REGLERO CAMPOS. L. FERNANDO. “La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho”. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2014.
- PASQUAU LIAÑO, M.: “La acción directa en el Derecho español” Editora General de derecho. Madrid, 1989.

- PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER. “El contrato de seguro”, “Tipologías de seguros”. *Títulos valores y contratación mercantil*. Editorial Técnica Avicam. 2015.
- PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS. *El contrato de seguro, interpretación de condiciones generales*. Editorial Comares, 1993.
- PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS. *La póliza y la documentación del contrato de seguro* Granada, Comares, 2003.
- PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ y FERNÁNDEZ ROMERO, FRANCISCO JOSÉ. “La administración concursal y su régimen de actuación”. *Revista La Toga* número 186, año 2012.
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO. “La Ley de Contrato de Seguro”. Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO. “El seguro de responsabilidad civil”. *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Aranzadi, S.A. 2014.
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO. “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de responsabilidad civil y seguro*.
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A. *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil* (Madrid, 1996).

- SALAS CARCELLER. ANTONIO. “Responsabilidad civil de abogado por negligencia profesional”. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2014 parte Comentario*. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014.
- SALAS CARCELLER, JOSÉ ANTONIO. “La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la propiedad”. Artículo Monográfico. Septiembre 2007. Referencia: SP/DOCT/3444.
- SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN. “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”. Publicación: *Revista de Derecho Mercantil num. 245/2002 parte Estudios*. Revista de Derecho Mercantil, Madrid. 2002. Texto que se publica fue presentado en el X Congreso de Responsabilidad Civil organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y su Comisión de Abogados de Entidades Aseguradoras y Responsabilidad Civil, celebrado en Barcelona los días 7 y 8 de marzo de 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Las Condiciones generales en los contratos de seguro y la protección de los consumidores*», Editorial RES, nº 21, 1980.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Aranzadi (Thonson Company). 2012.

- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *Ley de Contrato de Seguro*, 4ª ed., Cizur Menor, 2010.
- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. “La delimitación temporal del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil, tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, RES, núm. 89, enero-marzo 1997.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN. “Derecho de edificación: la llamada en garantía y la LOE”. *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas). Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2010.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA. “El verdadero debate jurídico que hoy plantea la ley de ordenación de la edificación: la necesidad de clarificar el panorama legal de acciones de responsabilidad por daños de la construcción de edificios”. II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro.
- SANTAELLA SÁEZ, ÓSCAR. “Seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal o garantía equivalente y régimen de responsabilidad del mismo”. *Diario La Ley*, N° 7966, Sección Tribuna, 16 Noviembre 2012, Editorial LA LEY.
- SOTO NIETO, FRANCISCO. “El seguro voluntario”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, n° 4, 2002.

- SOTO NIETO, FRANCISCO. “El seguro de responsabilidad civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en la Revista Jurídica Española LA LEY, 1993.
- TAPIA HERMIDA, ALBERTO JAVIER. “Aspectos polémicos del Seguro de Responsabilidad Civil: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente”. Revista de Derecho Mercantil número 233/1999 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 1999.
- TIRADO MARTÍ, IGNACIO. *Los administradores concursales*. Editorial Civitas, S.A., 2005.
- TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER. “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro”. *La protección del cliente en el mercado asegurador*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014.
- TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER. *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015.
- VALENZUELA GARACH, FRANCISCO JAVIER. *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*. Editorial Marcial Pons, 2007.

- VÁZQUEZ CUETO. *La obligación de pago de la prima en la Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.
- VEIGA COPO, ABEL B. “El condicionado en el contrato de seguro”. *La protección del cliente en el mercado asegurador. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014.
- VEIGA COPO, ABEL B. “Tratado del Contrato de Seguro”. Editorial Civitas Thomson Reuters, 2009.
- VEIGA COPO, ABEL B. “Seguro de responsabilidad civil: dolo, negligencia y responsabilidad”. *Estudios y comentarios legislativos (Civitas)*, Editorial Aranzadi, noviembre de 2009.
- VEIGA COPO, ABEL B. *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*. Madrid, Ed. Civitas, 2013.
- VEIGA COPO, ABEL B. “Seguros de edificación o de la construcción”. *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*. *Tratado del contrato de seguro*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Junio de 2012.
- VICIANO PASTOR, JAVIER. “Problemas de delimitación entre el seguro de defensa jurídica y la defensa jurídica del seguro de responsabilidad civil. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010”.

Revista de Derecho Mercantil num. 281/2011 parte Comentarios de Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2011.

- YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Editorial Dykinson 2001.

- YZQUIERDO TOLSADA, M. La responsabilidad civil de los profesionales (una selección de aspectos problemáticos). Congreso constituyente de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro.

2) LEGISLACIÓN.

- Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro (LCS).

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil (CC).

- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP). (DEROGADA)

- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

- Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas –que conserva vigencia en parte de su articulado hasta el 17 de Junio de 2016-), la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

- Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

- Real Decreto 88/2013, de 8 de febrero, por el que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria AEM 1 "Ascensores" del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, aprobado por Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre.

- Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

- Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

- Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.
- Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.
- Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid.
- Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía.
- Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales de Cataluña.
- Ley 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte de Cataluña.
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre y publicado en el BOE el 6 de octubre, por el que se regula el Seguro de Responsabilidad Civil y la garantía equivalente de los administradores concursales.

- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

- Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

- Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas. (DEROGADA).

- Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

- Real Decreto 877/2015, de 2 de octubre, de desarrollo de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, por el que se regula el fondo de reserva que deben constituir determinadas fundaciones bancarias; se modifica el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio; y se modifica el

Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

- Resolución de 26 de octubre de 2011 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

- Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

- Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado

- Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado.

- Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

- Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

- Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo)

- Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (CTE).

- Real Decreto 1650/1977, de 10 de junio, sobre normativa de la edificación, que establecía las Normas Básicas de la Edificación.

- Ley 17/2009 de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y servicios y de su ejercicio.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

- Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio.

3) JURISPRUDENCIA.

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1990 [RJ 1990, 5783] .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7982).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1990. RJ 1990\9047.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero 1992 (RJ 1992\819).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1554).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 3323) .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1992 [RJ 1992, 6623] .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7515] .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 9198] .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994 (RJ 1994, 6505).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7547) .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4237) .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8254) , RC n.º 1726/92.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8735]
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 256/1996 de 1 abril. RJ 1996\2874.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3793), RC n.º 3091/1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7162) .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1194).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357), RC n.º 3279/1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1998.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 275/1998 de 25 marzo. RJ 1998\1651.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7548) , RC n.º 1326/94.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 7436] .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8587] .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1999.
- Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000 (RJ 2000, 2342) .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 783/2000 de 22 julio. (RJ 2000\6192).
- Sentencia del Tribunal Supremo número 1157/2000 de 5 diciembre (RJ 2000\9331).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2001.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 (RJ 2002, 4901) (RC nº 3847/96).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9787] .
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 136/2003 de 14 febrero. RJ 2003\2093.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo 2003 (RJ 2003, 3645).
- Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 334/2003 de 8 abril. RJ 2003\2956.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2003 (RJ 2003, 5989).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 18/2005 de 28 enero. (RJ 2005\1830).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 2005 (RJ 2005\1682).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 558/2005 de 30 junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005, rec. nº 971/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 918/2005 de 30 noviembre. RJ 2005\7859.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1225).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre 2005 (RJ 2006, 1265).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2006 de 15 febrero. RJ 2006\2940).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 febrero 2006 (RJ 2006,1564).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 930) , rec. nº 2361/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2006, rec. nº 2001/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 mayo de 2006 (RJ 2006, 2349).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 mayo 2006 (RJ 2006, 3950).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 482/2006 de 23 mayo. RJ 2006\5827 (Rc. 710/2010).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo 835/2006 de 17 de julio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 julio 2006.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576) , rec. nº 3260/1999).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8086).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 diciembre 2006 (RJ 2006, 8233)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007, rec. nº 715/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2007, rec. nº 1689/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007/3542).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007, rec. nº 4486/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 728/2007 de 21 junio. RJ 2007\3781, rec. nº 4486/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo 30 de julio de 2007, rec. nº 3213/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2007, rec. nº 4086/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2007, RC n. ° 3537/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 37).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2008, RC n.º 110/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2008 RC n.º 98/2002 .
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2008 (RJ 2008, 4376) , rec. 1839/2001.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2008, rec. n.º 98/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2008 (RJ 2008, 4640) , RC n.º 616/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 798/2008 de 9 octubre. RJ 2008\6042.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792) , RC n.º 1687/03.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1111) , RC n.º 4120/2001).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 40/2009 de 23 abril. RJ 2009\3164.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919) , RC n.º 1141/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2009 (RJ 2009, 4326) , RC n.º 2688/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009, RC n.º 461/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 672/2009 de 28 octubre. RJ 2009\5817.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 250/2010 de 30 abril. RJ 2010\3770.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010, RC n.º 1165/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 (reces. 814/2011 y 1914/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 19) , RC n.º 179/2008).

- Sentencia del Tribunal Supremo 45/2011 de 14 febrero (RJ 2011\441).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2011 de 14 febrero (RJ 2011\921).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, RC n.º 1021/2007).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 772/2011 de 27 octubre. RJ 2011\7313.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3519), rec. nº 2230/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 20 de diciembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 Mar. 2012, rec. 136/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2012, rec. nº 1553/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 392/2012 de 16 mayo. RJ 2012\6381
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 338/2012 de 7 junio (RJ 2012\7408).
- Sentencia del tribunal Supremo núm. 538/2012 de 26 septiembre (RJ 2012\9337).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2013, rec., nº 301/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 4985) , rec. nº 489/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 126/2014 de 18 marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 283/2014, de 20 Mayo (JUR 2014, 159878).
- Sentencia del Tribunal Supremo número 765/2014, de 20 de mayo de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 624/2014 de 31 octubre. RJ 2014\5642.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (núm. 761/2014).

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2015 de 4 marzo. RJ 2015\714.
- Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 194/2015 de 31 marzo. RJ 2015\1000.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 213/2015 de 17 abril. RJ 2015\1198.
- Sentencia del Tribunal Supremo 17 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4004, 4005, 4006).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 87/2016 de 19 febrero. (RJ 2016\938)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 381/2016 de 3 junio. RJ 2016\2301.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 444/2016 de 1 julio. RJ 2016\2912.
- Sentencia del Tribunal Supremo de núm. 447/2016 de 1 julio. JUR 2016\156414.

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) número 588/2014, de 25 de julio (RJ 2015, 4165).
- Auto Sala de lo Penal (Sección1ª) del Tribunal Supremo núm. 653/2016 de 17 marzo. RJ 2016\2224.

Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo:

- Sentencia de 20 mayo de 2008 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Audiencias Provinciales y Juzgados:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.^a, de 21 de junio de 1999.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.^a, de 3 de febrero de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 7 de mayo de 2003.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9^a) Sentencia núm. 39-2005 de 25 octubre.
- Sentencia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Secc. 4^a), 4.4.2008 [JUR 2008/198009].
- Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba (Secc. 3^a) Sentencia núm. 142/2008 de 7 julio.
- Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (Secc. 8^a) Sentencia núm. 118/2008 de 4 abril.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12^a) Sentencia núm. 493/2009 de 8 julio. AC 2010\635.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 3 de diciembre de 2010 –JUR 2011, 54795-.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 351/2011 de 15 septiembre (Sección 3^a).
- Sentencia núm. 253/2012 de 26 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1^a).
- Sentencia núm. 41/2013 de 5 de febrero de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5^a).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, 194/2014 de 16 May. 2014, (Rec. 93/2014).
- Sentencia núm. 227/2015 de 13 noviembre. JUR 2015\302518 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 30 diciembre 2015. JUR 2016\44818.