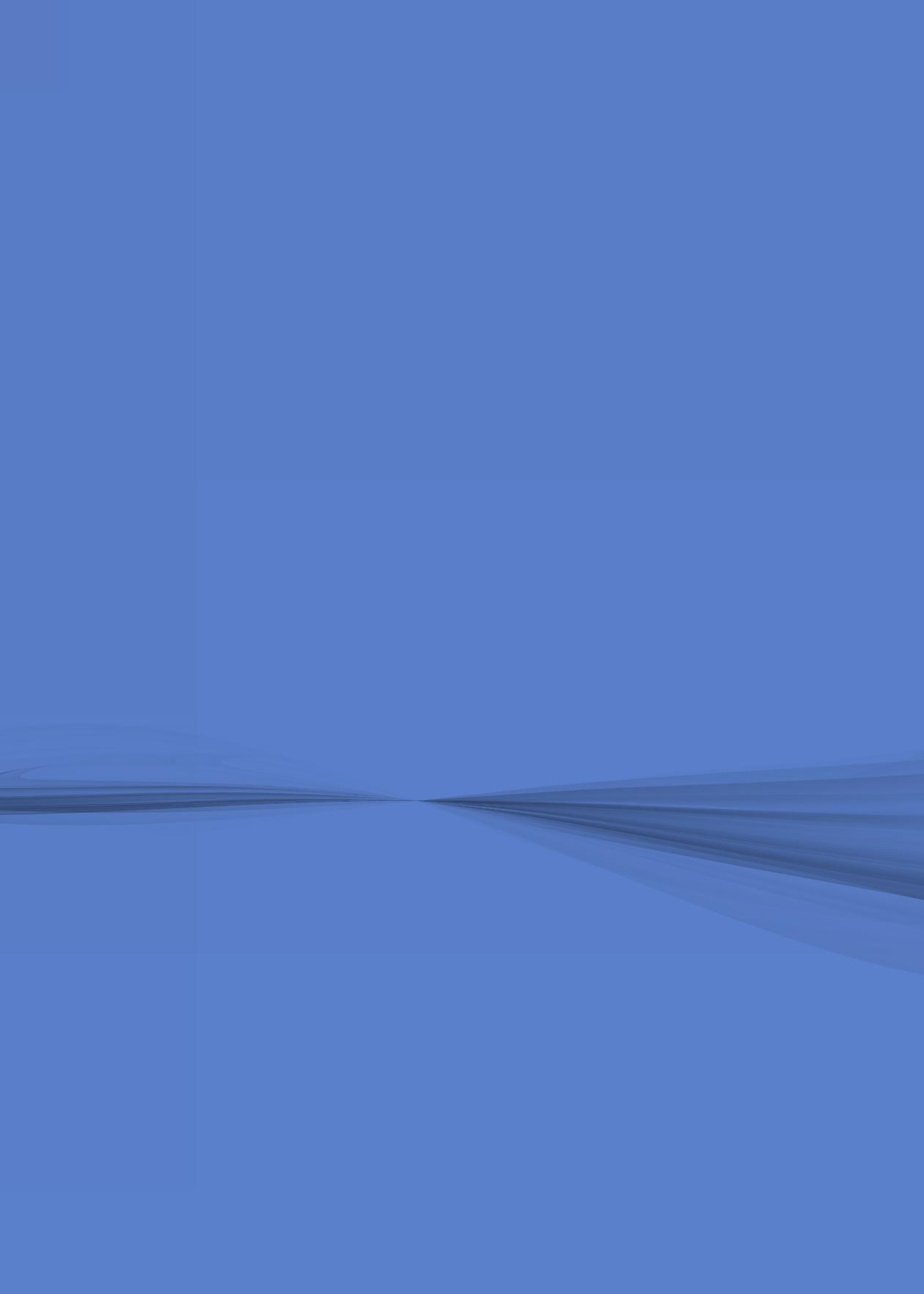


La responsabilidad civil profesional y su seguro

José Manuel Busto Lago



*A todos los buenos (y diligentes)
profesionales de la industria aseguradora*

Colección CUADERNOS DE LA CÁTEDRA
Título n.º 6: La responsabilidad civil profesional y su seguro

1.ª edición: Santiago de Compostela, 2022

© Editorial Fundación Inade

Calle de la Paz, 2, bajo
36202 Vigo (Pontevedra)
<http://fundacioninade.org/> · fundacion@fundacioninade.org

© Universidade da Coruña

Maestranza, 9
15001 A Coruña (A Coruña)
www.udc.gal

© José Manuel Busto Lago

Diseño e impresión: Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.
Impreso en España · *Printed in Spain*

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquiera medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del *copyright*. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Depósito legal: VG 82-2022
ISBN: 978-84-09-38463-1

ÍNDICE

Presentación	13
Prólogo	15
Introducción	19
Abreviaturas	27

1.ª parte. Marco jurídico de la prestación de servicios profesionales en España y de su régimen de responsabilidad civil.....29

1 El libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: efectos de la Ley 17/2009 en la prestación de servicios destinados a consumidores y usuarios (la Directiva CE de servicios en el mercado interior)	31
2 La 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la normativa complementaria.	34
3 Profesionales en las que la colegiación es obligatoria para la prestación de servicios al público. La función de la administración corporativa. Normativa deontológica	35
3.1 La obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio independiente y dependiente de algunas profesiones.	35
3.2 Funciones de los Colegios Profesionales. El valor de las normas de deontología profesional	36
4 Marco normativo de la responsabilidad civil profesional en España	41
5 El ejercicio de actividades profesionales a través de sociedades profesionales	45
6 La transmisibilidad «mortis causa» de las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil	47
7 El contrato de arrendamiento de servicios	48
7.1 Notas básicas de su configuración jurídica.	48
7.2 Canon de diligencia profesional exigible en la prestación del servicio	50
7.3 La distinción entre la obligación de medios y la obligación de resultado en el ámbito de la responsabilidad civil profesional	54
7.4 Otras obligaciones del prestador de servicios: información y confidencialidad ..	56

8 Obligación del prestador de servicios profesionales de informar sobre la dirección a la que el consumidor ha de dirigir sus reclamaciones y del plazo para resolverlas.	58
9 La obligación de informar sobre mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos a los que el empresario prestador de servicios esté adherido	60
9.1 El establecimiento de la obligación y su ámbito.	60
9.2 Las consecuencias del incumplimiento por el empresario de su obligación de informar sobre mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos a los que esté adherido	64

2.^a parte. La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho 67

1 La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho: consideraciones generales	69
2 La responsabilidad civil de los notarios	70
2.1 Las normas específicas en materia de responsabilidad civil de los notarios	71
2.2 La responsabilidad civil del notario por su actuación profesional ¿es contractual o extracontractual?	72
2.3 Régimen jurídico de la responsabilidad civil del notario	74
3 La responsabilidad civil de los registradores (de la propiedad y mercantiles)	81
4 Responsabilidad civil de jueces y magistrados	83
4.1 Responsabilidad civil de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.	83
4.2 Responsabilidad civil de los magistrados del TC	84
5 La responsabilidad civil de los procuradores.	85
6 La responsabilidad civil de los abogados: aplicación de las normas de Derecho común	86
6.1 Planteamiento general del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil de los abogados.	86
6.2 La configuración de la responsabilidad civil del abogado como subjetiva	90
6.3 Las diversas actividades realizadas por los abogados en el ejercicio de su profesión y su repercusión en la imputación de responsabilidad civil.	92
6.4 La cuantificación de la indemnización del perjudicado y la doctrina de la <i>perte de chance</i>	97
7 La responsabilidad civil de los administradores concursales	108
7.1 Consideraciones generales sobre el régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales	108
7.2 La acción concursal de responsabilidad.	110
7.3. La acción individual de responsabilidad	112

3.^a parte. La responsabilidad derivada de la prestación de servicios profesionales de auditoría de cuentas 113

- 1 El régimen de responsabilidad civil de los auditores de cuentas. 115
- 2 Presupuestos de la responsabilidad civil de los auditores 116
- 3 La determinación del criterio de imputación y la imputación causal. 119
- 4 La responsabilidad proporcional y directa del auditor y de la sociedad de auditoría. 123
- 5 La responsabilidad civil de los auditores frente a terceros. 124
- 6 La concurrencia de culpa del perjudicado 126
- 7 La prescripción de la acción de responsabilidad civil. 127

4.^a parte. La responsabilidad derivada de la prestación de servicios profesionales de distribución de seguros. 129

- 1 La responsabilidad civil de los distribuidores de seguros privados 131
 - 1.1 Conductas dañosas imputables a los distribuidores de seguros 131
 - 1.2 La regulación de la distribución de seguros 132
 - 1.3 Las previsiones sobre el régimen de responsabilidad civil de los distribuidores de seguros 135
- 2 La imputación de la responsabilidad civil al asegurador por hechos dañosos de sus agentes 137

5.^a parte. La responsabilidad civil profesional de los prestadores de servicios sanitarios 139

- 1 Régimen de responsabilidad civil de los profesionales de la sanidad: panorama normativo 141
- 2 Responsabilidad civil derivada de daños ocasionados como consecuencia de la prestación de servicios médicos 143
 - 2.1 Regla general: imputación de la responsabilidad civil por culpa o negligencia profesional 143
 - 2.2 Excepciones a la imputación subjetiva (1): medicina reparadora o satisfactiva . 148
 - 2.3 Excepciones a la imputación subjetiva (2): Daños derivados de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (nosocomiales), así como derivados del uso (diligente) de materiales defectuosos 150
- 3 La responsabilidad civil del personal sanitario en régimen de dependencia . . 152

4 Imputación de la responsabilidad civil en supuestos de actuación conjunta del equipo médico	155
5 La responsabilidad civil del veterinario	156

6.ª parte. La responsabilidad civil profesional de los arquitectos y de los arquitectos técnicos. 161

1 Las competencias profesionales de los arquitectos	163
2 La responsabilidad civil profesional de los arquitectos: imputación de los vicios estructurales de las edificaciones.	165
2.1 La imputación a los arquitectos de los vicios estructurales de las edificaciones .	165
2.2 La responsabilidad civil profesional de los arquitectos: ¿alcanza a los vicios funcionales y de habitabilidad?	168
3 Arquitectos técnicos.	168
3.1 Competencias profesionales del arquitecto técnico	168
3.2 ¿Cómo deslindar el ámbito de responsabilidad civil del arquitecto y del arquitecto técnico?	170
4 La responsabilidad civil del arquitecto y del arquitecto técnico que asuman las funciones de coordinador de seguridad y salud laboral.	171
5 La responsabilidad civil del contratista o constructor	172
6 La solidaridad impropia de los agentes de la edificación	172
7 La prescripción de las acciones de responsabilidad civil frente a los agentes de la edificación en la LOE	173
8 Los daños imputables a los agentes de la edificación	174
9 Las causas de exoneración de responsabilidad civil de los agentes de la edificación	174

7.ª parte. El seguro de responsabilidad civil profesional. 175

1 El seguro de responsabilidad civil profesional	177
1.1 Concepto	177
1.2 El seguro de responsabilidad civil profesional	178
1.3 La delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil .	180
1.4 Los seguros obligatorios de responsabilidad civil profesional	184
1.5 El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del abogado	195
1.6 Exclusiones habituales en los seguros de responsabilidad civil profesional . . .	196
2 La acción directa en el seguro de responsabilidad civil profesional	198
3 La prestación de defensa jurídica	199

PRESENTACIÓN

FUNDACIÓN INADE, INSTITUTO ATLÁNTICO DEL SEGURO es una organización sin ánimo de lucro cuyo patrimonio íntegro está destinado al logro de su objetivo: crear cultura en materia de gestión de riesgos y seguros.

En el año 2014 se constituyó en su seno un Consejo Asesor, del que forman parte empresas nacionales y multinacionales que apoyan económicamente las actividades de interés general. En el año 2020 se creó un Comité Técnico, integrado por gerentes de riesgos de organizaciones del tejido empresarial gallego, que apoyan a la Fundación en la consecución de sus objetivos.

Fundación Inade destaca por su excelente relación con la universidad gallega, en particular con las universidades de Santiago de Compostela y de A Coruña, siendo la universidad compostelana su brazo investigador y la universidad herculina su apoyo en lo relativo a la formación y transferencia del conocimiento.

En diciembre del 2015, fruto de un convenio de colaboración con la Universidade da Coruña, se creó la “Cátedra Fundación Inade-UDC: La gestión del riesgo y el seguro”, primera Cátedra institucional que sobre esta materia se implantó en una universidad pública española.

Uno de los objetivos de la Cátedra es el fomento y la divulgación de la cultura de gestión responsable del riesgo en la sociedad. Para cumplir este objetivo, la Cátedra puso en marcha una colección denominada Cuadernos de la Cátedra, en los que se abordan temas de importancia en el ámbito de la gerencia de riesgos, que ayudan al empresario a tomar las decisiones más adecuadas a sus intereses.

Fundación Inade, a través de su editorial, adquirió el compromiso de editar cada una de las obras de la colección, trabajos que cuentan con el apoyo económico de la Xunta de Galicia a través de la Vicepresidencia Segunda e Consellería de Economía, Empresa e Innovación y, en especial, del Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE).

Hoy ponemos en manos del tejido productivo el sexto ejemplar de los Cuadernos de la Cátedra, que lleva como título, *La Responsabilidad Civil Profesional y su Seguro*, trabajo elaborado por D. José Manuel Busto Lago, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña y consejero académico de Vales y Asociados Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P.

Esta publicación también estará disponible en la web de la Cátedra (www.catedrafundacioninade.org) y de Fundación Inade (www.fundacioninade.org).

FUNDACIÓN INADE, INSTITUTO ATLÁNTICO DEL SEGURO

PRÓLOGO

Agradezco la oportunidad de poder escribir el prólogo de este *Cuaderno* núm. 6 de la *Cátedra Institucional Fundación INADE-UDC*, un magnífico ejemplo de las bondades de la colaboración público-privada.

La *Cátedra* aborda en este nuevo *cuaderno* el estudio de la prestación de servicios profesionales, desde la perspectiva de las obligaciones asumidas por los profesionales, en particular respecto de los usuarios de los mismos, así como al seguro de responsabilidad civil de esta naturaleza.

Uno de los aspectos que más caracterizan a las sociedades desarrolladas es precisamente la relevancia del sector de la prestación de servicios profesionales, cada vez más especializados y tecnificados y respecto de los que, también cada vez más, sus usuarios requieren el cumplimiento más riguroso de las normas de diligencia y de pericia profesional en su prestación, acudiendo a recabar la protección o la tutela tanto de las administraciones públicas que supervisan su prestación como a los tribunales de justicia en caso de prestaciones defectuosas, en especial cuando el usuario ha padecido algún tipo de daño o no ha visto colmadas sus legítimas expectativas en el momento de recibir el servicio.

Los servicios profesionales suponen prácticamente el 9% del PIB, más de un 8% de la ocupación y un 30% del total de personas ocupadas con título universitario de las ramas jurídica, económica y empresarial, sanitaria, científica e ingeniería y arquitectura. Se trata de un pilar básico en nuestra economía. Junto a estos datos ha de tomarse en consideración que las economías que históricamente han mostrado más potencial de crecimiento han sido aquellas que apostaron por la formación y por la especialización, junto con un sistema fundamentado en la incentivación del desarrollo profesional y de la investigación y la generación de conocimiento en este ámbito.

En el año 2019, un 18% de la inversión en investigación y desarrollo en nuestro país estuvo vinculada a los servicios profesionales.

Esta obra da cuenta de la regulación general de la prestación de los servicios profesionales en España. Toma en consideración la profunda modificación

de este régimen jurídico operada como consecuencia de la *Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006*, relativa a los servicios en el mercado interior, creando un marco jurídico que garantiza la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libertad de circulación de servicios entre los Estados miembros de la UE, suprimiendo los obstáculos que impedían la libertad de establecimiento, o facilitando el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior.

Además, establece determinados derechos de los destinatarios de los servicios objeto de la misma: derecho a utilizar servicios de prestadores de otros Estados miembros; a obtener información sobre las normas aplicables a los prestadores, con independencia de su lugar de establecimiento y de los servicios ofrecidos y derecho a la calidad de los servicios.

La efectividad de este último derecho se vincula en la Directiva de la UE al establecimiento de medidas como la previsión de seguros y de garantías de responsabilidad profesional, el impulso de la certificación voluntaria de las actividades y la elaboración de cartas de calidad, así como el fomento de la elaboración de códigos de conducta europeos y, en particular, por organismos y asociaciones profesionales.

La Directiva 2006/123/CE fue objeto de transposición al Derecho interno en virtud de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* que estableció en nuestro Derecho el principio de libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio del Estado, por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la UE, contemplando como excepciones los supuestos en los que se permiten las restricciones a las referidas actividades y excluyendo actividades concretas en determinados sectores regulados (postal, energético, aguas...). Con la finalidad de garantizar la prestación de servicios de calidad adecuada, se prevén especiales deberes de información a los prestadores, incluyendo la información sobre las posibilidades de reclamación por los usuarios; así como medidas para reforzar la protección y la seguridad de éstos. Con esa finalidad se contempla la posibilidad de exigir la contratación de seguros profesionales de responsabilidad civil o de garantías equivalente en el caso de servicios que presenten riesgos concretos para la salud o la seguridad de los destinatarios o para un tercero.

Estas últimas previsiones normativas enlazan directamente con el contenido de esta obra, dirigida a exponer el régimen jurídico de la responsabilidad civil derivadas de daños o perjuicios ocasionados a usuarios o a terceros con ocasión de la prestación de servicios profesionales, teniendo en cuenta que,

desde esta perspectiva, los perfiles de la actividad profesional, para el objetivo trazado en esta obra, adquieren su exacta dimensión en la perspectiva de la pericia del profesional y de la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, evaluada con respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada.

En términos generales, el profesional tiene el deber de desarrollar la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto, y tiene el deber de desarrollarla con la adecuada y necesaria diligencia, siendo la diligencia del profesional que constituye el estándar o el parámetro desde el que valorar la adecuación de la prestación del servicio la propia del que ejerce su actividad con atención y adecuada preparación profesional.

Para aquellos casos en los que el profesional no tenga la pericia y no haya desarrollado su actividad conforme a las exigencias propias de la «lex artis» en su ámbito de actividad, el mecanismo de la responsabilidad civil se erige como el instrumento jurídico de reparación que el Derecho pone a disposición de los perjudicados por actuaciones de esta naturaleza. Es en este momento en el que entra en liza precisamente el instituto del seguro de responsabilidad como mecanismo de protección del propio profesional, a efectos de que no tenga que hacer frente al pago de la indemnización con su patrimonio personal, así como del perjudicado, que dispondrá de un responsable solidario solvente: la entidad aseguradora.

Esta obra clarifica los supuestos en los que el profesional puede incurrir en responsabilidad civil con ocasión de la prestación de su actividad, así como la forma en la que tanto el profesional como el perjudicado pueden resultar protegidos por la institución del seguro, en particular en aquellos ámbitos que el legislador, siguiendo los mandatos de la Directiva 2006/123/CE y la Ley de transposición, ha considerado que son susceptibles de generar un mayor riesgo y, por ello, es necesario que el profesional cuente con un seguro de responsabilidad civil. Son los casos de los servicios prestados a través de sociedades profesionales, los servicios sanitarios, los servicios de auditoría o los servicios prestados por los agentes de la edificación.

El catedrático de Derecho Civil de la UDC, José Manuel Busto, con una dilatada trayectoria académica en el estudio de la responsabilidad civil y su seguro, así como con una acreditada involucración en la difusión de la cultura del seguro a través de su activa participación en la creación de la *Cátedra Institucional Fundación INADE-UDC* y en las actividades de ésta, nos ofrece una aproximación clara y rigurosa, tanto de los supuestos en los que profesionales de distintos ámbitos pueden incurrir en responsabilidad civil, como del

funcionamiento del seguro de responsabilidad civil, desde la perspectiva del profesional asegurado y de la víctima.

Esta Cátedra alcanza así un nuevo hito en la consecución de uno de dos de sus objetivos propios: el fomento y la divulgación de una cultura de gestión responsable del riesgo en la sociedad —en esta ocasión, en la prestación de servicios profesionales— y la contribución a la formación de profesionales cualificados. Los profesionales del seguro que lean este libro habrán mejorado, sin duda, su cualificación profesional.

Santiago de Compostela, a 14 de febrero de 2022

FRANCISCO CONDE LÓPEZ

Vicepresidente segundo y conselleiro de Economía, Empresa
e Innovación de la Xunta de Galicia

INTRODUCCIÓN

Es una evidencia reconocida con carácter general que la realización o el ejercicio de cualquier actividad profesional, sin perjuicio de la distinta intensidad y frecuencia con la que esta circunstancia se pone de relieve, conlleva riesgos para el profesional que la ejerce, que se presenta como el correlato del riesgo de sufrir un daño o un perjuicio por quienes operan con el profesional, al demandarle o instarle, bajo diversas fórmulas —ordinariamente contractuales— y circunstancias, la prestación de un servicio de esta naturaleza. En este trabajo se exponen las reglas jurídicas básicas en atención a las cuales, en el Derecho español, se imputan los daños y perjuicios padecidos por el usuario de servicios profesionales (por el cliente del profesional) al profesional prestador de los mismos.

Probablemente sea en el ámbito material constituido por la responsabilidad civil derivada de daños causados como consecuencia de la realización de actividades profesionales y empresariales en el que se ha puesto de manifiesto de manera más nítida la bondad de una cláusula general como la contenida en el art. 1902 del CC y ello habida cuenta del escaso número de actividades profesionales que cuentan con reglas o normas específicas de imputación de responsabilidad civil (son los casos, *v.gr.*, de los profesionales de la auditoría de cuentas o de los agentes de la edificación). Ésta se revela como un instrumento idóneo para regular realidades dinámicas y en continua evolución, inadecuada —ésta— por ello para adaptarse a sistemas de tipicidad de hipótesis dañosas previamente definidas, como ya señalara ROBOTÀ en *Il problema della responsabilità civile* a principios de la década de los años sesenta (Milán, 1964).

La culpa o la negligencia —junto con el dolo—, constituye el título de imputación que, de conformidad con la previsión de la referida cláusula general codicial, permite atribuir a un profesional la responsabilidad civil por un determinado resultado lesivo, en el marco de un sistema de responsabilidad civil subjetiva como el que aquella cláusula establece. La culpa o negligencia profesional viene representada por una falta de diligencia o de previsión, habiendo sido definida adecuadamente como la infracción por

parte del profesional de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La observancia de las reglas que rigen la actuación del profesional y que conforman su «*lex artis ad hoc*» —integrada, en esencia, por los llamados «*protocolos*» de actuación— permite, en línea de principio, rechazar la calificación de negligente o imprudente del comportamiento del profesional que se acomode a sus exigencias. La llamada «*lex artis ad hoc*» se erige así como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto realizado por el profesional. En efecto, el concepto de «*lex artis*» se configura como «*aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto*» (FD 1º de la STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006\9172]). La «*lex artis ad hoc*» es la forma particular de tratar un caso concreto; sería la aplicación de las reglas y normas de actuación en un supuesto concreto y determinado (la personalización de cada acto del profesional). De esta manera, se toman en consideración las especiales características del profesional, de su posible especialización, de la complejidad y trascendencia del acto y todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. El criterio es también compartido en la jurisprudencia penal, *v.gr.*, STS, Sala de lo Penal, 1187/1997, de 3 de octubre [RJ 1997\7169] en aquellos casos en los que la negligencia profesional no solo genera el nacimiento de una responsabilidad civil a cargo del profesional, sino también una conducta ilícita subsumible en un determinado tipo penal.

Junto con este sistema general de responsabilidad civil subjetiva coexisten determinados ámbitos en los que resulta de aplicación un título de imputación de naturaleza objetiva. Es conocido que la responsabilidad civil objetiva constituye un régimen de imputación de ésta que nace vinculado al ejercicio de determinadas actividades empresariales que incrementan los riesgos de causación de daños a terceros, respecto de los que se califican como riesgos generales de la vida: la generación, explotación y distribución de determinados tipos de energías, la navegación aérea, las actividades de transporte y, más tarde, la fabricación, importación y distribución de productos, así como la prestación de servicios destinados a consumidores y usuarios (en este último ámbito fruto de las exigencias de la Directiva 85/374/CEE, aunque ya implantadas, al menos, parcialmente en el Derecho español como consecuencia de la LGDCU/1984, vigente TRLGDCU). De la regulación de estos sectores concretos y de la interpretación y aplicación de las normas que regulan la imputación de responsabilidad extracontractual en algunos de estos ámbitos de actividad profesional me ocupo expresamente en los correlativos apartados de este libro, como acontece significativamente en

el caso de la prestación de servicios sanitarios. Sin perjuicio de ello, la responsabilidad civil objetiva se ha extendido a ámbitos ajenos a las labores empresariales, comerciales o profesionales, previéndose en relación con actividades propias de cualquier ciudadano, como son los casos de la conducción de vehículos automóviles o la práctica de actividades cinegéticas —esta última y a diferencia de la estabilidad de la que está dotada la anterior, llena de avatares legislativos y jurisprudenciales en las dos últimas décadas en el Derecho español—.

El criterio de imputación por riesgo —profesional y empresarial, en particular— no puede calificarse como un criterio excepcional —y, en particular, contrapuesto al criterio común de la culpa— (y aquí se pone de manifiesto de manera nítida los problemas que genera la ausencia de una cláusula general en el ámbito de la responsabilidad civil por actividades empresariales que suponen un incremento del riesgo). En efecto, en el interior del sistema del Derecho de daños español coexiste la dicotomía: culpa y riesgo; siendo necesario dar respuesta —de manera imperiosa desde la perspectiva práctica en orden a adoptar determinadas decisiones profesionales y empresariales y de naturaleza tanto económica, como jurídica— de reducir a la unidad las hipótesis en la que no opera el criterio de la culpa, sino el del riesgo y, en este último caso, cuáles son las circunstancias cuya prueba permite al empresario o profesional exonerarse de la atribución de los daños y perjuicios que pretenden ponerse a su cargo. Se trata, en definitiva, de acotar la naturaleza y el ámbito objetivo de lo que algunos autores —JAMES, KESSLER y PROSSER— han llamado la responsabilidad de la empresa, para referirse a estos supuestos de imputación de la responsabilidad en atención al riesgo empresarial, cuyo antecedente comparado ha de situarse en la adopción de la Sección 402^a del *Restatement of Torts* (Segundo) por el *American Law Institute*.

La jurisprudencia ha dado respuesta a la cuestión anterior; si bien lejos de ser ésta unívoca de discurrir por senderos que permitan acercarse, cada vez con mayor nitidez y precisión, a la misma, debe aludirse a la pluralidad de respuestas, mutando éstas en la perspectiva diacrónica. En efecto, resulta fácilmente perceptible la evolución de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del TS en la aplicación del criterio de imputación de la responsabilidad civil constituido por el riesgo: desde la extensión de criterios denominados objetivadores de la responsabilidad civil del empresario y del profesional que se despliega durante las últimas tres décadas del pasado siglo y los primeros años del presente —con dudoso apoyo legal—; al punto de inflexión representado por los postulados asumidos por aquélla en el

momento en que Magistrados como XIOL RÍOS, SEIJAS QUINTANA o MARÍN CASTÁN —por personalizar en algunos de los que más han influido en el atinado cambio de doctrina del que se da cuenta—, que supone redescubrir lo evidente de la *vis* expansiva de la culpa; y las consecuencias o corolarios de esta vuelta al chiquero culpabilístico en la jurisprudencia de instancia y, en particular, en la emanada de las Audiencias Provinciales. Tan es así que no sólo se ha vuelto al reconocimiento de la responsabilidad por culpa en el caso de actividades empresariales que no cuenten con un régimen especial de responsabilidad objetiva (y no sólo en el típico supuesto de daños corporales o materiales derivados de caídas en establecimientos mercantiles abiertos al público, aun cuando se trata del ejemplo más paradigmático), sino que se ha atemperado el nivel de diligencia exigible al empresario y al profesional en orden a la evitación de daños a terceros en orden a que su actuación pueda superar aquel umbral de diligencia, al señalar que no se requiere la adopción de medidas de prevención desproporcionadas (lo que, por otra parte, resultaría evidentemente ineficiente desde la perspectiva económica, máxime cuando se trata de daños ordinariamente cubiertos por seguros de responsabilidad civil).

Sin embargo, el hecho de que se eleve el nivel o el estándar de la diligencia exigible al profesional o, en su caso, al empresario, en la realización de determinadas actividades profesionales, empresariales o industriales evidentemente no supone sino aplicar un régimen de responsabilidad civil con elementos propios de la responsabilidad civil de naturaleza subjetiva. En este sentido es menester recordar que la jurisprudencia siempre ha considerado que el cumplimiento de las normas reglamentarias que regulan una determinada actividad —o el actuar dentro de los límites establecidos por una autorización o una licencia administrativa— no sitúan al agente del daño fuera o al margen de las posibilidades de imputación subjetiva de responsabilidad civil (afirmación que aun no siendo compartida de manera uniforme en el Derecho comparado, es constante en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS, al menos desde su Sentencia de 30 de octubre de 1963 [RJ 1963\4231]), al tiempo que tampoco enerva la calificación de la conducta como antijurídica. Por lo tanto, la observancia de las prescripciones reglamentarias, ordinariamente de naturaleza técnica, tiene plena eficacia en el ámbito jurídico-administrativo (evita la realización de conductas típicas, susceptibles de constituir el objeto de sanciones de esta naturaleza), pero a la norma reglamentaria no pueda dotársele de una análoga significación en el ámbito de la responsabilidad civil, en el que resulta carente de efectos enervadores de ésta el cumplimiento de las normas reglamentarias por el empresario o profesional.

Lo que antecede pone de manifiesto que, lejos de la deseable puridad dogmática de las categorías jurídicas, el establecimiento, aun normativo, de un sistema de responsabilidad civil de naturaleza objetiva no está exento, en su interpretación y aplicación, de la realización de algunas consideraciones de matiz culpabilístico debido a que el agente responsable —empresario o profesional— puede exonerarse de responsabilidad si acredita la concurrencia de determinadas circunstancias, que exceden a la fuerza mayor y a la culpa exclusiva del perjudicado (circunstancias que excluyen, en todo caso, la responsabilidad civil objetiva). Es paradigmáticamente el caso de los daños imputables a los llamados *riesgos de desarrollo*, en tanto que, de conformidad con un extendido parecer doctrinal, la responsabilidad civil objetiva no alcanza a los daños imputables a los *riesgos del desarrollo*, pues sólo es razonable esperar la seguridad que se deriva de los conocimientos científicos y técnicos existentes en cada momento histórico. Es conocido que el legislador español ha optado por permitir el juego de la excepción de los riesgos del desarrollo en el marco de sistemas objetivos de responsabilidad civil, como son los casos de responsabilidad civil por productos de consumo defectuosos (art. 140.1.e del TRLGDCU) y la responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 34.1, inciso segundo, de la vigente LRJSP), excepción hecha de los casos en que se trate de medicamentos, alimentos y productos alimentarios destinados al consumo humano. En términos de eficacia preventiva parece tornarse en más adecuado este sistema, por cuanto estimulará a empresarios y profesionales a adoptar sistemas de seguridad y de prevención de daños técnicamente adecuados y posibles y económicamente viables que les permitan exonerarse de responsabilidad civil por daños a terceros.

Por otra parte, en no pocos razonamientos de diversas Sentencias dictadas en la materia que nos ocupa no es difícil encontrar razonamientos de naturaleza equitativa o de justicia distributiva del caso concreto, más o menos disimulados, subyacentes o recubiertos de razonamientos alambicados. Sin perjuicio de la función que a la equidad en la aplicación de las normas reconoce el apartado 2º del art. 3 del CC, también han de tenerse en cuenta los límites que a la misma fija este precepto, así como el inciso final del apartado 7º del art. 1 del CC (trasunto del principio de legalidad reconocido en el art. 9.1 de la CE y en el art. 5.1 de la LOPJ); la equidad no constituye un criterio de imputación de la responsabilidad civil en casos determinados. Y es aquí donde alcanzan relevancia las consideraciones de la que partía P. TRIMARCHI en su *Rischio e responsabilità oggettiva* (Milán, 1961): la necesidad de reconocer la responsabilidad civil objetiva y los límites de su ámbito de aplicación, abandonando el hábito de exigir y/o aplicar

la responsabilidad de esta naturaleza a través de instrumentos impropios (presunciones de culpa, inversión de la carga de la prueba de la culpa,...), propios de una creación libre del Derecho.

Entre estos instrumentos, la jurisprudencia ha acudido también al principio de disponibilidad y facilidad probatoria, que acaba constituyendo, en no pocas ocasiones, el fundamento de la inversión de la carga de la prueba de la actuación negligente de los titulares de las explotaciones industriales o mercantiles o, en su caso, de los responsables de una determinada actividad empresarial o profesional, que vendrían obligados, en todo caso, a acreditar y probar la diligente actuación y la adopción de todas las medidas necesarias para abortar las consecuencias de la situación de peligro para personas y bienes generada como consecuencia de aquéllas, aun cuando el perjudicado por el siniestro siquiera alegase cuál ha sido la causa eficiente de éste, más allá de la prueba de la existencia y realidad del daño. A mi juicio, no resulta correcto sostener que la regla plasmada en el originario art. 217.6 de la LECiv —y actual núm. 7, tras la reforma de que el precepto ha sido objeto por la LO 3/2007, de 22 de marzo— propicie la inversión de la carga de la prueba de la culpa, de manera que no resulta jurídicamente fundada la generalización jurisprudencia de este expediente para establecer una auténtica presunción «*iuris tantum*» de culpa del empresario o profesional demandado. La aplicación del invocado principio de disponibilidad y facilidad probatoria supone la posibilidad de distribución dinámica de la carga de la prueba, pero no invierte el «*onus probandi*» en perjuicio de la parte que fácilmente podría llevarla a cabo, pues no altera la distribución de los hechos que debe probar cada parte, sino que evita la imposibilidad de acreditar o de probar en el proceso la realidad de un determinado hecho que perjudica a la parte que soporta la carga de su prueba, pero que carece de la mayor disponibilidad o facilidad para probar su realidad. Dicho en otras palabras, el principio que nos ocupa no invierte la regla de juicio, ni altera la distribución de los hechos que cada parte ha de probar en el proceso, sino que, en los casos de asimetría de información, permite que el Juez o Tribunal pueda valorar en la resolución que dicte la negativa a aportar la prueba sobre los hechos, perjudicándole su no aportación, resultando de aplicación las previsiones del art. 429.1 de la LECiv. En efecto, no puede confundirse la prueba de la concurrencia del criterio o título de imputación del daño —la prueba del elemento subjetivo consistente en la culpa o negligencia del agente del daño—, que incumbe al actor, en su condición de perjudicado, con la doctrina de la facilidad o proximidad probatoria, pues como razona la STS, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2006 [RJ 2006\1916], el principio de responsabilidad subjetiva consagrado como fundamento de

la responsabilidad civil, no admite otras excepciones que aquellas que se hallan previstas en la ley, con las cuales no deben confundirse los supuestos en que la jurisprudencia atribuye la carga probatoria en mayor o menor medida al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una verdadera inversión de la carga probatoria, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con circunstancias tales como los especiales deberes de diligencia que impone la creación de riesgos extraordinarios, la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo.

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CCom: Código de Comercio

CCS: Consorcio de Compensación de Seguros.

CE: Constitución Española de 1978

DGSFP: Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

EM: Exposición de Motivos

LAC: Ley 22/2015, de 20 de julio, *de Auditoría de Cuentas*

LAr.: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje*

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*

LCP: Ley 2/1974, de 13 de febrero, *reguladora de los Colegios Profesionales*

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*

LECiv: Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*

LH: Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 *por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria*)

LMSRP: Ley 26/2006, de 17 de julio, *de mediación de seguros y reaseguros privados*

LNot: Ley de 28 de mayo de 1862, *Orgánica del Notariado*

LOE: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de Ordenación de la Edificación*

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*

LOSSEAR: Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*

LOTT: Ley 16/1987, de 30 de julio, *de ordenación de los transportes terrestres*

LRALMA: Ley 7/2017, de 2 de noviembre, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de régimen jurídico del sector público*

LSP: Ley 2/2007, de 15 de marzo, *de sociedades profesionales*

PETL: *Principles of European Tort Law*

RNot: *Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado* (Decreto de 2 de junio de 1944)

RD: Real Decreto

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)

SOV: Seguro Obligatorio de Viajeros

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

SJPI: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TRLC: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, aprueba el *Texto Refundido de la Ley Concursal*

TRLGDCU: Texto Refundido de la *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* (RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

1.^a parte

Marco jurídico de la prestación de servicios profesionales en España y de su régimen de responsabilidad civil

1 EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO: EFECTOS DE LA LEY 17/2009 EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DESTINADOS A CONSUMIDORES Y USUARIOS (LA DIRECTIVA CE DE SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR)

En el marco del Derecho derivado de la UE, hace más de tres décadas se iniciaron los trabajos preparatorios para la elaboración de una Directiva sobre responsabilidad civil derivada de los daños causados por la prestación de servicios defectuosos (Propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 [DOCE, C 12/8, de 18 de enero de 1991], retirada oficialmente en virtud de la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 23 de junio de 1994 [COM 94, 260 def.]), que fueron abandonados como consecuencia de las presiones y dificultades que entrañaba el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva o, cuando menos, subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa, en este ámbito. Con posterioridad se ha frustrado la iniciativa especial de la Comisión en materia de regulación de servicios prestados a los consumidores en orden a la seguridad de los servicios y a la regulación de la responsabilidad de los prestadores, especialmente en relación con los servicios transnacionales, incluida en el «*Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001*» de 1 de diciembre de 1998.

El fracaso de estas iniciativas de las instituciones de la UE no provocó su desistimiento en este ámbito, acaso incitadas por la llamada de reputadas voces doctrinales que se pronuncian reiteradamente acerca de la necesidad de una regulación armonizadora especialmente en el ámbito de la protección de los usuarios de servicios transfronterizos. Así, en el Dictamen del Comité Económico y Social de la CE sobre el «*Libro Verde de la Responsabilidad por Productos Defectuosos*» de fecha 1 de marzo de 2000, se recuerda que la Comisión tiene la intención de adoptar una nueva iniciativa que tenga en cuenta la especificidad de la prestación de los servicios, especialmente en materia de seguridad de los servicios y de responsabilidad de quienes los

prestan, identificando previamente las necesidades, posibilidades y prioridades de esta acción comunitaria. En diciembre del año 2000, la Comisión presentó una estrategia en dos fases destinada a fomentar el mercado interior de los servicios (COM 2000, 888 final, de 29 de diciembre de 2000), la primera de las cuales culminó en el mes de julio de 2002, con un informe en el que la Comisión recoge un inventario de las barreras del mercado interior que inhiben la comercialización de servicios (COM 2002, 441 final, de 30 de julio de 2002). Siguiendo las sugerencias del Consejo y del Parlamento, la Comisión decidió retomar el debate atinente a la armonización de las normas reguladoras de la prestación de servicios en el ámbito de la UE en su Informe de 6 de junio de 2003 (COM. 2003, 313 final), que se plasmó en la Propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior de fecha 13 de enero de 2004 (COM. 2004, 2 final). Por esta razón, el Comité Económico y Social de la UE, en su Dictamen sobre «*La política de los consumidores tras la ampliación de la Unión Europea*» de 10 de febrero de 2005, se felicitaba de que la Comisión hubiese respondido activamente a las sugerencias formuladas por el Consejo y por el Parlamento, si bien, inmediatamente después, manifiesta su temor de que las medidas propuestas no lleguen a concretarse en medidas normativas eficaces, basándose en una interpretación inadecuada del principio de subsidiariedad y de complementariedad en relación con las políticas nacionales. Finalmente, esta Propuesta, una vez que recibió el Dictamen del Parlamento Europeo en fecha 16 de febrero de 2006 y la modificación presentada por la Comisión en fecha 4 de abril de 2006, teniendo en cuenta la votación del Parlamento en Primera lectura (la Posición común fue presentada por el Consejo de la UE, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, en fecha 24 de julio de 2006), se plasmó en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior* [DOL núm. 376, de 27 de diciembre de 2006, pp. 36 y ss.]. La Directiva debía ser incorporada por los Estados miembros antes del 28 de diciembre de 2009 (art. 44). El legislador español cumplió con este mandato en virtud de las Leyes núms. 17 y 25 de 2009, de 23 de noviembre y de 22 de diciembre, respectivamente, cumpliendo así el referido plazo previsto para la transposición de las Directivas de la CE.

El objetivo de esta Directiva está representado por la creación de un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libertad de circulación de servicios entre los Estados miembros de la UE (art. 16), suprimiendo los obstáculos que impiden la libertad de establecimiento —creando un marco para el régimen de autorizaciones con arreglo a principios como los de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (arts. 19 y 20); una ventanilla única para que los prestadores puedan llevar a cabo

todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios (art. 6); al tiempo que se prohíben las exigencias particularmente restrictivas que puedan subsistir en algunos Estados miembros—, con algunas excepciones relevantes en materia de cualificaciones profesionales, desplazamiento de trabajadores y servicios de interés económico general; facilitando el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior —se asume el principio de libre prestación— y se establecen determinados derechos de los destinatarios de los servicios objeto de la misma (arts. 19 a 21): derecho a utilizar servicios de prestadores de otros Estados miembros; a obtener información sobre las normas aplicables a los prestadores, con independencia de su lugar de establecimiento y de los servicios ofrecidos y derecho a la calidad de los servicios (arts. 22 a 27). Preordenadas a la efectividad de este último derecho se prevén medidas como el establecimiento de seguros y garantías de responsabilidad profesional, el impulso de la certificación voluntaria de las actividades y la elaboración de cartas de calidad, así como el fomento de la elaboración de códigos de conducta europeos y, en particular, por organismos y asociaciones profesionales (*ex art. 37 de la Directiva 2006/123/CE*).

En el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE se incluye una amplia variedad de servicios de naturaleza económica —los servicios comerciales, de mantenimiento, de publicidad, de contratación de personal o los servicios prestados por los agentes comerciales y las agencias inmobiliarias—, los servicios jurídicos y de asesoramiento fiscal prestados tanto a empresarios como a consumidores y determinados servicios prestados a consumidores (*v. gr.*, turísticos, parques de ocio, gimnasios) —a estos efectos resulta ilustrativo el contenido del Considerando 33 de la Directiva—; excluyéndose expresamente la prestación de servicios de carácter financiero, los servicios sanitarios y farmacéuticos, los servicios sociales, los servicios de seguridad privados, los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los audiovisuales, ya cubiertos por otras Directivas y los servicios de transporte —incluidos el transporte urbano, los taxis y las ambulancias— (art. 2). En cuanto al régimen de responsabilidad civil de los profesionales prestadores de servicios la única previsión que contempla la Directiva 2006/123/CE, es la atinente a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan con carácter obligatorio la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo —o bien, la constitución de una garantía o acuerdo similar que sea equiparable en cuanto a su finalidad—, en los casos en que los servicios prestados *«presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario»* (art. 23).

2 LA 17/2009, DE 23 DE NOVIEMBRE, SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO Y LA NORMATIVA COMPLEMENTARIA

La Directiva 2006/123/CE, del *Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior* fue objeto de transposición al Derecho interno en virtud de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* [BOE núm. 283, de 24 de noviembre]. Esta Ley —que constituye una «Ley paraguas» o «Ley horizontal»—, aplicable a todos los servicios que no hayan sido objeto de excepción expresa, estableció, como régimen general, el principio de libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio del Estado, por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la UE, contemplando como excepciones los supuestos en los que se permiten las restricciones a las referidas actividades y excluyendo actividades concretas en determinados sectores regulados (*v. gr.*, postal, energético, aguas). Con la finalidad de garantizar la prestación de servicios de calidad adecuada, se incluyen especiales deberes de información a los prestadores, incluyendo la información sobre las posibilidades de reclamación por los usuarios; así como medidas para reforzar la protección y la seguridad de éstos. Con esa finalidad se prevé la posibilidad de exigir la contratación de seguros profesionales de responsabilidad civil o garantías equivalente en el caso de servicios que presenten riesgos concretos para la salud o la seguridad de los destinatarios o para un tercero.

El necesario complemento de la anterior Ley está constituido por la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* [BOE núm. 308, de 23 de diciembre]. En cuanto a la normativa afectada por esta norma —«Ley ómnibus»— y que resulta de interés en el seno de esta Sección se encuentra la regulación de los servicios prestados a consumidores y usuarios. La *Ley 25/2009* modificó dos preceptos del TRLGDCU: el art. 21 del TRLGDCU, en materia de información al consumidor y servicios postventa, al que se añadieron dos nuevos números (el 3 y el 4) y el art. 60.2, al que se añadió una letra, la *h*), para incluir como un contenido propio de los deberes de información precontractuales la indicación sobre la dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos de consumo prevista en el art. 21.4 del TRLGDCU, acudiendo a una entidad de resolución alternativa notificada a la Comisión Europea.

3 PROFESIONES EN LAS QUE LA COLEGIACIÓN ES OBLIGATORIA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS AL PÚBLICO. LA FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CORPORATIVA. NORMATIVA DEONTOLÓGICA

3.1 La obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio independiente y dependiente de algunas profesiones

De conformidad con lo dispuesto en art. 36 de la CE —«*La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales*»— y con la interpretación del mismo que ha realizado el TC en diversas Sentencias, es el legislador ordinario, en todo caso, el encargado de ponderar, en virtud de aquel mandato constitucional, si concurre el interés público que justifica la imposición legal de la colegiación obligatoria, dado que el precepto transcrito ni la ordena ni la prohíbe, limitándose a remitir la regulación de este aspecto a la ley —nunca a normas infralegales o, *v. gr.*, a los estatutos generales de la profesión de que se trate— que discipline los colegios profesionales, con el límite constituido por libertad para elegir la profesión u oficio consagrada en el art. 35 de la CE. La Ley 2/1974, de 13 de febrero, *reguladora de los Colegios Profesionales* impone la colegiación obligatoria como requisito para el ejercicio de cualquier profesión titulada (art. 3.3, modificado por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de *medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales*, en orden a establecer el carácter suficiente de la incorporación a uno sólo de los Colegios Territoriales en el caso de que así se organice la profesión, siendo originariamente el núm. 2 de este art. 3 y pasando a ocupar el núm. 3 tras la reforma de que ha sido objeto este precepto por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de *modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*), si bien al establecer que la creación de los distintos colegios profesionales se hará mediante ley (art. 4.1) deja abierta la posibilidad de que el legislador, de conformidad con las peculiaridades de cada profesión, establezca un criterio distinto.

De manera acorde con la doctrina derivada de diversas resoluciones del TC (*v. gr.*, F.D. 7º de la STC 89/1989, de 11 de mayo [RTC 1989, 89] —que resuelve una cuestión de constitucionalidad sobre el art. 3.2 de la LCP—; 131/1989, de 19 de julio [RTC 1989, 131] —obligación de colegiación de los médicos, aun en el supuesto de que sirvan como funcionarios o como personal al servicio de una Administración Pública— y 35/1993 [RTC 1993, 35] —colegiación de los ATS—) puede precisarse que lo que legitima la colegiación obligatoria no

es la defensa y la promoción de los intereses económicos de los profesionales, sino unos fines específicos determinados por la profesión titulada «*de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.)*», que justifican la opción deferida al legislador —por el art. 36 de la CE— acerca del establecimiento de la colegiación como requisito preceptivo para el ejercicio de determinadas profesiones tituladas. En el caso de la profesión médica aquellos fines de interés público resultan evidentes —entran en juego derechos y valores de naturaleza constitucional con ocasión del ejercicio de dicha profesión, como son la salud, la sanidad y la vida e integridad física de los ciudadanos— de manera que, en línea de principio, la colegiación obligatoria está justificada (así lo ha venido a reconocer reiterada jurisprudencia del TS, en la que cabe incluir las Sentencias de 21 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4464] —inspectores médicos— y [Sala 3ª] de 22 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4284]). Lo mismo sucede con otros profesionales que prestan servicios a usuarios, como son los abogados y procuradores, los arquitectos y arquitectos técnicos, así como los odontólogos y estomatólogos (en relación con estos profesionales, STS, Sala 1ª, de 26 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8758]) y veterinarios.

La libertad de colegiación tiene sentido en el caso de aquellos Colegios profesionales con cuya constitución los profesionales que en ellos se integran buscan ante todo el reconocimiento social de la profesión o una asociación representativa de sus intereses, más que el ejercicio de funciones públicas inexistentes en muchos casos.

3.2 Funciones de los Colegios Profesionales. El valor de las normas de deontología profesional

Entre la larga lista de funciones que la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales* (con las modificaciones llevadas a cabo en 1978 para adaptarla a la CE; así como por la *Ley 25/2009*) atribuye a los Colegios Profesionales en relación con los colegiados, en el art. 5 se contemplan las siguientes:

- Velar por el cumplimiento de las normas que disciplinan la actividad profesional

«[...] t) *Cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Órganos Colegiales, en materia de su competencia.*

[...]

- Ordenar la actividad profesional de los colegiados

i) Ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial».

La función de «*cumplir y hacer cumplir las leyes*» que atribuye el apartado t) del art. 5 de la LCP a los Colegios Profesionales ofrece distintas vertientes: La función de «*cumplir*» la legalidad mira directamente a los propios Colegios Profesionales, a los que se hace destinatarios directos del deber de respetar la legalidad, en tanto que la función de «*hacer cumplir*» lo es en relación con los colegiados, los propios colegiados, pesando sobre el Colegio profesional la obligación de su vigilancia y la exigencia de su cumplimiento. Pues bien, una de las razones de peso para explicar el sistema de Derecho público que los Colegios profesionales representan (y que permite la atribución a los mismos de facultades exorbitantes) es la de que «*aplican*» la disciplina colegial en defensa de la deontología de la profesión. Desde el plano objetivo o de la legalidad observable cabe distinguir entre la normativa estrictamente colegial («*los Estatutos profesionales y los Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales*») y las prescripciones normativas extracolegiales («*las leyes generales y especiales*»).

La primera vertiente, la colegial, apela fundamentalmente, aunque no únicamente, a la observancia de la *normativa deontológica*: Los colegiados deben respetar, y los Colegios profesionales vienen obligados a vigilar y hacer cumplir a sus colegiados, la normativa deontológica colegial.

La segunda de las vertientes, el cumplimiento de la legalidad extracolegial, si bien en la praxis de los Colegios profesionales ha pasado más inadvertida, tiene una especial importancia. En realidad, ni el precepto analizado de la LCP permite una distinción drástica entre ambas vertientes ni en la realidad se presentan aisladamente, como pone de manifiesto el hecho de que los «*deberes legales*» (no estrictamente los deontológicos) se han incorporado como una obligación por las normas deontológicas o colegiales cuyo incumplimiento es susceptible de reproche disciplinario.

Desde esta vertiente objetiva de la observancia de la legalidad extracolegial que se impone a los colegiados y por cuyo cumplimiento han de velar los Colegios profesionales se deriva la afirmación de éstos como «*guardianes de la legalidad*» y no sólo de la correspondiente normativa colegial o corporativa, sino del cumplimiento de las normas conectadas con el ejercicio de la

actividad profesional de que se trate. Ha de recordarse que la atribución de competencias disciplinarias a los Colegios Profesionales no es una peculiaridad exclusiva del Ordenamiento jurídico español, sino que es ejercitada también habitualmente por las «órdenes» profesionales de los países de nuestro entorno jurídico-político y ha sido dada por adecuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una serie reiterada de supuestos (entre otros, casos *Le «Compte, Van Leuven y De Mèyere»*, de 28 de junio de 1981; *Albert y Le Compte*, de 10 de febrero de 1983 [TEDH 1983, 1] —ambos en relación con sanción colegial impuesta a médicos belgas—; «*Barthold*», de 25 de marzo de 1985 —sanción impuesta a un veterinario alemán— y el caso «*Casado Coca*», de 24 de febrero de 1994 [TEDH 1994, 1] —en relación con sanción colegial impuesta a un abogado de Barcelona—).

La STC 219/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 219), dictada en un recurso de amparo a propósito de una sanción disciplinaria impuesta a un arquitecto por su Colegio profesional, y ratificada por el TS, a causa de una actuación profesional de aquél, pero cuya doctrina es plenamente aplicable a los demás supuestos de profesiones en las que el ejercicio de las mismas está supeditado a la colegiación, permite derivar las siguientes consecuencias:

1ª) Las normas de deontología profesional, aprobadas por los Colegios Profesionales o por sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes, no constituyen simples tratados o deberes morales carentes de consecuencias en el orden disciplinario, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados.

En efecto, al margen de la potestad normativa de los Colegios profesionales que, fundamentada en el reconocimiento de su autonomía, se deriva de lo establecido en el art. 5 *i*) de la LCP y más claramente de lo previsto en la letra *t*) del mismo precepto, en orden a la normación y ordenación de la actividad profesional no sujeta a supervisión administrativa, los Colegios profesionales tienen atribuida la potestad sancionadora. En orden al ejercicio de ésta, la infracción de las normas deontológicas constituye uno de sus presupuestos habilitantes (uno de ellos, porque la potestad disciplinaria de los Colegios profesionales tiene dos vertientes: la estrictamente «*colegial*» que apela a las relaciones internas del profesional en tanto que miembro del Colegio y la que ahora nos ocupa, la «*profesional*», conectada a la función desarrollada). Pese a la virtualidad de la afirmación precedente, en numerosas ocasiones se ha intentado negar el alcance normativo de las normas deontológicas y reducirlas a un plano estrictamente ético o moral, sin fuerza jurídica obligatoria para los profesionales, con el pretexto de ser la Deontología una ciencia o tratado de

los «deberes» y revestir por ello un carácter estrictamente ético o moral las decisiones normativas colegiales ordenadoras de la misma.

Así pues, no es de recibo afirmar que las normas deontológicas tienen un *«mero carácter programático»*, pues son auténticas normas jurídicas que *«no carecen por sí solas de fuerza obligatoria»* —afirmación que ha de conectarse con la innecesariedad de la supervisión administrativa de las normas deontológicas para poder predicar su normatividad, como ha recordado la STS de 5 de julio de 1979 (RJ 1979, 3049) al afirmar, cambiando el sentido en que se había pronunciado la sentencia de instancia, que es irrelevante que haya aprobación de la Administración del Estado para aplicar las incompatibilidades— y, en consecuencia son de obligado cumplimiento por los colegiados. La jurisprudencia ha reiterado este carácter imperativo de la normativa deontológica profesional en numerosas sentencias. Entre otras, las SSTS, Sala 1ª, de 3 de julio de 1992 (RJ 1992, 6046) y, Sala 3ª, de 16 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10053), 27 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10054), 27 de diciembre 1994 (RJ 1994, 10657) y 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10182), han declarado que las normas deontológicas de la profesión *«no constituyen simples tratados de deberes morales, sino que el orden disciplinario, determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados y responden a las potestades públicas que la ley delega a favor de los Colegios»*.

La doctrina jurisprudencial del TS expuesta ha sido ratificada por el TC que ha respaldado el valor jurídico normativo de las normas deontológicas. En efecto, de forma más terminante, si cabe, que el TS se ha pronunciado la STC 219/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 219): *«las normas deontológicas de la profesión, aprobadas por los Colegios Profesionales, no son simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los Colegiados y responden a potestades públicas que la Ley deja en favor de dichos Colegios, de manera que las transgresiones de dichas normas deontológicas constituyen el presupuesto del ejercicio de facultades disciplinarias dentro del ámbito de los Colegios Profesionales»*.

2ª) Las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios Profesionales. La jurisprudencia, tanto del TS (entre otras, SSTS de 30 de septiembre de 1980 [RJ 1980, 3465], 17 de marzo de 1981 [RJ 1981, 1282], 21 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1442] y 16 y 27 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 10053 y 10054]), como del TC —de lo que constituye ejemplo la propia STC 219/1989, de 21 de diciembre (F. 5º)—, consideran que la

tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas constituye una predeterminación suficiente para definir la conducta como sancionable.

3ª) Frente a la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de su colegiación, carece de relieve la circunstancia de que las normas deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e incluso, en última instancia, que las normas deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el BOE o en algún diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio Profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados. El TS ha considerado que las exigencias derivadas de los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones se satisfacen por le mera tipificación del incumplimiento de las normas deontológicas que gobiernan la actuación profesional de que se trate, pues constituyen una predeterminación normativa con certeza suficiente para definir la conducta como sancionable (F.D. 2º de la STS de 9 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10524]).

En efecto, los colegiados están obligados no sólo a respetar las normas deontológicas, sino también a procurar su conocimiento, descartándose que sea asumible la alegación de su ignorancia para eludir las consecuencias que se pueden derivar de su incumplimiento (efecto que se deriva necesariamente de su consideración como normas jurídicas, pues es un principio general del Derecho que la ignorancia del mímico no excusa de su cumplimiento, *ex art. 6.1 del CC*). En este sentido se ha pronunciado expresamente, en relación con un recurso promovido por un facultativo frente a una resolución sancionadora en virtud de la comisión por éste de la falta grave contemplada en el art. 66.3. j) del derogado —en virtud de la disp. derog. única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del *Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*— EJPMS de 1966, la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de febrero de 1996 (RJCA 1996, 1498).

Con todo, la práctica demuestra la escasa iniciativa sancionatoria de los Colegios profesionales, de modo que antes de imponer una sanción a un «compañero», los colegiados participarán en una especie de conjura del silencio que dejará prácticamente reducida a la nada la potestad disciplinaria del Colegio.

El art. 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, ha añadido un nuevo art. 12 a la *Ley de Colegios Profesionales* de 1974, a tenor del cual éstos deben contar con un servicio de atención a los colegiados y a los consumidores y usuarios —«SACCU»—. A través de este servicio se tramitarán y resolverán cuantas quejas y reclamaciones referidas a la actividad colegial o profesional de los colegiados se presenten por cualquier consumidor o usuario que contrate los servicios profesionales, así como por asociaciones y organizaciones de consumidores y usuarios en su representación o en defensa de sus intereses. Los Colegios Profesionales, a través de este servicio de atención a los consumidores o usuarios, resolverán sobre la queja o reclamación según proceda: bien informando sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos, bien remitiendo el expediente a los órganos colegiales competentes para instruir los oportunos expedientes informativos o disciplinarios, bien archivando o bien adoptando cualquier otra decisión conforme a derecho. El apartado 4º del art. 12 de la LCP prescribe que regulación de este servicio deberá prever la presentación de quejas y reclamaciones por vía electrónica y a distancia.

En el caso de los «SACCU» de los Colegios Profesionales de Abogados, éstos atenderán las quejas o reclamaciones de los colegiados, así como las de los consumidores y usuarios que hayan concertado la prestación de servicios profesionales con aquéllos, pudiendo constituir el objeto de estas reclamaciones o quejas, los honorarios profesionales, las deficiencias o incumplimientos en la prestación del servicio profesional, incluida la asistencia jurídica gratuita, así como en materia de conductas contrarias a las normas deontológicas, ofreciendo servicios de mediación en orden a la amistosa resolución de la queja o de la reclamación formalizada.

4 MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL EN ESPAÑA

En el Ordenamiento jurídico español no existen normas específicas en materia de responsabilidad civil profesional, excepción hecha de los supuestos de prestación de servicios profesionales a consumidores, en el marco de una relación de consumo y, en consecuencia, sometida a la aplicación de las reglas estatutarias que rigen en este ámbito del Derecho.

Los arts. 128 a 134 y 147 a 149 del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU) contemplan reglas específicas de imputación de responsabilidad civil a los profesionales que prestan servicios a consumidores y usuarios y de indemnización de los daños ocasionados a éstos como consecuencia de aquella actividad. En estos preceptos se establece expresamente una obligación legal de seguridad en relación con los servicios destinados a los consumidores y usuarios, sin que pueda considerarse que la limitación del ámbito de protección en relación con los daños ocasionados a los que se aplican —*ex* art. 129.1 del TRLGDCU— tenga virtualidad en relación con los daños ocasionados por servicios y ello por cuanto la refundición legislativa efectuada en el año 2007 ha incurrido en una infracción manifiesta de los límites de la delegación legislativa y, en consecuencia, no debe excluirse de su ámbito de aplicación ningún daño, con independencia de su naturaleza.

En particular, el art. 147 del TRLGDCU establece que los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza del servicio prestado; estableciéndose así un sistema de responsabilidad civil subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa: el profesional demandado solo puede exonerarse de responsabilidad acreditando que adoptó todo el cuidado y la diligencia requeridos (al igual que se establecía en el precedente de este precepto anterior a la refundición legislativa, el art. 26 de la LGDCU/1984); sin perjuicio de que algunos intérpretes de esta norma se muestren contrarios a la aplicación de este régimen jurídico a los supuestos de responsabilidad civil derivados de la prestación de servicios cuya defectuosa ejecución o incumplimiento no pueda afectar a la seguridad de las personas, como es el caso paradigmático de los servicios jurídicos. El art. 131 del TRLGDCU contempla la posibilidad de que el Gobierno establezca un aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil profesional que cubra los daños corporales que puedan causarse a los consumidores y usuarios de servicios profesionales.

Por su parte, el art. 130 del TRLGDCU establece, con carácter general, la ineficacia frente al consumidor o usuario perjudicado de las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad civil del profesional. La STS 121/2020, de 24 de febrero [RJ 2020\486], siguiendo la línea jurisprudencial marcada, *v.gr.*, por la STJUE 15 enero 2015 [asunto C-537/13, TJCE 2015\5], ha venido a consolidar la doctrina jurisprudencial a tenor de la cual la prestación de servicios jurídicos por parte de un abogado a un cliente se calificará como

relación de consumo, cuando éste intervenga en la misma con la condición de consumidor, aplicando, a efectos de esta calificación jurídica, la previsión del art. 3 del TRLGDCU. La principal consecuencia de esta calificación radica en la aplicación de las normas de consumo a la prestación y ejecución de los servicios jurídicos. En consecuencia, resultan de aplicación mecanismos como la obligación precontractual de informar acerca de los honorarios profesionales o de los criterios para su determinación (art. 60 del TRLGDCU), la integración del precio en caso de omisión de esta información conforme a la buena fe objetiva y en beneficio del consumidor (*ex* art. 65 del TRLGDCU) o la aplicación del control de contenido o de abusividad a las condiciones generales de los contratos de prestación de servicios jurídicos.

Excepcionalmente existen normas reguladoras de la responsabilidad civil profesional en materia de prestación de determinados servicios profesionales, como son los casos, *v.gr.*, de los servicios prestados por arquitectos y arquitectos técnicos o por los auditores de cuentas.

Es práctica común de nuestra jurisprudencia considerar que, en el caso de los contratos de servicios profesionales concertados con profesionales liberales —en especial, tratándose de profesionales del Derecho, en el caso de los abogados y de los procuradores—, las prestaciones a las que éstos se obligan no están previamente delimitadas en la convención y, en consecuencia, cuando con ocasión de la ejecución del contrato el cliente contratante experimenta un daño, éste se sitúa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual si el profesional no ha empleado los medios de ejecución que aconseje su «*lex artis*», no ha actuado con la diligencia debida o abusa de la confianza que depositó en él su cliente.

Sin embargo, resulta erróneo encajar la responsabilidad del profesional en el marco de protección del art. 1902 del CC cuando, celebrado un contrato por aquél con un cliente, resulta lesionado un interés de éste por no haber actuado el profesional de conformidad con los deberes propios de su profesión, aunque éstos no se encuentren consignados expresamente en un contrato. No hay que olvidar que el contenido del contrato ha de integrarse, de conformidad con las previsiones del art. 1258 del CC, con las exigencias dimanantes del principio general de la buena fe, de los usos, así como con las normas que regulan el ejercicio de las profesiones colegiadas y con sus deberes deontológicos (normas deontológicas contenidas, en particular, en el Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019 y que sustituye al anteriormente vigente, aprobado en fecha 30 de junio de 2000). En efecto, el incumplimiento por el letrado de normas estatutarias que le imponen deberes profesionales (arts. 12.A.8 —en el que se impone

expresamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el abogado «con el máximo celo y diligencia»— y 4.1 del CDAE), en tanto que configuran el modelo de diligencia exigible al profesional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1104 del CC, determinan la calificación de la actuación del abogado como negligente y, en consecuencia, dará lugar a la exigencia de responsabilidad civil de conformidad con el art. 1101 del propio CC, tal como han afirmado, v.gr., las SSTs de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8735], 600/2013, de 14 de octubre [RJ 2013, 7440] —estimando la acción de responsabilidad civil— de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013, 7448] —desestimando la pretensión indemnizatoria al calificar la conducta del abogado demandado como conforme con las exigencias de las «lex artis ad hoc» — y 283/2014, de 20 de mayo [JUR 2014, 159878] —estimando la acción de responsabilidad civil frente al abogado que no informó a sus clientes del archivo de la causa penal, notificado a través de procurador, dando lugar a la posible prescripción de la acción de responsabilidad civil frente a la Administración Pública para la que estaban legitimados activamente como perjudicados por la tragedia acaecida en el camping «Las Nieves» (Biescas)— . Siguiendo este mismo parecer, la SAP Cáceres, Secc. 1ª, 454/2017, de 3 de octubre [JUR 2017, 257822], calificó expresamente como contractual la relación que media entre el letrado y su cliente, también en el caso de que aquél haya sido designado por un sindicato.

La contravención de los deberes que se derivan del contenido contractual así integrado genera responsabilidad contractual, no pudiendo afirmarse la existencia de responsabilidad extracontractual cuando en la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de los deberes contractuales, se cause un daño a la otra parte contratante. En efecto, cuando los deberes de diligencia se desprenden del propio contenido obligacional del contrato de arrendamiento de servicios, las eventuales responsabilidades civiles derivadas de su incumplimiento frente al cliente habrán de ser exigidas y decididas en aplicación de las normas de responsabilidad civil contractual contenidas en los arts. 1101 a 1107 del CC, como de manera diáfana ha afirmado el TS, entre otras, en sus Sentencias de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8735] y de 19 de febrero de 2014 [RJ 2014, 61772] a propósito, precisamente, del conocimiento de demandas de responsabilidad civil deducidas por un cliente frente a su abogado. La indemnización percibida por el perjudicado a cargo del abogado o de su aseguradora de responsabilidad civil estará sujeta al IRPF, en tanto que el art. 7, letra *d*), de la LIRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre) solo contempla la exención respecto de las indemnizaciones que sean cobradas como consecuencia del reconocimiento de una responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida (Consulta Vinculante DGT V1335-19, de 10 de junio).

5 EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES A TRAVÉS DE SOCIEDADES PROFESIONALES

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, *de sociedades profesionales* (LSP) regula las sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional. El objetivo de esta Ley es está constituido por posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, cual es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a la propia LSP e inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional correspondiente. De conformidad con el art. 1 de la LSP, se entiende por actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A estos efectos, existe ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.

A tenor de su Exposición de Motivos y del concepto que contempla en su art. 1, la regulación contenida en la LSP no se aplica a las sociedades de medios, a las sociedades de comunicación de ganancias, ni a las sociedades de intermediación profesional, caracterizadas todas éstas por el hecho de que el ejercicio de la actividad profesional se realiza a título individual, de manera que los resultados, se imputan directamente a los profesionales actuantes y no a la sociedad. Las llamadas sociedades de medios se constituyen por los profesionales con el objeto de dotarse y compartir la infraestructura necesaria (inmuebles, oficinas, equipos informáticos y materiales de trabajo, personal administrativo y auxiliar, servicios y suministros, etc.) para el desempeño individual de la profesión. Las sociedades de comunicación de ganancias se crean para compartir el riesgo de la actividad profesional repartiendo los resultados positivos y los adversos que los profesionales obtengan mediante el ejercicio individual de su actividad. En cuanto a las sociedades de intermediación, se caracterizan por actuar como agentes mediadores entre el profesional y el cliente en el ámbito de la prestación de servicios profesionales. Se trata de sociedades que no tienen por objeto el ejercicio de una actividad profesional (en el caso de que lo tengan, imperativamente deben transformarse en sociedades profesionales y, en su caso, a tenor de la previsión de la DA 2ª de la LSP, se les aplicará al régimen de responsabilidad propio de las sociedades profesionales), se limitan a poner a disposición del cliente al profesional o profesionales cualificados para la prestación de estos servicios (sobre la imposibilidad de la prestación de

servicios profesionales por sociedades de intermediación y las consecuencias de su no adecuación a la forma societaria que imperativamente deben adoptar, se pronuncian, entre otras, las RRDGRN de 28 de enero de 2009, 17 de junio y 22 de noviembre de 2017). En consecuencia, la única responsabilidad de estas sociedades estriba en la elección y organización de los profesionales llamados a prestar directamente estos servicios.

La LSP sólo regula algunos aspectos de las sociedades profesionales. En particular, los profesionales pueden acogerse a cualquiera de las formas societarias disponibles en nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1.2 de la LSP): sociedad civil, colectiva, comanditaria, anónima, o limitada). En la práctica, la forma societaria más frecuente para el ejercicio colectivo de actividades profesionales es la constituida por la propia de las sociedades de responsabilidad limitada.

En cuanto al régimen de responsabilidad, la sociedad profesional responde por las deudas sociales (tengan o no su origen en la prestación de servicios profesionales) con todo su patrimonio presente y futuro (art. 11 de la LSP). Los profesionales, en su condición de socios, responderán de acuerdo con la normativa societaria que corresponda al tipo societario que haya adoptado, radicando en este hecho la razón por la que los tipos societarios capitalistas (anónima o limitada) son preferidos a los tipos societarios personalistas (civil o colectiva).

El régimen de responsabilidad personal del profesional frente a terceros por su actuación profesional, en línea con las regulaciones corporativas y el Derecho comparado, se caracteriza por el hecho de que **los profesionales, sean socios o no (esto es, sean socios, asociados o trabajadores), responden directamente de los daños y perjuicios ocasionados por sus actuaciones u omisiones, estableciéndose la responsabilidad directa y solidaria de la propia sociedad junto con el profesional**, de manera que el cliente o el tercero, pueden dirigirse contra cualquiera de ellos de manera indistinta, contra ambos y contra la entidad aseguradora de sus respectivas responsabilidades civiles profesionales (art. 11 de la LSP). A tenor del §.III de la Exposición de Motivos de la LSP, este régimen de responsabilidad civil se establece en garantía de los terceros que requieran los servicios profesionales de la sociedad o de alguno de los profesionales que prestan servicios para la misma. Este régimen de responsabilidad civil se extiende, en virtud de lo dispuesto en la DA 2ª de la LSP, a todos aquellos supuestos en que se produce el ejercicio por un colectivo de la actividad profesional, se amparen o no en formas societarias, siempre que sea utilizada una denominación común o colectiva, por cuanto generan en el demandante de los servicios una confianza específica en el soporte colectivo de aquella actividad que no debe verse defraudada en el momento en que las

responsabilidades, si existieran, deban ser exigidas; regla que sólo quiebra en un supuesto, en el que se establece la responsabilidad solidaria y personal de todos los partícipes o socios: en aquéllos casos en los que el ejercicio colectivo de la actividad profesional no se ampara en una persona jurídica, por carecer de un centro subjetivo de imputación de carácter colectivo.

Las sociedades profesionales están obligadas a concertar de manera obligatoria un seguro que cubra la responsabilidad profesional en la que puedan incurrir en el ejercicio de su actividad profesional (sobre esta cuestión, *vid.*, Parte 7ª, §.1.4.1 de este estudio).

6 LA TRANSMISIBILIDAD «MORTIS CAUSA» DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil en que haya incurrido el profesional, persona física, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, no se extingue cuando se produce su fallecimiento y, en consecuencia, se traspasa a los herederos tal y como resulta del art. 661 del CC, a tenor del cual los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones transmisibles «*mortis causa*», entre las que se encuentran las obligaciones indemnizatorias derivadas de responsabilidad civil, sea de naturaleza contractual o extracontractual.

En consecuencia, a la pregunta acerca de si los herederos del profesional pueden responder de las deudas de éste derivadas del hecho de haber incurrido éste en responsabilidad civil profesional, debe responderse de manera afirmativa, lo que los herederos han de tener en cuenta en orden a adoptar medidas encaminadas a evitar que su propio patrimonio personal resulte comprometido en virtud de una responsabilidad «*ultra vires hereditatis*», en esencia, a través de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

7 EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

7.1 Notas básicas de su configuración jurídica

Jurídicamente la prestación de una actividad profesional —un *facere*— por un sujeto —persona física o jurídica— que se halla en posesión de determinadas habilidades —técnicas o no, especiales o comunes— a solicitud de quien se haya interesado en aquélla se configura como un contrato de arrendamiento de servicios. La tipología de la prestación en que puede consistir la prestación de servicios es extremadamente variada: desde la prestación de servicios que requieren conocimientos técnicos y/o científicos especializados, como pueden ser los servicios sanitarios, de arquitectos —en el caso de que se asuma el resultado de una obra que se concibe como resultado de la actuación profesional, se tratará de un contrato de obra (*v. gr.*, SSTS de 10 de febrero de 1987 [RJ 1987, 703] y de 4 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6881])— o de asesoramiento económico o legal; pasando por aquellos que requieren complicadas y costosas infraestructuras —como es el caso de las prestaciones de servicios de telecomunicaciones, suministro de energía, gas, etc.—; hasta otros que simplemente requieren determinadas habilidades, más o menos comunes, como puede ser la realización de servicios domésticos, de limpieza o de jardinería.

El arrendamiento de servicios es un contrato caracterizado por las notas de la bilateralidad —las obligaciones principales del arrendatario de servicios están constituidas por el pago del precio convenido y por el deber de colaborar con el prestador de los servicios, hasta el punto de que la falta de cooperación de aquél, en determinados supuestos, puede determinar la exoneración, total o parcial, de responsabilidad del prestador por incumplimiento—, la onerosidad—sin precio, nos situaríamos en el ámbito de servicios prestados en atención a relaciones de amistad o de buena vecindad, ajenas al ámbito propio del Derecho de consumo; al tiempo que la jurisprudencia ha acuñado la presunción de onerosidad de todos los servicios prestados por profesionales— y el ser celebrado en atención a la confianza que inspira al arrendador la persona del prestador de los servicios —es un contrato celebrado *intuitu personae*—, sin perjuicio de que en aquellos supuestos en los que el arrendador o prestador de los servicios sea un profesional dotado de una organización empresarial, el consumidor arrendatario asuma la prestación del servicio por un auxiliar de aquél.

La obligación de pagar el *precio* se configura como la fundamental de las que recaen sobre el arrendatario en el contrato de prestación de servicios

profesionales, junto con la obligación de colaboración. El precio habrá de fijarse en el momento de concertar el contrato (el art. 1544 del CC prescribe que «*en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*»). En algunos sectores de actividad profesional existen normas reglamentarias o estatutarias que obligan al profesional a la realización de un presupuesto del coste de los servicios que, en el caso de haberse realizado y ser aceptado por el arrendatario, será vinculante para el profesional. En otros ámbitos profesionales — *v. gr.*, caso de los honorarios de los abogados— existen normas corporativas que fijan las tarifas u honorarios aplicables a la prestación de los servicios y, en este caso, su aplicación determinará el precio final del servicio. En defecto de fijación del precio en el contrato, de existencia de presupuesto y de normas corporativas o de tarifas objetivas, es el profesional el que fija el precio de sus servicios, sin que ello, en principio suponga una infracción de lo dispuesto en el art. 1256 del CC. En todo caso, la determinación del precio tendrá como límite los usos del sector profesional de que se trate, pudiendo ser objeto de impugnación la fijación arbitraria de un precio que exceda del habitual o usual y ello con fundamento en lo dispuesto en el art. 1287 del CC, a tenor del cual los usos —en este caso profesionales— se tendrán en cuenta para suplir la omisión de cláusulas que ordinariamente suelen incluirse en los mismos.

En cuanto a su *duración*, el contrato de prestación de servicios profesionales puede configurarse como un contrato de tracto único, agotándose con la realización de una única y determinada prestación (*v. gr.*, servicio de peluquería, de tintorería, asistencia veterinaria ocasional, asistencia letrada para un determinado asunto, etc.); o como un contrato de tracto sucesivo en aquellos supuestos en los que la prestación haya de ejecutarse a lo largo de un período de tiempo de forma continuada (*v. gr.*, servicios de limpieza de un inmueble, de mantenimiento de determinadas instalaciones, de vigilancia de un inmueble, de asistencia técnica continuada, de asesoría jurídica, etc.). En este último caso la duración de la vinculación contractual puede haberse pactado por referencia a un término fijo —llegado el cual el contrato se extingue automáticamente—, con posibilidades de prórroga o no y cabe también que se pacte por referencia a una actividad u «*obra*» determinada (como sucede, *v. gr.*, en los casos de prestación de servicios de reparación de automóviles, electrodomésticos, etc.). También cabe que se pacte el arrendamiento de servicios por un tiempo indefinido.

En el caso de haber sido concertada la prestación de servicios por un tiempo indefinido, la jurisprudencia ha estimado la facultad de resolución unilateral «*ad nutum*». En todo caso, la denuncia o desistimiento unilateral ha de ser ejercitado de conformidad con las reglas de la buena fe. Esta facultad

puede ejercitarse tanto en los supuestos en los que las partes hayan omitido cualquier condicionamiento a esta facultad resolutoria —exigiendo en estos casos un plazo de preaviso que habrá de determinarse de conformidad con los usos del sector de actividad o, en caso de inobservancia de este plazo, una indemnización sustitutoria (SSTS de 12 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4121] y de 28 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8516])—, como en aquellos otros en los que se hayan pactado condicionantes a la libre resolución del contrato (SSTS de 19 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9409] y de 30 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2306]).

En el contrato de prestación de servicios —y en ello radica la distinción respecto del contrato de obra— el prestador se compromete a desplegar un comportamiento diligente dirigido a la consecución de un resultado determinado, pero sin que se asuma el compromiso de su efectiva obtención —como si ocurre en el contrato de arrendamiento de obra—. En otros términos, el prestador o arrendador de servicios profesionales se obliga únicamente en virtud de una obligación de medios, lo que determina consecuencias relevantes en el marco de la responsabilidad por incumplimiento.

La jurisprudencia ha excluido del ámbito del arrendamiento de servicios, para calificarlo como arrendamientos de obra, precisamente por exigirse al prestador una obligación de resultado, los contratos de creación y difusión publicitarias, los de ejecución de un proyecto arquitectónico o de ingeniería (SSTS de 3 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 5953] y de 29 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3848]), el contrato de transporte, los contratos de cajas de seguridad celebrados con entidades bancarias (STS, Sala 2ª, de 26 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1516]), así como ciertas intervenciones médicas y odontológicas (*v. gr.*, STS de 28 de junio de 1999 [RJ 1999, 4894]).

7.2 Canon de diligencia profesional exigible en la prestación del servicio

Viniendo obligado el prestador de servicios a la prestación de una obligación de medios, al profesional no se le puede exigir más que una actuación diligente, adecuada a las reglas de la ciencia de la que es perito. El cumplimiento de la obligación asumida por el prestador de servicios ha de *verificarse* poniendo en contacto la conducta desarrollada por éste con los estándares y protocolos que son propios de la rama de la ciencia o de la técnica en la que se enmarca el servicio prestado. Estos cánones o estándares de actuación cuyo cumplimiento determina la exoneración de responsabilidad del prestador del servicio se denominan, en la jerga jurídica, *lex artis ad hoc* y constituye la adecuación del comportamiento al modelo de diligencia que resulta de las

previsiones del art. 1104 del CC, en tanto que han de tomarse en consideración los parámetros constituidos por la naturaleza de la obligación, así como las circunstancias subjetivas, temporales y locales del cumplimiento.

En este mismo sentido se pronunciaba la frustrada *Propuesta de Directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios* (DOCE, C 12/8, de 18 de enero de 1991) en la que se establecía un sistema de responsabilidad subjetiva del prestador de servicios, al tiempo que preveía en su art. 1.3 que «*para apreciar la culpa, debe tenerse en cuenta el comportamiento del prestador de servicios, quien garantizará, en condiciones normales y razonablemente previsibles, la seguridad que cabe esperar legítimamente*». La finalmente aprobada Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, optó por no regular las relaciones contractuales entre prestador y cliente, que se regirán por las normas de Derecho interno, remitiéndose a las normas de Derecho internacional privado la determinación de la norma aplicable a las obligaciones contractuales o extracontractuales del prestador de servicios (Cdo. 90 y art. 3.2 Directiva 2006/123/CE); sin perjuicio de que sí establezca obligaciones de información (art. 22), así como la suscripción de seguros de responsabilidad profesional en los casos en que la prestación de servicios pueda representar un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero (art. 23).

Para integrar los estándares de diligencia de los distintos profesionales ha de atenderse a las normas internas de los colegios profesionales, en el caso de prestación de una actividad por un profesional colegiado, así como a las normas deontológicas, cuyo valor y eficacia en el ámbito de la determinación e imputación de responsabilidad civil profesional será objeto de atención específica.

El incumplimiento objetivo de la obligación debida por el profesional no le es imputable en los casos en que concurra caso fortuito o fuerza mayor, en los términos que resultan de lo dispuesto en el art. 1105 del CC y ello porque el prestador de servicios no puede impedir la concurrencia de un hecho imprevisible o, aun siendo previsible, inevitable, al que resulta imputable el incumplimiento de la prestación debida.

La responsabilidad contractual del deudor alcanza también al incumplimiento de los deberes de protección derivados del contrato *ex* art. 1258 del CC. Hay que entender, como precisa la mejor doctrina en la materia, que cualquier incumplimiento de los deberes accesorios —especialmente los deberes de información y los deberes de protección (incluidos los de seguridad y custodia)— que se integran en el contrato como consecuencia de la buena fe o de los usos genera también responsabilidad contractual. Es la propia obligación del

deudor la que delimita el alcance de estos deberes y, por lo tanto, también el alcance de su responsabilidad contractual en tanto que se viole un deber obligatorio de protección específico de los intereses del cliente y ello tanto que la lesión sea personalmente cometida por el propio profesional como por un auxiliar del mismo. En consecuencia, la contractualidad del daño que se infiere al acreedor juega tanto para la responsabilidad contractual directa como para la indirecta.

Pues bien, afirmada la contractualidad de la responsabilidad derivada de la infracción de las obligaciones cuya fuente es el contrato, es la normativa relativa a la responsabilidad contractual la que ha de ser aplicada, como norma especial de aplicación preferente frente a la responsabilidad extracontractual, de lo contrario —esto es, si se admite la responsabilidad extracontractual respecto de los daños producidos en el seno de una relación contractual derivados del incumplimiento de deberes nacidos de ésta, sobraría la normativa del CC dedicada a la responsabilidad contractual, acudiéndose siempre a los remedios provenientes de la responsabilidad extracontractual.

En efecto, existiendo una relación contractual entablada entre el letrado como profesional liberal y su cliente, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de ésta —calificada ordinariamente como constitutiva de un arrendamiento de servicios, sin perjuicio de su posible calificación como un mandato (así se había calificado en la Sentencia de instancia del pleito resuelto por la STS 4 de abril de 1987 [RJ 1987, 2488])—, es claro que la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones es contractual, debiéndose aplicar, en consecuencia, el régimen previsto en los arts. 1101 y ss. del CC. Así ha calificado también la jurisprudencia la responsabilidad del abogado derivada del incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento de servicios por él concertado, entre otras, en las SSTS de 4 de febrero de 1992 [RJ 1992, 819], de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8735], de 12 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3838], de 28 de enero de 1998 [RJ 1998, 357], de 25 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1651], de 8 de febrero de 2000 [RJ 2000, 842], de 8 de junio de 2000 [RJ 2000, 5098], de 16 de junio de 2004 [RJ 2004, 3612] y de 18 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1682].

Por lo tanto, cuando la actividad profesional se ejercita precisamente mediante la previa demanda de quien considera útiles los servicios del que ha de actuar como tal y en la prestación de esa actividad profesional previamente requerida por el cliente incurre en un acto ilícito dañoso por contravenir de alguna manera la obligación de cumplimiento diligente de aquella prestación, su responsabilidad habrá de integrarse en el marco de la responsabilidad contractual. Es por ello que sólo en los casos, que desde esta perspectiva han de

considerarse singulares, en los que la actividad del profesional, por sus propios conocimientos o por su pericia, es requerida espontáneamente podemos situarnos en el ámbito propio de los ilícitos extracontractuales, lo que ocurre con cierta frecuencia en el caso de los profesionales médicos cuando tienen que actuar por circunstancia de urgencia o de necesidad que requieren su intervención o cuando, como en el caso de los usuarios de los servicios públicos de salud, es dudoso que el vínculo sea de naturaleza contractual (STS de 12 de febrero 2000 [RJ 2000, 820]). Responsabilidad extracontractual en la que también se sitúan los posibles daños causados a terceros, pero no los que se deriven del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones nacidas del contrato entre las partes del mismo.

A pesar de que dogmáticamente resulte discutible, en cuanto que presupone que la existencia de un contrato o de una relación jurídica previa entre las partes no constituye un dato decisivo para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad civil contractual y eliminar la extracontractualidad cuando los daños son ocasionados en el marco de la referida relación jurídica previamente constituida, la doctrina jurisprudencial parece decantarse por la posibilidad de acumulación de las acciones contractuales y extracontractuales —sin perjuicio de que algunas resoluciones jurisdiccionales se hayan decantado por acoger la tesis de la existencia de un concurso de normas— y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo admite la posibilidad de optar por el ejercicio de acciones de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual. En el fondo de esta posición jurisprudencial subyace la finalidad de conceder a la víctima del daño una indemnización. Consecuencia de ello es que apenas se suscitan problemas de prescripción de la acción en los supuestos de demandas de responsabilidad civil dirigidas frente a abogados y procuradores. En los supuestos en los que el cliente perjudicado ejerció la pretensión indemnizatoria con fundamento en la responsabilidad extracontractual, los órganos jurisdiccionales, argumentando sobre la yuxtaposición de responsabilidades y el principio «*iura novit curia*», han resuelto el asunto litigioso con fundamento en las normas propias de la responsabilidad contractual (así aconteció, *v.gr.*, en el asunto resuelto por la STS de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8971]).

En cuanto a la distinción de regímenes jurídicos entre las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual tiene especial relevancia el distinto plazo de prescripción a que están sometidas una y otra: cinco años la acción de responsabilidad civil contractual (*ex art.* 1964 del CC —tras su reforma por la D.F. 1ª Ley 42/2015, de 5 de octubre, cuya DT 5ª determina la aplicación del plazo de prescripción de quince años a las acciones personales nacidas antes de la fecha de su entrada en vigor—, como acción de naturaleza

personal que no tiene fijado un plazo de prescripción distinto) y un año, contado desde el momento en que pudo ejercitarse, la acción de responsabilidad civil extracontractual (*ex art. 1968.2º del CC*). No existen diferencias en cuanto a la jurisdicción competente para conocer de ambas acciones (en todo caso, corresponde a la jurisdicción civil, *ex arts. 22 de la LOPJ y 45 de la LECiv*).

7.3 La distinción entre la obligación de medios y la obligación de resultado en el ámbito de la responsabilidad civil profesional

Configurada la prestación de servicios por el abogado como un contrato de prestación de servicios profesionales, corresponde configurar las obligaciones que surgen a cargo del arrendatario de los servicios como una obligación de medios, de conformidad con la conocida y clásica dicotomía —formulada por DEMOGUE en su *Traité des obligations en général*, t. V, París, 1925—, que ha alcanzado relevancia también en el ámbito de la prestación de otras actividades profesionales, como es la medicina. La jurisprudencia ha calificado reiteradamente las obligaciones contractualmente asumidas por un profesional como “de medios” o “de actividad” sin perjuicio de la posible configuración de estas como de resultado en aquellos supuestos en los que el encargo profesional haya de calificarse como contrato de obra (por ejemplo, el encargo a un abogado de la elaboración de un informe o de un dictamen, la formalización de un documento; o el encargo de un proyecto arquitectónico a un arquitecto). Así, la STS de 30 de diciembre de 2002 precisa que el abogado asume una obligación de medios, en tanto que se obliga exclusivamente a desplegar sus actividades con la diligencia debida y acorde con su *lex artis*, sin que se garantice un resultado; reiterando lo ya afirmado, entre otras, en la STS de 23 de mayo de 2001, siendo asumida esta doctrina jurisprudencial por la STS de 31 de marzo de 2010 [RJ 2010\4353] —citada por la SAP Cáceres, Sección Primera, 447/2011, de 14 de noviembre [JUR 2011\402955]—, en la que se precisa que el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad civil del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada, pues esta depende, entre otros factores, de lograr la convicción del juzgador.

En este mismo sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2003 (recurso de casación núm. 463/1998 [RJ 2003\9285]), recogiendo la doctrina jurisprudencial ya establecida en otras anteriores, como las SSTS de 23 de

mayo de 2001 [RJ 2001\3372] y de 30 de diciembre de 2002 [RJ 2003\333], se pronuncia en los siguientes términos:

«[...] en el encargo al abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o “locatio operarum” en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil [...] “contrato de servicios;” en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su lex artis, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma —locatio operis— el éxito de la pretensión; y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido —se repite una vez más— como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente».

La doctrina ha asumido ordinariamente la señalada calificación, comparada en la doctrina italiana, sin perjuicio de que la misma distinción haya sido cuestionada. En efecto, el abogado que asume contractualmente el asesoramiento y la defensa en juicio de su cliente ordinariamente no asume como obligación que el resultado sea favorable a los intereses de quien lo ha contratado, sino la realización diligente de todos los actos encaminados a la obtención de una resolución que satisfaga, en la medida de lo posible, aquellos intereses.

En el desarrollo de su actividad, los profesionales han de atenerse al cumplimiento de sus obligaciones de manera diligente. Como ya se ha señalado, a estos efectos, se utiliza como criterio de valoración de esta actuación el canon de diligencia previsto con carácter general para las obligaciones contractuales en el artículo 1.104.1 del CC, constituido el modelo del buen profesional, al tiempo que se encuentra vinculado por específicos deberes de corrección frente a su cliente y por la obligación de proteger los intereses de este. Por otra parte, si bien el profesional debe respetar las instrucciones de su cliente, como perito en la materia, tiene el deber de información y de consejo de la mejor

vía para la defensa de sus intereses, gozando de un amplio margen de libertad e iniciativa para elegir los medios que estime más convenientes, teniendo en cuenta los intereses de sus clientes, para la ejecución de la prestación de los servicios que le hayan sido encomendados. Por esta razón, la jurisprudencia, por ejemplo, la SAP Madrid, Secc. 9ª, de 4 de febrero de 2019 [JUR 2019\82186], ha precisado que el hecho de que el abogado —en particular, en el caso resuelto por la referida sentencia, realizando un asesoramiento en materia fiscal— siga en todo momento las instrucciones de su cliente, no lo exime de responsabilidad civil frente al mismo, si incurre en un supuesto de negligencia profesional (en el caso, por aplicar de manera incorrecta una reducción en la adquisición de vivienda que determinó la imposición de una sanción tributaria al cliente).

Por otra parte, no cualquier error en el que pueda incurrir el profesional en la realización de su labor o encargo puede fundar una acción de responsabilidad civil; sino únicamente aquellos que pongan de relieve una evidente impericia o descuido del profesional en el tratamiento o resolución de un problema de carácter técnico.

7.4 Otras obligaciones del prestador de servicios: información y confidencialidad

Además de la obligación descrita en el epígrafe precedente, sobre el prestador de servicios recaen otras obligaciones que integran el contenido obligacional del contrato *ex art. 1258 del CC*. Entre estas «otras» obligaciones merecen especial mención las de *información* y de *confidencialidad*.

Mediante la obligación de *información* se trata de evitar que en la fase precontractual el consumidor o usuario se obligue y preste su consentimiento a la realización de un servicio que no se adecua a su deseo, bien en las características de la prestación, bien en el precio. En la fase de ejecución del contrato, la obligación de información tiende a obtener que el consumidor o usuario adecue su comportamiento a cánones de colaboración o de cooperación tendentes que la prestación del servicio de desarrolle por los cauces esperados y no se produzcan efectos o consecuencias no deseados. Esta obligación de información, tanto en la fase anterior a la efectiva prestación del servicio, como en la fase de ejecución del mismo, alcanza especial relevancia en el caso de los servicios médicos y, en esta sede, será objeto de un tratamiento específico.

La obligación de *confidencialidad* que recae sobre el prestador de servicios profesionales se integra *ex art. 1258 del CC* en el contenido contractual y se deriva del hecho de que en muchas ocasiones la prestación del servicio

conlleva una injerencia del profesional en la órbita personal o familiar del arrendatario, de manera que tiene la posibilidad de acceder a datos y hechos cuyo conocimiento por terceros ajenos supondrían una violación de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar tutelado en el art. 18.1 de la CE. El art. 74 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, prescribe expresamente que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas generadora de responsabilidad civil «*la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*». Esta obligación de confidencialidad está reforzada respecto de algunos profesionales que tienen acceso a datos personales especialmente sensibles por la existencia de específicos deberes de guardar el secreto profesional. Así sucede, *v. gr.*, respecto de los abogados, *ex art.* 437.2 de la LOPJ, en el que se establece que éstos deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (*vid.* también el art. 416.2º de la LECrim y el art. 5 del CDAE), no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos; y en el ámbito de la prestación de los servicios bancarios, en virtud de lo dispuesto en el art. 83.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* (en el mismo sentido que la disp. adic. 1ª de la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, *sobre disciplina e intervención de entidades de crédito*), impone de modo expreso y general a cuantas entidades y personas están sujetas a la normativa de ordenación y disciplina de las entidades de crédito la obligación de guardar reserva con respecto a las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes, prohibiendo que las mismas sean divulgadas o comunicadas a terceros, so pena de incurrir en una infracción grave, sancionada de conformidad con las previsiones del Título IV de dicha Ley. La Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, contempla expresamente que la aplicación de la legislación bancaria no excluye la de la legislación de protección de datos de carácter personal. En este ámbito el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* presume lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los requisitos contemplados, a estos efectos, en dicho precepto.

En el ámbito de la normativa reguladora de la protección de datos personales, el Cdo. 44 del *Reglamento UE General de Protección de Datos* señala que el tratamiento de datos personales debe ser lícito cuando sea necesario en el contexto de un contrato o de la intención de concluir un contrato y, en línea

con esta previsión, en su art. 6, rubricado «*licitud del tratamiento*», establece que el tratamiento es lícito si es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; así como cuando sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. Los datos atinentes a la salud recabados en la prestación de los servicios sanitarios son objeto de un tratamiento específico.

8 OBLIGACIÓN DEL PRESTADOR DE SERVICIOS PROFESIONALES DE INFORMAR SOBRE LA DIRECCIÓN A LA QUE EL CONSUMIDOR HA DE DIRIGIR SUS RECLAMACIONES Y DEL PLAZO PARA RESOLVERLAS

El art. 21.3 del TRLGDCU, en la redacción fruto de la Ley 25/2009, de 23 de diciembre, modificada por las Leyes 3/2014, de 27 de marzo (que sustituyó el término de «*prestadores de servicios*», por el de «*empresarios*») y por la D.F. 5ª de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, es del siguiente tenor:

«3. En todo caso, y con pleno respeto a lo dispuesto en los apartados precedentes, los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono, fax, cuando proceda, y dirección de correo electrónico en los que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratado. Los empresarios comunicarán además su dirección legal si ésta no coincidiera con su dirección habitual para la correspondencia.

Los empresarios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación.

La finalidad del apartado 3º del art. 21 TRLGDCU es la de garantizar que el consumidor o usuario disponga, en todo momento, de información de la dirección postal, electrónica o servicios de teléfono o fax del prestador de servicios a la que poder dirigir una queja o una reclamación. Aun cuando el tenor literal del precepto alude al prestador de servicios como sujeto obligado —lo que se explica teniendo en cuenta que el precepto trae causa de la Directiva de servicios en el mercado interior—, la obligación de información debe hacerse

extensiva a cualquier empresario o profesional que sea parte de una relación jurídica de consumo, incluyendo, por lo tanto, al proveedor de bienes de consumo, con independencia de que tenga la condición de productor, importador, suministrador o vendedor. Asimismo, el precepto precisa que la información que ha de facilitar el empresario y mantenerla accesible al consumidor incluye la «*dirección legal*» en el caso de que ésta no coincida con la dirección habitual para la correspondencia. El sentido que ha de darse a este inciso, para que cumpla su función prístina, radica en la obligación del empresario de facilitar al consumidor el lugar —la dirección— que constituye su domicilio a efectos de determinar el fuero general de competencia judicial por razón del territorio, de conformidad con las previsiones de los arts. 50 y 51 de la LECiv, en función de la naturaleza —persona física o jurídica— del prestador de los servicios o, en general, del comerciante o empresario. Ésta es la interpretación que ha de darse a la expresión «*dirección legal*», carente de una denotación técnica en el Ordenamiento jurídico español y que el Proyecto de Ley que se comenta toma literalmente de la versión en español del art. 27.1 Directiva 2006/123/CE.

El párrafo 2º del ap. 3º del art. 21 TRLGDCU fija en un mes el plazo de que disponen los empresarios o profesionales para dar respuesta a las quejas o reclamaciones formuladas por los consumidores o usuarios, iniciándose el decurso del mismo en el momento de presentación de la reclamación. El legislador nacional concreta así la expresión «*plazo más breve posible*» contenida en la Directiva 2006/123/CE (art. 27.1.II). La consecuencia que se prevé para el caso de incumplimiento de este plazo, así como para el caso de que la solución dada tempestivamente no satisfaga las expectativas del consumidor o usuario, es la que sigue: El empresario ha de facilitar al consumidor o usuario el acceso al sistema de resolución extrajudicial de conflictos al que, en su caso, esté adherido. En realidad esta previsión no aporta nada, pues resulta evidente que, ante la insatisfacción de la pretensión del consumidor, éste puede acudir a un sistema de resolución extrajudicial del litigio que, en caso de existir adhesión previa por el empresario o profesional, éste último debe aceptar, como acontece señaladamente en el caso del arbitraje de consumo en los supuestos en los que media oferta pública de adhesión por el empresario (arts. 24.2 y concordantes del RD 231/2008, de 15 de febrero). Obvio es también que la previa reclamación o queja dirigida, por cualquier cauce, al empresario o profesional no se erige en ningún requisito previo que haya de integrarse para poder acudir al sistema extrajudicial o, en su caso, al procedimiento judicial, siempre expedito para el consumidor o usuario.

En el art. 4 del Proyecto de Ley de 19 de junio de 2009, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, la conducta del prestador

profesional de servicios descrita en el párrafo precedente se tipificaba como infracción administrativa en materia de defensa de los consumidores y usuarios, proyectándose una nueva letra *k*) del art. 49.1 TRLGDCU [el contenido de la vigente letra *k*), pasaría a integrar el contenido de la letra *l*)] cuya adición se contemplaba también. Parecía adecuado considerar que la falta de respuesta por el profesional o empresario en el plazo de un mes que se le confiere, se subsumiese en el tipo de infracción administrativa consistente en *«la negativa a satisfacer las demandas del consumidor o usuario, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del empresario»*, sobre todo si se pretende dotar de alguna virtualidad al referido plazo mensual, si bien está proyectada reforma decayó en la tramitación parlamentaria de la norma; sin perjuicio de que, a tenor de la disp. adic. 5ª de la Ley 17/2009, *«en caso de incumplimiento de las obligaciones de información y en materia de reclamaciones de los prestadores de servicios recogidas en esta Ley, cuando los destinatarios de la información sean consumidores y usuarios, se aplicará el régimen de infracciones y sanciones previsto en el Título IV del Libro I del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias»*.

9 LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR SOBRE MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS A LOS QUE EL EMPRESARIO PRESTADOR DE SERVICIOS ESTÉ ADHERIDO

9.1 El establecimiento de la obligación y su ámbito

El art. 20.4 del TRLGDCU, añadido por Ley 25/2009, de 23 de diciembre y modificado por la D.F. 5ª de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (LRALMC)*, es del siguiente tenor:

«[...] 4. En el supuesto de que el empresario no hubiera resuelto satisfactoriamente una reclamación interpuesta directamente ante el mismo por un consumidor, éste podrá acudir a una entidad de resolución alternativa notificada a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Los empresarios facilitarán el acceso a este tipo de entidades, proporcionando a los consumidores la información a la que vienen obligados por el artículo 41 de dicha Ley».

El ap. 4º del art. 21 del TRLGDCU que acaba de transcribirse tiene como objeto prever los instrumentos a los que puede acudir el consumidor o usuario que ha formalizado una reclamación ante un empresario, en el caso de ausencia de una tempestiva respuesta satisfactoria por parte de éste. La redacción vigente del precepto, fruto de la Ley 7/2017, simplemente contempla la posibilidad del consumidor de acudir a los mecanismos de resolución alternativa de los conflictos de consumo previstos en el misma. En la redacción anterior a la que es fruto de la LRALMC, el precepto contemplaba la previsión expresa de la obligación del empresario o profesional —en particular, cuando actúa como prestador de servicios— de informar al consumidor de su adhesión a códigos de conducta —o deontológicos— en los que se previesen mecanismos alternativos al judicial de resolución de conflictos de consumo —*v.gr.* código de prácticas leales en materia de promoción de ventas y en materia de publicidad emanados de la CCI—; así como, en su caso, la pertenencia a asociaciones u organismos profesionales que ofrezcan sistemas o procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, siempre que reuniesen los requisitos previstos en las ya citadas Recomendaciones de la Comisión 98/257/CE [DOL núm. 115, de 17 de abril de 1998] y 2001/310/CE [DOCE L 109/56, de 19 de abril de 2001] y hayan sido notificados a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo (Red «CEC» y redes sectoriales, como la Red «FIN-NET», en materia de servicios financieros destinados a consumidores). El cumplimiento de esta obligación de información que incumbía al prestador de servicios y que también debe hacerse extensiva al proveedor de bienes de consumo, debía hacerse en las ofertas comerciales dirigidas a usuarios o consumidores, siendo parte preceptiva de su contenido la explicación detallada del sistema de resolución de conflictos (ADR) de que se trata, el modo de obtener información detallada sobre sus características y la forma de acceder al mismo.

Conforme a las previsiones del art. 40 de la LRALMC, rubricado «*obligación de información de los empresarios sobre entidades acreditadas*», el empresario que esté adherido a una entidad de resolución alternativa de conflictos de consumo acreditada en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o venga obligado por una norma o código de conducta a aceptar su intervención en la resolución de sus litigios, deberá informar a los consumidores de la posibilidad de recurrir a dicha entidad. En cuanto al contenido de la información que el empresario está obligado a facilitar al consumidor, debe incluir la identificación completa de la entidad acreditada competente,

abarcando la dirección de su página *web*. Esta información se ofrecerá de manera clara, e identificable, comprensible y mediante un acceso fácil en su página *web*, debiendo constar también en las condiciones generales de los contratos de compraventa o de prestación de servicios que el empresario ofrezca al consumidor. En caso de que el empresario no disponga de sitio *web* o no exista documentación relativa a las condiciones generales, el suministro de esta información se efectuará de cualquier manera que permita al consumidor su conocimiento, en particular a través de folletos informativos propios, carteles con la información en lugar accesible al consumidor o cualquier otra comunicación comercial. En el caso de que una reclamación presentada directamente por el consumidor al empresario no haya podido ser resuelta, éste deberá facilitar al consumidor la información relativa a si se encuentra adherido a una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo o si está obligado por una norma o código de conducta a participar en el procedimiento ante una concreta entidad. De no ser así, deberá facilitarle la información relativa, al menos, a una entidad que sea competente para conocer de la reclamación, haciendo la indicación de si participará en el procedimiento ante la entidad o entidades indicadas. Esta información se adecuará en cuanto a su contenido y forma de prestarla a lo previsto en el apartado 2 del mismo art. 40 de la LRALMC y será facilitada en papel o en cualquier otro soporte duradero en el momento de la contestación de la reclamación o en el plazo máximo de un mes desde su interposición si el empresario no hubiera contestado la misma de forma expresa.

La información prevista en los apartados 1 a 3 del art. 40 de la LRALMC debe ser proporcionada por el empresario, sin perjuicio de cualquier otra obligación de información adicional que sea exigible en materia de resolución extrajudicial de litigios de consumo de conformidad con la normativa que resulte de aplicación.

En particular, el empresario que celebre contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea, así como las plataformas de comercio electrónico o mercados en línea, deberán incluir en su sitio *web* un enlace que permita un acceso identificable y fácil a la plataforma de resolución de litigios en línea de la Unión Europea a la que se refiere el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*. El objetivo de este Reglamento UE está constituido por la creación de una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la UE. Conforme a sus previsiones, la plataforma de resolución de litigios en línea debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a los consumidores y

a los comerciantes que quieran resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones en línea (puede verse el enlace *on-line* en https://europa.eu/youreurope/promo/odr-banners/index_en.htm). La plataforma de resolución de litigios en línea debe facilitar información general sobre la resolución extrajudicial de litigios contractuales derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados en línea entre comerciantes y consumidores. La plataforma debe permitir a consumidores y comerciantes presentar reclamaciones rellenando un formulario electrónico de reclamación disponible en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la UE, y adjuntar los documentos pertinentes. Debe transmitir las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa competente para conocer del litigio en cuestión. La plataforma debe ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las entidades de resolución alternativa tramitar el procedimiento de resolución del litigio con las partes a través de la plataforma de resolución de litigios en línea. Las entidades de resolución alternativa no deben estar obligadas a utilizar el sistema de tramitación de asuntos.

Conviene recordar que, sin perjuicio de que el consumidor o usuario pueda optar, una vez haya surgido la controversia o el conflicto por un mecanismo extrajudicial de resolución al que el empresario o profesional se encuentre adherido y así se lo haya comunicado, ofreciéndole toda la información que prevé el precepto que se comenta, a tenor de lo dispuesto en el núm. 1 del art. 90 del TRLGDCU son cláusulas abusivas las de sumisión a arbitraje establecidas en contratos de condiciones generales a los que se adhiere el consumidor, —y, por lo tanto, nulas de pleno derecho, teniéndose por no puestas (*ex art. 83.1 del TRLGDCU*)— las que prevean *«la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico»* —v.gr., las «Juntas Arbitrales de Transporte» (art. 38 de la LOTT)—. El art. 57.4 del TRLGDCU impide la eficacia para el consumidor o usuario de cláusulas de sumisión a arbitrajes pactadas antes de que surja el conflicto material o controversia entre las partes, sin perjuicio de su eficacia para el empresario, en tanto que la suscripción de un convenio arbitral antes de que surja el conflicto tiene *«para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables»*. La norma se cohonesta con la previsión que resulta del art. 9.2 de la LAr., a tenor del cual en el caso de que el convenio arbitral esté contenido en un contrato de adhesión, su validez y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contratos. La LAr. ha venido a consagrar la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia

—a ellas se refiere el art. 24.2 del RDSAC, al aludir al «*acuerdo independiente de las partes*»—, entendiendo por tal aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, considerándose incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo (art. 9.4 de la LAr.). La mera suscripción por un consumidor o usuario de una cláusula contractual de sumisión a arbitraje de consumo (que son frecuentemente incorporadas en los contratos tipo de adhesión) no tiene el valor o la eficacia propios de un convenio arbitral, constituido por el efecto impeditivo del ejercicio de una acción judicial por el consumidor, pudiendo el profesional o empresario demandado ejercitar la pertinente declinatoria de jurisdicción al amparo de las previsiones que resultan de los arts. 63 a 65 de la LECiv, en los que, asimismo, se regula el procedimiento de articulación procesal de la misma. De manera coherente con estas previsiones normativas contenidas en la Ley procesal civil, en el art. 11.1 de la LAr. se prescribe expresamente que «*el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*». En el párrafo 2º de este mismo art. 11 de la Ley 60/2003, se precisa que «*la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales*», lo que resulta criticable al observarla desde la perspectiva de la naturaleza de la declinatoria y de su funcionamiento *ex art. 64.1 de la LECiv*, pues en el caso de no estimarse, podría generarse una situación en la que coexistiesen un procedimiento judicial y uno arbitral con idénticos elementos subjetivos y objetivos.

9.2 Las consecuencias del incumplimiento por el empresario de su obligación de informar sobre mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos a los que esté adherido

El art. 41 de la LRALMC tipifica como infracción administrativa grave el incumplimiento imputable al empresario de su obligación de informar sobre la posibilidad del consumidor de acudir a una entidad de resolución extrajudicial de conflictos de consumo y lo hace en los siguientes términos: «*El incumplimiento por los empresarios de la obligación de información establecida en el artículo anterior tendrá la consideración de infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general previsto en el título IV del libro primero del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como en la normativa autonómica correspondiente, sin*

perjuicio de la existencia de otras posibles infracciones en materia de información al consumidor que vengan tipificadas en la normativa sectorial que resulte de aplicación».

2.^a parte

La responsabilidad civil de los profesionales del Derecho

1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES DEL DERECHO: CONSIDERACIONES GENERALES

Desde hace aproximadamente tres décadas puede apreciarse un aumento, tanto cuantitativo como cualitativo, de las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra los profesionales liberales en general. Las causas de este incremento de reclamaciones están constituidas por la pérdida del temor reverencial al profesional —ya sea médico, arquitecto o abogado—; el mayor grado de exigencia de actuaciones diligentes en el cumplimiento de los encargos realizados y en la prestación de los servicios, en general; así como el mayor peso jurídico que han adquirido las reclamaciones de los clientes —en este caso, consumidores o usuarios de servicios profesionales—.

En particular, en el ámbito de la responsabilidad civil de los profesionales del Derecho (abogados, procuradores, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles) la jurisprudencia que conoce de pretensiones con el referido fundamento es relativamente reciente en España. La primera Sentencia del Tribunal Supremo que aborda esta cuestión es de 25 de septiembre de 1989 [RJ 1989\6379], siendo la STS, Sala 1ª, de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8735] la primera que —después de cinco Sentencias desestimatorias— estima la demanda ejercitando una acción de responsabilidad civil por un cliente frente a su abogado.

En España están colegiados 249.216 abogados, de los cuales, 153.960 lo están en condición de ejercientes de la profesión (dato extraído de la página *web* Consejo General de la Abogacía, a fecha 20 de noviembre de 2021). No existen estadísticas oficiales del número de demandas de responsabilidad civil dirigidas frente a estos profesionales. Como cifras orientativas se puede señalar que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado noventa y dos sentencias en materia de responsabilidad civil de abogados en el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de enero del año 2000 y el 1 de enero del año 2021. Asimismo, la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado noventa y una sentencias en materia de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados;

veinticinco en materia de responsabilidad civil de procuradores; doce en materia de responsabilidad de notarios y doce tratando la responsabilidad civil profesional imputable a registradores de la propiedad y mercantiles.

En cuanto a la responsabilidad civil en que pueden incurrir, en el ejercicio de sus respectivas actividades, los profesionales del Derecho, en ausencia de normas generales en este ámbito de actividades profesionales, deben de tomarse en consideración las normas sectoriales aplicables a cada profesión jurídica y que, en esencia, permiten determinar el canon de diligencia exigible a estos profesionales, al tiempo que, en algunos supuestos, establecen la exigencia de contar con seguros obligatorios de responsabilidad civil, como en el caso de los notarios y de las sociedades profesionales constituidas para la prestación del servicio de abogacía (art. 11.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, *de sociedades profesionales*).

El enunciado de las normas particulares o específicas que rigen la responsabilidad de los distintos profesionales jurídicos debe hacerse de manera diferenciada atendiendo a cada una de estas profesiones vinculadas a actividades jurídicas. Pero, además, existen en España otros profesionales del Derecho respecto de los que existen algunas normas particulares en materia de responsabilidad civil en la que pueden incurrir con ocasión del ejercicio de sus respectivas actividades profesionales. Son señaladamente los casos de los procuradores, de los Registradores (de la Propiedad y Mercantiles) y de los Jueces y Magistrados que forman parte del Poder Judicial.

2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

En el Ordenamiento jurídico español no puede afirmarse la existencia de una regulación específica de la responsabilidad civil de los notarios. Sin perjuicio de la validez de esta afirmación, existen algunas normas específicas en materia de responsabilidad civil de los notarios en el ejercicio de su actividad profesional. La más relevante de estas es el art. 146 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (Decreto de 2 de junio de 1944; en adelante, RNot), cuya redacción es fruto de la reforma del mismo llevada a cabo en virtud del RD 1209/1984, de 8 de junio, si bien, en esencia remite al Derecho común en materia de responsabilidad civil, con algunas precisiones en materia de reparación del daño a través del otorgamiento de una nueva escritura —una forma de reparación «*in natura*»— y en cuanto a la labor de mediación entre el perjudicado y el notario que se encomienda a la Junta Directiva del Colegio

Notarial. Esta, si considera evidentes los daños y perjuicios, hará a las partes una propuesta sobre la suma de la indemnización para el caso de que estimen procedente aceptarla como resolución del conflicto. También contienen previsiones específicas sobre la responsabilidad civil de los notarios los arts. 23 de la Ley Orgánica del Notariado (en adelante, LNot) y 22 de la LH.

2.1 Las normas específicas en materia de responsabilidad civil de los notarios

El citado art. 146 del RNot prescribe que *«el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieran repararse en todo o en parte autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados»*. En consecuencia, el criterio de imputación de responsabilidad civil al notario es de naturaleza subjetiva, al igual que sucede de conformidad con las normas que constituyen el Derecho común de la responsabilidad civil. El párrafo segundo de este mismo precepto señala que *«a tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva de Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto»*. La Junta Directiva, en estos casos, tiene atribuida una función mediadora y conciliadora (RDGRN de 26 de octubre de 1995 [RJ 1996\1686]). Su propuesta se agota en sí misma y no es revisable por la DGRN.

Con todo, debe de precisarse que los preceptos del RNot atinentes a la responsabilidad civil del notario tienen una escasa trascendencia práctica y ello por cuanto la doctrina jurisprudencial del TS considera que la infracción formal de normas reglamentarias no puede, por sí sola, servir de fundamento de la responsabilidad civil (v.gr., STS de 22 de junio de 2004 [RJ 2004\3957]); si bien, obviamente, constituye un criterio o estándar objetivo de valoración de la actuación negligente del notario en aquellos casos en los que se acredite su inobservancia.

2.2 La responsabilidad civil del notario por su actuación profesional ¿es contractual o extracontractual?

2.2.1. La relación del notario con los otorgantes de los instrumentos notariales y con terceros

El art. 146 del RNot no se pronuncia sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil del notario. En la doctrina se discute sobre la naturaleza de la misma: el principio «publicista» de la actividad y función notarial — está obligado a prestar obligatoriamente su ministerio (*ex arts. 2 y 145 del RNot*)—; así como el hecho de las obligaciones que asume están disciplinadas normativamente son los principales argumentos esgrimidos a favor de la naturaleza extracontractual; mientras que la vinculación contractual con los otorgantes de las escrituras y demás instrumentos autorizados por el notario —vínculo que puede calificarse como arrendamiento de servicios o como mandato, en función de su contenido— abona decisivamente la calificación de su responsabilidad civil, en estos casos, como contractual. A estos efectos, la STS 718/2018, de 19 de diciembre [RJ 2018\5525] precisa que, en el caso de un arrendamiento de servicios profesionales, el hecho de que se condonaron los honorarios por el notario prestador de los mismos no excluye la concurrencia de responsabilidad contractual.

Frente a terceros diferentes de los otorgantes, la responsabilidad civil del notario será extracontractual —esta es la calificación de la responsabilidad del notario derivada de la ausencia de la comprobación por el notario de la identidad de un compareciente, en el asunto resuelto por la STS de 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9156]; y en el asunto resuelto por la SAP Asturias, Secc. 7.^a, 601/2011, de 23 de diciembre [JUR 2012\39290], estimando la existencia de responsabilidad civil del notario que otorgó un acta de notoriedad declarando heredera a una única persona, sin haber comprobado, mínimamente, la existencia de otros posibles herederos—, así como en el que constituye el objeto de la SAP Madrid, Secc. 8.^a, 547/2017, de 19 de diciembre [JUR 2018\73316] también en relación con la responsabilidad civil de una Notaria que autorizó un acta de notoriedad y posterior declaración de herederos abintestato omitiendo la condición de heredero de uno de los hijos del causante que actuó como demandante en su condición de perjudicado —apreciando la concurrencia de una actuación negligente, de un daño patrimonial para el demandante y la relación de causalidad eficiente entre el acto dañoso y el daño producido—; como también lo será cuando se demande al notario no autorizante, en los supuestos de sustitución notarial (*v.gr.*, SAP Jaén de 5 de abril de 2002 [JUR 2002\153455]).

En consecuencia, la responsabilidad civil del notario podrá calificarse como contractual o como extracontractual en función del caso concreto y, en particular de la existencia, o no, de una previa relación de prestación de servicios profesionales del notario con el perjudicado que ejercite la acción indemnizatoria; de manera que si los perjudicados no son quienes han encargado al notario su intervención, su responsabilidad sería de carácter extracontractual (v.gr., SSTs de 6 de mayo de 1994 [RJ 1994\3718], de 5 de febrero de 2000 [RJ 2000\251], de 15 de noviembre de 2002 [RJ 2002\9927] y de 9 de marzo de 2012 [RJ 2012\4868]).

2.2.2. La relevancia de la actividad asumida por el notario a efectos de su calificación como contractual, o no, en las relaciones con sus clientes y con terceros

En aquellos casos en los que resulte dudosa la calificación de la responsabilidad civil del notario, como contractual o como extracontractual, resulta recomendable fundar la pretensión indemnizatoria, bien subsidiariamente o bien alternativamente, en ambas, de conformidad con la posibilidad que abre el art. 399.5 de la LEC. Frente al parecer sostenido en otras resoluciones — argumentando sobre el llamado principio de culpa civil que determina la irrelevancia de la calificación de la responsabilidad civil que se haya realizado en la demanda—, la STS de 7 de octubre de 2002 [RJ 2003\357], en un supuesto en el que la demanda de responsabilidad civil frente al notario se fundó exclusivamente en las normas de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 del CC), el TS estima la prescripción de la acción y rechaza la aplicación del principio «*iura novit curia*» que permitiría enjuiciar la actuación del notario en virtud de las normas de responsabilidad contractual, argumentando que se generaría indefensión del notario demandado. También con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual, ex art. 1902 del CC, la SAP Islas Baleares, Sección 4.^a, 48/2012, de 3 de marzo [La Ley 9622/2012] declaró la responsabilidad civil de un notario que otorgó diversas escrituras públicas de rectificación del número de DNI de los otorgantes sin que le constase la persona que insta la modificación y sin expresión del motivo del cambio de numeración, lo que constituye, a juicio del tribunal sentenciador, una conducta calificable como negligencia profesional, lo que constituye el título de imputación de la responsabilidad civil que se declara.

Con mejor criterio, la SAP Castellón, Secc. 3.^a, de 31 de mayo de 2016 [JUR 206\151871] considera que la responsabilidad civil del notario que surge de los daños ocasionados al otorgante de una escritura pública de formalización de una donación de un bien inmueble como consecuencia de un defectuoso

consejo profesional en la liquidación del impuesto que grava la donación, no liquidado en el plazo de treinta días en el que se permite la solicitud de determinadas reducciones fiscales por parentesco, es de naturaleza contractual. La referida Sentencia califica la relación entre el Notario autorizante de la escritura pública y el otorgante de la misma como un arrendamiento de servicios. La consecuencia de esta calificación es que el plazo de prescripción de la responsabilidad civil del notario es el que resulta del segundo inciso del art. 1964 del CC que, tras la reforma de que fue objeto por la DF 1.^a de la Ley 42/2015, de 5 de octubre (que entró en vigor el día 7 de octubre de 2015), es de cinco años.

3.3 Régimen jurídico de la responsabilidad civil del notario

3.3.1. Su naturaleza subjetiva

La responsabilidad civil del notario es de naturaleza subjetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o de culpa o negligencia para que le pueda ser imputada. Incluso normas específicas en materia de responsabilidad civil del notario cuya lectura permite dudar si exigen la concurrencia de culpa o negligencia en la actuación profesional del notario o si, por el contrario, basta la causación del daño para que pueda imputarse éste en virtud de criterios objetivos, como es el caso del art. 23 de la LNot, han sido interpretadas de conformidad con el Derecho común en materia de responsabilidad civil, de manera que el notario sólo responde cuando haya mediado culpa o negligencia en su actuación (*v.gr.*, RDGRN de 16 de abril de 1996 [RJ 1997\8286]).

En todo caso, debe de tenerse en cuenta que la alta especialización y cualificación profesional que requiere la prestación de los servicios notariales determina que el estándar o nivel de diligencia que resulta exigible se eleve, determinando la concurrencia de deberes de actuación diligente más exigente, especialmente cuando se trata de daños derivados del incumplimiento o de la observancia de formalidades legal o reglamentariamente establecidas (*v.gr.*, como las previstas para el otorgamiento de testamentos, de conformidad con las previsiones de los arts. 715 y concordantes del CC o de las leyes autonómicas que regulan esta materia), así como en el caso de incumplimiento de plazos o de requisitos de realización de comunicaciones a interesados en determinados procedimientos que generen indefensión. En particular, las SSTs 1172/1998, de 2 de diciembre [RJ 1998\9156] y 692/2019, de 18 de diciembre [RJ 2019\5131], conociendo de dos supuestos en los que se pretendía la imputación al notario autorizante de la escritura pública de los daños derivados de la inobservancia de la diligencia exigible en la identificación de los comparecientes, precisan que

el nivel de diligencia exigible en el caso de responsabilidad civil de un notario es el propio de un profesional que ostenta la fe pública notarial, de manera que ha de observar, con celo y diligencia, el cumplimiento de las obligaciones que las normas le imponen y, en particular, a tenor del caso enjuiciado, la realización del juicio de identidad de los comparecientes para otorgar actos y negocios jurídicos.

3.3.2. La apreciación y prueba del criterio de imputación

La carga de la prueba de la conducta dolosa o negligente en la que haya incurrido el notario corresponde al perjudicado —o víctima— que ejercita la acción de responsabilidad civil (*ex art. 217.2 de la LEC*). En materia de responsabilidad profesional ha de quedar probada la falta de diligencia en la prestación: el incumplimiento de las reglas del oficio imputable a quien lo ejerce profesionalmente así como ser esa la causa del daño producido (en este sentido, *v.gr.*, SSTS 628/2011, de 27 de septiembre [RJ 2011\7423]; 374/2013, de 5 de junio [RJ 2013\4970], y 959/2008, de 22 de octubre [RJ 2008\5787], sobre responsabilidad de abogado; y las 333/2008, de 14 de mayo [RJ 2008\3077] y 718/2018, de 19 de diciembre [RJ 2018\5525], sobre responsabilidad de abogado y de notario, respectivamente).

La prueba del incumplimiento por el notario de las obligaciones, legales o reglamentarias que le incumban, facilita la imputación subjetiva de los daños o perjuicios ocasionados; si bien no es necesario, para estimar la existencia de responsabilidad civil la infracción de ningún deber legal o reglamentariamente establecido. La consecuencia jurídica vinculada a la falta de acreditación de la actuación negligente del notario es la desestimación de la acción de responsabilidad civil que se ejercite frente al mismo (así, *v.gr.*, SAP Córdoba, Secc. 3.ª, 114/2010, de 1 de julio [AC 2011\907]).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el estándar del deber de diligencia ha de establecerse atendiendo al carácter profesional de su actividad, al nivel de formación requerido y la confianza generada frente a terceros. Por estas razones, *v.gr.*, la SAP Madrid, Secc. 9.ª, 314/2017, de 6 de julio [JUR 2017\230784] exige al notario, en la prestación de sus servicios profesionales, «*un exquisito celo y prudencia que garanticen la legalidad y regularidad de los actos que autoriza[n], con cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios, de acuerdo con el prestigio e importancia de la función notarial*». Sin embargo, esta SAP Madrid, que revocó la dictada por el JPI Madrid núm. 47, en fecha 1 de febrero de 2017, considera que la obligación del notario es dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios

supletorios en los términos establecidos en el art. 23 de la LNot. y en el art. 145 del RNot y de aquí deduce que no puede considerarse obligación del notario cotejar todos los datos de los documentos de identificación que se le exhiben, sino solo aquellos que sirvan a los fines de cumplir su obligación de dar fe de la identidad de las partes. Aplicando las normas anteriores al supuesto de hecho litigioso concluye que, en el caso de litis *«no se aprecia negligencia del notario en la confrontación de datos que realizó entre la fotocopia del DNI falso y la denuncia presentada por el supuesto extravío del DNI original, pues sí comprobó la coincidencia de los datos relevantes que sirven para identificar a una persona, entre los que no están la fecha de expedición y validez del documento, que no sirven a ese fin y, por ello, quedan fuera de la obligación de cotejo del notario (...) Pero no por ello puede irse más allá de lo que exigen las normas aplicables ni puede presumirse a posteriori que el notario debió ser consciente o advertir una falsificación o una suplantación de identidad cuando ello no estaba a su alcance con los datos de que disponía. No puede verse la negligencia imputada, como pretende la parte actora, en que el notario autorizase el otorgamiento de la escritura de compraventa sin que el vendedor exhibiese el DNI original (el falso); ese DNI original falso fue exhibido en la notaría en las dos ocasiones anteriores en que compareció el vendedor suplantador, y había sido fotocopiado en la notaría, luego no basta afirmar que el notario autorizó la compraventa con una fotocopia y que por eso actuó de forma negligente, dado que había visto anteriormente el original y estaba fotocopiado en la notaría; nada inducía a pensar que fuera falso; de ahí que, como es lógico, la comparación de la fotocopia del DNI falso que exhibió el vendedor con la fotocopia de ese DNI falso que ya obraba en la notaría no advirtiera de ninguna anomalía, pues coincidían; en ningún momento tuvo el notario a la vista el DNI original verdadero».*

El incumplimiento de deberes normativamente impuestos al notario en su actuación profesional determina que, si como consecuencia de su incumplimiento se ha causado un daño, éste es imputable al notario en virtud del instituto de la responsabilidad civil extracontractual. Así acontece, *v.gr.*, en el caso resuelto por la STS 126/2014, de 18 de marzo [JUR 2014\109049], en virtud de la que se declara la responsabilidad civil del notario demandado, al apreciar ignorancia inexcusable por su parte —*ex art. 146 del RNot*— al no advertir al comprador —perjudicado— de la existencia de un embargo que gravaba la finca objeto de compraventa formalizada en la escritura pública autorizada por él.

En la referida Sentencia, el TS estima la existencia de responsabilidad civil del notario que autoriza una escritura pública de compraventa sin advertir al comprador de la existencia de un embargo trabado sobre la finca objeto

de compraventa. Conforme al art. 175.1 del RNot, el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de un bien inmueble, debía comprobar la titularidad y el estado de cargas del inmueble objeto del negocio jurídico que autorizaba. Para ello, debe solicitar del Registro una nota informativa del estado de cargas en ese momento y que se le informe de las posteriores, antes de que autorice la escritura de compraventa. Las partes que acuden a la notaría, especialmente, el comprador, confían en que el notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa, para evitar lo que ocurrió en este caso, que el comprador preste su consentimiento a la compra de un inmueble sin conocer que acaba de trabarse un embargo sobre este bien, que lógicamente lo devalúa. Como ya se ha expuesto, el art. 146 RNot. prescribe la responsabilidad civil del notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Es indudable que el hecho de que el notario no dejara constancia del embargo judicial que gravaba el inmueble al tiempo de autorizar la escritura de compraventa, ocasionó un grave perjuicio al comprador, quien consintió pagar un precio de 2.450.000,00 € por dicho inmueble, que estaba devaluado en una cifra similar como consecuencia del embargo. A juicio de la Sala de lo Civil del TS, no puede negarse la concurrencia de un nexo de causalidad entre esta conducta, omitir el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble cuya escritura de compraventa se autoriza, y el detrimento patrimonial del comprador que se obliga a pagar un precio por un inmueble que como consecuencia del embargo apenas tiene valor de mercado para quien lo adquiera con dicho gravamen.

3.3.3. ¿Afecta la actividad realizada por el notario a la apreciación del criterio de imputación?

La complejidad y la heterogeneidad de las funciones y de las prestaciones que pueden realizar los notarios, que abarcan desde las puramente materiales hasta las de una considerable complejidad jurídica, pasando por las propias de asesoramiento, es una circunstancia que determina que la valoración de la culpa o negligencia en la actuación notarial haya de adecuarse a la prestación asumida en el caso concreto.

El art. 1 del RNot. prescribe que los notarios, *«como profesionales del derecho tienen la misión de 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»*. Por su parte, la RDGRN de 16 de enero de 1996 [RJ 1996\5041] distinguió, dentro de la actividad que el notario presta al que solicita sus servicios, entre: «1. Las actividades de asesoramiento previo,

en las que el notario asesora, y en algunos casos puede llegar hasta aconsejar, sobre los medios legales más adecuados para que el negocio jurídico que se le somete surta efectos; 2. Las actividades de redacción y dación de fe de la escritura pública; y 3. La posible gestión o tramitación del documento, para que mediante el desenvolvimiento de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial, pueda éste, por sí solo o acompañado de otros que resulten necesarios, cumplir las obligaciones fiscales». El notario tiene el deber de asesorar debidamente a los otorgantes informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica *«una asistencia especial al otorgante necesitado de ella (ex arts. 1.2 y 147 del RNot.)»* (RDGRN de 26 de octubre de 1995 [RJ 1996\1686]). Para el ámbito propio de las relaciones de consumo, el art. 81.2 del TRLGDCU prescribe, contemplando así una específica obligación de consejo profesional, que *«los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia»*.

El deber de asesoramiento de notario también se extiende a las consecuencias tributarias o de naturaleza fiscal de los negocios jurídicos que autoriza, como recuerda la RDGRN de 4 de enero de 2016, precisando que no cabe duda de que los notarios deben de tener unos conocimientos fiscales mínimos para prever, entender y explicar las consecuencias fiscales de los negocios jurídicos reflejados en los documentos que autorizan, sin que de ello quepa inferir que los notarios deban asumir la función de asesores fiscales de las operaciones o negocios jurídicos que autorizan ni hacerse responsables del resultado fiscal, máxime cuando las calificaciones tributarias tienen criterios divergentes según el órgano administrativo o judicial.

En particular la SAP Castellón, Secc. 3.^a, 233/2016, de 31 de mayo [JUR 2016\151871] consideró que hubo negligencia porque el notario demandado *«debió informar al actor de que la escritura pública [de donación de una suma de dinero] se debería efectuar dentro del plazo de treinta días hábiles a contar desde que tuvo lugar la donación por parte de los padres, presentando la liquidación del impuesto dentro del citado plazo»*, a efectos de poder solicitar la reducción del ISyD que grava la transmisión gratuita formalizada. La AP parte de la premisa de que el notario incurrió en error tanto en el asesoramiento que prestó al actor en el mes de julio de 2010, cuando los litigantes se encontraron en su común lugar de residencia estival, como cuando en el momento del otorgamiento de la escritura, en el mes de noviembre del mismo año, no le advirtió de que había transcurrido el plazo para solicitar la reducción del impuesto. La

AP apoya su razonamiento, fundamentalmente, en que la donación se produce en el momento en que se entrega la suma de dinero mediante la transferencia bancaria, que así lo entendió el órgano liquidador y así lo ha venido declarando la doctrina jurisprudencial, con cita de la STSJ de la CA Valenciana de fecha 17 de enero de 2014, pronunciándose en este sentido. El notario recurrente en casación se alza frente a esta valoración de negligencia y, entre otras alegaciones, reitera que el propio actor, abogado de profesión y que había recibido donaciones con anterioridad, no podía imputar al notario su propia falta de diligencia en las actuaciones previas a un acto patrimonial de la importancia del realizado (una donación de un millón de euros), que el asesoramiento notarial solo puede estar en función de la escritura que otorga y que la liquidación del impuesto efectuada en la notaría se ciñó a lo expresado por las partes en la escritura de donación en el sentido de que la donación se efectuaba en esa fecha. En esencia, lo que las partes discuten es si fue el asesoramiento realizado por el notario la razón por la que el actor tuvo que pagar la liquidación del impuesto de donaciones sin aplicar la bonificación. Resolviendo el recurso de casación interpuesto por el notario frente a la referida SAP Castellón, la STS 718/208, de 19 de diciembre [RJ 2018\5525] aclara que, con carácter general debe afirmarse que el asesoramiento erróneo prestado por un profesional en materia propia de su actividad, aunque sea fuera del lugar en el que presta sus servicios (aludiendo al asesoramiento informal realizado por el notario en el verano del año 2010), puede dar lugar al nacimiento de su responsabilidad civil cuando, del conjunto de circunstancias, sea razonable deducir que tal asesoramiento ha sido la causa de un daño; si bien, acto seguido precisa que es indudable que no puede merecer la misma valoración el asesoramiento prestado en una consulta profesional realizada en la sede de trabajo del profesional, a la que el cliente acude buscando consejo, en especial cuando el negocio proyectado es de elevada cuantía, que la información improvisada suministrada en una conversación mantenida en un encuentro casual en un lugar de veraneo. Este dato, unido a las demás circunstancias del caso, incluido el otorgamiento previo de otra donación ante otro notario, según resulta de la liquidación del órgano tributario a la que se refiere la SAP Castellón, a juicio del TS impide valorar como razonable la explicación de que el modo de proceder del demandante y sus padres, esto es la transferencia de los primeros al segundo en el mes de agosto y que todos ellos comparecieran en la notaría en noviembre para otorgar la escritura de donación, obedeciera al asesoramiento del notario demandado. La AP de Castellón considera que hubo negligencia del notario *«por cuanto al testimoniar la transferencia del importe de la donación y conocer que esta se había efectuado el 11 de agosto de 2010, debió advertir al demandante de que había transcurrido el plazo para solicitar la reducción del impuesto, lo que no hizo, procediendo el personal de la notaría a confeccionar la autoliquidación del*

impuesto solicitando en el mismo la reducción de la base liquidable». La Sala de lo Civil no comparte la valoración de la AP y considera que en el caso examinado no se advierte que la conducta del notario demandado sea susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, añadiendo que no puede hablarse de un error que permita apreciar la culpa o ignorancia inexcusable del notario porque la cuestión de los requisitos para la aplicación de la reducción del ISyD han sido discutidos en los tribunales de justicia, trayendo a colación la STS distintos pronunciamientos de órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo que acogen el criterio de conformidad con el cual el hecho imponible del impuesto de donaciones se produce con el otorgamiento de la escritura pública y no en la fecha en la que se haya realizado la transferencia bancaria. A juicio de la Sala de lo Civil del TS, con independencia de cuál sea la interpretación técnicamente correcta y con independencia de la solución que se haya podido imponer en la práctica tributaria, lo cierto es que la cuestión ha sido discutida en los tribunales y el actor no intentó agotar la vía administrativa, por lo que ni puede apreciarse negligencia profesional del notario, ni el actor puede pretender que sea el notario quien asuma el pago de las cantidades liquidadas por el órgano tributario, casando y anulando, en consecuencia la sentencia dictada en grado de apelación que declaraba la responsabilidad civil del notario demandado.

Por otra parte, el carácter reglado de la actividad notarial determina que el notario pueda incurrir en responsabilidad civil en los casos en que se niegue a prestar su función, cuando le sea requerida. En relación con esta cuestión, en particular, los arts. 2 de la LNot, 145 y 348 del RNot prescriben expresamente la responsabilidad —civil y disciplinaria— del notario que, sin justa causa, niegue la intervención de su oficio.

En particular, son supuestos en los que normativamente se estima la existencia de una actuación notarial negligente que permite imputar responsabilidad civil al notario, los que siguen: la morosidad en la prestación del servicio; la prestación indebida de la función notarial cuando haya de denegarla (art. 145 del RNot); la nulidad de testamentos, abiertos o cerrados, en los supuestos en los que esta consecuencia deriva del incumplimiento de formalidades cuya observancia le incumbe (arts. 705 y 715 del CC); la ausencia de presentación de testamento cerrado al Juez (arts. 711 y 712 del CC); la falta de inscripción en el Registro del documento autorizado (arts. 21 y 22 de la LH y 173 del RNot); la omisión de solicitud de información registral de las cargas que gravan un inmueble objeto de un negocio autorizado por él (art. 175 del RNot); el retraso en la expedición de copias (art. 249 del RNot) o la expedición de copias indebidas (arts. 221 y ss. del RNot); la indebida exhibición de protocolos (art. 32 de

la LNot); la no presentación a inscripción registral del documento autorizado o la negligente conservación del protocolo notarial (arts. 36 de la LNot y 279 del RNot); o la autorización de la transmisión onerosa de un inmueble que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal sin que el transmitente aporte el certificado sobre el estado de las deudas con la comunidad de propietarios o, en su caso, sin que el adquirente haya exonerado al transmitente expresamente del cumplimiento de esta obligación (art. 9.1, letra e, párr. 4.º, de la LPH).

Por el contrario, delimitando el ámbito de la responsabilidad civil y de las funciones del notario, la STSJ de Andalucía-Sevilla, Sala de lo C-Adm, 1531/2019, de 5 de noviembre [JUR 2020\65443] ha precisado que el incumplimiento de la obligación de comunicar a la Administración Pública la compraventa de una vivienda protegida no puede imputarse al notario autorizante de la escritura pública de compraventa.

En la realidad jurisprudencial pueden encontrarse supuestos de responsabilidad civil del notario también en el cumplimiento de funciones no propiamente notariales pero vinculadas a ésta, como puede ser la gestión de la inscripción registral de una escritura pública, el pago de impuestos derivados de un negocio autorizado por el propio notario, etc.

3 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS REGISTRADORES (DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES)

Los registradores comparten la doble naturaleza jurídica de funcionarios públicos —el artículo 274 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), habla de los registradores de la propiedad como funcionarios públicos «*para todos los efectos legales*» y los artículos 222.7 de la LH y 332.7 y 536 del reglamento de la LH aluden al «*ejercicio profesional de su función pública*»— y de profesionales —tanto el sistema de retribución, fijado por aranceles, como la independencia con la que ejercen su función, impiden su equiparación con los funcionarios al servicio de la administración pública—, lo que determina que estén sometidos a un estatuto jurídico singular que los diferencia tanto del que es propio de los funcionarios, como de la organización en la que se insertan. Por esta razón, tanto la Sala de lo Civil como la del Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, han excluido la responsabilidad civil —o patrimonial— de la administración pública derivada de daños ocasionados por la actuación de

los registradores de la propiedad. De acuerdo con esta afirmación, son varios los preceptos que establecen la responsabilidad personal del registrador, al establecer que ejercen su función «*bajo su responsabilidad*». Así, entre otros, en relación con la labor de calificación registral (artículo 18 de la LH) y para el caso de las cancelaciones de las inscripciones en el Registro (artículo 99 de la LH). A su vez, en los artículos 296 a 312 de la LH se contemplan disposiciones expresas en relación con la responsabilidad de los registradores, que integran la Sección Primera del Título XII de la LH, que contienen una enumeración de errores del registrador, retrasos en el cumplimiento de los plazos u omisiones en el cumplimiento de sus funciones, que pueden generar, si ocasionan daños o perjuicios, el surgimiento de una responsabilidad civil profesional a su cargo.

Los artículos 296 a 298 de la LH delimitan los supuestos que dan lugar al nacimiento de esta responsabilidad civil, sin perjuicio de que no agoten las hipótesis en las que sea posible imputar responsabilidad civil al registrador; lo que es acorde con la realidad jurisprudencial que recurre a la aplicación de la doctrina elaborada en interpretación y aplicación de los artículos 1902 y concordantes del CC (por ejemplo, SSTS de 13 de marzo de 1989, de 12 de febrero de 1996 y de 9 de enero de 2000). El primero de estos preceptos determina que los registradores responden civilmente, en primer lugar, con sus fianzas y, en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen (SSTS, Civil, de 21 de marzo y de 18 de mayo de 2006 [RJ 2006, 5445 y 3809] y 21 de abril de 2008 [RJ 2008\4606]). La SAP Cáceres 380/2016, de 13 de octubre [La Ley 174741/2016] declaró la responsabilidad civil de un registrador de la propiedad que emitió una nota simple informativa de una finca, omitiendo que estaba gravada con una prohibición de disponer inscrita y vigente.

Además, el artículo 311 de la LH fija un plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil frente al registrador de un año (los términos del artículo 311 de la LH no se contradicen con el artículo 1968.2 del CC, como ha precisado la STS 609/2013, de 21 de octubre [RJ 2014\435] en un supuesto de imputación de responsabilidad civil a un registrador de la propiedad como consecuencia de una inscripción registral defectuosa) y un plazo de caducidad de quince años.

4 RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES Y MAGISTRADOS

4.1 Responsabilidad civil de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial

En relación con la responsabilidad en que puedan incurrir los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, el artículo 16.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ— prescribe que *«los Jueces y Magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley»*. Los artículos 414 a 427 de la LOPJ regulan la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados.

Precisamente el artículo 417.14 de la LOPJ enuncia entre las faltas disciplinarias muy graves *«la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales»*. En los artículos 411 a 413 de la LOPJ se establece la responsabilidad civil de los jueces y magistrados por los daños causados en el ejercicio de sus funciones —jurisdiccionales— mediando dolo o culpa. Atendiendo al tenor literal de estos preceptos, pudiera pensarse que restringen los supuestos en los que es viable la acción de responsabilidad, pues aluden al *«dolo, culpa o ignorancia inexcusable»* en que hayan incurrido los jueces o magistrados demandados, si bien en realidad únicamente concretan el canon de diligencia exigible en orden a apreciar la exoneración o no de la responsabilidad civil subjetiva que se impone.

Este canon se identifica con la diligencia media del profesional de la judicatura. En relación con la virtualidad de esta afirmación, ha de tenerse en cuenta que, si la utilización de una diligencia media o regular determina que el error sea excusable, en el Ordenamiento jurídico español excusabilidad y actuación adecuada a la diligencia media discurren de manera paralela. En consecuencia, solo serán inexcusables las conductas que no se acomoden a este canon de diligencia, de manera que solo la culpa *levísima* podría justificar aquella exoneración. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que el canon de la diligencia media lo es en relación con el profesional de la judicatura y no con profanos en derecho o no especialistas en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es por ello natural que la jurisprudencia no haya descartado la imputación de responsabilidad civil en atención a la ignorancia inexcusable (entre otras, SSTs de 5 de octubre de 1990 [RJ 1990\7470] y de 23 de septiembre de 1994 [RJ 1994\6986]). Las peculiaridades procesales de la acción civil de responsabilidad seguida frente a un juez o magistrado se contemplan en los artículos 266.1 y

403.2 de la vigente LECiv, que consisten en la inadmisión de la demanda en el caso de que con esta no se presenten las certificaciones y testimonios que acrediten la terminación del proceso y haberse reclamado en él o recurrido agotándose las instancias procesales.

4.2 Responsabilidad civil de los magistrados del TC

En cuanto a los magistrados que integran el Tribunal Constitucional, comoquiera que éstos no integran el Poder Judicial, no están sometidos al régimen de responsabilidad que acaba de ser expuesto. En relación con éstos las premisas de las que ha de partirse son las constituidas por el sometimiento a responsabilidad civil de los magistrados del Tribunal Constitucional derivada de los daños que ocasionen en el ejercicio de su función constitucional; así como por la competencia objetiva de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para conocer de los procedimientos en los que aquélla se ventile. Más problemas surgen en orden a determinar cuál es el régimen jurídico en virtud del cual se disciplinan los aspectos sustantivos de aquella responsabilidad civil. Dos son las posibilidades que la respuesta a esta última cuestión admite; a saber: 1ª) Aplicar a los magistrados del Tribunal constitucional el régimen de responsabilidad civil propio de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones; o, 2ª) Afirmando la imposibilidad de extensión subjetiva de este régimen de responsabilidad civil, entender que aquel régimen está constituido por el Derecho común de la responsabilidad civil.

La segunda de estas posibilidades, en defecto de un régimen especial aplicable a la responsabilidad profesional de los magistrados del Tribunal Constitucional, es por la que atinadamente optó el Tribunal Supremo en su Sentencia 51/2004, de 23 de enero [RJ 2004\1], afirmando la aplicación del régimen común de responsabilidad civil, constituido por el artículo 1902 —y las normas concordantes— del CC, con todas las consecuencias que de aquella calificación como «Derecho común» se derivan, de acuerdo con lo establecido en el art. 4.3 del propio CC. La propia Sentencia del Tribunal Supremo referida (en su F.D. 3º, *principium*) viene a ratificar la tesis en la que se fundamenta la anterior afirmación al señalar que el régimen de responsabilidad civil propio de jueces y magistrados sólo sería de aplicación a los casos en que se ventile la responsabilidad civil de los magistrados del Tribunal Constitucional en virtud de la analogía (*ex* artículo 4 del CC), si bien al rechazar de inmediato esta posibilidad añade algo más y ello porque indirectamente lo dicho por el Tribunal Supremo viene a suponer la consideración de aquellas normas de responsabilidad civil como Derecho excepcional, puesto que el art. 4.2 del CC veda la

aplicación analógica precisamente respecto de las normas que presentan esta naturaleza (descartadas, por razones evidentes, su naturaleza penal o su carácter de normas de aplicación temporal).

5 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROCURADORES

Al procurador le corresponde la función de representación procesal de las partes en los procedimientos judiciales, que se encuentran vinculados con su representado en virtud de un contrato de mandato (art. 26.2.2 de la LECiv), si bien esta relación también puede asumir la calificación propia de un contrato de obra, en atención a las prestaciones asumidas, en algunas ocasiones, por los procuradores. Las obligaciones y la diligencia que resulta exigible al procurador en el cumplimiento de su función son las propias del mandatario, sin perjuicio de que, en ocasiones, se haya dilucidado su responsabilidad civil en atención al Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual (ex arts. 1902 y concordantes del CC).

Las normas que constituyen el Derecho común en materia de responsabilidad contractual por incumplimiento y, en particular, el canon de la diligencia profesional exigible ex art. 1104 del CC, deben completarse con las normas reguladoras del ejercicio profesional contenidas en la Ley orgánica del Poder Judicial —las normas referidas a los apoderamientos realizados “*apud acta*” ante el Secretario Judicial o Letrado de la Administración de Justicia—, en los artículos 23 a 30 de la LECiv —que deben completarse con otros preceptos que aluden a determinadas funciones propias de los procuradores, como es el caso del artículo 281, en relación con la firma de los actos de comunicación— y en su *Estatuto Profesional*, aprobado por el RD 1281/2002, de 5 de diciembre. En concreto, el artículo 57.2 de este Estatuto prescribe que están sometidos a responsabilidad civil cuando, por dolo o negligencia, dañen los intereses cuya representación les hubiera sido confiada; siendo exigible esta responsabilidad conforme a la legislación ordinaria y ante los tribunales de justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio. Aun cuando los procuradores pueden anteponer a la firma de los escritos que presentan la cláusula “*al solo efecto de la representación*”, la ausencia de esta cláusula no permite imputarles responsabilidad civil por el contenido de los mismos cuando su autoría sea exclusiva, como acontece ordinariamente, del abogado que asume la dirección letrada de la causa y asesora a la parte en el proceso o, en su caso, en el procedimiento administrativo.

En relación con la delimitación de las funciones y correlativas responsabilidades civiles por incumplimiento, la STS 336/2017, de 29 de mayo [RJ 2017\2471], delimita el ámbito de responsabilidad civil asumida por el abogado y por el procurador que intervienen en la prestación de sus respectivos servicios profesionales a un mismo cliente, declara que entre las funciones del procurador no está la de comunicar al abogado la inminencia de un plazo de caducidad de una anotación preventiva de embargo, de manera que considera que al procurador no pueden imputársele los daños y perjuicios derivados de no avisar al abogado de la caducidad de la anotación preventiva de embargo practicada.

6 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS: APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO COMÚN

6.1 Planteamiento general del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil de los abogados

Partiendo de la regla general de conformidad con la cual la responsabilidad civil de los abogados, tanto contractual como extracontractual, se rige por las normas de responsabilidad civil que constituyen el Derecho civil común en este ámbito (artículos 1101 a 1107 y 1902 y concordantes del CC, respectivamente), sí deben realizarse algunas precisiones en cuanto a la existencia de determinadas normas de naturaleza reglamentaria y deontológica, que sirven para determinar los cánones o estándares de diligencia exigibles en la prestación de servicios profesionales.

A los efectos invocados en el párrafo precedente, resulta pertinente traer a colación las normas de naturaleza reglamentaria, las cuales han de tomarse en consideración para establecer el canon de diligencia exigible en la prestación de sus servicios profesionales:

- Artículos 31.1, 47, 55 y 66 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el RD 135/2021, de 2 de marzo —en adelante EGAE—. En particular, el artículo 31.1 establece que «*los profesionales de la Abogacía desempeñarán las funciones a que se refiere este capítulo con la libertad, independencia y diligencia profesionales que les son propias y conforme a las normas deontológicas que rigen la profesión y a la normativa reguladora de la asistencia jurídica gratuita*»; al tiempo que el artículo 47.3 del

mismo EGAE prescribe que el abogado, además de las que se deriven de sus obligaciones contractuales, se obliga a «*cumplir con la máxima diligencia la misión de asesoramiento o defensa que le haya sido encomendada, procurando de modo prioritario la satisfacción de los intereses de su cliente*».

A las normas expuestas han de adicionarse las normas de deontología profesional, relevantes a efectos disciplinarios en los procedimientos de esta naturaleza seguidos ante los colegios profesionales de abogados:

- Artículo 12, numerales 8 a 10 del Código Deontológico de la Abogacía, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española en fecha 6 de marzo de 2019.
- Apartado 3 —relaciones con los clientes— del Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea (aprobado por los representantes de los colegios profesionales de abogados de la CEE, en sesión plenaria del CCBE celebrada en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988).

Respecto del valor de esta normativa deontológica en materia de responsabilidad civil de los abogados, la STS de 7 de febrero de 2000 [RJ 2000\283], frente a los argumentos esgrimidos por la parte actora —el cliente pretendidamente perjudicado por la actuación del abogado y recurrente en casación— precisó, en su F.D. 5º, que esta «*normativa [...] no puede fundamentar el recurso de casación, sin embargo se pueden considerar como criterios de diligencia profesional, que han de cumplir los letrados, para que no pueda imputar su actuación como negligente, a los efectos de poder exigir esa responsabilidad*» civil.

En el Ordenamiento jurídico español no existen regímenes especiales de responsabilidad civil diversos, ni en función del orden jurisdiccional (civil, penal, social, contencioso-administrativo), ni del órgano judicial ante el que se ejerzan las funciones propias de la abogacía, siendo de aplicación el régimen de responsabilidad civil profesional que se expone.

Las diferencias de régimen resultan del ejercicio libre de la profesión de abogado o de la realización de esta actividad como funcionario o persona al servicio de la administración pública, como acontece señaladamente con el cuerpo de abogados del Estado y con los abogados privados que prestan sus servicios en el turno de oficio o asistencia jurídica gratuita, como se expone al tratar la cuestión siguiente en el presente estudio.

La caracterización del abogado de oficio, frente al abogado libremente elegido por el cliente, no puede realizarse en atención a los deberes profesionales

que les incumben, pues son idénticos, sino que ha de situarse en la especial forma de designación de los primeros, que corresponde a los colegios de abogados (*ex* artículo 15 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996, en adelante LAJG), sin que el abogado designado pueda rechazar el asunto a cuya dirección jurídica viene obligado, excepción hecha de los supuestos específicamente previstos en la propia LAJG, lo que determina la ausencia del carácter «*intuitu personae*» que caracteriza el contrato que media entre el cliente y el abogado elegido por aquel, por razones de pericia, confianza, seguridad, conocimiento recíproco, etc.

El asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado —de las administraciones públicas en general (tanto la estatal, como las autonómicas y las locales)— y de sus organismos autónomos cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponde a los abogados del Estado, integrados en el Servicio Jurídico del Estado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1.I de la Ley 52/1997, que regula el régimen de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas.

En cada ministerio existe una abogacía del Estado que depende orgánica y funcionalmente de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado depende de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia (artículos 1.2 y 11 del Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el *Reglamento del Servicio Jurídico del Estado*, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio). A la Abogacía del Estado se le encomienda también la función de representación procesal que, ordinariamente, corresponde a los procuradores. En efecto, esta función de representación procesal se atribuye también a los abogados del Estado (*ex* artículo 1 de la Ley 52/1997). El artículo 11 de la Ley 52/1997 precisa que las citaciones, notificaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal se realizarán directamente al abogado del Estado en la sede oficial de la respectiva abogacía del Estado. La utilización del abogado del Estado no supone coste económico alguno adicional para la administración pública.

El régimen jurídico de responsabilidad civil de los abogados del Estado es el propio del personal al servicio de las administraciones públicas, regulado en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público* —en adelante LRJSP—. La LRJSP, siguiendo sus precedentes, establece un sistema de responsabilidad civil de naturaleza objetiva y directa de la administración pública frente al particular perjudicado. En estos casos, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, debiendo

demandarse al colegio profesional —que tiene la naturaleza de corporación de derecho público— que ha procedido a la designación del abogado, sin perjuicio de la acción de repetición en caso de que este haya incurrido en dolo, culpa o negligencia grave (*ex* artículo 36.2 de la LRJSP).

En el ámbito de la prestación de servicios profesionales de abogado por el llamado turno de oficio, han de diferenciarse aquellos casos en los que el abogado asume la defensa jurídica de quien tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita por carecer de recursos económicos, frente a aquellos propios del proceso penal en los que se designa un abogado del turno de oficio porque el preso o el detenido se niega a nombrar a un abogado de su elección. En el primer caso, el abogado de oficio desempeña una función que puede calificarse como servicio público, como reconoce la LAJG en su propia exposición de motivos. Pues bien, el artículo 26 de la LAJG precisa que, en lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los colegios de abogados y procuradores están sujetos a los mismos principios de responsabilidad *patrimonial* establecidos en la LRJSP y, en igual sentido, como no podía ser de otra manera, se manifiesta el artículo 24, párrafo 1, del *Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita*.

Partiendo de la aplicación del Derecho común de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, se ha dado cuenta de las normas corporativas y deontológicas a las que ha de acudir para delimitar el contenido de la *lex artis* en el ejercicio de la prestación de los servicios profesionales de abogado. Asimismo, se ha dado cuenta de los supuestos en los que la responsabilidad civil del abogado está regida por las normas de responsabilidad de las administraciones públicas y, en consecuencia, no existe una responsabilidad directa del abogado frente al perjudicado por su actuación.

En el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados, se reproducen los problemas de calificación jurídica de la misma como contractual o extracontractual y, en particular, en supuestos que se sitúan en la zona fronteriza de ambas, tales como los supuestos de prestaciones gratuitas de servicios profesionales, de daños ocasionados como consecuencia de los deberes precontractuales de buena fe, responsabilidad civil vinculada a la comisión de ilícitos penales que se hayan cometido en el ejercicio de la actividad profesional.

6.2 La configuración de la responsabilidad civil del abogado como subjetiva

La responsabilidad civil de los abogados es una responsabilidad sometida al régimen común y, en consecuencia, es una responsabilidad civil de naturaleza subjetiva, cuya apreciación exige la concurrencia de un comportamiento doloso o culposo o negligente al que se pueda imputar causalmente el daño o los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende. Esto es, se exige una actuación dolosa o la acreditación de una negligencia profesional derivada del incumplimiento de alguna de las obligaciones imputables al abogado en el ejercicio de sus actividades profesionales (por ejemplo, STS de 30 de marzo de 2006 [RJ 2006\2129]), de manera tal que, si la actuación del abogado no puede calificarse como negligente, no cabe la imputación de responsabilidad civil al abogado (como en SAP A Coruña, Secc. 5ª, 277/2016, de 19 de julio [JUR 2016\200710]).

La carga de la prueba de la conducta dolosa o negligente (culposa), en la que haya incurrido el abogado, corresponde al perjudicado —o víctima— que ejercita la acción de responsabilidad civil. Asumiendo esta premisa, la jurisprudencia ha establecido que, 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 del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (ver por ejemplo SSTs de 14 de julio de 2005 [RJ 2005\6532], de 21 de junio de 2007 [RJ 2007\3781] y de 27 de mayo de 2010 [RJ 2010\5160]).

La STS de 8 de abril de 2003 [RJ 2003\2956] define la «*lex artis*» que determina el estándar de conducta exigible a los abogados en el ejercicio de su actividad profesional como el «*patrón de comportamiento que en el ámbito profesional de la abogacía se considera revelador de la pericia y el cuidado exigibles para un correcto ejercicio de la misma, en cuanto responde a aquel nivel de conocimiento de los preceptos legales y de la jurisprudencia que los interpreta que resulta imprescindible para poder reclamar ante los Tribunales la tutela efectiva de los intereses legítimos de los ciudadanos*».

Esta definición que ofrece la Sala de lo Civil del TS no puede considerarse como precisa en cuanto al grado o nivel real de conocimiento de la legislación y de la jurisprudencia que es exigible al abogado y que, en consecuencia, integra con carácter necesario la «*lex artis*». Tampoco aporta mayores precisiones la STS de 14 de julio de 2005 [RJ 2005\6532]; al señalar que para determinar si la actuación profesional del abogado demandado fue o no correcta y ajustada a las exigencias de la «*lex artis*», resulta forzoso tener en cuenta la normativa

propia de la formulación de los recursos ante los órganos de la jurisdicción social, cuyo desconocimiento se le atribuye, fundando, precisamente en ello, el nacimiento de la responsabilidad contractual y el perjuicio causado, cuyo resarcimiento se pretende. En efecto, el desconocimiento de la normativa y de la jurisprudencia que resulta de aplicación al asunto en que haya intervenido el abogado, y cuya negligencia haya generado la causación de un daño a su cliente, se toma en consideración para acreditar la actuación negligente, pero no se establecen criterios objetivos para determinar el nivel o grado de conocimiento exigible.

En efecto, las sentencias que se han pronunciado en materia de responsabilidad civil del abogado no precisan cuál es el nivel de conocimientos de este que resulta “imprescindible” para reclamar judicialmente la tutela de derechos o intereses de su cliente. Las respuestas posibles van desde la toma en consideración de un umbral mínimo, a fin de presentar dignamente ante los juzgados y tribunales las pretensiones del cliente, de modo que no decaiga la tutela judicial efectiva por falta del mínimo fundamento jurídico de la pretensión; o si, por el contrario, se exige un nivel elevado de conocimiento legal y jurisprudencial para garantizar que, en todo caso, el juzgado o tribunal pueda decidir, no en función de la calidad de la asistencia jurídica, sino en los verdaderos méritos de fondo de la pretensión ejercitada; pasando por la posibilidad de que se trate de un nivel variable, en función, entre otros factores, de la cuantía y trascendencia de la pretensión, de la probabilidad de éxito en el pleito, de la existencia de modos alternativos de satisfacer los intereses en juego, de la retribución pactada (*ex* artículo 1726 del CC), etc.

Aunque no existen criterios legales ni pronunciamientos jurisprudenciales claros que permitan dar una respuesta segura a la cuestión suscitada en el párrafo precedente, la STS de 8 de abril de 2003 [RJ 2003\2956] contiene alguna indicación al respecto, al considerar que, en todo caso, la diligencia debida por el abogado comprende la «*contribución de todos los conocimientos, la diligencia y la prudencia que, en condiciones normales, permitirían obtenerlo [el resultado favorable al cliente en el pleito]*», de manera que parece apuntar a la respuesta más exigente de las expuestas, lo que se corresponde con el criterio general de la diligencia exigible en el cumplimiento al deudor profesional *ex* artículo 1104 del CC.

6.3 Las diversas actividades realizadas por los abogados en el ejercicio de su profesión y su repercusión en la imputación de responsabilidad civil

Comoquiera que las actividades realizadas por el abogado en el ejercicio de su profesión pueden ser muy diversas, resulta conveniente diferenciar o individualizar estas actividades —tomando en consideración las principales—, en orden a determinar en qué supuestos puede incurrir en responsabilidad civil. Estas actividades se exponen seguidamente:

a) Responsabilidad por informar

A pesar de que ni el CC (a diferencia del §.675.2 BGB; del §.1300 ABGB y del art. 485 del CC portugués) —debiendo situarse en las obligaciones contractuales *ex bona fides* que surgen *ex* artículo 1258 del CC—, ni el EGAE (aunque sí se hace en los códigos deontológicos de la abogacía de la UE y español) regulan de manera expresa el deber de información; esta puede erigirse en la prestación principal del abogado —por ejemplo, elaboración de un dictamen— o como deber accesorio —complementario o preliminar— de la prestación principal, como sucede en los casos en los que la actividad del abogado va a consistir en el asesoramiento y llevanza de una contienda que ha de resolverse jurisdiccionalmente.

En el primer caso, cuando el cliente se dirige al abogado para solicitarle exclusivamente información sobre un determinado asunto y este se compromete a elaborar un dictamen sobre la cuestión jurídica controvertida, el TS ha calificado la relación jurídica que media entre ambos como arrendamiento de obra (SSTS de 16 de febrero de 1935 [RJ 1935\462], de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998\8587] y de 8 de junio de 2000 [RJ 2000\5098]). En estos casos, el abogado se obliga a realizar un dictamen en un determinado plazo, reuniendo este unas condiciones mínimas de idoneidad y exactitud, pero, en modo alguno queda obligado a asegurar la consecución de un ulterior resultado sobre el fundamento del contenido del dictamen, sin comprometer, en ningún caso, la infalibilidad del mismo.

En el segundo caso, la prestación de la información por el abogado a su cliente tiene un carácter complementario y, en muchas ocasiones, preliminar respecto de la prestación principal consistente en el desarrollo de la actividad procesal. El carácter de obligación de medios que conviene a la prestación principal no precluye la posible calificación de las obligaciones accesorias como de resultado. El TS —al igual que sucede en el ámbito de las prestaciones médicas— ha ido aumentando progresivamente el contenido de la obligación de

información, exigiendo que el abogado haga todo lo posible para conseguir que el cliente resulte efectivamente informado, aproximando el deber de información de cliente a una obligación de resultado: que la información llegue efectivamente al cliente y este comprenda su significado. Además, la información ha de ser adecuada (STS de 25 de marzo de 1998 [RJ 1998\1651] y SAP Barcelona de 1 de febrero de 2000), completa, comprensible, objetiva, cierta y continuada.

b) *Vulneración del deber profesional de secreto*

La obligación de guardar secreto profesional que es connatural a la prestación de servicios de abogacía trata de proteger tanto los intereses particulares del cliente (intimidad personal, patrimonial, etc.; la protección de la confianza que el cliente deposita en el profesional), como ciertos intereses públicos o generales (prestigio y buen nombre de la profesión, buen funcionamiento de la justicia, tutela judicial efectiva). Es esta pues una prestación accesoria que surge de la relación contractual de prestación de servicios profesionales; sin perjuicio de que si el secreto afecta a terceros, en defecto de autorización de estos, podrá incurrir en responsabilidad extracontractual. Son muy escasos los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de responsabilidad civil del abogado por incumplimiento del deber de guardar secreto. Entre estos puede citarse la STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 13 de mayo de 1999 [RJ 1999\6148].

c) *Vulneración del deber de custodiar documentos entregados por el cliente*

La obligación de conservar y custodiar los documentos que se entreguen al abogado ha de conceptuarse como una obligación de resultado, debiendo restituirse aquellos al final de la relación contractual. Sin perjuicio de que la destrucción, inutilización u ocultación de documentos pueda merecer reproche penal (ex artículo 465 del CP), la pérdida o destrucción por descuido de los mismos puede sustentar una responsabilidad civil. En relación con el incumplimiento de esta obligación y la responsabilidad civil que puede generar, la STS de 21 de junio de 2007 [RJ 2007\3781] contempla un supuesto de extravío de exhortos, acumulados a otras actuaciones negligentes del abogado.

d) *Asistencia y defensa en juicio. Vulneración de la «lex artis»*

En el caso de la defensa judicial los deberes del abogado se ciñen al respeto de la *lex artis* —o reglas del oficio—, esto es, las reglas técnicas de la abogacía, comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado, únicamente a título de ejemplo, algunos aspectos que debe incluir el ejercicio de esa prestación: informar de la

gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (entre otras, SSTS de 14 de julio de 2005 [RJ 2005\6532] y de 27 de mayo de 2010 [RJ 2010\5160]).

En el desarrollo de su actividad profesional, el abogado ha de atenerse al cumplimiento de su obligación de manera diligente, utilizándose como criterio de valoración de esta actuación el canon de diligencia previsto con carácter general para las obligaciones contractuales en el artículo 1.104.1 del CC, constituido el modelo del buen profesional, al tiempo que se encuentra vinculado por específicos deberes de corrección frente a su cliente y por la obligación de proteger los intereses de este. Atendiendo a esta regla general, la jurisprudencia ha considerado que la actuación del abogado no se ajustó al mencionado parámetro de diligencia profesional, en los siguientes supuestos:

d.1) Errónea interpretación de una norma jurídica

- i.* SAP de Málaga de 13 de enero de 1996 [AC 1996\307]: abogado que no solicitó expresamente la condena al pago de los intereses del artículo 20 de la LCS, razonando la sentencia que la jurisprudencia era fluctuante en ese momento, pues alguna admitía la imposición de oficio de los mismos.
- ii* SAP de Huesca de 26 de junio de 2000: no estimó la acción de responsabilidad civil dirigida al abogado que no instó el juicio ejecutivo con arreglo al auto de responsabilidad civil dictado al concluir el juicio de faltas, pues acudió al juicio declarativo, siendo esta una posibilidad expresamente contemplada en el ordenamiento jurídico español.

d.2) Conductas omisivas del abogado

- i.* Omisión de la proposición de un medio útil para rechazar la demanda o la pretensión del adversario (por ejemplo, excepción de cosa juzgada, incompetencia, litisconsorcio, prescripción de la acción; cláusulas de limitación convencional de responsabilidad, etc.).

El supuesto de falta de alegación de una excepción, o de alegación de un dato de hecho de especial trascendencia para el resultado del proceso, es contemplado por la STS de 30 de noviembre de 2005 [RJ 2005\7859]: El abogado respecto del que se estima la acción de responsabilidad civil no invocó en el procedimiento en el que se ventilaba la responsabilidad civil de la aseguradora

que defendía, la existencia de una cláusula de limitación de la cuantía de la responsabilidad de esta, habiendo sido condenada al pago del *quantum* total del daño objeto del seguro de responsabilidad civil.

- ii. La no interposición en plazo de la demanda (como en el caso resuelto por la STS de 28 de junio de 2012 [RJ 2012\10403]: abogado que deja prescribir la acción de responsabilidad civil derivada de accidente laboral, al no ser ejercitada en plazo ni ante el orden jurisdiccional social, ni ante el civil); la no formalización tempestiva de una demanda reconvenzional en el caso de que la pretensión deba articularse a través de este cauce procesal (por ejemplo, SAP Cantabria de 11 de abril de 2017 [JUR 2017\146922] en un supuesto en el que el abogado no formuló tempestivamente la demanda reconvenzional exigiendo el reconocimiento de una pensión compensatoria en un procedimiento de divorcio contencioso, precluyendo esta posibilidad en un supuesto en el que concurrían los presupuestos para su reconocimiento); de un recurso de apelación frente a sentencia de instancia condenatoria (caso resuelto por la SAP Córdoba, Secc. 1ª, 331/2016, de 15 de junio [JUR 2016\196507]: condena solidariamente al abogado y a su entidad aseguradora de responsabilidad civil, pese a las escasas posibilidades de éxito del recurso, se aprecia la existencia de un daño moral por la pérdida de la oportunidad de recurrir y la frustración del legítimo derecho del cliente a la revisión de su caso en una segunda instancia, valorando el daño, calificado expresamente como moral, en la suma de 3.000 euros); del recurso de casación en plazo; del recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo; en la no solicitud de medidas de aseguramiento o cautelares. En general, todas aquellas omisiones del abogado que provocan la preclusión de una vía o instancia procesal, al dejar prescribir la acción o precluir el plazo de interposición del recurso que cabía frente a una resolución no favorable a los intereses del cliente y susceptible del mismo, pueden fundar una acción de responsabilidad civil por pérdida de oportunidad. A estos efectos resulta relevante el pronunciamiento contenido en la STS 331/2019, de 10 de junio [RJ 2019\2442], que asume la validez y eficacia de la comunicación realizada por el abogado a su cliente utilizando el correo electrónico, para dar cuenta de la resolución recaída en el procedimiento en el que aquel había tomado su asistencia letrada, de manera que, si habiendo comunicado la resolución tempestivamente, no recibe instrucciones de su cliente de recurrirla, no habrá incurrido en negligencia profesional si no lo hace. Esta STS contempla el supuesto de presentación de recurso de alzada fuera de plazo por el consejero delegado de la entidad actora: el abogado le hizo ver, por el medio que acostumbraban, que era correo electrónico, las dudas que albergaba sobre el cómputo del plazo para interponer el recurso

y le aconsejó que, para asegurar el resultado, lo interpusiese en uno de los dos días que le señalaba, que eran dentro del plazo. El consejero delegado de la actora procedió a leer tardíamente el correo y no interpuso el recurso en plazo, considerando la Sala de lo Civil del TS que lo fue por causa imputable solo a la parte actora y no al abogado demandado.

- iii.* La no formulación de todas las pretensiones a que tiene derecho el cliente y cuya falta de alegación le genera un daño patrimonial a su cliente, por disminuir en un grado apreciable las posibilidades de este de obtener una indemnización (o el éxito de la pretensión que puede formular). Es el caso contemplado en la STS 600/2013, de 14 de octubre [RJ 2013\7440]: responsabilidad civil del abogado que no solicita en la demanda en virtud de la que ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual por daños corporales derivados de la circulación de vehículos de motor, determinados factores de corrección (referidos a daños morales complementarios, adecuación de vivienda, invalidez, y perjuicios morales para la madre) a los que tenía derecho su cliente (en su condición de perjudicado). En estos supuestos, el artículo 400 de la LECiv establece la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos cuando lo que se pida en la demanda no pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos.
- iv.* Supuestos en los que el objeto de la obligación asumida por el abogado, y que constituye parte esencial del objeto de la prestación, consiste en la ejecución de un acto aislado —de carácter extrajudicial— por parte de este, cuyo incumplimiento pone de relieve su negligencia. Se trata de actos como no solicitar la práctica de una anotación preventiva de demanda —lo que impide a su cliente recuperar la propiedad de una finca objeto de la demanda ejercitada (STS de 22 de abril de 2013 [RJ 2013\3690])— o la prórroga de la anotación preventiva de embargo (STS de 17 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8735]) o no solicitar tempestivamente el pago a un órgano administrativo de cantidades ya acordadas judicialmente.
- v.* En algunos supuestos el TS ha enjuiciado con extraordinaria benevolencia conductas omisivas de abogados que no ha calificado como negligentes, entre las que se pueden citar los siguientes ejemplos: la no comparecencia del abogado en la primera instancia o en la apelación (STS de 4 de febrero de 1992 [RJ 1992\819] —al no considerar probado que la incomparecencia causara daños a la parte actora recurrente, que fue condenada por sentencia firme; frente al parecer de la SAP Huesca de 3 de marzo de 1998 [AC 1998\371], que condenó al abogado y a su compañía aseguradora a indemnizar el daño moral causado a su cliente al no comparecer el primero ante

la Audiencia Provincial para mejorar el recurso, perdiendo el derecho a recurrir en apelación—); la no comparecencia en el juicio de desahucio (STS de 20 de octubre de 1989 [RJ 1989\647]); la no comparecencia del abogado en la práctica de la prueba de confesión al cliente (SAP Jaén de 7 de noviembre de 1994 [AC 1994\1929]); la no personación en el acto de designación de perito (SAP de Córdoba de 23 de marzo de 2000) o la falta de comunicación por el abogado al cliente de que cesaba en el encargo recibido, viendo el cliente frustrada la pretensión indemnizatoria, derivada de un accidente de circulación, que pretendía dirigir frente a un tercero, por haber prescrito esta (SAP Murcia, Secc. 5ª, 233/2017, de 7 de noviembre [JUR 2018\797]).

d.3) Actuaciones erróneas del abogado en relación con la finalidad pretendida

Proposición de la demanda ante un juez manifiestamente incompetente por razón de territorio o de materia; elección inadecuada del procedimiento; no citación de todos los que debían ser codemandados en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario; no inclusión de determinados bienes en los inventarios relativos a la división de patrimonios; ejercicio de una acción cambiaria, cuando ya se había declarado y publicado en el BOE el concurso de acreedores de la entidad deudora (es el caso resuelto por la SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, 58/2018, de 12 de marzo [JUR 2018\142725]), etc.

Como puede observarse, del elenco de conductas negligentes que pueden generar el nacimiento de la responsabilidad civil a cargo del abogado, algunas de ellas se enmarcan, precisamente, en el ámbito de la actividad procesal del abogado —a la que se ha referido tradicionalmente el contenido de la obligación de medios que le incumbe—; la falta de algunos resultados parciales revelan el incumplimiento del abogado/deudor, como si de una típica obligación de resultado se tratase (no interposición tempestiva de la demanda o del recurso, inasistencia al acto de la vista, etc.), si bien la definición del carácter de las obligaciones del abogado ha de realizarse atendiendo al conjunto de la prestación principal asumida en su conjunto y no a cada uno de los deberes particulares que de aquélla se derivan.

6.4 La cuantificación de la indemnización del perjudicado y la doctrina de la *perte de chance*

Uno de los requisitos comunes del daño resarcible —tanto en el ámbito de la responsabilidad civil contractual como extracontractual— es su carácter

de daño cierto, de manera que los inciertos y eventuales no son indemnizables; por lo que recae la carga de la prueba de la existencia del daño y de su cuantía sobre el perjudicado (ex artículo 217.2 de la LECiv). En el ámbito de la responsabilidad civil rige el principio de reparación integral del daño ocasionado y que haya resultado probado. A efectos de cuantificar la indemnización, resulta de aplicación el artículo 1107 del CC, a tenor del cual, en el caso de deudores dolosos, la cuantía no tiene otro límite que la realidad y valor de los daños y perjuicios ocasionados, como ha tenido ocasión de precisar la STS de 19 de febrero de 2014 [RJ 2014\1129], a propósito de una demanda de responsabilidad civil ejercitada por el cliente frente al heredero — que ha aceptado la herencia — de su letrado fallecido, en un supuesto en el que este no había cancelado una hipoteca que gravaba una vivienda propiedad del cliente, habiendo recibido la cantidad de dinero necesaria para la ejecución del referido encargo profesional, siendo objeto de ejecución forzosa por incumplimiento de la obligación garantizada.

La categoría de la *perte d'une chance*, originaria de la doctrina francesa, fue transformada por la doctrina italiana y ha sido asumida en España, fundamentalmente, con la finalidad de salvar los escollos que, a efectos de la indemnización del daño, supone la aplicación de la restrictiva doctrina jurisprudencial en torno al lucro cesante. La categoría tiene su utilidad en la posibilidad de poner de manifiesto que la pérdida actual de un valor esperado, con cierto grado de incertidumbre, es indemnizable. La doctrina tiene aplicaciones específicas en el ámbito de la responsabilidad civil profesional, en la responsabilidad civil sanitaria y en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS considera que para que surja la responsabilidad civil del abogado por pérdida de oportunidad procesal, es preciso que se pruebe que existía una situación jurídica y fáctica idónea para sacar adelante la pretensión y, por otra parte, también proclama y preserva la libertad de criterio y opción del letrado en cuanto a la elección de la estrategia que considera que asegura mayores probabilidades de éxito del litigio, siempre que no se aparte de los antecedentes jurisprudenciales, suponga desconocimiento de la normativa aplicable o error grave de la técnica jurídica (STS de 27 de mayo de 2010 [RJ 2010\5160]).

La pérdida de oportunidad como modalidad de daño indemnizable no equivale, al menos en principio, a la indemnización de lucros o de ganancias que la víctima hubiera podido obtener, sino al resarcimiento debido por la privación “de unas ciertas y actuales oportunidades de obtener determinadas ventajas”. En ejemplo paradigmático, supongamos que un particular dispone de una pretensión relativa al mayor valor de un bien objeto de expropiación

forzosa en relación con el justiprecio ofrecido por la administración pública expropiante, que le hubiera permitido, eventualmente, obtener una cuantía — ignorando, por simplicidad, los gastos procesales y honorarios del abogado— de mil. Si la probabilidad subjetiva de vencer en el juicio, años más tarde, es del 80 por ciento y esta probabilidad es de conocimiento común, el valor esperado de la pretensión para su titular será de ochocientos. De esta manera, si la negligencia del abogado hace inviable el éxito de la pretensión, el titular de la misma habrá sufrido un perjuicio cierto y efectivo del valor esperado de la pretensión (ochocientos). La idea de valor esperado es fundamental y tiene una naturaleza de daño patrimonial. Por esta razón, resulta criticable que, con demasiada frecuencia, el TS califique la oportunidad perdida —la denominada pérdida de oportunidad procesal— como un daño moral (así, por ejemplo, SSTS de 11 de noviembre de 1997 [RJ 1997\7871], de 25 de junio de 1998 [RJ 1998\5013], o de 14 de mayo de 1999 [RJ 1999\3196]). Este criterio jurisprudencial parece felizmente superado, si se toman en consideración los pronunciamientos contenidos en las SSTS de 9 de marzo de 2011 [RJ 2011\4250], de 27 de octubre de 2011 [RJ 2011\7313] y de 28 de junio de 2012 [RJ 2012\10403], en las que se declara que en el caso de que la negligencia del profesional haya determinado la pérdida de la posibilidad de ejercitar una acción indemnizatoria —en el caso de la STS 27 de octubre de 2011 [RJ 2011\7313] no se interpuso la acción de responsabilidad civil de la administración pública de manera tempestiva, de manera que prescribió la posibilidad del cliente/perjudicado de ejercitar la acción indemnizatoria; y lo mismo acontece en el supuesto resuelto por la STS de 28 de junio de 2012 [RJ 2012\10403], en la que se imputa al abogado demandado dejar prescribir una acción de responsabilidad civil derivada del fallecimiento de un trabajador en un accidente laboral—, el perjudicado experimenta un daño patrimonial, susceptible de ser valorado mediante el expediente constituido por el “juicio dentro del juicio” —el TS lo denomina como cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción para la cuantificación del daño indemnizable—, y no un daño moral como consideraron las instancias inferiores. Con todo, el TS confirma la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia, aun en un concepto diverso en el caso de la en el caso de la STS 27 de octubre de 2011 [RJ 2011\7313]; mientras que la STS de 28 de junio de 2012 [RJ 2012\10403] confirma las cuantías indemnizatorias establecidas, en la Sentencia dictada en grado de apelación, por la SAP Cádiz, Secc. 2ª, de 17 de diciembre de 2008 [JUR 2008\160427].

Por otra parte, la indemnización de daños derivados de la pérdida de oportunidad ha de venir expresada, fundamentalmente, en relación al valor esperado de la pretensión perdida y este se encuentra en relación directa con la cuantía de la pretensión y con la probabilidad de éxito de la misma,

teniendo un carácter patrimonial cuando la acción frustrada tenía como objeto una pretensión patrimonial o la obtención de una ventaja de contenido económico o de naturaleza patrimonial, resultando ser de carácter excepcional la concurrencia de un daño moral. No puede descartarse tampoco que, además del valor patrimonial esperado, pueda haber un componente de daño moral cuando se pierde la oportunidad de reclamar o de recurrir, pues es algo que los ciudadanos valoramos con independencia de los derechos e intereses legítimos que se pretendan hacer valer en el proceso y de la apreciación subjetiva de la posibilidad de victoria en el juicio. En relación con esta cuestión, en el FD 13 de la ya citada STS de 28 de junio de 2012 [RJ 2012\10403], se argumenta 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», y precisa, de manera expresa, que «no puede, en este supuesto, confundirse 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». En la jurisprudencia de las audiencias provinciales, la SAP Burgos, Secc. 2ª, 13/2016, de 26 de enero [JUR 2016\35648], en un supuesto de responsabilidad civil de un abogado que dejó caducar el recurso contencioso-administrativo para el que estaba activamente legitimado su cliente frente a una sanción administrativa impuesta por incumplimiento de horarios comerciales, por un lado, contempla la indemnización por la pérdida de la oportunidad de litigar y, por otro, por daño moral. En efecto, la AP de Burgos determina la cuantía de la indemnización por la «pérdida de la oportunidad» de litigar y obtener una resolución favorable. A efectos de cuantificar la partida indemnizatoria por este concepto tiene en cuenta la existencia de argumentos a favor y en contra de la posibilidad de que el recurso hubiera prosperado, así como la concurrencia de culpa del cliente. Con arreglo a estas premisas, fija finalmente la cuantía de la indemnización en el 50 por ciento de las sanciones que se le impusieron al cliente (5.050,00 €) por incumplimiento de los horarios de cierre del local, excluyendo los recargos derivados de la falta de pago de las multas en el momento oportuno. En cuanto a la indemnización por los daños morales causados al cliente, la AP de Burgos cuantifica esta partida en la suma de 2.500,00 €, frente a los 5.000,00 € que reclamaba el cliente perjudicado en la demanda ejercitada, al considerar que la cantidad pretendida no guardaba proporción con la indemnización ya reconocida por la pérdida de oportunidad de litigar. En este sentido, la AP de Burgos aclara que la indemnización por daño moral no tiene por causa la privación

de la oportunidad de litigar, sino que tiene un origen distinto: el daño por el que reclama el cliente es debido a la ignorancia en que durante cuatro años le mantuvo el abogado respecto a la marcha de su pleito.

Este criterio jurisprudencial es también asumido, *v.gr.*, por la SAP Albacete, Secc. 1ª, 263/2017, de 21 de septiembre [JUR 2017\251674], revocando la dictada por el JPI, que había condenado al abogado demandado al pago de una suma en concepto de indemnización calculada como reparación del daño moral del cliente que había visto defraudada su confianza en el abogado contratado (6.000,00 €). Considera la AP de Albacete que si la demanda que el abogado demandado debió plantear —en el caso objeto de litis una demanda laboral por despido improcedente tras la celebración del acto de conciliación ante el SMAC— podía prosperar, ha de indemnizar el daño material causado y no sólo el daño moral. La audiencia provincial llega a la conclusión, tras el análisis del supuesto en el que tuvo lugar la actuación del abogado —desgranando los argumentos en virtud de los que llega a esta conclusión—, de que la pretensión hubiera prosperado en el caso de ejercitar el abogado la pretensión tempestivamente y, en consecuencia, no considera que debe indemnizar el daño material consistente en el perjuicio real causado a su cliente perjudicado, equivalente a la indemnización que este hubiera percibido a causa del despido improcedente no impugnado.

Se plantea así la cuestión acerca de si el incumplimiento de obligaciones de información (omisión de información e información defectuosa) es un supuesto de responsabilidad contractual. En particular, se trata de dar respuesta a la pregunta acerca de si puede surgir un daño consistente en la «pérdida de la oportunidad» como consecuencia de la actividad extrajudicial del abogado consistente en el incumplimiento de su obligación de informar al cliente. Uno de los mayores obstáculos que la doctrina ha formulado a la responsabilidad civil procedente del negligente cumplimiento de la obligación de información que recae sobre el abogado es el derivado de la concurrencia de la relación de causalidad, en tanto que la voluntad del informado se presenta como una causa que puede interferir decisivamente en la misma. Precisamente, para paliar las dificultades de prueba del nexo de causalidad en estos supuestos, y en orden a admitir la posible indemnización de los daños derivados de la ausencia o de la deficiente información dada al cliente, se recurre, en este ámbito, a la doctrina de la pérdida de oportunidad. En este sentido, VINEY Y JOURDAIN (*Les conditions de la responsabilité*, en J. GHESTIN [dir.], *Traité de Droit civil*, Ed. LGDJ, París, 1998, págs. 71 y ss. [§§.278 a 281]) ponen de manifiesto que en la jurisprudencia francesa cada vez son más numerosas las sentencias que aceptan la indemnización por pérdida de oportunidad en los supuestos en los que la

deficiente información ha inducido una decisión equivocada en orden a evitar un daño.

Quienes rechazan la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades en este ámbito lo hacen sobre la afirmación de que en estos supuestos no concurre una probabilidad o un «alea» consustancial a la pérdida de oportunidades, sino que el comportamiento adoptado por el cliente (verbigracia, conclusión de un contrato o de un negocio con determinadas estipulaciones) depende de su exclusiva voluntad, por lo que resultan incompatibles los términos “voluntad” y “oportunidad”. Una cosa es la pérdida de probabilidad o de la oportunidad, y otra diferente es la pérdida de posibilidad de adoptar una decisión para la que el cliente estaba legitimado. En efecto, por ejemplo, en el caso contemplado por la STS de 16 de junio de 2004 [RJ 2004\3612], se absolvió al abogado laboralista demandado y que había sido condenado en la instancia, por cuanto si bien no ejercitó en el plazo de veinte días la acción derivada del despido improcedente de la clienta, lo fue en atención a la existencia de una posibilidad en atención a la que ésta decidió actuar y que era técnicamente posible, en virtud de un acuerdo sindical de recolocación de los trabajadores en su misma situación.

Con todo, el que en los supuestos de daños derivados de la omisión de información o de información defectuosa no pueda catalogarse el daño como una pérdida de oportunidad, en sentido estricto, no quiere decir que las posibilidades perdidas no puedan ser indemnizadas como daño e incluso que haya de indemnizarse el resultado dañoso derivado de no haber adoptado el cliente una decisión determinada; o que el incumplimiento del deber de información pueda provocar otros daños, como sucede en el caso resuelto por la STS de 18 de febrero de 2005 [RJ 2005\1682], en el que el abogado y el procurador no comunicaron al cliente el inicio del plazo para pagar el precio aplazado, lo que provocó la resolución de un contrato de venta de un piso, siendo condenados ambos profesionales a indemnizar a su cliente en la suma equivalente al valor actualizado del piso, descontando el valor, igualmente actualizado, del precio que el cliente había dejado de abonar.

El rechazo de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad al ámbito del deber de información pone de manifiesto la dificultad de encontrar un daño que cumpla los requisitos de aplicación de ésta al margen de las actuaciones u omisiones del abogado en el proceso.

Para que la pérdida de oportunidad procesal merezca la calificación de daño cierto, es necesario que se pruebe, por el cliente, que es el eventual perjudicado, precisamente, que se ha perdido aquella oportunidad, de manera

que cuando resulte evidente que la pretensión no tenía ninguna posibilidad de prosperar, no se podrá considerar producido el daño y no debe olvidarse que la función prístina del instituto de la responsabilidad civil es reparatoria y no punitiva. Es más, probablemente en estos supuestos, un consejo del abogado que determine la interposición de la demanda o la formulación del recurso probablemente supondría al cliente el tener que soportar gastos procesales y el pago de las costas derivadas del ejercicio judicial de la acción, como consecuencia de la adopción por el cliente de una decisión no adecuada sobre la cuestión sometida a consulta del profesional.

Ha de existir, entonces, una oportunidad real para que su pérdida pueda ser considerada como un daño cierto. Entonces, si la prosperabilidad procesal de la pretensión es nula, ha de rechazarse la resarcibilidad de su pérdida, pues no puede considerarse que exista un daño cierto. Pero ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que existen ciertas posibilidades, aun cuando sean escasas, de que la pretensión que se ha frustrado definitivamente por la negligente actuación del letrado hubiese sido estimada?

La doctrina (*v.gr.*, DE FAZIO, «Responsabilità del legale e perdita della chance di vincere el processo», *Resp. civ. prev.*, septiembre-diciembre de 1997, págs. 1178-1180) y la jurisprudencia italiana ofrecen respuesta a la anterior pregunta, cuando afirman que la pretensión ha de tener una probabilidad de hacerse efectiva superior al cincuenta por ciento; o que la probabilidad de obtener un resultado favorable ha de ser alta. El anterior porcentaje, en orden a integrar la exigencia de que la oportunidad perdida sea «seria y efectiva» ha sido asumido también por un sector de nuestra doctrina. Frente a este parecer, razonable resulta asumir que para que la pérdida de oportunidad procesal satisfaga el requisito de la certeza del daño, únicamente será necesario que exista oportunidad o, dicho de otro modo, que la pretensión frustrada no sea claramente improsperable, de manera que las escasas probabilidades de éxito o la debilidad de la fundamentación jurídica de la pretensión no determinan que el daño no pueda calificarse como cierto, sino que inciden únicamente en la cuantía de la indemnización que se fije, una vez haya sido apreciada la responsabilidad civil del abogado. Los jueces y tribunales son expertos en derecho; razón por la cual no necesitan de una pericia externa para determinar en qué medida la pretensión frustrada era razonable, esto es, se encontraba jurídicamente bien fundamentada. Ello implica, de forma indirecta, una conjetura sobre el resultado final del conflicto judicial: decidir sobre un conflicto sin existencia de la contradicción propia del mismo. Pero no hay más remedio que abordar esa conjetura, aunque sea con cautela y con prudencia. Solo así se evitarán coherentemente los dos extremos indeseables (R. BERCOVITZ,

«Responsabilidad de abogados y procuradores», Aranzadi Civil, 1997-III, págs. 20-21):

- 1º) Se evitará que la negligencia profesional pueda ser causa de un enriquecimiento injusto del litigante víctima de aquella.
- 2º) Se evitará también que la negligencia profesional pueda ser causa de un empobrecimiento injusto de ese litigante. La solución no está en el recurso al daño moral como fórmula mágica, remedio de una doctrina que se niega a abordar frontalmente lo inevitable.

El cálculo de las probabilidades efectivas —en virtud del método estadístico o de la realización del llamado «juicio dentro del juicio»— de éxito de la pretensión frustrada, puede utilizarse en dos momentos diferentes:

- Si se considera que la mera pérdida de la oportunidad procesal es un daño cierto: Se utiliza, junto con otros criterios, a efectos de fijación del *quantum* de la indemnización.
- Si se considera que la oportunidad perdida ha de reunir determinados requisitos para que pueda fundar una acción de responsabilidad civil: se utiliza para acreditar la propia existencia del perjuicio.

Por último, algunos autores (en la doctrina francesa, por ejemplo, HABERER y VACARIE) la utilizan como condición y como medida de la reparación.

En aquellos supuestos en los que el carácter absolutamente infundado de la pretensión determine, con toda probabilidad, que hubiera sido desestimada, aun en el caso de actuación diligente del abogado, no debe admitirse la viabilidad de la acción de responsabilidad civil ejercitada frente al profesional. El ejemplo por antonomasia de estos supuestos de improsperabilidad de la acción que puede vaticinarse *a priori* es el constituido por las llamadas «pretensiones gemelas» o «pretensiones mellizas». Un ejemplo paradigmático de estas últimas es el contemplado por la STS de 28 de julio de 2003 [RJ 2003\5989], en el que se aprecia como indicio claramente determinante de la conclusión de que el proceso frustrado por la negligente actuación del procurador —el razonamiento es aplicable igualmente para el caso de que se tratase de un abogado— no habría prosperado, aun en el caso de que este hubiese actuado de manera diligente y ello porque constaba la declaración de no haber lugar al recurso de casación, que había recaído en un proceso anterior sustancialmente igual a aquel en el que se suscitó la incidencia del recurso que fue declarado desierto y que dio lugar al juicio de responsabilidad civil —del procurador negligente—.

La no prosperabilidad de la acción o del recurso, en su caso, puede ser también vaticinada *a priori* debido a la claridad del asunto: la acción cuyo ejercicio se encomienda al abogado ya ha prescrito con anterioridad. Claro que la parte demandada podría no alegar la excepción de prescripción, lo que reduciría el ámbito de aplicación a los supuestos de caducidad. Este caso es tratado por la STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 1997 [RJ 1997\9414], precisando que, si bien es cierto que la prescripción es apreciable de oficio, la práctica de los tribunales muestra que es absolutamente infrecuente y atípico, en el normal acontecer, que la prescripción no sea opuesta o sea renunciada por la parte a quien beneficia. Por esta razón, no resulta razonable exigir al abogado la presentación de una demanda, que supondría gastos de difícil justificación, con la única finalidad de obtener una declaración formal de prescripción de la acción que, a buen seguro, sería invocada por la parte demandada.

También la STS 739/2013, de 19 de noviembre [RJ 2013\7448], desestimó la existencia de un supuesto de responsabilidad civil del abogado que pretendía vincularse a la no interposición por este de un recurso por infracción procesal, que había sido preparado por otro abogado. Las nulas posibilidades de éxito de tal recurso —y de la obtención de una indemnización por el cliente en virtud de la estimación de la acción ejercitada en el caso en que se pretendía tal interposición— determinó que el TS, confirmando el pronunciamiento realizado por el Tribunal de apelación, considerase que no existía un supuesto de responsabilidad civil del abogado demandado. En el mismo sentido, desestimando, en esta ocasión, la acción de responsabilidad civil ejercitada frente a un procurador que frustró el posible recurso de apelación frente a una sentencia de instancia desfavorable a los intereses de su cliente, al no notificarla en plazo al abogado, se pronunció la STS 538/2015, de 23 de octubre [RJ 2015\4897]; así como la STS 359/2018, de 15 de junio [RJ 2018\2456], que desestima la existencia del necesario título de imputación de la responsabilidad civil —constituido por la culpa o negligencia— al abogado demandado que no presentó tempestivamente la impugnación de una resolución administrativa que denegó al actor la reanudación de la prestación por desempleo ante la carencia absoluta de viabilidad de la misma de conformidad con la interpretación jurisprudencial del artículo 231 de la LGSS en el momento en el que acaecieron los hechos de los que la demanda trae causa, así como la normativa reglamentaria de desarrollo de la referida norma.

Obviamente, la conclusión es radicalmente diversa si se acepta que la pérdida de oportunidades —procesales—, aun en el caso de que las posibilidades de éxito sean remotas o nulas, constituye un daño cierto, sin perjuicio de

que este último dato alcance relevancia en el momento de determinación de la cuantía indemnizatoria, que habrá de ser muy baja o insignificante.

Sin perjuicio de lo afirmado, en determinados supuestos, la prosperabilidad de la acción o del recurso frustrado como consecuencia de la actuación negligente del abogado, pueden afirmarse, bien *a priori* o bien *a posteriori*, y, en estos supuestos, razonable es afirmar que el *quantum* de la indemnización debida en concepto de responsabilidad civil habrá de coincidir con el valor económico de la pretensión frustrada. La prosperabilidad de la pretensión frustrada puede valorarse a través de dos mecanismos o métodos diferentes: El criterio estadístico y el llamado «juicio dentro del juicio». En ocasiones, el juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión en el caso de no mediar la negligencia del abogado es sencillo de realizar, como ocurre, paradigmáticamente, en los casos en los que la pretensión frustrada se enjuiciaría dentro de un mismo procedimiento que sigue su curso y termina con una sentencia estimatoria de la pretensión de otro sujeto, entre las que se aprecie una objetiva similitud sustancial. Este es el caso que se ha denominado en la doctrina como «pretensiones gemelas». El ejemplo sería el siguiente: procedimiento laboral de despido improcedente en el que se reclama la calificación como laboral de la relación contractual de dos trabajadores que se encuentran en la misma situación. Tras la desestimación de que es objeto esta pretensión en la primera instancia, uno de los recursos de suplicación es interpuesto extemporáneamente, mientras que el relativo al otro trabajador es interpuesto de manera tempestiva y estimado.

Similar al anterior, en cuanto a sus efectos en el ámbito de la responsabilidad del abogado, es el constituido por las denominadas «pretensiones mellizas» o supuesto en el que la pretensión frustrada por la actuación del abogado es idéntica a otras que se ejercitan procesalmente en virtud de distintos procedimientos y que son estimadas. Como ejemplos, pueden proponerse los constituidos por el procedimiento expropiatorio que afecta a distintos particulares, estimándose las pretensiones formuladas en la vía administrativa (por ejemplo, en relación con el justiprecio), excepto la del particular que interpuso el recurso fuera de plazo por negligencia del profesional; o el que ofrece la STS de 11 de noviembre de 1997 [RJ 1997\7871]: se promueven cuatro procesos ejercitando tercería de mejor derecho, de los que conoce un mismo Juzgado de Primera Instancia, que son desestimadas; interponiéndose los correspondientes recursos de apelación ante la Audiencia Provincial; si bien el Procurador se apersona únicamente en uno de los recursos, que es estimado; siendo declarados desiertos los otros tres y firmes las resoluciones desestimatorias dictadas en la instancia; así como el constituido por el que es objeto de la STS 283/2014, de 20 de mayo [JUR 2014\159878]: víctimas de la tragedia del camping «Las Nieves»

en Biescas, que no pudieron ejercitar tempestivamente la acción de responsabilidad civil frente a la Administración Pública por no haberles comunicado su abogado el archivo de la causa penal, notificada a través de procurador.

Un ejemplo paradigmático de privación de pretensiones imputables a actuaciones negligentes del abogado al que se encomienda su ejercicio es el representado por la presentación extemporánea de la acción, del recurso o de la reclamación; y un ejemplo paradigmático de aplicación de la denominada teoría de las “pretensiones mellizas” en virtud de la que se permite afirmar la prosperabilidad de la pretensión en el caso de que fuese diligentemente ejercitada la acción pertinente, es el constituido por reclamaciones realizadas fuera de plazo al Fondo de Garantía Salarial. Este órgano administrativo hace frente a los créditos salariales en los casos de insolvencia del empresario, siempre que se reclamen en el plazo de prescripción de un año (ex arts. 33.7 del ET y 21 del RD 505/2005, de 6 de marzo) y hayan sido reconocidas las cantidades adeudadas por sentencia o por resolución de la autoridad laboral. De esta manera, la reclamación fuera de plazo imputable al abogado constituye un supuesto de daño emergente; sin que resulte adecuado hablar siquiera de pérdida de oportunidad o de chance, pues este concepto no resulta de aplicación en aquellos casos en los que el porcentaje de obtener la pretensión es del 100%.

Las sentencias que estiman la responsabilidad civil del abogado en estos supuestos son muy numerosas: SSTS de 28 de enero de 1998 [RJ 1998\357]; SAP de Barcelona de 26 de abril de 1996 [AC 1996\622]; SSAP de Toledo de 29 de mayo de 2000 [AC 2000\3815] y de 5 de marzo de 2003 [JUR 2003\123218]. Así las cosas, en los supuestos de solicitud extemporánea de cantidades al FOGASA, siempre que resulte imputable al abogado, la determinación del *quantum* de la indemnización no debe revestir problemas: Coincide con la cantidad que debería haber abonado el FOGASA al trabajador, pero no, en su caso, la superior que este reclame al abogado en concepto de responsabilidad civil (así, STS de 3 de octubre de 1998 [RJ 1998\8587]); sin perjuicio de la viabilidad de su actualización de conformidad con el objetivo índice del interés legal del dinero.

Dado el tenor del tipo de actividad desplegada por el abogado cuando presta sus servicios profesionales, consistente en la articulación de una determinada pretensión de su cliente a través del procedimiento jurisdiccional previsto al efecto, en la mayor parte de las ocasiones resulta imposible afirmar, a priori, cuál va a ser el resultado del procedimiento, pues han de tenerse en cuenta factores determinantes del mismo, como la actuación de la contraparte procesal y las posibilidades interpretativas de la norma aplicable al caso, entre las que puedan optar los órganos judiciales, así como las diversas valoraciones a que

puedan ser sometidos los hechos a su consideración. De esta manera, en el caso extremo, un pleito que no se ha incoado porque el abogado no ha interpuesto la demanda, podría haberse ganado, con estimación íntegra de la pretensión del cliente, pero también podría haberse perdido. Similares consideraciones podrían realizarse en relación con determinadas actividades extrajudiciales que el cliente puede encomendar a su abogado.

En estos supuestos de privación de pretensiones de contenido no patrimonial (por ejemplo, pretensiones de carácter meramente declarativo —declaración de filiación; declaración de la autoría moral de una obra—, constitutivo —incapacitación, nacionalidad—, o, en determinados supuestos, la adopción de medidas cautelares), aun cuando el análisis de la prosperabilidad de la acción en virtud de la que podrían haber sido ejercitadas y cuya posibilidad se ha perdido definitivamente por una causa imputable al abogado, concurre también el problema atinente a la valoración de la responsabilidad o cuantificación de la obligación indemnizatoria que se pondrá a cargo del profesional. En estos supuestos la determinación de la indemnización presenta los mismos inconvenientes que en el caso de las indemnizaciones por daños morales o extrapatrimoniales.

7 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

7.1 Consideraciones generales sobre el régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales

El TRLC contempla dos tipos de acciones de responsabilidad civil que pueden ejercitarse frente a los administradores concursales: **la acción concursal o colectiva, dirigida a reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos y culpables de los administradores concursales (art. 94 del TRLC); y la acción individual, dirigida a reparar el daño sufrido por los acreedores y los terceros directamente en su patrimonio (art. 98.1 del TRLC)**. La legitimación activa es más amplia para el ejercicio de la acción individual ya que, además del deudor y sus acreedores, corresponde también a cualquier tercero que acredite que determinadas actuaciones u omisiones de los administradores concursales han lesionado directamente sus derechos o intereses legítimos.

El régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales también aplicable a la persona natural que represente al administrador concursal persona jurídica, regla que debe interpretarse en el sentido de que será al representante a quien quepa imputar el acto u omisión del que derive la responsabilidad, porque las consecuencias patrimoniales se imputarán en todo caso al administrador persona jurídica. En cambio, el régimen de la responsabilidad del funcionario designado para el desempeño concreto del cargo por la Administración Pública —o la entidad de Derecho público vinculada o dependiente de ella— que hubiera sido designada administrador concursal acreedor será el propio del personal al servicio de la Administración Pública, contemplado en la LRJSP (*ex art. 94 del TRLC*).

La responsabilidad civil de los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones es una responsabilidad subjetiva por culpa, tanto en el caso de la acción concursal de responsabilidad, como en el caso de ejercicio de la acción individual de responsabilidad. En este sentido, la SJM núm. 2 de Pontevedra 41/2019, de 7 de marzo [AC 2019\557] declara que *«tanto la responsabilidad de los administradores concursales por daños a la masa activa (...) como por daños al deudor, a los acreedores o a terceros (...) requiere de la concurrencia de los presupuestos necesarios para que esta responsabilidad pueda surgir: la conducta activa u omisiva del administrador concursal, su antijuricidad —por su contravención con la ley o con el patrón de diligencia exigido en el desempeño del cargo— y la relación de causalidad entre la conducta y el daño. La SAP de Córdoba de 7 de julio de 2008 nos ilustra acerca de la esencial diferencia que sirve para delimitar la finalidad de cada una de estas dos acciones: «... la Ley Concursal regula dos tipos diferentes de acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales. Una (...) 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 (...) 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».*

La responsabilidad de los administradores concursales es independiente de la aprobación de las cuentas que presenten, siendo este un hecho que no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales (art. 480.2 del TRLC). En efecto, la observancia

de la diligencia de un ordenado administrador concursal en el desempeño de sus funciones tiene reflejo en el marco jurídico de la responsabilidad del administrador concursal, que no incluye la aprobación, o no, de la rendición de cuentas. Los administradores concursales deben rendir cuentas de la propia actuación, tanto en caso de cese anticipado como en el de finalización de la función por conclusión del concurso y la aprobación o desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad, si bien el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores concursales comienza a correr en el momento de su cese. Ambas acciones se ventilarán ante el juez de lo mercantil que conozca o haya conocido del concurso por los trámites del juicio declarativo que corresponda (art. 99 del TRLC).

EL TRLC al regular la infracción del deber de presentación del informe de la administración concursal dispone que, entre otras consecuencias, la indemnización de los daños y perjuicios que esa infracción hubiera podido causar a la masa activa será exigible conforme al régimen de responsabilidad de la administración concursal establecido (art. 296 del TRLC). Esta previsión de responsabilidad civil del administrador concursal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados a la masa activa de concurso. Por su parte, al regular los informes trimestrales de liquidación que la administración concursal está obligada a presentar al juez del concurso, se establece que el informe trimestral quedará de manifiesto en la oficina judicial y será comunicado por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento, y el incumplimiento de esta obligación de comunicación puede determinar la exigencia de responsabilidad si ese incumplimiento hubiera causado daño a los acreedores (también, la separación de la administración concursal, art. 424.2 del TRLC).

7.2 La acción concursal de responsabilidad

En el marco de la **acción concursal de responsabilidad** los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al concursado y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia (art. 95 del TRLC). Se trata de una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio a la masa por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, contraria a la ley o a la diligencia —actuaciones dolosas o culposas— que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado (STS

669/2013, de 11 de noviembre [RJ 2013\7817]). La acción podrá dirigirse no sólo contra quien estuviera en el ejercicio del cargo, sino también contra quien hubiera cesado por cualquier causa, siempre que no hubieran transcurrido cuatro años. La acción concursal de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, atribuyéndose la competencia al juez que conozca o haya conocido del concurso (art. 99 del TRLC). La sentencia que declare la responsabilidad de la administración concursal por daños a la masa fijará la indemnización. Cuando la condena se produzca durante la tramitación del concurso, la indemnización tendrá la consideración de un crédito a favor de la masa; y cuando se produzca una vez haya concluido el concurso, un crédito a favor del deudor, cuyo nacimiento podrá llevar incluso a la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos. La condena de la administración concursal a indemnizar por daños a la masa no conlleva el cese en el cargo, aunque el juez puede considerarla justa causa de separación y destituir a los condenados, bien de oficio, bien a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal. Por otra parte, esta condena no implica la pérdida del derecho a la retribución —aunque pueda coincidir con esta sanción en los supuestos legalmente previstos—, ni la inhabilitación temporal para ser nombrado administrador concursal en otros concursos, ni constituye prohibición legal para ser nombrado administrador concursal, ni conforma causa de recusación, aunque podrá ser tenida en cuenta por el juez a la hora de nombrar administradores concursales en otros concursos.

El concursado está activamente legitimado para el ejercicio de la acción concursal de responsabilidad en tanto que es titular del patrimonio dañado (la masa activa del concurso) y podrá ejercitarla durante el concurso —tanto en el caso de suspensión de las facultades patrimoniales, como en el de intervención de las operaciones y sin someterse a las restricciones propias del régimen general sobre el ejercicio de las acciones del concursado— o tras la conclusión del mismo, sin más limitaciones que las que eventualmente se contengan en la sentencia firme de calificación o en el TRLC. También están activamente legitimado para el ejercicio de esta acción los acreedores concursales. En el caso de que la sentencia condene a los administradores concursales, el acreedor que hubiera ejercitado la acción tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado hasta el límite de la cantidad percibida (art. 96 del TRLC).

A ello ha de añadirse, que se ha considerado también legitimada para el ejercicio de la acción concursal de responsabilidad a la administración concursal que haya sustituido a la considerada responsable, no sólo porque a ella le

corresponde precisamente la administración de la masa cuyo perjuicio origina la acción, sino, además, porque la legitimación del deudor y de los acreedores no puede considerarse suficiente para asegurar la reintegración de la masa.

La acción de responsabilidad de los administradores concursales prescribe a los cuatro años contados desde que el actor / perjudicado y activamente legitimado para su ejercicio haya tenido conocimiento del daño o perjuicio por el que se reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales hubieran cesado en el cargo (art. 97 TRLC).

7.3. La acción individual de responsabilidad

El TRLC permite el ejercicio de las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de la administración concursal que lesionen directamente sus intereses: **acción individual de responsabilidad** (art. 98.1 del TRLC). La administración concursal responde frente al concursado por el daño que cause a sus bienes o derechos inembargables o a su derecho de alimentos con cargo a la masa; por daños directos al patrimonio de los acreedores cuando, por ejemplo, incumpla los deberes relacionados con el reconocimiento y clasificación de créditos, prive a algún acreedor del derecho de asistencia, de voz o de voto en el convenio o deje de satisfacer total o parcialmente un crédito en la liquidación por no haber respetado el orden de pago previsto en la Ley; por daños a los titulares de créditos contra la masa por incumplimiento del deber de satisfacción; por los daños causados a titulares del derecho de separación de bienes que se encontraran en poder del concursado en el momento de la declaración de concurso por el deterioro de estos bienes o incluso por ocasionar la imposibilidad de separación, etc. La SJM número 2 de Pontevedra 41/2019, de 7 de marzo [AC 2019\557] contempla el impago sin justificación de los créditos reconocidos en el concurso, así como la alteración del orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa, como supuestos que ocasionan el nacimiento de la responsabilidad civil del administrador concursal exigible en virtud de la acción de responsabilidad individual.

La acción individual de responsabilidad está también sometida a un plazo de prescripción de cuatro años, siendo su «*dies a quo*» aquel en el que el actor / perjudicado hubiera tenido conocimiento del daño o perjuicio que constituye su fundamento y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo (art. 98.2 del TRLC).

3.^a parte

La responsabilidad derivada de la prestación de servicios profesionales de auditoría de cuentas

1 EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS

La norma específica en materia responsabilidad civil de los auditores de cuentas es el art. 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, *de Auditoría de Cuentas*. La LAC tiene su precedente en el art. 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, modificada por la Ley 12/2010, de 30 de junio; así como en la el TR de la LAC, aprobado por el RD Legislativo 15/2011, 1 de julio; y ha sido ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el RD 2/2021, de 12 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas*.

El art. 26 de la LAC prescribe 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 del CC, con las particularidades siguientes: 1^a) La responsabilidad civil será exigible de forma proporcional a la responsabilidad directa por los daños y perjuicios ocasionados por su actuación profesional, de manera personal e individualizada, tanto a la entidad auditada como a un tercero, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros. 2^a) Si la auditoría se realiza por un auditor en nombre de una sociedad de auditoría, ambos responden solidariamente. 3^a) La acción de responsabilidad civil contractual está sometida a un plazo de prescripción de cuatro años contados desde la fecha de emisión del informe de auditoría.

La regla general en materia de responsabilidad civil de los auditores y de las sociedades de auditoría está constituida por el art. 26.1 de la LAC, que remite expresamente a la aplicación de las previsiones que constituyen el Derecho común de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, contenidas en los arts. 1101 y 1902 del CC y preceptos concordantes, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales o particulares que establecen los tres apartados siguientes del mismo precepto. En todo caso, la remisión expresa a los preceptos codiciales que regulan la responsabilidad civil contractual y extracontractual, tiene como finalidad de evitar la impresión de que

estamos en presencia de un régimen especial de responsabilidad civil de estos profesionales.

Esta responsabilidad civil por daños a la sociedad auditada o a terceros es acumulable a la responsabilidad administrativa en la que los profesionales de la auditoría puedan incurrir e independiente de ésta. Así, *v.gr.*, en el caso “PSV” (STS 869/2008, de 14 de octubre [RJ 2008\6913]), existió una declaración de responsabilidad administrativa previa; mientras que, en el caso “XM Patrimonios” (STS 798/2008, de 9 de octubre [RJ 2008\6042]), no hubo sanción administrativa del auditor y el TS estimó la existencia de culpa de éste.

La función fundamental del auditor radica en la verificación de la corrección técnica de las cuentas de la entidad auditada y que éstas reflejen la imagen fiel de la misma. El contenido de las cuantas anuales y el contenido del informe de auditoría de las mismas tiene una notable influencia en las decisiones económicas de inversores, de contratantes y de concedentes de crédito a la entidad auditada, de aquí el hecho de que si el informe de auditoría no puede de manifiesto la falta de adecuación de las cuentas auditadas a la realidad económica y a la situación de solvencia de la entidad auditada, aquellos terceros adoptarán decisiones sobre la base o la toma en consideración de datos objetivos erróneos y, en su caso, podrán experimentar perjuicios económicos o patrimoniales como consecuencia de la toma de decisiones realizadas sobre datos que no se corresponden con la realidad.

2 PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES

Los presupuestos que han de concurrir para poder estimar la existencia de una responsabilidad civil profesional de un auditor de cuentas son los que siguen:

1º) Incumplimiento imputable de los deberes profesionales del auditor:

A efectos de determinar la concurrencia de este presupuesto ha de partirse de la toma en consideración de su función profesional, cuál es comprobar que determinados estados contables han alcanzado el grado de fiabilidad que implica la imagen fiel de la entidad auditada; comprobar que los administradores han cumplido las reglas materiales y formales en la elaboración de los estados contables. El informe de auditoría incluye (art. 4 de la LAC): la *opinión*

del auditor acerca de la fiabilidad de las cuentas, el análisis de la gestión de los administradores, así como de los riesgos que soporta la entidad.

Concurrirá un incumplimiento imputable de los deberes profesionales del auditor en aquellos casos en los que el informe contenga errores u omisiones, siendo independiente de existencia de errores o irregularidades imputables a los órganos de la auditada; cuando el auditor no haya detectado y puesto de manifiesto fraudes o irregularidades imputables a los gestores; así como cuando haya omitido en el informe cualquier irregularidad que debió ser advertida o denunciada y que tenga una influencia perjudicial en quien recibe la información.

2º) Título de imputación:

Estamos en presencia de un ámbito de responsabilidad civil subjetiva, de manera que debe concurrir una conducta culposa o negligente del auditor, a cuyos efectos, el modelo de conducta diligente es el del «*buen profesional*» (art. 1104 del CC), lo que, como ya hemos advertido en otros pasajes de esta obra supone una mayor exigencia que la que es propia del deudor común (en este sentido, *v.gr.*, STS 115/2009, de 5 de marzo [RJ 2009\1631], caso “Euskal Air”, que remite a la diligencia determinada por la legislación específica, siendo estándares de aplicación flexible que han de ser adaptados al caso concreto).

3º) Relación de causalidad:

Los problemas de la concurrencia de la relación de causalidad en el ámbito de los daños relevantes en la responsabilidad civil del auditor de cuentas se centran en la determinación de los daños y perjuicios ocasionados a terceros ajenos a la relación de auditoría que pueden ser causalmente imputados al auditor, acudiendo la doctrina jurisprudencial, a estos efectos, a la aplicación de los criterios de causalidad jurídica propios de la doctrina de la imputación objetiva y, en particular, a la aplicación de la regla del interés de protección de las normas auditoría, cuales es el derecho de información de los socios. La cuestión más debatida se centra en si la protección extracontractual de la confianza de terceros es también un interés protegido por estas normas y, en este caso, se plantean los problemas atinentes a la cognoscibilidad de posibles perjudicados y a la previsibilidad daño. Esta cuestión ha sido objeto de dos respuestas diversas en la Sala de lo Civil del TS: la STS 798/2008, de 9 de octubre [RJ 2008\6042] (caso “XM Patrimonios”), consideró que estaban fuera del ámbito de protección de la norma; mientras que la STS 115/2009, de 5 de marzo [RJ 2009\1631] (caso “Euskal Air”) consideró que los riesgos de terceros (como

es el caso de inversores, que podrían adoptar tempestivamente medidas para evita el daño) sí se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma.

El incumplimiento de los deberes profesionales por parte del auditor en la redacción y emisión del informe de auditoría que genera en terceros confianza en el informe realizado y que influye en la toma de decisiones de los terceros respecto de la sociedad auditada es el elemento esencial en la determinación de la concurrencia de la relación causal. A estos efectos es necesario que el acto o decisión del tercero se funde, racionalmente, en el informe de auditoría, de manera que podrá afirmarse la concurrencia de la relación causal cuando resulte acreditadas las siguientes circunstancias:

- Confianza en la veracidad de las cuentas auditadas, que reflejan la imagen fiel de la entidad auditada, generada por el informe de auditoría. Los presupuestos para que pueda afirmarse la influencia del informe de auditoría en la conducta del perjudicado son los que siguen:

1º) Acceso a la información y utilización

- » Caso “XM Patrimonios”: La auditoría sustentaba el buen nombre de la entidad y decidieron canalizar por ella sus inversiones
- » Caso “Euskal Air”: un informe desfavorable habría advertido de la situación de la sociedad

2º) Carácter comprensible de la información, lo que concurre en en los casos de informe de auditoría favorable o emitido sin reservas:

- » Caso “Euskal Air”: aun cuando el informe contenía reservas: *“un accionista o un acreedor no experto en temas contables, económicos y jurídicos no podía deducir la situación desastrosa de la empresa”*
- » Caso “PSV”: No se detecta la gestión de la cooperativa mediante *“cuentas de enlace”*

3º) Carácter determinante de la información. Evidentemente este presupuesto no concurre en aquellos casos en los que la actuación del tercero perjudicado sea anterior a la fecha de emisión del informe de auditoría.

- » Contribución a la toma de la decisión perjudicial
- » Caso “Euskal Air”: confianza de los acreedores representado por la sindicatura de la quiebra

- » En determinados casos no es razonable confiar sólo en el informe de auditoría
- 4º) Hipotética evitabilidad del daño:
- » No se hubiera invertido, adquirido participaciones, concedido crédito,
 - » Caso “PSV”: ¿las medidas que hubieran podido tomar los cooperativistas contra los gestores alterarían el curso de los hechos?
 - » El informe induce la toma de decisiones (de contenido económico o patrimonial) por terceros. La cuestión que se suscita es la atinente a si el informe de auditoría ¿debe ser la única o más relevante fuente de información o es suficiente que se a un factor entre otros?
- Adecuación de la conducta de los terceros en función del informe de auditoría.
 - Las decisiones tomadas determinan que se padezcan las consecuencias dañosas o perjudiciales cuyo resarcimiento se pretende.
 - Una conducta distinta del perjudicado le hubiera evitado el daño cuyo resarcimiento pretende.

La carga de la prueba de la concurrencia de estos presupuestos de la responsabilidad civil del auditor incumbe al actor en su condición de perjudicado, de conformidad con la regla general de distribución del «*onus probandi*» en el proceso civil (art. 217.2 de la LECiv), si bien puede modalizarse de conformidad con la aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (ex art. 217.7 de la LECiv), en tanto que el auditor dispone de más información y elementos de prueba que el perjudicado.

3 LA DETERMINACIÓN DEL CRITERIO DE IMPUTACIÓN Y LA IMPUTACIÓN CAUSAL

En todo caso, una primera premisa que ha de tenerse presente en orden a determinar el cumplimiento del estándar de diligencia exigible a los auditores de cuentas —representado por las Normas Técnicas de Auditoría— y en orden a calificar un informe de auditoría como susceptible de permitir la imputación de daños patrimoniales experimentados por terceros, es que éstos no están obligados a tomar la iniciativa para indagar posibles fraudes o errores en las

cuentas de la entidad auditada (§.1.5.3 de las *Normas Técnicas de Auditoría* [NTA]). Así, *v.gr.*, la STS 869/2008, de 14 de octubre [RJ 2008\6913] afirma que, en el caso enjuiciado, la infracción por el auditor de las NTA contribuyó a la causación del daño a los cooperativistas, quienes no hubieran aprobado las cuentas de los administradores de haber conocido las irregularidades contables de las cooperativas “**PSV, S.Coop.**”, auditadas en dos anualidades consecutivas y emitiéndose informes favorables y sin salvedades. En sentido similar se pronunció la STS 815/2010, de 12 de octubre [RJ 2011\1550]. El TS estimó la acción de responsabilidad civil ejercitada frente a la sociedad de auditoría (E&Y) y frente al auditor por treinta cooperativistas, alegando como daño el constituido por la necesidad de realizar aportaciones de dinero adicionales para continuar con la promoción de las viviendas, así como el incremento de precio por el reinicio y la terminación de las obras. La STS casó la sentencia dictada en apelación, a su vez confirmatoria de la desestimatoria de la dictada en la primera instancia, pese a la negligencia de los auditores, autores de un informe deficiente que no mostraba irregularidades en la gestión de la Cooperativa auditada y que experimentaron el daño patrimonial referido (pérdida de un porcentaje de las inversiones y necesidad de realizar aportaciones adicionales). La Sala de lo Civil del TS aprecia la concurrencia de relación de causalidad entre la actuación de los auditores y las decisiones de los cooperativistas que provocaron desbalance patrimonial e insolvencia de la Cooperativa, lo que repercutió en la necesidad de afrontar derramas adicionales por los actores cooperativistas. El TS consideró procedente la indemnización de los daños patrimoniales invocados por los actores a cargo de la sociedad de auditoría y del auditor que firmó el informe, demandados ambos por los cooperativistas perjudicados.

La acción de responsabilidad civil ejercitada por la sindicatura de la quiebra de “**Euskal Air**” frente a la auditora PwC fue estimada por la STS 115/2009, de 5 de marzo [RJ 2009\1631]. En el supuesto objeto de esta STS, PwC informó favorablemente unas cuentas anuales que debieron haber recibido informe de auditoría desfavorable y no advirtió que la empresa se encontraba incurso en causa de disolución. Afirma el TS que la responsabilidad civil de los auditores no es meramente contractual, incluyendo a los acreedores de la sociedad auditada (“Euskal Air”) que resultaron perjudicados, valorándose este perjuicio en la diferencia entre el activo de la sociedad en el momento de la quiebra y lo que hubieran podido percibir en caso de haberse disuelto la sociedad de manera diligente. En este supuesto el TS considera concurrente la relación de causalidad entre el contenido del informe de auditoría y el perjuicio patrimonial de los acreedores (tanto aplicando la tesis de la “equivalencia de la condición *sine qua non*”; como la “causalidad adecuada” o la “causa eficiente”),

precisando que la conducta intencional de otros sujetos —los administradores de la sociedad— no interrumpa el nexo de causalidad. Desde la perspectiva de la imputación objetiva, la actuación errónea basada de los acreedores de la sociedad fundada en la confianza en el informe de auditoría es la que se trata de prevenir con la fijación de un régimen de responsabilidad civil derivada de la función de auditoría.

También la apreciación del incumplimiento del estándar de diligencia profesional de la sociedad de auditoría (PwC) y del auditor de la misma que firmó el informe de auditoría, consistente en los principios de contabilidad y en la NTA está presente en el pronunciamiento estimatoria de la responsabilidad civil instada por la propia sociedad auditada “**Grupo Torras, S. A.**” frente a la sociedad de auditoría —«PwC, S. A.»— y frente al auditor que firmó el informe. Considera la STS 558/2012, de 3 de octubre [RJ 2012\9711] que si el informe de auditoría hubiera puesto de manifiesto que la contabilidad de la sociedad auditada no reflejaba su “*imagen fiel*” —reflejaba beneficios y en realidad había tenido pérdidas— se hubiera solicitado suspensión de pagos y la remoción de los administradores. En este caso, la SAP Barcelona, Secc. 19ª, de 9 de diciembre de 2009 [AC 2010\771], revocando la sentencia estimatoria dictada en la primera instancia, desestimó la existencia de responsabilidad civil del auditor por falta de relación de causalidad: no consideró acreditado que de haber reflejado la “*imagen fiel*” se hubieran adoptado las referidas medidas, de acuerdo con «*un razonable juicio de probabilidad y a la vista de todas las apariencias*» (FD 10º). Frente a esta Sentencia de apelación, la sociedad auditada interpuso recurso de casación, que fue estimado por la STS 558/2012, de 3 de octubre [RJ 2012\9711], declarando que el incumplimiento por parte de los auditores de los principios contables y de las NTA, impidió conocer la situación patrimonial y financiera de la sociedad auditada y con ello se impidió la tempestiva adopción de medidas urgentes frente al consejo de administración. El TS aprecia la concurrencia de la necesaria relación de causalidad entre esta conducta y los actos de disposición irregulares que no se habrían producido en el caso de haber tenido los socios conocimiento de las irregularidades de la contabilidad de la Sociedad auditada.

La posibilidad de imputar daños ocasionados a terceros ajenos a la relación contractual de auditoría —que media entre la entidad auditada y el auditor— tendrá como presupuestos la existencia de un informe de auditoría erróneo o inexacto, en el que no se han detectado fraudes o irregularidades imputables a gestores de la entidad auditada. Así acontece en el caso resuelto por la STS 798/2008, de 9 de octubre [RJ 2008\6042] —caso de la agencia de valores “**XM Patrimonios Agencia de Valores, S. A.**”—, que contempla un caso

de supuesta responsabilidad del auditor frente a terceros: sociedad de valores auditada que presenta cuantiosas pérdidas y los actores / inversores (terceros) ven frustradas sus inversiones y reclaman por considerar que, de haber sido detectadas por el Auditor, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) habría paralizado la actividad de la agencia de valores y no habrían realizado sus inversiones.

En el caso objeto de la referida STS, el informe de auditoría (realizado por PRICE WATERHOUSE AUDITORES, S. A.) no reflejaba la imagen fiel del patrimonio social ni la situación financiera de la sociedad de valores, finalmente quebrada e intervenida por la CNMV. El fundamento de la acción de responsabilidad civil ejercitada por los inversores radicada en la consideración de que la CNMV hubiera intervenido antes —tempestivamente— y de manera eficaz si el informe de auditoría hubiera detectado las irregularidades contables de la agencia de valores auditada.

El TS considera que no se puede considerar concurrente la relación de causalidad jurídica que permita la imputación objetiva del resultado lesivo al auditor. La Sala de lo Civil del consideró que los daños a los inversores están fueran del ámbito de protección de las normas de responsabilidad civil de los auditores, que sólo tutelan los derechos de información de los socios. La regla de imputación objetiva constituida por el interés de protección de la norma está destinada a proteger la confianza en el mercado, a la sociedad auditada y a los socios, quedando al margen o fuera del ámbito protección de la norma los terceros inversores, ajenos a la relación de auditoría. Señala la STS 798/2008, de 9 de octubre [RJ 2008\6042], para rechazar la responsabilidad civil de la sociedad auditora demandada, que el fin de protección de las normas de auditoría de cuentas se extiende a los terceros que confían en su veracidad, pero no persigue despertar el celo de las agencias públicas de regulación, de forma que su tempestiva actuación evite daños a potenciales inversores.

Frente a lo que resulta de la doctrina jurisprudencial referida, las normas de auditoría protegen a la entidad auditada, pero también a cualquier tercero que actúe o que tome decisiones confiando en el informe de auditoría y ello frente a la tesis defendida en su momento por PANTALEÓN, conforme a la cual sólo protegerían a determinados terceros que, por saberlo, o debido saberlo, el auditor, puedan considerarse destinatarios del informe, quedando fuera de su perímetro de protección otros intereses individuales lesionados. En su razonamiento, la Sala de lo Civil del TS omite el requisito del conocimiento o cognoscibilidad de los posibles perjudicados y del análisis de la previsibilidad del daño, apartándose del enunciado del art. 3.201.a de los PETL.

4 LA RESPONSABILIDAD PROPORCIONAL Y DIRECTA DEL AUDITOR Y DE LA SOCIEDAD DE AUDITORÍA

El art. 26 de la LAC establece un régimen de responsabilidad civil del auditor y de la sociedad de auditoría; siendo esta responsabilidad proporcional y directa. En efecto, el art. 26.2 de la LAC prescribe que la responsabilidad civil de los auditores de cuentas y de las sociedades de auditoría e *«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»*. El párrafo 3º de este mismo art. 26.2 de la LSC prescribe que la responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por un tercero.

La norma vigente se aparta así del régimen de responsabilidad solidaria de la sociedad de auditoría y del auditor firmante del informe que contenía el art. 11.2 del TRLAC de 2011 y que suponía una quiebra de la regla general del art. 1903.IV del CC, que contempla la responsabilidad civil frente a terceros del empresario por hechos ilícitos dañosos de sus dependientes y auxiliares. Esta modificación del régimen de responsabilidad civil de las sociedades de auditoría y de los auditores que prestan sus servicios profesionales a las mismas, resulta acorde con los postulados Informe de la Comisión Europea de 2001 que recomendaba la introducción de reformas legislativas encaminadas a que la responsabilidad civil de los auditores pueda estar limitada *«en proporción con la falta cometida»*; así como con el contenido de la *Propuesta Libro Blanco 2002*, de conformidad con el cual cuando en la causación del daño hayan concurrido los administradores o terceros, los auditores *«sólo responderán frente a los perjudicados de una parte del daño proporcional a su participación en la producción del resultado dañoso»*. Con esta previsión normativa se pretenden alcanzar los siguientes objetivos:

- Disminuir el riesgo de los auditores
- Reducir los incentivos para entablar demandas contra las sociedades de auditoría —efecto “*deep pocket*” —.
- Incentivar la diligencia de los administradores de las sociedades auditadas.
- Favorecer a las auditoras de tamaño medio y generar un mercado de auditoría más competitivo.

La exigencia de la responsabilidad civil de forma personal e individualizada es una fórmula adecuada al principio de protección diligente de los propios intereses, que fomenta el ofrecimiento de información veraz y actualizada. La cuestión atinente a si en el caso de concurrencia de conductas eficientes se imputa manera íntegra al responsable de cada conducta eficiente, en defecto de prueba de la contribución causal debe resolverse de conformidad con las normas con las que se resuelven estos supuestos de incertidumbre causal en otros ámbitos propios de la responsabilidad civil extracontractual.

En los supuestos de incertidumbre causal en casos de concurrencia de conductas eficientes del auditor y la sociedad de auditoría y en el caso de imposible determinación de la contribución causal del daño, como ya se ha expuesto, la imputación causal se resolverá de conformidad con la doctrina aplicación de la doctrina que estableció la STS 536/2012, de 10 de septiembre [RJ 2012\1146] para los casos de incertidumbre causal epistemológica, de conformidad con las reglas de la imputación objetiva que es la doctrina imperante en la Sala de lo Civil del TS para resolver las cuestiones conflictivas de imputación causal de daños.

5 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES FRENTE A TERCEROS

La responsabilidad civil del auditor frente a la sociedad auditada es de naturaleza contractual del auditor, de manera que su imputación traerá causa de un deficiente cumplimiento de la prestación de los servicios profesionales de auditoría, en la revisión y verificación de la información contable y en la elaboración del informe de auditoría, conforme se ha declarado en los casos “Euskal Air” y “Grupo Torras”, ya expuestos.

La cuestión atinente a la responsabilidad extracontractual del auditor, frente a terceros perjudicados por su conducta supone la apertura de esclusas del ámbito de esta responsabilidad profesional, como acontece en el caso de la STS 115/2009, de 5 de marzo [RJ 2009\1631] —caso “Euskal Air”—. El fundamento de esta apertura de esclusas lo encontramos en los arts. 26 de la LAC que, como hemos visto, remite a la aplicación del régimen que resulta de los arts. 1101 y 1902 y concordantes del CC, lo que ampara la existencia de una responsabilidad profesional del auditor frente a terceros perjudicados en el caso de que concurran los presupuestos propios de este tipo de responsabilidad civil: 1º) Título o criterio de imputación subjetivo: el incumplimiento

de deberes profesionales. 2º) Existencia de un daño resarcible: causación de perjuicios a terceros como consecuencia aquel incumplimiento. 3º) Existencia de relación de causalidad: imputación objetiva de los perjuicios al auditor.

En efecto, conforme al precepto de la LAC que regula la responsabilidad civil del auditor cualquier persona — física o jurídica; pública o privada— que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste un elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación y tomar su decisión estará activamente legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad civil frente al auditor, de conformidad con el concepto de “tercero” que, a estos efectos, resulta del párrafo 2º del art. 26.2 de la LAC.

En cuanto a la calificación de los socios y cooperativistas como “terceros” a estos efectos, en cuanto que no han sido parte del contrato de auditoría, puede considerarse que frente a ellos la responsabilidad civil del auditor es contractual como “parte cualificada” o destinatarios principales del informe de auditoría aun no siendo parte del contrato (en este sentido se pronuncia, *v.gr.*, OTERO CRESPO, *La RC del auditor de cuentas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pg. 239).

En todo caso, a efectos de esta norma, los acreedores de la sociedad o entidad auditada no son “terceros”; si bien la responsabilidad civil del auditor frente a ellos no puede ser calificada como contractual.

Frente a la interpretación restrictiva de la responsabilidad civil de los auditores defendida por PANTALEÓN en el año 1996 (en un informe publicado en forma de libro, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión limitación prescripción*, Ed. Civitas, Madrid) de conformidad con la cual su responsabilidad civil es exigible sólo frente a la sociedad auditada, excluyéndose los daños causados a terceros, debe mantenerse la posible imputación de esos daños ocasionados a terceros como consecuencia del informe de auditoría realizado de manera negligente. Los argumentos en los que se apoya la tesis restrictiva que descartamos son los que siguen: 1º) La concurrencia de un riesgo desproporcionado, de manera que se reducen los riesgos de la actividad profesional de auditoría de cuentas. 2º) Permite la “asegurabilidad” de la responsabilidad civil de los auditores y la prestación del servicio profesional a precios razonables. 3º) La pretendida ausencia de deber de cuidado del auditor frente a terceros (no puede ser “negligente”).

Las respuestas dadas en el Derecho comparado a esta cuestión son también dispares y así, al lado de Ordenamientos jurídicos que amparan la

responsabilidad civil profesional del auditor frente a cualquier tercero (son los casos, *v.gr.*, de Francia, de Bélgica, de Italia y de Portugal), la limitación de la legitimación activa a determinados terceros se asumen en el Derecho del Reino Unido, en el que se exige la concurrencia de un concreto «*duty of care*» del auditor frente al tercero, como aconteció en el caso “*Caparo Industries Plc. v. Dickman*” [1990] UKHL 2, en el que se moldea el «*duty of care*» de los auditores (a través de la previsibilidad del daño, proximidad, vecindad, justicia y razonabilidad y asunción voluntaria de la responsabilidad) para defender su inmunidad por daños puramente económicos sufridos por terceros inversores.

6 LA CONCURRENCIA DE CULPA DEL PERJUDICADO

El párrafo 3º del art. 26.2 de la LAC establece que la responsabilidad civil de los auditores de cuentas «*será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros*». El precepto contempla, así, en su inciso final la relevancia de la concurrencia de una actuación del propio perjudicado que contribuye causalmente al a causación, en todo o en parte, del daño. La relevancia de la concurrencia de culpa de perjudicado debe situarse en el ámbito propio de la relación de casualidad y determina la imputación, en parte, de los perjuicios al propio perjudicado, de acuerdo con las exigencias propias del principio de protección diligente de los propios intereses.

Concurrirá culpa del perjudicado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- El perjudicado confió exclusivamente en el informe de auditoría, existiendo otros medios e información a los q pudo acudir con facilidad.
- El perjudicado es un experto o profesional, pudiendo exigírsele que verifique la información producida por la empresa en la q fundó su decisión.
- El perjudicado pudo deducir los errores cometidos por el auditor de la misma información que éste validó: *v.gr.*, información obsoleta, etc.

7 LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El art. 26.4 de la LAC fija un plazo específico de prescripción de la acción de responsabilidad civil frente al auditor, estableciéndose en 4 años, contados desde la fecha de emisión del informe auditoría.

La STS 355/2009, de 27 de mayo [RJ 2009\3044] contempla un supuesto de ejercicio de la acción de responsabilidad civil ejercitada por los socios –accionistas de “Seguros Kairos”– a los auditores –*PwC*– fuera del ámbito de legitimación reconocido para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la Ley reguladora de las sociedades de capital, señalando el carácter extracontractual de la acción. El TS confirmó la desestimación de la acción de responsabilidad civil ejercitada, apreciando su prescripción. Precisa el TS que el contrato de auditoría concertado entre la sociedad y la entidad auditora no contiene estipulaciones en favor de los socios en calidad de terceros; que el “*dies a quo*” del cómputo del plazo de prescripción está constituido por la fecha en la que los socios tuvieron conocimiento del acta de inspección de la DGSyFP (existencia de situación contable gravemente irregular) y que no se produce la interrupción de la prescripción por procedimientos ante la DGSyFP y el ICAC –procedimiento sancionador–, en tanto que no tienen carácter de reclamación de indemnización *ex* responsabilidad civil.

4^a parte

La responsabilidad derivada de la prestación de servicios profesionales de distribución de seguros

1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DISTRIBUIDORES DE SEGUROS PRIVADOS

1.1 Conductas dañosas imputables a los distribuidores de seguros

Las reclamaciones fundadas en la responsabilidad civil profesional en la que pueden incurrir los distribuidores de seguros privados, derivadas de daños o perjuicios imputables a actuaciones dolosas o negligentes de éstos, no son frecuentes en España, pero sí en otras jurisdicciones, como acontece especialmente en algunos Estados de los EE. UU. Así, a título de ejemplo, algunas firmas especializadas en esta materia, en el Estado de New Jersey (*v.gr.*, <https://www.edwardleelaw.com/es/blog/2018/09/tipos-comunes-de-negligencia-por-agentes-de-seguros/>) publicitan en sus páginas *web* conductas imputables a distribuidores de seguros que pueden generar el nacimiento de una responsabilidad civil a cargo de éstos.

- El agente/corredor le informa de manera inexacta sobre qué cobertura se provee con la póliza: El agente podrá asegurarle que existe una cobertura para ciertas pérdidas cuando, en realidad, la póliza no le reembolsará o cubrirá esos tipos de pérdidas.
- El agente fracasa al no obtener la cobertura que usted solicitó: Usted puede haber rellenado la solicitud e incluso expedido un cheque, pero la solicitud nunca se llegó a entregar a la compañía de seguros.
- El agente no le notifica que una póliza ha cambiado o se ha cancelado prematuramente: No es raro que una aseguradora cancele prematuramente una póliza, por ejemplo, si se ha visto involucrado en un accidente y cambió su perfil de riesgo. La aseguradora debe notificarle si la póliza va a cambiar o cancelarse antes de la fecha de término de la póliza.
- El agente no le informa sobre problemas financieros que esté experimentando la compañía: El agente debe revelar el conocimiento que tenga sobre cualquier asunto que pueda afectar a la capacidad de la compañía aseguradora de pagar un reclamo.
- El agente no le entrega un reclamo legítimo: cuando usted notifica al agente un reclamo válido, el agente debe realizar todas las acciones necesarias para asegurar que su reclamo llegue a la aseguradora.

Fuente: <https://www.edwardleelaw.com/es/blog/2018/09/tipos-comunes-de-negligencia-por-agentes-de-seguros/>

1.2 La regulación de la distribución de seguros

El 6 de febrero de 2020 entró en vigor la normativa contenida en los arts. 127 a 211 del RD-Ley 3/2020, de 4 de febrero (RDL 3/2020), a través del cual se traspuso al Derecho interno, entre otras, de la Directiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, *sobre la distribución de seguros* (DDS) (así como en varias de sus disposiciones adicionales, transitorias y finales; y a excepción del artículo 139.2, que regula la exigencia del cumplimiento de los requisitos de aptitud y formación continua respecto de los empleados de las entidades aseguradora, que entra en vigor cuando se apruebe la normativa que desarrolle el RDL 3/2020), contemplándose un plazo de tres meses para que las entidades aseguradoras y los mediadores de seguros se adaptasen a algunas de sus previsiones.

El propósito principal de la norma es la protección de los consumidores de seguros, además de la promoción de la libertad de contratación. Con estas finalidades, se refuerza la definición de la actividad de distribución de seguros, incluyendo en ella las prácticas comerciales realizadas por los comparadores de seguros y otros sitios *web* que permitan al tomador concertar, directa o indirectamente, el contrato de seguro.

Los mediadores de seguros se clasifican en: **a)** agentes de seguros (exclusivos o vinculados); y en **b)** corredores de seguros (en cuya regulación no se aprecian novedades significativas respecto a la normativa previamente vigente).

La norma no contempla la incompatibilidad expresa entre la condición de agente exclusivo y la de agente vinculado, sin perjuicio de que mantenga la exigencia de la autorización de la entidad aseguradora para la que el agente actúe para «pasar a operar como agente de seguros vinculado» (ex art. 149.2 del RDL 3/2020). La norma mantiene el régimen restrictivo de actuación de los agentes exclusivos, de modo que solo podrán actuar para dos entidades aseguradoras en ámbitos no competitivos y previa autorización de la aseguradora que primero hubiera firmado el contrato, debiendo ser concedida esta autorización por un administrador de esta entidad aseguradora (art. 147.5 del RDL 3/2020). En el régimen vigente se mantiene como excepción a esa limitación la regulación de los acuerdos de cesión de redes de agentes exclusivos entre entidades aseguradoras (art. 148 del RDL 3/2020), si bien se establece, como novedad, que no existirá cesión entre entidades del mismo grupo, cuando así se haya acordado.

La norma reguladora de la distribución de seguros mantiene la denominación de operadores de banca-seguros y un régimen específico para las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito y las sociedades

participadas o controladas por los anteriores que ejerzan la actividad de agente de seguros. La norma vigente elimina la prohibición de que las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito puedan ceder sus redes de distribución a más de un operador de banca-seguros; al tiempo que modera la incompatibilidad relativa a la actuación de dichas redes o de parte de ellas como colaborador externo de otros mediadores, manteniéndose exclusivamente con respecto a los de distinta clase (esto es, a los corredores de seguros).

A estas categorías, contempladas ya en la Ley 26/2006, de 17 de julio, *de mediación de seguros y reaseguros privados* (derogada por el RDL 3/2020), se añaden dos nuevas figuras al catálogo de distribuidores de seguros: 1º) Se introduce el concepto de *mediador de seguros complementarios*. Se trata de un mediador de seguros (distinto de una entidad de crédito o de una empresa de inversión) que, a cambio de una remuneración, realiza una actividad de distribución de seguros con carácter complementario, siempre y cuando: (i) su actividad profesional principal sea distinta a la distribución de seguros; y (ii) solo distribuya determinados productos de seguro que sean complementarios de un bien o de un servicio. Pese a su regulación autónoma, estos mediadores están sometidos al mismo régimen que los restantes, salvo cuando, bajo unas condiciones estrictas determinadas en el art. 130.2 del RDL 3/2020, queden exentos de aplicar la regulación de mediación. 2º) Las *entidades aseguradoras* se conceptúan como distribuidoras de sus propios seguros, en la medida en que las actuaciones correspondientes sean llevadas a cabo por sus empleados. En este caso quedan sometidas a la regulación de la distribución de seguros con las adaptaciones correspondientes (*v.gr.*, no se deben inscribir en el registro administrativo como tales distribuidores, sin perjuicio de que lo deban hacer las personas físicas que tienen responsabilidades en tal actividad).

Adicionalmente, en la vigente regulación, se mantiene la figura de los colaboradores externos de los mediadores de seguros (art. 137 del RDL 3/2020), a los que, si bien se les niega la condición de mediadores de seguros, se les impone el sometimiento a un régimen estatutario plenamente equiparable al propio de los mediadores.

A excepción del caso constituido por los colaboradores externos, la vigente regulación mantiene la aplicación de los requisitos exigidos por la anterior Ley de mediación para la inscripción en el registro administrativo y para poder desarrollar la actividad de distribución de seguros. De igual manera, excepción hecha de la previsión de determinadas pautas de actuación cuando el mediador opere a través de sitios *web* u otras técnicas de comunicación a distancia (arts. 134.3 y 135.5 del RDL 3/2020) y de la exigencia de que los fondos de los clientes en poder de los mediadores se depositen en cuentas bancarias de clientes

completamente separadas del resto de recursos económicos del mediador, en las que únicamente se gestionen recursos económicos de los clientes (art. 136.4 del RDL 3/2020), la regulación vigente no incorpora novedades especialmente relevantes.

Una de las novedades más relevantes importante fruto del RDL 3/2020 es la completa y detallada regulación de las normas de conducta que son exigibles en el desarrollo de las actividades de distribución de seguros. El principio general en que se inspira radica en que los distribuidores de seguros actuarán siempre con honestidad, equidad y profesionalidad en beneficio de los intereses de sus clientes. A estos efectos se regula de forma detallada la información que deben facilitar los distintos distribuidores a los clientes antes de la celebración del contrato de seguro. Entre esta información se incluye, por un lado, la relativa a la remuneración del mediador, que no podrá dar lugar a un conflicto con su obligación de velar por el mejor interés del cliente; y por otro lado, la que se debe facilitar en relación con el contrato que se está ofreciendo, que se modulará en función de si se presta asesoramiento y de si este es objetivo. La regulación más profusa en este ámbito es la relativa a la distribución de productos de inversión basados en seguros (*v.gr.*, los seguros *unit-linked*). El art. 184 del RDL 3/2020 regula las prácticas de venta combinada y vinculada de seguros, admitiendo las segundas solo cuando el seguro sea el producto principal.

En cuanto a lo que la norma denomina el control y gobernanza de productos, el art. 185 del RDL 3/2020, complementado por lo previsto en el Reglamento Delegado (UE) 2017/2358, establece para quienes diseñan los productos la obligación de articular y documentar una serie de procedimientos con el objetivo de que, antes de que se introduzcan en el mercado; que se verifique, hasta donde sea posible, que los productos de seguro son adecuados a las necesidades de los clientes y no entrañan riesgos imprevistos ni les pueden ocasionar perjuicios. El incumplimiento de cualquiera de estos deberes permite fundar el planteamiento de quejas o reclamaciones de los clientes al amparo de la normativa de protección del cliente de servicios financieros y, en su caso, de la normativa de consumo, así como a la tipificación de las conductas incumplidoras como constitutivas de una infracción administrativa de la normativa de ordenación de la actividad de distribución de seguros que permite fundar la imposición de sanciones de esta naturaleza.

Del ámbito objetivo de la norma se excluyen las actividades de información o el suministro de datos que, pese a estar relacionados con una potencial operación de seguro, no supongan que el prestador o suministrador realice acciones adicionales para ayudar al potencial cliente a celebrar o a ejecutar un

contrato de seguro, lo que supone una liberalización de las referidas actividades accesorias de la distribución de seguros privados.

1.3 Las previsiones sobre el régimen de responsabilidad civil de los distribuidores de seguros

Como resulta de lo expuesto en el epígrafe precedente, la entrada en vigor del RD Ley 3/2020 ha impuesto una serie de novedades en la distribución de seguros, que redundan en una mayor profesionalización de este sector de actividad profesional y, a su vez, un régimen de responsabilidad civil en la que pueden incurrir los profesionales de la distribución de seguros como consecuencia de la previsión de un régimen jurídico de prestación de servicios más estricto, en cuanto que el estándar de diligencia profesional que resulta de las referidas previsiones normativas.

En relación con la responsabilidad civil profesional, el art. 143 del RDL 3/2020 establece que, sin perjuicio de la responsabilidad penal o de otra índole en que pudiera incurrir el agente de seguros en el ejercicio de su actividad de distribución de seguros —equiparando así a los agentes exclusivos y a los vinculados en cuanto a su régimen de responsabilidad civil derivada de su actuación profesional—, será imputada a la entidad aseguradora con la que hubiera celebrado un contrato de agencia de seguros la responsabilidad civil profesional derivada de su actuación y de la de sus colaboradores externos (responden por lo tanto, también, por hechos de sus dependientes y auxiliares, de conformidad con la regla general que resulta del art. 1903.IV del CC), todo ello de conformidad con lo dispuesto en los contratos de agencia celebrados; precisando el apartado 2º de este mismo precepto que esta regla de imputación de responsabilidad civil del agente de seguros no será de aplicación a los operadores de banca-seguros.

La norma vigente no diferencia entre los agentes exclusivos y los vinculados y deja al acuerdo entre las partes la posibilidad de modificar el régimen de atribución a la entidad aseguradora de la responsabilidad civil derivada a la actuación del agente. Esta norma no es de aplicación a los operadores de banca-seguros, que se configuran como responsables civiles autónomos de sus actuaciones, salvo que acuerden otro régimen con las entidades aseguradoras para las que actúen. Esta diferencia de régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil de los operadores de banca-seguros resulta del borrador elaborado en mayo de 2017 por la DGSFP y, a través de ésta, en el *Proyecto de Ley de Distribución de Seguros* de mayo de 2018 (BOCG 22-1, de 23 de mayo de 2018), en cuya EM (§.IV) se indicaba que «en relación con los operadores

de banca-seguros, se configuran desde un punto de vista normativo como agentes de seguros y podrán, como éstos, actuar como operadores de banca-seguros exclusivos, o vinculados, si bien con ciertas particularidades relativas a cuestiones como su relación directa con la Autoridad supervisora, la responsabilidad civil profesional [...]».

A tenor de la anterior previsión normativa, resulta que, de los daños ocasionados, manera dolosa o negligente, por un agente de seguros a su cliente en el marco de la relación de prestación de servicios profesionales de esta naturaleza, responderá la entidad aseguradora con la que hubiese concertado el contrato de agencia, sin perjuicio de esta previsión, la compañía de seguros podrá repetir (acción de regreso, de reintegro o de reembolso) contra el agente que haya actuado de manera dolosa o culposa en la causación del daño al cliente, lo que ocurrirá en todos aquellos casos en los que el daño traiga causa del incumplimiento de una obligación legal que incumba al agente. Precisamente en relación con la responsabilidad civil de la entidad aseguradora derivada del error en el que ésta incurre como consecuencia de la actuación de su agente de seguros, se pronunció la STS 53/2019, de 24 de enero [RJ 2019\170], calificando la conducta de la entidad aseguradora que seguidamente se expone como generadora de una responsabilidad civil profesional: una sociedad tomadora de un seguro y asegurada comunicó al agente de seguros de la entidad aseguradora que había adquirido una nueva máquina que determinaba la modificación del riesgo y la elevación del valor de la maquinaria asegurada. El agente de seguros, sin someter a la asegurada a cuestionario de declaración de riesgo alguno, informa a la entidad aseguradora que dicha máquina se integraba en una determinada garantía y no en otra, que era la correcta. Producido un incendio, la aseguradora aplicó las normas de infraseguro por razón de que la referida máquina se había incluido en una garantía no afectada por la cobertura de incendios. EL TS argumenta que la asegurada declaró que había adquirido una máquina y que era al agente o a la entidad aseguradora a quienes correspondía incluir en la garantía correcta la cobertura de la misma, por ser éstos los conocedores técnicos de las coberturas incluidas en la póliza de seguro. Señala el TS que *«frente a esa negligencia de la aseguradora, que debemos calificar como profesional, puesto que es ella quien tiene los conocimientos para incluir en un apartado u otro de la cobertura el tipo de bien asegurado, no cabe apreciar negligencia por parte del tomador del seguro, en esa especie de concurrencia de culpas que estima la Audiencia Provincial, pues ni la tomadora tiene obligación de suplir las omisiones o incorrecciones de la aseguradora en un ámbito, insistentísimo, que es de naturaleza especial y profesional, ni ha incumplido su deber de comunicar la agravación del riesgo»* (F.D. 3º.3).

Por su parte, la SAP León, Secc. 2ª, 276/2014, de 17 de diciembre [JUR 2015\50417] —revocando la sentencia dictada en la primera instancia— declaró la responsabilidad civil de una compañía de seguros por negligencia imputable a su agente exclusivo de seguros en la información contractual y en el asesoramiento prestado a la demandante perjudicada, en el momento de contratar un seguro «combinado de comercio», al no haber consignado en la póliza, como actividad asegurada la de expendeduría de tabaco y timbres que, junto con la de librería, constituían el riesgo que debía haber sido asegurado, produciéndose una situación de infraseguro.

En la jurisprudencia se constatan distintos supuestos de responsabilidad civil de distribuidores de seguros. Así, la STS 737/2005, de 3 de octubre [RJ 2005\8743] estimó la responsabilidad civil de un mediador de seguros —corredor— por una actuación negligente consistente en no haber comunicado al tomador del seguro el rechazo de la proposición de seguro, ni tampoco reclamarle el pago resto de la prima, habiendo sido declarada la entidad aseguradora responsable civil —en vía penal— frente a un tercero por daños causados por el vehículo asegurado, partiendo de que el impago de la primera prima no era imputable al tomador que efectuó un anticipo a cuenta de ella en la correduría de seguros finalmente declarada responsable civil por su actuación negligente.

Por su parte, la STS 308/2006, de 23 de marzo [RJ 2006\1595] desestima la existencia de responsabilidad civil imputable a la actuación del mediador de seguros, pretendidamente derivada del hecho de no haber comunicado a la entidad aseguradora el cambio de ámbito territorial de la cobertura de un seguro de robo (los daños cuyo resarcimiento pretendía el tomador y asegurado eran los constituidos por el hecho de que acaecido el siniestro —el robo— éste había quedado sin cobertura por la falta de extensión de cobertura al lugar en el que tuvo lugar), al no resultar acreditado que el tomador había remitido al corredor las instrucciones al respecto.

2 LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL AL ASEGURADOR POR HECHOS DAÑOSOS DE SUS AGENTES

A terno de lo dispuesto en el art. 143 del RD Ley 3/2020, cuyo apartado 2º excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a los operadores de banca-seguros, sin perjuicio de la responsabilidad penal o de otra índole en que pudiera incurrir el agente de seguros en el ejercicio de su actividad de distribución de

seguros, será imputada a la entidad aseguradora con la que hubiera celebrado un contrato de agencia de seguros la responsabilidad civil profesional derivada de su actuación y de la de sus colaboradores externos, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los contratos de agencia celebrados.

La imputación y asunción de la responsabilidad del agente por parte del asegurador está supeditada a la vigencia del contrato de agencia de seguros, si bien debe considerarse que la responsabilidad del asegurador lo es en relación con hechos dañosos del agente realizados durante la vigencia del referido contrato, aun cuando la reclamación se realice una vez que aquél se haya extinguido, por cualquier causa, siempre que la acción de responsabilidad civil no haya prescrito. La responsabilidad del asegurador se extenderá también a los hechos imputables a los colaboradores externos, salvo que se haya prohibido contractualmente acudir a éstos en la actividad de distribución.

La exclusión de este sistema de responsabilidad de los operadores banca-seguros carece de una razón de ser de la que dé cuenta la norma que lo establece, cuando realizan actividades similares. El operador de banca-seguros, en todo caso, puede invocar y acreditar ante la reclamación de un asegurador, que la aseguradora con la que ha contratado el contrato de agencia asume la responsabilidad civil derivada de sus hechos u omisiones dañosas —mediante el correspondiente certificado emitido por esta entidad aseguradora—, al tiempo que puede cubrir su propia responsabilidad civil con la contratación de un seguro de esta naturaleza. En el caso de que el asegurador no asuma la responsabilidad del operador banca-seguros, éste está obligado a concertar un contrato de seguro de responsabilidad civil profesional (art. 152.1, letra g) del RDLey 3/2020).

5ª parte

La responsabilidad civil profesional de los prestadores de servicios sanitarios

1 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES DE LA SANIDAD: PANORAMA NORMATIVO

La idea inicial y de la que ha de partirse para tener una idea aproximada y atinada del sistema de responsabilidad civil en la que pueden incurrir los profesionales sanitarios y la correlativa imputación de daños causados con ocasión de la prestación de servicios médicos o de asistencia sanitaria radica en la distinción que ha de realizarse entre la prestación de asistencia sanitaria en el ámbito privado y en el ámbito público y ello por cuanto las normas que rigen en ambos ámbitos prestacionales y también los órganos jurisdiccionales que han de conocer sobre la existencia de un supuesto de responsabilidad civil, o no, son distintos. En el primer caso —prestación privada de servicios médicos o sanitarios—, se aplican las normas que regulan la prestación de servicios a consumidores (básicamente el TRLGDCU y el CC) y el conocimiento de las acciones ejercitadas corresponde al orden jurisdiccional civil; mientras que en el segundo caso —prestación públicas de servicios médicos—, resultan de aplicación las normas contenidas en los arts. 32 a 37 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público* (en adelante, LRJSP) y preceptos concordantes, correspondiendo la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo (art. 2, letra e) de la LJCA).

La segunda idea, o premisa, que ha de tenerse presente es que el legislador español ha optado por el establecimiento de un sistema de responsabilidad civil objetiva —independiente del juicio acerca de la diligencia o negligencia del agente del daño— tanto en la sanidad pública, como en la sanidad privada. En el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas Sanitarias esta afirmación resulta de lo dispuesto en el art. 32.1 de la LRJSP, que no es sino el necesario trasunto de la previsión constitucional del art. 106.2 de la CE que, además de ser heredera de la tradición garantista de los derechos de los ciudadanos iniciada con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y continuada con la LRJAE de 1957, puede considerarse como una manifestación del *Welfare State* y del Estado social y democrático de Derecho.

En el ámbito de la sanidad privada, el art. 148.II del TRLGDCU establece expresamente un sistema de responsabilidad civil objetiva para los servicios sanitarios en el marco de una norma cuyo presupuesto es que se trate de servicios que incluyen una garantía de pureza, eficacia o seguridad cuyo mero incumplimiento por el prestador, unido a la causación de un daño al usuario determina la imputación de la responsabilidad civil. La jurisprudencia del TS ha limitado la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva que contempla el art. 148.II del TRLGDCU al ámbito de los daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios —daños vinculados causalmente a los aspectos organizativos de la prestación de servicios sanitarios—, con exclusión de su aplicación al personal que tiene la condición de profesional sanitario (SSTS de 5 de enero de 2007 [RJ 2007\552], que proyecta el referido régimen de responsabilidad civil sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no alcanza a los daños imputables directamente a los actos médicos; y de 18 mayo 2012 [RJ 2012\6356] que expresamente relega la aplicación de la responsabilidad civil objetiva por la prestación de servicios sanitarios a los aspectos organizativos del servicio).

Frente a las críticas de que ha sido objeto la opción del legislador español al conformar un sistema de responsabilidad civil objetiva para la asistencia sanitaria formuladas por un sector doctrinal argumentando sobre la premisa de que la única finalidad normativa de la responsabilidad civil extracontractual es indemnizatoria, no habiendo sido diseñada para realizar la justicia distributiva ni para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes; debe afirmarse que el sistema puede funcionar adecuadamente sin generar costes exorbitantes ni para las Administraciones Sanitarias Públicas, ni para los prestadores privados de servicios sanitarios y ello porque responsabilidad objetiva no es equivalente a responsabilidad en todo caso, si no que el criterio de imputación no es la culpa del agente pero este dato en nada incide en su función indemnizatoria —que la conserva— sino en las razones que se toman en consideración para atribuir —distribuir— el coste de los daños.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva en el ámbito de la prestación de servicios médicos o sanitarios, en general, parecería también, «*prima facie*», no resultar compatible con la tradicional configuración de las obligaciones derivadas de la prestación de dichos servicios como una obligación de medios. En efecto, es con ocasión de la compatibilización de aquel régimen con esta configuración cuando se plantea con toda su virulencia la dificultad de la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva a los servicios sanitarios: si la obligación del profesional sanitario se configura como una obligación de medios y, en consecuencia, consistente en desplegar

las normas de diligencia profesional exigible en la realización de su actividad, ¿cómo se hace esto compatible con la aplicación de un sistema de responsabilidad en el que suprime toda valoración de la diligencia de la conducta a la que se atribuye la causación del daño? Un sistema de responsabilidad civil en el que el simple resultado antijurídico se reputa suficiente para imputar la responsabilidad al sujeto que realiza la acción a la que se atribuye la causación del daño no parece compatible con el carácter de una obligación de medios atribuido a la obligación del médico, en la que, por definición, no es exigible resultado alguno. Acaso sea esta la razón que subyace a la renuencia de la jurisprudencia española a aplicar con todas sus consecuencias —mejor sería decir, correctamente— la responsabilidad civil objetiva que, como opción legislativa, se ha previsto en el Ordenamiento jurídico español para los daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios.

2 RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

2.1 Regla general: imputación de la responsabilidad civil por culpa o negligencia profesional

Tradicionalmente en materia de responsabilidad civil de los profesionales sanitarios —y, en particular, del personal facultativo—, los órganos jurisdiccionales civiles han afirmado la aplicación del régimen de responsabilidad civil subjetiva o por culpa que se establece, como regla general del sistema, en el art. 1902 del CC, poniendo especial énfasis en rechazar a este ámbito de actividad profesional el expediente de inversión de la carga de la prueba que la Sala de lo Civil del TS, como expediente de «*objetivización*» de la responsabilidad civil que viene aplicando en otros ámbitos de actividades generadores de responsabilidad civil, de tal manera que es al paciente perjudicado —o, en su caso, a sus familiares o allegados— a quien incumbe, de conformidad con la regla que prevé el art. 2172 de la LECiv —sin perjuicio de las imprescindibles matizaciones de esta regla que resulta de la influencia del principio de disponibilidad facilidad probatoria que se consagra en el apartado 7º de aquel mismo precepto de la LECiv—, la carga de la prueba de la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual (existencia y realidad del daño, antijuridicidad, título de imputación y relación de causalidad) y, entre ellos, señaladamente, la prueba de la culpa o la negligencia profesional en que

haya incurrido el profesional —o los profesionales— demandado(s). Por lo tanto, el actor soportará, en su caso, las consecuencias desfavorables para sus intereses de la falta de prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil y, en particular, del criterio de imputación. En aplicación de este régimen jurídico resulta paradigmática la STS de 18 mayo 2012 [RJ 2012\6356] al afirmar que debe descartarse una responsabilidad objetiva en los supuestos de praxis médica, en tanto que resulta de aplicación el art. 1902 del CC, que se funda en la culpabilidad y exige la prueba de la relación o nexo de causalidad y de la culpa, de manera que sobre el perjudicado recae la carga de la prueba de que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para en el mismo, en el momento en que fue realizado.

La culpa que permite imputar a un profesional sanitario —con independencia de su condición de personal facultativo, o no— la responsabilidad civil por un determinado resultado lesivo para el paciente viene representada, obviamente, por una falta de diligencia o de previsión, habiendo sido definida adecuadamente como la infracción por parte del médico de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La observancia de las reglas que rigen la actuación médica y que conforman su «*lex artis*» —integrada, en esencia, por los llamados «*protocolos médicos*» de actuación— permite, en línea de principio, rechazar la calificación de negligente o imprudente del comportamiento del profesional de la medicina. La llamada «*lex artis ad hoc*» se erige así como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico. En efecto, el concepto de «*lex artis*» médica se configura como «*aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico*» (FD 1º de la STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006\9172]). La «*lex artis ad hoc*» es la forma particular de tratar un caso clínico concreto; sería la aplicación de las reglas y normas de actuación en medicina a un paciente concreto y determinado (la personalización de cada acto médico). De esta manera, se toman en consideración las especiales características del facultativo, de su posible especialización, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes.

En consecuencia, la «*lex artis*», como criterio al que ha de adecuarse la actuación médica, en orden a permitir la calificación del acto médico como realizado de manera diligente o no culposa exige la realización de todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, «*realizadas las comprobaciones que el caso*

requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles» (STS 23 de septiembre de 2004 [RJ 2004\5890]). Como consecuencia de este modo de argumentar, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior del paciente dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen al paciente. La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que presente una seguridad plena, de manera que la evolución posterior que no resulte previsible y evitable no permite fundar un juicio de culpabilidad realizado «*a posteriori*». De igual forma, las consecuencias negativas e inevitables, producidas por la propia enfermedad del paciente y su evolución (no ligadas a una práctica clínica incorrecta), que son evitables, no son susceptibles de generar el nacimiento de una responsabilidad civil subjetiva.

Para valorar si la actuación del profesional sanitario se ha adecuado, o no, a aquella «*lex artis*», han de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, el supuesto concreto al que se aplican las técnicas de la medicina y la situación del paciente: estado, evolución de la enfermedad o dolencia, modo de reacción de su organismo a las terapias y a la medicación a la que esté sometido. Con todo, no puede dejar de precisarse que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que somete la responsabilidad civil médica al sistema común de responsabilidad civil subjetiva, «*dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el Derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo*» (STS de 25 de abril de 1994 [RJ 1994\3073]).

En especial en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la actividad médica o de la prestación de servicios médicos y argumentando en derredor de las dificultades de prueba de la concurrencia del título subjetivo de imputación, la Sala de lo Civil del TS ensayó la utilización de diversos criterios para suavizar esta exigencia, «*objetivando*» la responsabilidad civil en este ámbito: la presunción de culpa, la aplicación de la regla «*res ipsa loquitur*», la prueba «*prima facie*» o la culpa virtual. Entre estos expedientes o instrumentos se encuentra la presunción de culpa, a partir de la constatación de un resultado

dañoso anómalo. El ejemplo paradigmático estaría representado por la STS de 2 de diciembre de 1996 [RJ 1996\8938], dictada como consecuencia de la minusvalía del 92,5% padecida por la madre, como consecuencia del parto y de la hemorragia sufrida. En efecto, en la década de los años noventa del pasado siglo, un número considerable de Sentencias de la Sala de lo Civil del TS consideraron concurrente el necesario título subjetivo de imputación partiendo de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado (cuya apreciación permitiría tener por acreditada la prueba del título subjetivo de imputación de la responsabilidad civil).

A partir de la STS, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005\8547] se puede advertir un retorno al criterio de imputación subjetivo o por culpa, de manera que, en todo caso la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual del facultativo requiere la prueba de la culpa y de la necesaria relación de causalidad que ha de mediar entre la actuación negligente y el daño cuyo resarcimiento se pretende por el perjudicado. Un supuesto paradigmático de responsabilidad por falta de diligencia —impudencia grave— es el contemplado, en el seno de un procedimiento penal seguido por imprudencia profesional grave causante de una aborta con fallecimiento del feto, por la SAP Sevilla, Sección 1ª, de 29 de diciembre de 2009 [ARP 2010\567], en la que se condena a dos matrones como consecuencia de una falta de adecuación de su modo de proceder a las exigencias de la «*lex artis*», así como a su deber profesional de control y seguimiento del parto. En el supuesto resuelto por esta Sentencia, se constató que la falta de bienestar fetal se manifestó, de manera evidente, en los registros tococardiográficos practicados a la paciente monitorizada, pese a los cual, los demandados no avisaron al ginecólogo para que procediese a valorar la situación, produciéndose el fallecimiento del feto, que se hubiera evitado mediante su extracción, por cuanto su muerte no fue inmediata, sino que se fueron deteriorando sus constantes durante horas.

De igual manera, el pronunciamiento de condena contenido en la SAP Madrid, Secc. 20ª, de 19 de abril de 2007 [JUR 2007\211825] se asienta en el incumplimiento de los protocolos de «*Procedimientos Diagnósticos y Terapéuticos en Obstetricia*» aprobados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. En el caso objeto de esta Sentencia se estima la existencia de un supuesto de responsabilidad como consecuencia de la falta de funcionamiento del monitor, habiéndose ocasionado al recién nacido una parálisis cerebral. La AP considera acreditado que no hubo un diligente seguimiento, control y vigilancia de la frecuencia cardíaca fetal. La STS 438/2009, de 4 de junio [RJ 2009\3380] contempla la existencia de un supuesto de responsabilidad civil derivado de la actuación negligente de los profesionales sanitarios —y, por

ende, de su entidad aseguradora de la responsabilidad civil de la clínica para la que prestaban sus servicios profesionales — que, mediante la administración de un medicamento causaron a la hija de los actores / perjudicado, nacida 24 horas antes, graves daños cerebrales que determinaron su fallecimiento.

También deben reputarse supuestos de daños imputables a negligencia profesional aquellos casos en los que los sujetos que prestan los servicios sanitarios no tienen la titulación necesaria para la prestación de los mismos. Así acontece en el caso resuelto por la SAP Las Palmas, Secc. 4ª, de 22 de abril de 2003 [AC 2004\300], en el que la comadrona no tenía un título homologado en España y el ginecólogo estuvo ausente durante la primera hora del parto. Este se prolongó de manera excesiva, con sufrimiento fetal y produciéndose el fallecimiento del feto por hipoxia.

En el ámbito de actos médicos esta doctrina que exige la prueba de la culpa o negligencia del facultativo como presupuesto necesario para la imputación de responsabilidad civil subjetiva y las consecuencias derivadas de la ausencia de prueba del mismo se acoge en la STS de 29 de enero de 2010 [RJ 2010\418]. El fundamento de la acción ejercitada está constituida por las lesiones sobre el plexo braquial sufridas por un recién nacido derivadas de parto vaginal y no por cesárea elegido por el facultativo. La STS, revocando la dictada en grado de apelación, exonera de responsabilidad civil al facultativo demandado, argumentando sobre la idoneidad de ambas técnicas de alumbramiento y del protocolo ginecológico seguido, sin que concurran datos que permitieran esperar un resultado distinto.

Considera el TS que la responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no se puede obligar a la garantía de un resultado concreto. El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente (STS, Civil, 125/2006, de 8 de febrero [RJ 2006\544]). En el caso contemplado por la STS de 29 de enero de 2010 [RJ 2010\418], considera el TS que no es posible establecer una relación de causalidad culposa entre la lesión sobre el plexo braquial y el tipo de parto elegido, ya que no había una indicación expresa que aconsejara la cesárea para prevenir el daño, habiéndose realizado el seguimiento del embarazo conforme a los protocolos adecuados, y admitiéndose

en las pruebas la corrección en el tratamiento y que no había ningún dato que permitiera esperar un resultado diferente. En esta misma STS, la Sala de lo Civil exonera también de responsabilidad civil a la clínica en la que tuvo lugar el alumbramiento y a los ginecólogos que atendieron el parto, partiendo de la calificación de la praxis médica en el desarrollo del parto como correcta, la Sentencia exonera de la responsabilidad sobre el diagnóstico tardío de la cardiopatía grave de carácter congénito —el diagnóstico tardío de cardiopatía congénita que determinó una intervención quirúrgica en situación de urgencia y extrema gravedad—, estimando que el daño experimentado por el recién nacido, que es el fundamento de la responsabilidad civil, no aparece asociado a una actuación u omisión negligente y ello por cuando la enfermedad no resulta de una actuación médica, sino que es de carácter congénito, considerándose que sería inútil cualquier acto médico dirigido a intentar evitar su padecimiento y que hubiese proporcionado una solución distinta.

Los argumentos en los que descansan los pronunciamientos exoneradores de responsabilidad civil contenidos en la STS de 29 de enero de 2010 [RJ 2010\418] contrastan con la doctrina jurisprudencial que resulta de las Sentencias de la misma Sala Civil del TS que acogen la llamada doctrina de la «*pérdida de oportunidad*», en relación con los arts. 1544 y 1101 del CC, a tenor de la cual basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, puesto que, de haberse tomado todos los medios de los que se dispone en la medicina actual, acaso el daño no se hubiera producido. En el ámbito de la prestación de servicios sanitarios en la sanidad pública la STS, Sala 3ª, de 25 de junio de 2010 [RJ 2010\5886] estimó la existencia de responsabilidad civil por la pérdida de oportunidad de los padres de una menor de proteger a ésta con una vacuna eficaz contra la «meningitis C», como consecuencia de defectos de información en campaña de vacunación.

El régimen expuesto encuentra, en la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del TS, las dos excepciones que se exponen en los epígrafes que siguen.

2.2 Excepciones a la imputación subjetiva (1): medicina reparadora o satisfactiva

En el caso de intervenciones quirúrgicas de medicina reparadora o perfectiva del paciente, en las que se considera que el profesional sanitario asume una obligación de resultado y no de medios, de manera tal que, si aquel resultado no se alcanza, es responsable del incumplimiento frente al paciente. En definitiva,

se trata de supuestos en los que la prueba del incumplimiento por el paciente coincide con la demostración de no haberse alcanzado el resultado pretendido, desplazándose la carga de la prueba liberatoria de la responsabilidad sobre el profesional sanitario.

Existe un notable número de actos médicos en los que el profesional de la medicina está obligado a la obtención de un resultado. Se trata de las llamadas intervenciones «*de fácil ejecución*», por el estado de la ciencia y las condiciones del paciente, las intervenciones odontológicas, las intervenciones que consisten en la implantación de determinadas prótesis (tanto dentarias, como mamarias, etc.), la realización de análisis clínicos y de radiodiagnóstico o las graduaciones ópticas e incluso las intervenciones quirúrgicas que tienen como finalidad la obtención de un resultado concretado en la supresión de una facultad biológica —como es el caso de las operaciones de vasectomía y de ligadura de trompas—, aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia muestran unos criterios uniformes en relación con estas últimas. La jurisprudencia ha aproximado notablemente la responsabilidad derivada de las intervenciones de medicina satisfactiva (medicina voluntaria no curativa) —cirugía plástica estética o embellecedora (no así aquella que se configura como reparadora o necesaria)— a la derivada del incumplimiento de las obligaciones de resultado, extrapolando, en ocasiones, al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado alterando con ello el esquema de la carga de la prueba, de manera que, aun resolviendo con fundamento en las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual, de la simple acreditación de la causación del daño se infiere la negligencia del demandado.

En el ámbito de la llamada medicina satisfactiva o reparadora, la jurisprudencia, hasta fechas recientes, ha ido aproximando las obligaciones del personal facultativo y, en particular de los médicos odontólogos y estomatólogos a las asumidas como consecuencia de la celebración de un contrato de obra, comprometiéndose así el profesional a la consecución de un determinado resultado. Esto ocurría ordinariamente en supuestos en los que existía una deficiente información del paciente al que se inducía así a pensar en que se trataba de sencillas intervenciones con un resultado garantizado. Con todo, a partir de la STS de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005\8547] se puede advertir un retorno al criterio de imputación subjetivo o por culpa, de manera que, en todo caso, la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual del facultativo requiere la prueba de la culpa y de la necesaria relación de causalidad que ha de mediar entre la actuación negligente y el daño cuyo resarcimiento se pretende. La línea doctrinal reabierta por la STS citada recibió expresa continuación en la

Sentencia de la misma Sala Civil del TS de 4 de octubre de 2006 [RJ 2006\6248] dictada a propósito de un tratamiento de implante capilar artificial —que puede reputarse como un ejemplo paradigmático de medicina satisfactiva— y en la que se estimó la responsabilidad del facultativo como consecuencia de la deficiente información de los riesgos que conllevaba la intervención; así como en la STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006\9172], en un caso en el que se produce la isquemia de un brazo escayolado. En estas resoluciones jurisprudenciales se aprecia que la no identificación de los supuestos de medicina satisfactiva con la asunción, en todo caso, de una obligación de resultado por el médico o facultativo que realiza la intervención. Esta evolución jurisprudencial llega a su formulación más clara en la STS de 27 de septiembre de 2010 [RJ 2010\5155], que supone una quiebra en el modo de argumentar pretérito, al afirmar que, aun tratándose de medicina voluntaria —una intervención de cirugía estética o plástica—, la obligación de resultados sólo se puede mantener cuando se pacte expresamente o cuando el resultado se garantice expresamente por el facultativo.

2.3 Excepciones a la imputación subjetiva (2): Daños derivados de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (nosocomiales), así como derivados del uso (diligente) de materiales defectuosos

En estos supuestos de daños corporales derivados de infección contraídas —o reactivadas— en los centros médicos y hospitalarios —infecciones nosocomiales— la jurisprudencia del TS —a partir de las Sentencias de 1 de julio de 1997 [RJ 1997\5471], de 21 de julio de 1997 [RJ 1997\5523] y de 11 de febrero de 1998 [RJ 1998\707]— ha optado por la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva que se establece en el art. 148.II del TRLGDCU, en el que se incluye expresamente la prestación de «*servicios sanitarios*». En estos supuestos, mientras que al profesional facultativo no se le puede exigir más que una actuación diligente, adecuada a las reglas de la ciencia de la que es perito, la responsabilidad del centro en que presta sus servicios es configurada de manera objetiva. La STS de 31 de enero de 2003 [RJ 2003\646], a propósito de la aplicación de la doctrina del riesgo desproporcionado ha precisado que, si se produce un resultado dañoso, que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. Esta Sentencia viene a seguir la doctrina que constituye el fundamento del fallo de sus Sentencias de 29 de junio de 1999 [RJ 1999\4895] y de 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9496]. En virtud de esta última, el TS confirmó los

extremos condenatorios de la Sentencias dictada en instancia, salvo en lo que afectaba a un pronunciamiento sobre las costas procesales, en atención a la denominada «*doctrina sobre el daño desproporcionado*», del que se desprenden la culpabilidad del autor que corresponde a la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia.

La STS de 26 de marzo de 2004 [RJ 2004\1668] vuelve a analizar y a sintetizar los requisitos que han de concurrir, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS, para que pueda enjuiciarse la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios desde el régimen objetivo que resulta del art. 148.II del TRLGDCU para la prestación de servicios sanitarios. La Sentencia citada vuelve a los criterios reflejados en la jurisprudencia anterior, a tenor de la cual, a pesar del carácter social que inspira la LGDCU y de que en ella se establezca un sistema específico de responsabilidad civil para los profesionales sanitarios por los daños causados a los usuarios de estos servicios, ello no permite desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo, de manera que «*la interpretación en conjunto y racional de la LGDCU no autoriza a prescindir del factor de culpa en el presunto responsable*».

Más recientemente, la STS 446/2019, de 18 de julio [RJ 2019\3471], casando la sentencia dictada en grado de apelación, estima la responsabilidad civil del centro hospitalario demandado —junto con la entidad aseguradora de su responsabilidad civil— como consecuencia de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento, por infección nosocomial contraída en el hospital, del cónyuge y padre de los actores perjudicados. La Sentencia estima la concurrencia de relación de causalidad de la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica que le fue practicada. Afirma el TS que el enfermo es evidente que tenía una legítima expectativa de seguridad de no contraer en el centro hospitalario una patología adicional a la que sufría y que precisamente desencadenó su muerte, como también a no ser expuesto a un tratamiento inadecuado que aumentase los riesgos de contraer una complicación como la reseñada, al tiempo que precisa que no se puede achacar al paciente ningún comportamiento imputable a su persona generador de la infección nosocomial contraída, ya que siempre respetó las indicaciones médicas pautadas sin mostrar oposición a las mismas. Añade, además, que las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles, de manera tal que la falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a

su ingreso y con respecto a la cual no le incumbe la carga de la prueba de la manera en la que la contrajo.

La responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad civil médica se aplica también en los supuestos de daños vinculados al uso diligente de materiales defectuosos y al fallo en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención o en supuestos de daños desproporcionados en relación con el riesgo atribuible a una determinada intervención médica. Pese a que alguna Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (en consecuencia, en el ámbito de daños ocasionados en servicios sanitarios públicos y, en consecuencia, imputables a la Administración Pública Sanitaria) ha aplicado la doctrina de la pérdida de oportunidad como criterio de imputación —*v.gr.*, STS, C-Adm, 462/2018, de 20 de marzo [RJ 2018\1376], en un supuesto de retraso en la realización de una biopsia cerebral—, de manera que procede indemnizar el daño si otra conducta alternativa hubiese determinado la posibilidad de evitar o de minimizar el daño causado, la doctrina mayoritaria considera que no se trata de un criterio aplicable en el ámbito de una responsabilidad civil imputable conforme a criterios subjetivos.

3 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PERSONAL SANITARIO EN RÉGIMEN DE DEPENDENCIA

Es frecuente que los servicios sanitarios en el ámbito privado se presten por un profesional —facultativo o no— en régimen de dependencia laboral, de manera que resultará de aplicación la norma prevista en el art. 1903.IV del CC. Este precepto regula la llamada responsabilidad civil por hecho ajeno en virtud de la cual ciertos sujetos responden civilmente por el hecho dañoso cometido por personas con las cuales les unen determinados vínculos de dependencia.

La responsabilidad civil por el hecho de los dependientes establecida en el 1903.IV CC incumbe a los dueños y directores de establecimientos o empresas, incluidos aquellos destinados a la prestación de servicios sanitarios (es necesario completar su régimen jurídico con la previsión de los arts. 120.2º a 4º del CP en aquellos casos en los que la actuación del dependiente sea constitutiva de un delito o falta). Este precepto establece una responsabilidad directa y no subsidiaria, de manera que es posible que el perjudicado se dirija de manera directa y exclusiva al sujeto del cual depende el profesional sanitario, sin perjuicio de que también éste pueda ser demandado, con fundamento en el art. 1902 del CC, en cuyo caso la responsabilidad civil será solidaria.

El art. 1903 del CC establece un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa. Sin embargo, la culpa o negligencia funciona como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria frente al empresario, de manera que el perjudicado no tiene que acreditar la culpa para que se estime su pretensión, pero el empresario puede acreditar un comportamiento diligente para quedar exonerado de responsabilidad. Esta culpa-hecho obstativo se denomina culpa «*in vigilando*» o «*in eligendo*», lo que hace referencia a que consiste en un incumplimiento de los deberes de diligencia relativos a la vigilancia, elección o instrucción del profesional dependiente. No se trata, por lo tanto, de una verdadera responsabilidad vicaria, sino por culpa propia.

Los hechos que deben ser acreditados por el perjudicado para que su pretensión tenga éxito son los cuatro que siguen:

1º) La condición de empresario. Según la doctrina sujeto responsable es todo titular de una explotación económica en sentido amplio, sea persona física o jurídica y con independencia del título que ostente sobre la explotación

2º) La relación de dependencia entre el empresario y el sujeto agente el daño. En general se requiere: *a)* el hecho de realizar una actividad por cuenta o en interés de otro; *b)* que en la realización de la actividad el sujeto en cuestión se halle sometido a la dirección u órdenes del empresario. La dependencia, el sometimiento al que se refiere el precepto es de naturaleza jurídica —no económica—, jurídico-laboral, funcional, civil o de otra índole.

En el caso de prestación de servicios médicos, la responsabilidad de la empresa por hechos de sus empleados ha sido reconocida, entre otras, *v.gr.*, por la STS de 21 de junio de 2006 [RJ 2006\3080] —relación de dependencia o subordinación entre el empresario y el profesional sanitario que a través de una inyección afectó al nervio ciático de la paciente—; por la STS de 23 de noviembre de 2004 [RJ 2004\7384], en virtud de la que se estimó la responsabilidad civil del centro médico y del médico ginecólogo que dependía de aquél, en un supuesto de hipoxia derivada de sufrimiento fetal que determinó el nacimiento de un niño con atrofia cerebral global; por la STS de 24 de marzo de 2001 [RJ 2001\3986], que declaró la responsabilidad civil de la sociedad titular del centro hospitalario que designó al médico en un supuesto de ceguera bilateral de un recién nacido originada en las primeras semanas que permaneció en la incubadora, como consecuencia de la omisión de las exploraciones oftalmológicas aconsejadas por la «*lex artis*», partiendo de la constatación de la existencia de una relación de dependencia.

Por no concurrir esta relación de dependencia entre el centro sanitario y la ginecóloga que prestó la asistencia al parto, la STS de 23 de diciembre de 2002 [RJ 2002\914] a pesar de estimar la existencia de responsabilidad civil de la ginecóloga, se exoneró al sanatorio que aquella había elegido para el parto, señalando que «*nada tiene que ver con el daño*». En este mismo sentido, la STS de 4 de octubre de 2004 [RJ 2004\6066] estimó la responsabilidad del médico toco-ginecólogo y de la comadrona derivada del daño consistente en deficiencias crónicas por parálisis cerebral mixta originada por falta de oxigenación y sufrimiento fetal en periodo entre la rotura de aguas meconiales y el parto; exonerando a la entidad propietaria de la clínica al apreciar la inexistencia de una relación de dependencia funcional.

3º) La actuación del dependiente en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas. Para que el empresario pueda exonerarse de responsabilidad, actualmente es necesario que el daño se infiera con total independencia de las tareas asignadas, sin que sea suficiente una mera extralimitación temporal o variaciones respecto de lo encomendado.

4º) La culpa del dependiente. En ocasiones el art. 1903.IV CC se aplica cuando el dependiente no ha sido identificado y el daño se puede imputar en general a la actividad de la empresa lo que realmente constituye un supuesto de responsabilidad *ex art.* 1902 CC.

La responsabilidad civil de los centros sanitarios en estos supuestos exige que concurra la responsabilidad de los profesionales sanitarios, que actúan como auxiliares del cumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos concertado por el paciente o usuario con el centro sanitario. La acción de responsabilidad civil del paciente es de naturaleza extracontractual y, en consecuencia, está sometida al plazo de prescripción de un año *ex art.* 1968.II del CC, como ha precisado, *v.gr.*, la STS de 19 de diciembre de 2008 [RJ 2009\536].

La interpretación objetivadora ha sido especialmente virulenta en relación con la responsabilidad del empresario del art. 1903.IV CC, en tanto que son escasísimos los pronunciamientos jurisprudenciales en virtud de los que se exonera de responsabilidad aplicando el último párrafo del artículo en virtud de la prueba de un comportamiento diligente, a pesar de que a veces, formalmente, se mantenga la referencia a la culpa, junto a las continuas alusiones al riesgo y al principio «*ubi commodum ibi incommodum*» como fundamentos de su responsabilidad civil.

En estos supuestos, la existencia de un seguro de responsabilidad civil del empresario —el titular de la clínica o del centro hospitalario— en el que el

profesional presta sus servicios cubre la responsabilidad civil de éste frente al usuario perjudicado. Así, la STS de 4 de junio de 2009 [RJ 2009\3380] estimó la responsabilidad del empresario y la consiguiente de su aseguradora de responsabilidad civil demandada, como consecuencia de la actuación negligente de una enfermera que administró un medicamento a la hija de los actores, provocándole daños cerebrales que ocasionaron su muerte.

El necesario complemento del art. 1903 del CC es el art. 1904 del propio CC, en el que se establece la acción de regreso en favor de los empresarios que hayan respondido por el hecho de sus dependientes. El hecho de que el art. 1903.IV CC contemple una responsabilidad civil por culpa propia del principal y, por lo tanto, aunque también exista un comportamiento dañoso culpable del dependiente, al menos al principal le corresponde una parte de la responsabilidad por el daño, no se compadece demasiado bien con la acción de regreso del art. 1904 CC, que se refiere, como contenido de ésta, a «*las cantidades satisfechas*», sin limitación alguna; si bien una interpretación conjunta de ambos preceptos debe conducir a limitar el derecho de repetición a aquella parte del daño resarcible que sea imputable a la culpa del dependiente (extremo que habrá de acreditarse al ejercitar la acción si, como sucede con alguna frecuencia, no se acreditó en el proceso anterior) y no a la totalidad del mismo, empleando los criterios propios de la concurrencia de culpas.

4 IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SUPUESTOS DE ACTUACIÓN CONJUNTA DEL EQUIPO MÉDICO

En el ámbito de la prestación de servicios sanitarios o médicos es frecuente que actúen conjuntamente un equipo multidisciplinario compuesto por especialistas de diversas áreas y con diversos cometidos —el «equipo médico»—. En el caso de la atención al parto, es común la actuación en equipo del ginecólogo o del obstetra, de la comadrona, de asistentes técnicos sanitarios, auxiliares de clínica, enfermeros, etc.

En el caso en que es posible determinar la actuación que ha causado el daño al paciente, la responsabilidad será individual del miembro del equipo médico que ha incurrido en culpa o negligencia. Obviamente los problemas se suscitan con toda su virulencia en aquellos supuestos en los que no se pueda determinar cuál de todos los profesionales que han intervenido es el agente o causante del daño. En estos supuestos, una primera posibilidad está

representada por la imputación de responsabilidad al jefe o responsable del equipo médico, de manera exclusiva; lo que acontecería, *v.gr.*, en el caso de que uno de los profesionales se encontrase bajo su directa supervisión, como acontece con los médicos especialistas en formación —es el caso de los «MIR»—. La responsabilidad solidaria del jefe del equipo se establece en el art. 3.10º de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, al imputar la responsabilidad al «*profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o usuario*».

La segunda posibilidad está representada por el establecimiento de la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del equipo, lo que resulta posible siempre que no exista una relación de dependencia entre ellos, encajando este supuesto en la categoría conocida como daño causado por un miembro indeterminado de un grupo.

Con todo, no son frecuentes los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la responsabilidad civil de los equipos médicos, lo que viene motivado por el hecho de que estos servicios profesionales suelen prestarse en el ámbito de centros asistenciales u hospitalarios, públicos o privados y en relación de dependencia.

5 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VETERINARIO

En el caso de la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios veterinarios tampoco existen normas específicas que regulen el régimen jurídico que le es propio, resultando de aplicación las normas propias del Derecho común ya conocidas. En consecuencia, el profesional de la veterinaria está obligado a realizar su actividad profesional de acuerdo con las exigencias de la “*lex artis ad hoc*”, que impone especiales conocimientos científicos, técnicas, procedimientos y saberes de la ciencia veterinaria, en ese caso concreto y para ese animal preciso, encontrándose el profesional no obligado a conseguir la curación o sanación del animal, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la técnica en el momento en el que se realiza la prestación profesional que le es requerida (*v.gr.*, STS de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2209]).

La relación que existe entre el veterinario y el propietario del animal (paciente) se configura como un arrendamiento de servicios en cuanto que el profesional sanitario sólo se compromete a realizar una actividad consistente

en prestar sus servicios dentro de la esfera propia de su actividad profesional. De aquí se deriva la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad civil contractual al amparo de lo dispuesto en los arts 1101 y concordantes del CC, existiendo el deber de indemnizar los daños y perjuicios por el profesional que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurra en dolo, negligencia o morosidad y de quien de otro modo las contravenga. En el caso del profesional veterinario que ejerce su profesión o presta sus servicios en una clínica veterinaria, en relación de dependencia, su responsabilidad frente al cliente es de naturaleza extracontractual, resultando de aplicación lo dispuesto en los arts. 1902 y preceptos concordantes del CC, sin perjuicio de la posible aplicación de la responsabilidad de la clínica / en su condición de principal, de conformidad con la regla, ya conocida, que establece el art. 1903.IV del CC.

Consecuencia de las afirmaciones realizadas en el párrafo precedente es que la responsabilidad civil del veterinario es una responsabilidad civil subjetiva, constituyendo la culpa o negligencia del profesional el criterio de imputación, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el propietario del animal la prueba de la culpa o negligencia en que haya incurrido el profesional (v.gr., SSTS 778/2009, de 20 de noviembre [RJ 2010/138] y de 1 de diciembre de 1980 [RJ 1980\4731], en relación con la muerte de determinadas reses como consecuencia de un tratamiento veterinario defectuoso). En efecto, la responsabilidad civil del veterinario es de naturaleza subjetiva o culpabilística, *«por lo que en el ámbito sanitario queda descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, así la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño corresponde probarlas al paciente o a sus herederos. El mismo criterio es de aplicación en el caso del veterinario, al tratarse de supuestos análogos»* (cfr. SAP Valencia, Secc. 3ª, 40/1999, de 5 de mayo [AC 1999\5353], en un supuesto en que declara la improcedencia de la responsabilidad civil del veterinario por muerte de un animal en una operación quirúrgica, afirmando la ausencia de negligencia en el veterinario, partiendo de la aplicación de la *«lex artis ad hoc»*, habiendo informado, con carácter previo, al actor del riesgo en el corte de las orejas al animal).

En el ejercicio de su profesión, el veterinario está obligado a adoptar los medios y emplear las técnicas adecuadas de acuerdo al estado actual de la ciencia veterinaria, así, en particular, deberá acreditar la asepsia, mantener las instalaciones en buen estado y disponer del material adecuado, contando con las condiciones adecuadas para que el diagnóstico, el tratamiento, la curación y la eventual intervención quirúrgica se produzcan con todas las garantías adecuadas. Sin embargo, no puede imputarse responsabilidad al profesional veterinario en los casos en que éste prescribe un tratamiento y el dueño del animal

hace dejación de los deberes de seguimiento (así, *v.gr.*, la SAP Madrid, Secc.14^a, 307/2009, de 27 de mayo [JUR 2010\268815] que desestima la existencia de responsabilidad civil del veterinario que había prescrito un tratamiento sin que los dueños del animal volvieran por la clínica veterinaria demandada, por lo que el perito informante no pudo valorar el tratamiento y su evolución, ni la necesidad de acudir a otras técnicas de diagnóstico). En este sentido, la STS 219/1999, de 11 de marzo [RJ 1999\1996], estimó la existencia de un supuesto de concurrencia de culpas en el caso de inutilidad de un caballo intervenido por un veterinario, considerando acreditada la falta de vigilancia por el veterinario del curso post-operatorio, así como la omisión por el dueño del caballo de medidas precautorias para impedir que el caballo se mordiese las heridas.

La falta de información del veterinario hacia los dueños del animal es también causa que genera responsabilidad, en el caso de que se conecte causalmente con el hecho dañoso, pues para que el cliente pueda decidir y consentir una determinada acción sobre el animal, debe contar con dicha información. Así, el consentimiento informado forma parte de toda actuación asistencial, resultando de aplicación analógica la doctrina jurisprudencial en relación a la información y a la prestación del consentimiento informado por el paciente en el ámbito de la responsabilidad civil médica al ámbito veterinario, sin perjuicio de la toma en consideración de las particularidades propias de ésta (STS 943/2008, de 23 de octubre [RJ 2008\5789]).

También en el ámbito de la prestación de servicios veterinarios y como hemos visto que acontecía en el caso de los servicios médicos, la jurisprudencia considera que cuando se trata de intervenciones estéticas, satisfactivas o no necesarias, como son los casos, *v.gr.*, de esterilizaciones sin patologías previas, la obligación del veterinario excede y trasciende de la mera prestación de sus servicios de forma diligente, exigiendo al profesional en éstos supuestos la obligación de alcanzar un resultado.

La responsabilidad civil profesional del veterinario comprende desde el momento en que se requiere la prestación de sus servicios y hasta que el animal es dado de alta. Así lo entienden entre otras, *v.gr.*, la SAP Salamanca, Secc. 1^a, 101/2005, de 7 de marzo [JUR 2005\100739], resolviendo el caso de la responsabilidad de una veterinaria por la no colocación de un collar isabelino para evitar el desgarrar de los puntos de suture, produciéndose este daño y por la ausencia de información a los dueños del animal de los riesgos derivados de no ponérselo. La AP de Salamanca argumenta que la responsabilidad profesional de la veterinaria abarca desde la intervención y hasta la retirada de los puntos de sutura del animal.

En el caso de que se estime la existencia de responsabilidad del profesional veterinario, se suscita la cuestión atinente a los conceptos o partidas indemnizables y, en particular, a la indemnizabilidad del daño patrimonial consistente en el valor patrimonial del animal, así como el daño moral (derivado de la afección sentimental por la pérdida del animal). En el caso de determinado tipo de animales, como es el caso de los animales de granja, objeto de explotación económica, no debe dudarse de la toma en consideración de su valor venal a efectos de determinar la indemnización, así como la inclusión como partidas indemnizables de los gastos asistenciales abonados al veterinario, así como de otros costes y gastos en que haya de incurrir el propietario del animal y que se deriven de la muerte del animal, como pueden ser la necropsia, la incineración y la eutanasia.

En relación con la indemnizabilidad del daño moral en el caso de que se trate de un animal de compañía, ésta la contempla con carácter imperativo del apartado 4º del art. 333.bis del CC, fruto de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, *de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales*, a tenor del cual, «*en el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado*».

6.^a parte

La responsabilidad civil profesional de los arquitectos y de los arquitectos técnicos

1 LAS COMPETENCIAS PROFESIONALES DE LOS ARQUITECTOS

Las competencias profesionales de los arquitectos y, en consecuencia, las tareas que pueden asumir son muy variadas, siendo las principales las que se enuncian seguidamente:

1) Elaboración de los proyectos de edificación y dirección de obras de edificación de toda clase (DD de la Ley 7/1997, de 14 de abril, *de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales*, en relación con el art. 1.1 del Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio). En este ámbito son de la exclusiva competencia de los arquitectos la elaboración del proyecto y la dirección de las obras de edificación destinadas a alguno de los siguientes usos: administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural (arts. 10.2.a y 12.3.a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de Ordenación de la Edificación* [en adelante, LOE]). La función del arquitecto proyectista consiste en la elaboración del proyecto de edificación de acuerdo con la normativa técnica y urbanística aplicable y de conformidad con las previsiones del contrato o del encargo profesional concertado con el promotor o dueño de la obra (art. 10.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de Ordenación de la Edificación de la Edificación* [en adelante, LOE]).

El arquitecto director de la obra tiene la función de dirigir el desarrollo de la misma en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, con base en el proyecto que la define, en la licencia de edificación y conforme al contrato. El Real Decreto de 23 de enero de 1985 define la dirección de obra como «*la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos, coordinando a tal efecto las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurran en la misma*». Las competencias y obligaciones del arquitecto en este ámbito resultan extraordinariamente amplias, abarcando desde la firma del acta de replanteo, hasta la emisión del certificado final de obra, pasando por la resolución de cuantas contingencias se produzcan en el desarrollo de la obra, dando las instrucciones precisas para la adecuada interpretación del proyecto y pudiendo introducir las modificaciones, acordadas con el promotor y que resulten exigidas por el

desarrollo efectivo del proceso de edificación (art. 12 de la LOE). En relación con el certificado final de obra, el Decreto 462/1971, de 11 de marzo (modificado por el RD 129/1985, de 23 de enero) dictó normas sobre la redacción de proyectos y dirección de obras de edificación y, en su art. 6, establece que para la ocupación de cualquier inmueble de promoción privada será requisito indispensable la expedición del certificado final de obra, suscrito por los Técnicos Superior y Medio y visado por los respectivos Colegios profesionales. Con esta norma se pretende asegurar que, en la realización total de la obra, han intervenido técnicos competentes que asuman la responsabilidad que les corresponde en el resultado final de acuerdo con las disposiciones vigentes.

La relevancia de su función y el amplio espectro de facultades y obligaciones que otorga la ley al arquitecto director de la obra resulta también relevante para deslindar su ámbito de responsabilidad civil por los vicios o defectos de la construcción o edificación realizada.

2) En el ámbito del urbanismo son competencias profesionales de los arquitectos la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico de toda clase y de los proyectos de ejecución de los mismos (en particular, planes generales municipales de ordenación urbanística, planes parciales, estudios de detalle y de ordenación de volúmenes, proyectos de urbanización y de obras civiles, programas de actuación urbanística, planes especiales, normas subsidiarias de planeamiento, normas complementarias de planeamiento, proyectos de delimitación de suelo urbano, proyectos de parcelación y de reparcelación, proyectos de expropiación y tareas de asesoramiento urbanístico (art. 2.0.1 del Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio).

3) Otros trabajos propios de los arquitectos son los constituidos por el deslinde y la medición de terrenos, la tasación de terrenos y edificios, la decoración interior y exterior de edificios, la administración de fondos correspondientes a la gestión de promoción de obras, el derribo de edificaciones, el desarrollo de los esquemas de instalaciones, la conservación de edificios y monumentos y los expedientes de legalización urbanística (DD de la Ley 7/1997, de 14 de abril, en relación con el art.5.0.1. del Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio)

2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL DE LOS ARQUITECTOS: IMPUTACIÓN DE LOS VICIOS ESTRUCTURALES DE LAS EDIFICACIONES

2.1 La imputación a los arquitectos de los vicios estructurales de las edificaciones

Para determinar adecuadamente el régimen de responsabilidad civil del arquitecto que actúa como proyectista y como director de obra en un proceso de edificación resulta adecuado partir de la toma en consideración de las tres categorías de **vicios o de defectos de constructivos** previstos en la LOE que son los que siguen:

- Defectos de construcción **estructurales** (art. 17.1.a) de la LOE).
- Defectos de construcción **funcionales o de habitabilidad** (art. 17.1.b) y 3.1.c) de la LOE).
- Defectos de construcción de **terminación o acabado** (art. 17.1.b).II de la LOE).

Conforme a las previsiones de la LOE, el arquitecto **responde directa, y esencialmente**, de los defectos de construcción que comprometan la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Esto comprende la responsabilidad por los vicios del proyecto que afecten a la cimentación, a los soportes, a las vigas, a los forjados, y a los muros de carga y demás **elementos estructurales** de la edificación (art. 17.1a) de la LOE). La ley contempla la específica obligación del arquitecto de verificar la adecuación de la cimentación y de la estructura a las características geotécnicas del terreno. Utilizando la terminología tradicional en nuestro Derecho, estamos ante daños derivados de vicios del suelo o vicios del proyecto (art. 1.591 del CC) y lo que los tribunales denominan como **ruina física actual** (derrumbe o desplome del edificio) o **potencial** (posibilidad de que se produzca el derrumbe del edificio), incluyendo tanto el **derrumbe total**, como el **parcial**.

En orden a la delimitación del ámbito de responsabilidad (*ex* arts. 1591 del CC y 17 de la LOE) del arquitecto, la doctrina jurisprudencial le hace responsable de los vicios del suelo o de la dirección. No ofrece duda alguna que es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio

geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades, que por otra parte le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su profesión (STS de 10 de mayo de 1986 [RJ 1986\2677]). Por su parte, la STS de 28 de enero de 1994 [RJ 1994\575] condenó al arquitecto, liberando de responsabilidad al promotor, dado que «*se atribuyen los vicios ruinógenos aparecidos en el sótano de la edificación a vicios de suelo y del proyecto, al no haberse tenido en cuenta por el facultativo que lo elaboró las condiciones del suelo y las variaciones normales en aquella zona del nivel freático, sin que, por el contrario, se haya establecido que esos vicios sean debidos a una defectuosa ejecución del proyecto...*». Reiteradas Sentencias de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo igualmente proclaman la responsabilidad del arquitecto por vicios en el estudio del terreno en el que se va a asentar la obra y por la falta de previsión de la cimentación adecuada por omisión de los estudios geológicos necesarios. Por su parte, en la Sentencia 226/2000, de 9 de marzo [RJ 2000\1515], el TS condena a dicho técnico superior por la ausencia de una investigación seria y profunda de la patología del terreno y que imponía hacer figurar bien expresada en el proyecto.

La misma doctrina jurisprudencial considera que los defectos provenientes de deficiencias en aquéllos son achacables igualmente al arquitecto y, en principio, con carácter exclusivo, lo que libera a los otros técnicos de la construcción de responsabilidad civil por los mismos, señalando la Sentencia del TS de 26 de marzo de 1988 [RJ 1988\2478] que se inscribe en las prestaciones propias de la relación contractual entre el dueño de la obra y el arquitecto (en la que cabe distinguir las fases de proyecto de la obra y dirección en su ejecución, confiadas, en ocasiones a distintos profesionales), tanto la obligación de redactar un proyecto susceptible de ejecución por definir de modo preciso las características de la obra con adopción y justificación de soluciones, sin que deba ser complementado, o sea bastante para llevarse a efecto con el resultado de una edificación que satisfaga el fin que el dueño de la obra se haya propuesto, ofreciendo la determinación completa de detalles y especificaciones, como, en la fase ejecución de la obra, la dirección de las operaciones o trabajos garantizando la realización, ajustada al proyecto y según la “*lex artis*”; habiendo el arquitecto director de interpretar el proyecto y, en su caso, pormenorizarlo, modificarlo y adicionarlo, e impartir a todos los intervinientes en el proceso de la construcción, con intervención de los técnicos medios, las órdenes precisas para que, con materiales idóneos y adecuadamente empleados, se concluya la edificación con aptitud para el fin querido por el dueño de la obra. Igualmente corresponden al arquitecto las funciones de dirección de la obra debiendo

entenderse por tal, como indica la STS 565/2000, de 3 de julio [RJ 2000\6877], con cita del Decreto de 17 de junio de 1977, la fase en que el arquitecto lleva a cabo la coordinación del equipo técnico-facultativo de la obra, la interpretación técnica, económica y estética del proyecto de ejecución, así como la adopción de las medidas necesarias para llevar a término el desarrollo del proyecto de ejecución, estableciendo las adaptaciones, detalles complementarios y modificaciones que puedan requerirse con el fin de alcanzar la realización total de la obra, de acuerdo con lo que establece el proyecto de ejecución correspondiente.

A la hora de fijar y delimitar la responsabilidad del arquitecto, en cuanto a sus precisadas funciones de alta dirección, el TS, circunscribiendo el tema a la responsabilidad del arquitecto, y a la perspectiva concreta de los deberes que le corresponden como técnico superior a cuya función viene atribuida la dirección de la obra, considera que 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 ejecución de la obra le corresponde la dirección de las operaciones y trabajos, garantizando la realización, ajustada al proyecto según la “*lex artis*”; de manera que en aquellos casos en los que los vicios constructivos no sean simples imperfecciones, sino 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. Afirmar el TS que 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 y que 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 subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria. El arquitecto responde pues de los vicios de la dirección, es decir, cuando no se vigila que lo construido sea traducción fáctica de lo proyectado y los defectos apreciados en la edificación son objetivos, obedeciendo a una falta de control sobre la obra, y su origen se debe a una negligencia en la labor profesional. Precisa el TS que, 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; de manera que responde por culpa «*in vigilando*» de las deficiencias fácilmente perceptible, en tanto que le incumbe la general y total dirección de la obra y la supervisión de cuanta actividad se desarrolle en la misma.

Por el contrario, conforme a las previsiones de la LOE, el arquitecto **no asume responsabilidad** en lo relativo a las meras imperfecciones constructivas que la LOE denomina «*vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras*» (art. 171.b).II de la LOE), cuya responsabilidad atribuye al **constructor o contratista**.

2.2 La responsabilidad civil profesional de los arquitectos: ¿alcanza a los vicios funcionales y de habitabilidad?

Entre los defectos constructivos cuya responsabilidad se imputa a los arquitectos y aquellos otros que están indudablemente excluidos de su ámbito propio de responsabilidad civil profesional, existe un número importante de supuestos o de patologías constructivas cuya responsabilidad le será atribuida al arquitecto director de la obra en función de la naturaleza y entidad del vicio constructivo y de la interpretación que los tribunales hagan de las previsiones de la LOE.

Se trata de aquellos vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que comportan un **incumplimiento de los requisitos de habitabilidad** entre los que, además de los relativos a la higiene, protección contra el ruido y ahorro de energía, se incluye cualquier otro aspecto **funcional** necesario para un uso adecuado del edificio conforme a su naturaleza y destino (*ex art. 171.b*, en relación con el art. 3.1.c, ambos de la LOE). A estos vicios constructivos la jurisprudencia los califica como **ruina funcional** y comprenden, en una interpretación amplia, todos aquellos defectos constructivos que no suponen un derrumbe actual, o potencial, del edificio pero que **exceden de las meras imperfecciones corrientes**. Estos defectos constructivos que afectan a la **funcionalidad o habitabilidad** del edificio pueden ser imputados al arquitecto director de la obra, al arquitecto técnico e incluso al constructor, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso en particular.

3 ARQUITECTOS TÉCNICOS

3.1 Competencias profesionales del arquitecto técnico

En el proceso de construcción, el arquitecto técnico tiene la función específica consistente en el control de la ejecución material de la obra, como perito de materiales y de construcción (como lo califica el Decreto de 16 de julio de

1935, mediante el que se estableció su intervención obligatoria en toda obra de arquitectura), de forma tal que el mismo no es un simple auxiliar del arquitecto, sino un ayudante técnico de las obras de arquitectura, siendo nombrado por el promotor o dueño de la obra, sin requerir, en consecuencia, el visto bueno del arquitecto, siendo a ambos a quienes les corresponde la firma del certificado final de obra, que debe ser visado por sus respectivos colegios profesionales y que se configura como requisito indispensable para la ocupación del cualquier inmueble.

En esta línea, el art. 13.1 de la LOE atribuye la función de dirigir la ejecución de la obra y de controlar la construcción y la calidad de lo edificado al arquitecto técnico, quien tiene atribuida la competencia correspondiente a la ejecución material de la obra, a cuyos efectos, debe comprobar los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y la disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, conforme al proyecto. En consecuencia, en línea de principio, puede afirmarse que todo defecto constructivo vinculado a una **deficiente ejecución material** podrá ser atribuido al arquitecto técnico y, en su caso, al constructor.

A tenor de lo dispuesto en el art. 13 de la LOE, el arquitecto técnico, como director de la ejecución de la obra forma parte de la dirección facultativa y es quien *«asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado»*, y de ahí que tenga entre sus obligaciones, *«c) Dirigir la ejecución material de la obra comprobando los replanteos, los materiales, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra»*. Precisa la jurisprudencia que el arquitecto técnico, cuando actúa como director de la ejecución material de la obra, es el agente al que compete dirigir dicha ejecución material, controlando y supervisando, entre otros aspectos, los materiales que se utilizan y su correcta colocación en obra. Abunda en este ámbito competencial, el *Código Técnico de la Edificación* cuando dispone, en su art. 7, que el control durante la ejecución se extiende a cada unidad de obra verificando su replanteo, los materiales que se utilicen, la correcta ejecución y disposición de los elementos constructivos y de las instalaciones, así como las verificaciones y demás controles a realizar para comprobar su conformidad con lo indicado en el proyecto, la legislación aplicable, las normas de buena práctica constructiva y las instrucciones de la dirección facultativa.

La responsabilidad del arquitecto técnico queda delimitada, de acuerdo con las previsiones acerca del contenido de sus obligaciones profesionales que se contienen en el RD de 19 de febrero de 1971 (en la redacción que le ha

dado el RD 129/1985, de 23 de enero), asumidas sustancialmente en el Derecho vigente en art. 13 de la LOE, a los supuestos en los que el vicio ruínógeno pueda imputarse al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso de sus funciones profesionales constituidas por la ordenación y la dirección de la ejecución de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto de obra, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del arquitecto superior; así como la inspección de los materiales a emplear, las dosificaciones y las mezclas, exigiendo la realización de las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación. En este sentido se han pronunciado, de manera reiterada la jurisprudencia, sintetizando esta doctrina, *v.gr.*, las STS de 18 de septiembre de 2001 [RJ 2001\6596] precisa que el arquitecto técnico tenía —y tiene— la función, entre otras, de inspeccionar los materiales, ordenar la ejecución material de la obra y cuidar su cumplimiento, al tiempo que le incumbe la obligación de efectuar las necesarias comprobaciones; constituyendo doctrina jurisprudencial consolidada que cuando el defecto o vicio constructivo es una imperfección en la ejecución material que, por su magnitud, afecta a toda la obra, el arquitecto técnico no puede eludir su responsabilidad (*v.gr.*, SSTS 617/2017, de 24 de mayo [RJ 2017\3124] y 409/2021, de 17 de junio [RJ 2021\2830]).

3.2 ¿Cómo deslindar el ámbito de responsabilidad civil del arquitecto y del arquitecto técnico?

Deslindar las responsabilidades del arquitecto y las del arquitecto técnico presenta en la práctica una notable dificultad, no existiendo criterios o pautas interpretativas claras, con la consiguiente inseguridad que ello provoca a estos profesionales. La LOE contiene normas o previsiones que no arrojan especial luz para soslayar la confusión existente en este ámbito. Como regla general puede afirmarse que cuando el vicio constructivo tenga su origen en un defecto o insuficiencia del proyecto la responsabilidad se imputará al arquitecto y cuando tenga su origen en la inadecuación de los materiales, en su mala calidad o en una deficiente técnica constructiva la responsabilidad deberá ser atribuida al arquitecto técnico (director de la ejecución de la obra), al constructor o, en algunos casos, al suministrador o al fabricante de los materiales.

Algunos estudiosos de esta materia consideran que una interpretación cuidadosa de la LOE atenta a individualizar las responsabilidades de cada profesional o agente de la edificación, en atención a sus competencias profesionales y obligaciones, permitiría imputar al arquitecto técnico (y, en su caso,

al constructor) los defectos que afecten a la funcionalidad o habitabilidad del edificio cuyo origen sea una deficiente ejecución material de la obra (y en su caso, al constructor). Así parece deducirse del art. 13 de la LOE en tanto que atribuye al arquitecto técnico la función y la competencia suficiente, para dirigir la ejecución material de la obra y para controlar la corrección de la construcción y la calidad de lo edificado. Frente a esta interpretación, coexiste aquella que partiendo de la premisa de que el arquitecto es el director de la obra, lo convierte en una especie de garante del proceso de construcción y de edificación, debiendo supervisar el cumplimiento de las funciones de todos los demás agentes del proceso de edificación y, en particular, del arquitecto técnico y del constructor. De conformidad con esta segunda interpretación, al arquitecto podrán imputársele aquellos vicios constructivos que excedan de los meros defectos o imperfecciones de los acabados. En este sentido y en orden a fundamentar jurídicamente esta segunda interpretación, algunos órganos jurisdiccionales convierten al certificado final de obra en una especie de declaración del arquitecto en virtud de la cual asume la adecuación de todo lo construido y aprueba lo hecho por los demás agentes de la edificación, asumiendo la responsabilidad civil por los vicios o defectos existentes en lo construido o edificado.

4 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARQUITECTO Y DEL ARQUITECTO TÉCNICO QUE ASUMAN LAS FUNCIONES DE COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

La coordinación de seguridad y salud laboral en cualquier proceso de construcción o de edificación es una actividad profesional propia de arquitectos y de arquitectos técnicos y una de las cuestiones que más problemas pueden ocasionar durante el desarrollo del proceso de edificación. Las obligaciones del coordinador de seguridad y salud se plasman de manera taxativa en el art. 9 del RD 1627/1997, de 24 de octubre

La STS 632/2009, de 16 de octubre [RJ 2009\5580] declaró la responsabilidad civil de un arquitecto en el caso de la muerte por electrocución de trabajador durante construcción de vivienda, apreciándose la falta de instalación eléctrica temporal para la obra y la toma de corriente de una casa próxima mediante un alargador que cruzaba la calle. El TS considera negligente la actuación del arquitecto, pese a no incumbirle la vigilancia de las concretas medidas de seguridad, por ser director de la obra y por resultar patente —en

el caso concreto objeto de enjuiciamiento— el peligro derivado de la forma de acceder a la corriente eléctrica, siendo éste susceptible de ser apreciado en sus visitas periódicas.

5 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CONTRATISTA O CONSTRUCTOR

Los vicios en el proceso de ejecución material son los que generan la responsabilidad del contratista o constructor, quien también en su condición de técnico en la construcción, vinculado por las reglas que disciplinan su actuación profesional en el proceso de edificación que configuran su “*lex artis*” y que rigen el proceso material de edificación. De esta manera el incumplimiento de estas reglas causante de vicios constructivos determina la imputación de responsabilidad civil al mismo, sin que pueda exonerarse de su responsabilidad en estos casos atribuyéndosela a los técnicos intervinientes, siempre que por su profesión pueda conocer los vicios o defectos de tal clase.

El art. 171 de la LOE imputa objetivamente al constructor los daños materiales causados en el edificio por los vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabados de las obras.

6 LA SOLIDARIDAD IMPROPIA DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

La responsabilidad civil de los distintos sujetos intervinientes en el proceso de edificación no conforma un supuesto de solidaridad en aquellos supuestos en los que cabe individualizar la concreta responsabilidad civil que puede imputarse a cada uno de ellos, de manera que es posible determinar a que incumplimientos de las reglas que disciplinan la actuación de cada uno de los profesionales —y que conforman su «*lex artis*»— intervinientes en el proceso constructivo pueden imputarse los distintos vicios ruinógenos cuya existencia constituye el presupuesto fáctico de la reclamación judicialmente articulada. En efecto, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS, cuando la causa que originó el daño o el vicio ruinógeno haya sido generada por todos o por varios de los sujetos intervinientes en el proceso constructivo, la responsabilidad civil imputable a aquéllos será mancomunada siempre y

cuando pueda individualizarse con claridad el grado con que cada uno de ellos ha contribuido a la causación del / o de los vicios ruinógenos (entre otras, *v.gr.*, SSTS 817/2001, de 18 de septiembre [RJ 2001\6596], 571/2004, de 18 de junio [RJ 2004\3630] y 13/2020, de 4 de febrero [RJ 2020\654]).

En efecto, únicamente cuando no cabe concretar las porciones respectivas de responsabilidad imputable a los distintos intervinientes en el proceso constructivo y en aras a una eficiente tutela judicial y protección del interés más necesitado de ayuda, procede estimar la responsabilidad solidaria de todos los profesionales intervinientes, ya sea como empresarios, como promotores, como constructores o como técnicos. Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que no sea posible demostrar que el arquitecto director de la obra o, en su caso, el arquitecto proyectista no tuvo intervención alguna en la causación del defecto o vicio de la obra o de la edificación; y también en los supuestos en los que no se consiga determinar o individualizar su concreta parte de responsabilidad en el origen de los vicios, la regla general es que responderá solidariamente con el arquitecto técnico, y en su caso con el constructor, de todos los defectos que impliquen una merma de la habitabilidad o funcionalidad del edificio (*ex art. 17.3 de la LOE*). Habida cuenta de la dificultad probatoria que conlleva la imputación de los vicios o defectos constructivos de esta naturaleza a cada uno de los agentes de la edificación referidos, con frecuencia los órganos jurisdiccionales que conocen de estos supuesto declaran la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación codemandados en el procedimiento, con la consiguiente condena solidaria, al arquitecto, al arquitecto técnico y al constructor (*v.gr.*, la STS 418/2018, de 3 julio [RJ 2018\2795] aplica el régimen de solidaridad entre los referidos agentes de la edificación, en relación con la interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual); y dentro de esta tendencia puede constatararse que es muy superior el número de casos en los que se acaba condenando al arquitecto por defectos o vicios atribuibles a los otros agentes (aparejador y constructor) que el número de sentencias en las que se condena a éstos y se absuelve al arquitecto.

7 LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN EN LA LOE

La LOE contempla expresamente un plazo de prescripción de **dos años** contados desde el momento en que se manifiesten los daños materiales

en la construcción o en la edificación para que el perjudicado pueda ejercitar tempestivamente la acción indemnizatoria frente al agente o agentes de la edificación al que aquellos puedan resultarles imputables conforme a las reglas ya expuesta (art. 18.1 de la LOE).

8 LOS DAÑOS IMPUTABLES A LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

De acuerdo con las previsiones de la LOE los daños de los que responde el arquitecto y los demás agentes de la edificación son **los daños materiales ocasionados en el edificio**, de cuya adecuación y corrección constructiva responden frente al promotor y, en su caso, frente al propietario, así como frente a los subadquirentes de la edificación o de elementos arquitectónicos diferenciados de la misma (pisos, locales comerciales, plazas de garaje, etc.).

La LOE deja al margen de su ámbito de aplicación los daños distintos de los puramente materiales, como son los casos de los daños indirectos, los daños personales y los daños morales o extrapatrimoniales; así como los daños ocasionados por la edificación a terceros como acontece con el significativo caso de los daños ocasionados a las edificaciones colindantes y próximas. En su caso, la indemnización por estos daños excluidos del ámbito de aplicación de la LOE podrá exigirse con fundamento en las normas que regulan la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. del CC) y extracontractual (arts. 1902 y ss. del CC).

9 LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES DE LA EDIFICACIÓN

El arquitecto y los demás agentes de la edificación pueden exonerarse de su responsabilidad civil acreditando que los daños materiales de los que adolece el edificio fueron ocasionados por **caso fortuito**, por **fuerza mayor** o por **actos de tercero** o del **propio perjudicado** por el daño (*ex* art. 178 de la LOE). La carga de la prueba de la concurrencia de estas causas que permiten la exoneración de responsabilidad civil a los agentes de la edificación demandados les incumbe a éstos.

7.^a parte

El seguro de responsabilidad civil profesional

1 EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

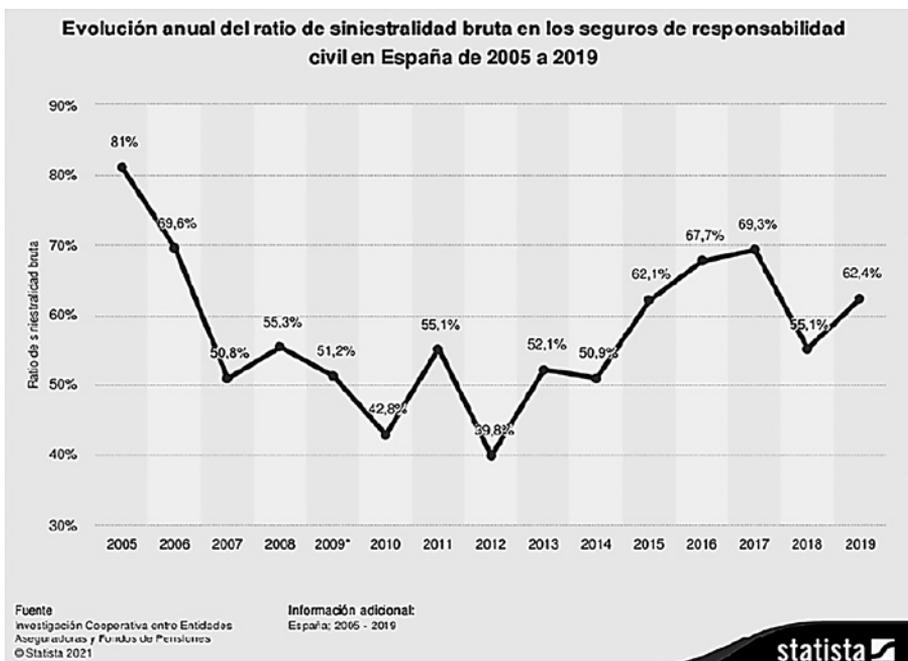
1.1 Concepto

Señala el **art. 73.I de la LCS** que *«por el seguro de responsabilidad civil 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»*. La disciplina general del seguro de responsabilidad civil se contiene en los arts. 73 a 76 de la LCS, coexistiendo con normas sectoriales que regulan especialmente los seguros de suscripción obligatoria. Tratándose de un seguro de daños, al de responsabilidad civil le resultan de aplicación tanto las disposiciones comunes a cualquier modalidad de seguro previstas en el Título I de la LCS (arts. 1 a 24), como las específicas de los seguros de daños de su Título II (arts. 25 a 44).

Se ha dicho que el seguro de responsabilidad civil es la modalidad aseguradora con mayor función social. En este sentido, la jurisprudencia del TS pone de manifiesto su carácter socializador y tuitivo en las relaciones de la aseguradora con el perjudicado (STS 17 de abril de 2015 [RJ 2015\1199]). La STS, Sala de lo Penal, 588/2014, de 25 de julio [RJ 2014\4165], en su F.D. 12º, afirma que *«legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social»*. El seguro es un instrumento que contribuye a minimizar los costes sociales de los accidentes. En efecto, desde una perspectiva económica, el seguro, más allá de la compensación a los perjudicados/víctimas, minimiza los costes secundarios de los accidentes, derivados de la falta de una adecuada diseminación del riesgo.

Si la responsabilidad civil traslada el daño sufrido por el tercero perjudicado al patrimonio del causante, el seguro de responsabilidad civil deriva las consecuencias económicas de la reclamación al asegurado hacia el patrimonio del asegurador. Pero el seguro de responsabilidad civil no es un seguro a todo

riesgo ni respecto a cualquier riesgo, ya que el contrato que se suscribe es, precisamente, para cubrir el riesgo de responsabilidad civil pero no otros riesgos ni de daños ni personales, y porque dentro de la responsabilidad civil pueden excluirse responsabilidades o causas concretas. No es tampoco un seguro ilimitado ni cuantitativa ni cualitativamente, aunque la responsabilidad civil sí lo sea en términos legales, como señala el art. 1911 del CC. No existe un seguro de responsabilidad civil para toda la responsabilidad de una persona o empresa. Todo lo que el seguro no cubra en ambos casos, será asumido por el patrimonio personal del asegurado o, en su caso por el capital de la sociedad o por sus administradores.



Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/649827/siniestralidad-bruta-en-los-seguros-de-responsabilidad-civil-en-espana/>

1.2 El seguro de responsabilidad civil profesional

El art. 73 de la LCS define el seguro de responsabilidad civil de forma general pero no se refiere a las distintas clases —o matizaciones— del concepto de responsabilidad civil (principalmente la extracontractual y la contractual y la objetiva y subjetiva) ni tampoco a las distintas clases o modalidades del

seguro de responsabilidad civil (general o de explotación, patronal, productos, profesional, contaminación, medioambiente, patrimoniales primarios, protección de datos, prácticas de empleo, D&O,...). Por ello, el primer párrafo del art. 73 de la LCS permite que la obligación que el asegurador asume se enmarque dentro de los límites de la Ley y especialmente del contrato, siendo éste el instrumento negocial en el marco del cual se delimita la cobertura que asume la aseguradora; así como, de manera correlativa los riesgos que el tomador / asegurado transfieren a aquélla, excluyendo, por ejemplo, ciertas modalidades del seguro o determinados supuestos de responsabilidad civil. En el caso objeto de este estudio, la cobertura del seguro de responsabilidad pretende dar cobertura a las reclamaciones por responsabilidad civil profesional, cubriendo este riesgo cuando no se excluye de forma expresa (*v.gr.*, SSTS 452/2016, de julio [R 2016\2894] en relación con un supuesto de responsabilidad civil profesional de un abogado). La STS, Sala de lo Penal, 355/2019, de 10 de julio [RJ 2019\4038] ha declarado que *«en el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable»*.

En principio nada impide que el seguro de responsabilidad civil cubra la responsabilidad contractual en que pueda incurrir el asegurado, como recoge la STS de 1 de octubre 2008 [RJ 2009\134]: la cobertura en este tipo de seguro puede ser tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual (STS de 12 de diciembre 2006 [RJ 2006\9602]) para cuya efectividad, el art. 76 de la LCS permite al perjudicado ejercitar frente a la aseguradora la acción directa siempre que el daño sufrido esté comprendido en el ámbito de cobertura del contrato de seguro. De esa forma, al definir el riesgo, las partes contratantes pueden incluir y excluir de la cobertura los daños que sean convenientes a sus intereses, delimitando el contenido y alcance de la obligación del asegurador, en función de lo cual se establece el importe de la prima, sin que ello suponga limitar el riesgo, sino delimitarlo para dar cobertura a la responsabilidad extracontractual y, dentro de ella, excluir determinados daños y perjuicios.

El mercado de los seguros de responsabilidad civil funciona en régimen de competencia entre las distintas compañías aseguradoras privadas —some-tidas en cuanto a su forma social y garantías a las previsiones de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre)— que actúan en el mercado.

1.3 La delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil

Uno de los problemas más arduos que suscita la vigencia de la cobertura temporal del seguro de responsabilidad civil en general y de la responsabilidad civil profesional en particular, es el que surge en aquellos casos en los que entre el acaecimiento del hecho causal al que son atribuibles los daños que generan la obligación indemnizatoria asegurada y el momento en el que se manifiestan estos daños o en el que se reclama su indemnización ha transcurrido un lapso de tiempo, más o menos dilatado. Para hacer frente a estos problemas, en la práctica de las aseguradoras se generalizó la utilización de cláusulas en las que se preveía expresamente que el asegurador sólo se obligaba a indemnizar en aquellos supuestos en los que tanto el evento dañoso como la reclamación del perjudicado tenga lugar dentro del periodo temporal de vigencia de la póliza o, en su caso, dentro de un determinado periodo de tiempo posterior a su extinción. Este tipo de cláusulas reciben la denominación de «*claim made*». A su lado, en el ámbito de los seguros de responsabilidad, las denominadas como cláusulas «*los occurrence*», son aquellas a tenor de las cuales la cobertura se inicia y se circunscribe a los hechos dañosos desencadenantes del nacimiento de responsabilidad civil durante la vigencia del seguro, de manera que el asegurador asumirá la cobertura de reclamaciones presentadas con posterioridad a la fecha de vencimiento del seguro si los hechos acaecieron en un momento temporal en el que estaba vigente. Lo habitual es delimitar en la póliza un plazo tras el vencimiento del seguro, dentro del cual el asegurador asumiría las obligaciones derivadas de reclamaciones presentadas dentro del mismo (en las pólizas de seguro se suelen utilizar los términos «período informativo» o «período de notificación»).

Con la finalidad de dar una respuesta a esta cuestión, en sede de regulación del seguro de responsabilidad civil, el art. 73.II de la LCS contempla la admisibilidad y, en consecuencia la validez y eficacia, como límites establecidos en el contrato, de aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al art. 3 de la LCS que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho art. 3 de la LCS señala que serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas cláusulas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a

los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.

Este precepto de la LCS, introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (LOSSP, en particular, por su DA 6^a), se ha calificado como una concesión a la autonomía de la voluntad de las partes para delimitar temporalmente el riesgo asegurado y tiene su origen en la calificación que hizo la STS de 20 marzo 1991 [RJ 1991\2267] de ciertas cláusulas de delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil consideradas lesivas, por establecer que, tanto el hecho generador, como la formalización de la reclamación por el tercero perjudicado, tenían que realizarse durante el período de vigencia de la póliza del seguro de responsabilidad civil. La admisión de estas cláusulas viene a reconocer que el concepto de siniestro no sólo puede establecerse sobre el hecho generador, sino también sobre la materialización de la reclamación del tercero perjudicado. La delimitación temporal del ámbito temporal de cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil del abogado y, en particular, la eficacia de las denominadas cláusulas *claim made* han constituido el objeto de la STS 134/2018, de 8 de marzo [RJ 2018\712], en la que se argumenta que la falta de acreditación de la existencia de una cláusula de delimitación temporal de cobertura —*claim made*— que, de conformidad con el párrafo segundo del art. 73 de la LCS, permitiera limitar la cobertura al momento de la reclamación del perjudicado, determina la necesaria cobertura del siniestro por el seguro colectivo concertado, en tanto que la existencia de este no se discutía y las consecuencias negativas derivadas de la falta de aportación de la póliza y, por tanto, de la falta de prueba de su contenido recaen sobre la entidad aseguradora codemandada.

La norma que nos ocupa veta la validez de aquellas cláusulas que limiten la cobertura del seguro a los supuestos en los que tanto el hecho causal del daño como la reclamación del perjudicado tengan lugar dentro del periodo de vigencia acotado por la póliza. El precepto contempla dos tipos de cláusulas «*claim made*»:

A) Las atinentes a reclamaciones hechas en virtud de hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza, pero realizadas una vez haya vencido el contrato de seguro (**reclamaciones «*post contractum*»**). En este caso, el hecho generador del daño es un riesgo cubierto por el contrato, constituyendo el ejercicio de la acción directa por el perjudicado dentro de un determinado plazo a partir del momento en que «*termine*» el periodo de duración del contrato o, en su caso, «*desde la terminación de la última de sus prórrogas*» —mínimo de un

año, sin perjuicio de que se pacte uno mayor— un presupuesto temporal de su ejercicio. La cláusula de este contenido, redactada y aceptada de conformidad con las prescripciones del art. 3 de la LCS —de conformidad con su naturaleza de cláusula limitativa de derechos del asegurado con la que se configura legalmente— es plenamente eficaz y oponible a tercero.

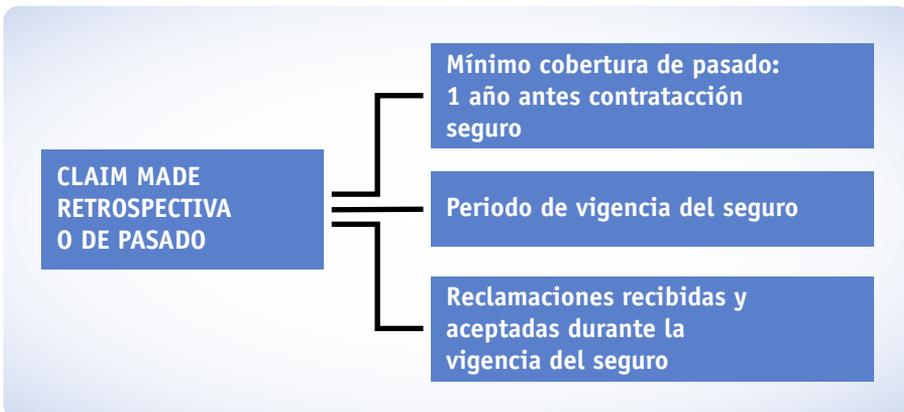
La STS 700/2003, de 14 de julio [RJ 2003\4630] —precisamente en un supuesto de responsabilidad civil profesional de un abogado— declaró la nulidad de una condición especial de la póliza de seguro de responsabilidad profesional contratada por el abogado demandado, de conformidad con la cual el seguro cubriría los siniestros cuya causa generadora hubiese tenido lugar durante la vigencia de la póliza y siempre que la reclamación al asegurado y consiguiente notificación a la compañía aseguradora se produjese durante dicha vigencia (arts. 73, en relación con el 3 y el 16 de la LCS), y ello porque la cláusula de delimitación temporal del riesgo contenida en dicha condición especial traspasaba los límites permitidos por el referido art. 73 de la LCS. Tal conclusión se alcanza, en primer lugar, porque se imponía que tanto la reclamación del perjudicado como su comunicación a la aseguradora se produjeran durante la vigencia de la póliza, ya que la condición especial exigía igualmente, para la cobertura de hechos causantes anteriores a la póliza en un máximo de un año, que la reclamación y comunicación se hicieran bajo la vigencia de la póliza y, además, que la reclamación fuera desconocida por el asegurado antes de suscribirla; en segundo lugar, porque semejante condicionado, en un seguro de responsabilidad profesional de abogados, necesariamente supeditada a los tiempos del litigio con sus instancias y recursos, equivalía en la práctica a dejar sin cobertura casi cualquier riesgo durante el primer año de vigencia de la póliza; y en tercer lugar, porque la adición, por la DA 6.^a.5 de la LOSSP, de un pf. 2.^o al art. 73 de la LCS demuestra que para la Ley las cláusulas similares a las debatidas tienen hoy el carácter de «*limitativas de los derechos de los asegurados*» y que, por lo tanto, son «*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, de suerte que la apreciación de lesividad por el Tribunal sentenciador queda mucho más corroborada que desvirtuada por la referida modificación legislativa.

B) Las atinentes a reclamaciones realizadas durante el plazo de vigencia de la póliza por hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor (**cláusulas de cobertura retroactiva**). El periodo de tiempo anterior a la vigencia de la póliza que cubre el seguro es, como mínimo, el año inmediatamente anterior a la fecha de comienzo de la cobertura, sin perjuicio de la posibilidad de pactar uno mayor, siempre que la reclamación se formule durante su vigencia, de

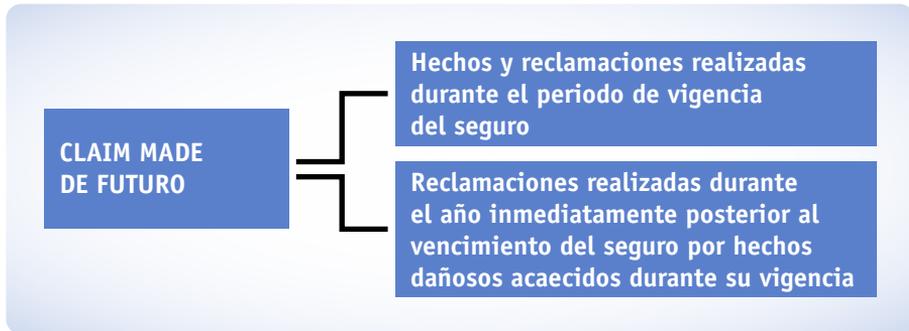
manera que no cubre reclamaciones hechas durante esta vigencia pero formuladas con posterioridad.

La **STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 252/2018, de 26 de abril** [RJ 2018\1693] ha fijado doctrina sobre los requisitos de contenido que han de reunir para su validez las cláusulas de delimitación temporal de seguros de responsabilidad civil —las cláusulas «*claim made*»—. El TS considera que la LCS prevé dos tipos de cláusulas «*claim made*» diferenciados: retrospectivas o de pasado y de futuro. Aunque sus requisitos formales son idénticos, cada uno tiene sus propios requisitos de contenido. Por ello, la validez de las cláusulas «*claim made*» debe analizarse atendiendo a los requisitos propios de la tipología a la que responden. Desde el punto de vista de sus efectos, la STS 252/2018, frente al criterio asumido por la AP de Valencia en la Sentencia objeto de recurso (SAP Valencia, Secc. 6ª, de 14 de julio de 2015 [JUR 2015\272436]), **declara la validez de limitar la cobertura de un seguro de responsabilidad civil a las reclamaciones realizadas por terceros durante su período de vigencia**. Para que esta limitación sea válida, únicamente es necesario que la cláusula correspondiente cumpla con los requisitos formales previstos en el art. 3 de la LCS, esto es, aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada y que la cobertura de la póliza se extienda a hechos producidos con anterioridad al inicio de los efectos del seguro (al menos un año). En consecuencia, de conformidad con el criterio jurisprudencial del TS, no es necesario extender la cobertura a posibles reclamaciones que se realicen más allá del vencimiento de la póliza.

CLÁUSULAS “CLAIM MADE” RETROSPECTIVAS O DE PASADO: VALIDEZ DE LA EXCLUSIÓN DE COBERTURA DE RECLAMACIONES PRESENTADAS CON POSTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO



CLÁUSULAS “CLAIM MADE” DE FUTURO: DEBE PERMITIR LA COBERTURA, COMO MÍNIMO, DE RECLAMACIONES REALIZADAS DURANTE EL AÑO INMEDIATAMENTE POSTERIOR AL VENCIMIENTO DEL SEGURO, SIEMPRE QUE LOS HECHOS DAÑOSOS HAYAN ACAECIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO



1.4 Los seguros obligatorios de responsabilidad civil profesional

La razón de ser de las previsiones normativas que establecen el aseguramiento obligatorio de determinadas actividades profesionales radica en la necesidad de dotar de la adecuada protección a las víctimas de determinados daños, especialmente cuando son fruto de actividades que entrañan un notable riesgo, pudiendo apreciarse la existencia de un interés público que subyace en las normas que establecen el aseguramiento obligatorio y que tiene su reflejo en la letra *b*) del art. 1071 de la LCS, declarando aplicable la LCS cuando éste se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por esta Ley. Esta misma razón es la que subyace en la norma incorporada como art. 131 en el TRLGDCU, en la que se atribuye al Gobierno la competencia para establecer, previa audiencia de los interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por bienes o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales —esto es, los daños habitualmente calificados como «corporales»—.

La regulación de los seguros obligatorios de responsabilidad civil se ha desplazado del art. 75 LCS, que se deroga, a la LOSSEAR, cuya DA 2ª establece:

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.

La realización de actividades careciendo del correspondiente seguro obligatorio será constitutivo de infracción administrativa muy grave, salvo lo dispuesto en su normativa específica.

Será sujeto infractor la persona física o jurídica que viniera obligada a la suscripción del seguro, pudiendo ser sancionado con multa de 1.000 a 20.000 euros.

La instrucción y resolución del procedimiento sancionador corresponderá a la Administración pública competente por razón en la materia cuya regulación impone la suscripción del seguro obligatorio.

3. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones comunicará a la Comisión Europea, de acuerdo con el registro que se desarrolle reglamentariamente y que gestionará el Consorcio de Compensación de Seguros, los seguros obligatorios existentes en España, indicando las disposiciones específicas que regulan el seguro obligatorio.

4. A tal efecto los órganos competentes de las Comunidades Autónomas comunicarán a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, los seguros obligatorios existentes en su respectiva comunidad, y en el plazo de un mes desde su aprobación, los seguros obligatorios que se establezcan con posterioridad, indicando las especificaciones del apartado anterior.

Este precepto de la LOSSEAR se complementa con la Disposición adicional primera del ROSSEAR, que regula el Registro de seguros obligatorios:

1. El Registro de seguros obligatorios, al que se refiere el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 20/2015 de 14 de julio, contendrá toda la información actualizada relativa a los seguros obligatorios. El contenido de la información y las especificaciones sobre el procedimiento de remisión se establecerán mediante resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

2. El acceso a los datos del Registro de seguros obligatorios será público, a través de la web del Consorcio de Compensación de Seguros.

3. La gestión del Registro corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros. Todas las operaciones que requieran esta gestión se realizarán por medios electrónicos.

4. El Consorcio de Compensación de Seguros elaborará anualmente, sobre la base de los datos disponibles a 31 de diciembre, un informe del contenido del registro, que será puesto a disposición de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y, a través de ésta, a los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en la materia.

La norma transcrita viene a erigirse en el estatuto legal de lo seguros obligatorios, más amplio y completo que el que resultaba del derogado art. 75 de la LCS —que era un precepto declarativo o meramente informativo, en tanto que se limitaba a contemplar la posibilidad de establecer la obligación de seguro cuando se determinase, la negativa de autorización de las actividades sin seguro y las sanciones para caso de incumplimiento— y que fue objeto de escasa aplicación habida cuenta de la falta de contenido regulador.

Seguidamente se exponen aquellas normas que, en determinados sectores de actividad profesional, imponen la contratación de un seguro de responsabilidad civil profesional. A los supuestos enunciados cabría añadir la previsión del art. 131 del TRLDCU, a tenor de la cual, el Gobierno, previa audiencia de los interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por bienes o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales.

1.4.1. El seguro obligatorio de responsabilidad civil de las sociedades profesionales

La LSP exige en su art. 11.3 a los partícipes de una sociedad profesional mantener contratado un seguro que cubra la responsabilidad en que pueda incurrir la sociedad en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto social. Aun cuando la norma no lo dice 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. En el Derecho comparado, los países que han promulgado una legislación específica en materia de sociedades profesionales, como regla general (*v.gr.*, Francia

y Alemania), contemplan también la obligación de la suscripción de seguros de responsabilidad civil en este ámbito.

En el caso de la LSP, el legislador únicamente impone la suscripción de un seguro obligatorio a la sociedad. La falta de exigencia de seguro a los concretos profesionales se debe, probablemente, a que en numerosas profesiones la contratación de un seguro por parte de los profesionales liberales ya aparece impuesta por determinadas leyes especiales, como se pone de manifiesto en los epígrafes que siguen.

Las dudas que suscita la norma que nos ocupa son muchas, en tanto que: 1º) Omite cualquier referencia a la cuantía mínima de cobertura del seguro obligatorio. De esta forma, aunque resulta imprescindible que se asegure una cobertura lo suficientemente amplia para cubrir los riesgos que implique el ejercicio en grupo de la profesión, la LSP no especifica si la cuantía del seguro ha de ser o no superior al capital social. 2º) El precepto tampoco indica si la sociedad ha de cumplir este requisito en el momento de su constitución o si basta con que la sociedad cuente con una propuesta de seguro en tal momento, como sucede en Alemania con las sociedades de abogados. 3º) No se contempla la sanción derivada de la falta de cumplimiento del deber de suscribir el seguro de responsabilidad civil profesional. De lo que no hay duda es que su cobertura no se extenderá a las deudas sociales que no deriven de la actuación profesional.

Son tantas y tan importantes las cuestiones que deja sin resolver el art. 11.3 de la LSP que sería aconsejable que el legislador hiciera uso de la habilitación normativa prevista en la D.F. 2ª de la LSP para tratar de dar respuesta a todos los interrogantes que suscita la imposición de un seguro obligatorio en este ámbito.

1.4.2. El aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil de los notarios

La Orden del Ministerio de Justicia de 18 de noviembre de 1982, en virtud de la que se modificaron las normas reguladoras del Servicio de Responsabilidad Civil de los Notarios creadas por la Orden de 24 de abril de 1948, con la finalidad de adaptar esta normativa a la nueva normativa en materia de seguros privado, estableció la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil en virtud del que todos los notarios en activo tengan la condición de asegurados. Con mayor precisión y, precisamente con la finalidad de que el usuario del servicio público notarial no sufra perjuicios que queden sin reparación, en la reforma del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado

(Decreto de 2 de junio de 1944) llevada a cabo por medio del RD 45/2007, de 19 de enero, en sus arts. 24 a 34 se regula con mayor concreción el seguro de responsabilidad civil profesional de los notarios, como se expone en el §.II de su Exposición de Motivos.

El art. 24 del RNot dispone, tras la reforma de que ha sido objeto en el año 2007, que el notario electo para una Notaria determinada deberá obligatoriamente acreditar, en el plazo de treinta días naturales contados desde la publicación del nombramiento en el BOE o en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, la contratación de un seguro de responsabilidad civil —además de la constitución de la fianza a que se refiere el art. 14 de la LNot, para la toma de posesión de su cargo, por importe de 1.500,00 o 3.000,00 €, en función de si se trata de poblaciones de más de un millón de habitantes, o no y en títulos de deuda pública o con garantía de fincas rústicas o urbanas (arts. 26 a 30 del RNot)— ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública); sin que, obviamente pueda entenderse, de conformidad con el principio general de reparación íntegra del daño que rige en nuestro sistema de responsabilidad civil, que la responsabilidad del notario se encuentra limitada por la cantidad prestada como fianza para el ejercicio de su cargo. El art. 25 del RNot precisa que este seguro de responsabilidad civil, de suscripción obligatoria, tiene por objeto cubrir la responsabilidad civil en que pueda incurrir el Notario en el ejercicio de su cargo.

En lo no previsto por las reglas especiales expuestas, se aplica supletoriamente el régimen contemplado en la LCS, que constituye el Derecho común en esta materia. Así, resulta, *v.gr.*, de la STS 31/2020, de 21 de enero [ECLI:TS:2020:101] en relación con la cobertura de los daños ocasionados al propio Notario tomador del seguro y asegurado por la infidelidad de sus empleados. En particular, se cuestionan en ella la interpretación que ha de darse a la condición general inserta en el contrato de seguro colectivo de responsabilidad civil concertado a través del Consejo General del Notariado, del siguiente tenor literal: *«El evento cuyo riesgo es objeto de cobertura es la presentación formal, entendiéndose por tal, cualquier medio de comunicación escrita, fax, carta, telegrama, etc., durante el tiempo de vigencia de este contrato o de sus prórrogas, de una reclamación a un Asegurado para que indemnice los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en este contrato, de cuyas consecuencias sea aquel civilmente responsable, conforme a derecho. Es indiferente que el hecho causa se haya producido antes o durante la vigencia de este contrato, siempre que la reclamación no fuera conocida por el Asegurado con anterioridad a la fecha de 2 de mayo de 1993. Tales hechos serán los que*

se originen en el ámbito del ejercicio profesional del Notario en la actuación conforme a las disposiciones legales vigentes o actividades complementarias que por Ley o costumbre realiza habitualmente. Así a título enunciativo, pero no limitativo: 5.1. Los errores, negligencias u omisiones cometidas por Notarios en el ejercicio de su actividad profesional o de la que corporativamente les correspondiere. 5.2. Errores, infidelidades, negligencias u omisiones cometidas por quienes legal, reglamentariamente o consuetudinariamente desempeñan actividades auxiliares encomendadas por el notario, dentro del cuadro normal de actuación profesional. En materia de infidelidad de empleados y personas que desempeñen actividades auxiliares encomendadas por el Notario y por el concepto de apropiación de fondos, valores, efectos al portador o endosados en blanco y en general cualquier signo pecuniario, se aseguran los siniestros posibles, incluidos: A) Los daños causados al notario por las infidelidades propiamente dichas, producidas pese al correcto control contable y gestión notarial. B) Los daños causados al notario por las infidelidades propiamente dichas en las que concurran circunstancias atípicas, por haberse producido de forma continuada en el tiempo, durante un período superior a un ejercicio fiscal o intervalo asimilable, no existiendo una contabilidad ordenada o control equivalente, bajo la directa supervisión del notario, que permita su reconstrucción. C) Todos los daños consecuenciales causados a terceros por estos actos, y las responsabilidades surgidas de estas infidelidades. D) Se considerará como un único siniestro todos los daños originados por el mismo sujeto».

El TS, estimando el recurso de casación interpuesto por el Notario asegurado, casa y revoca la SAP Asturias, con sede en Gijón, 180/2016, de 25 de abril, en la cual se consideró que quedan cubiertos los siniestros acaecidos con antelación a la suscripción del seguro colectivo, como resulta de la dicción literal de la cláusula quinta, y comoquiera que no tiene sentido que se cubran los siniestros comunicados al notario durante la vigencia de la póliza, toda vez que supondría el descubrimiento de sus empleados, se razonó que hay que entender que la reclamación exigida en la póliza es la efectuada por el notario asegurado a la compañía de seguros, o incluso, por la oscuridad de la cláusula quinta, a la tomadora del seguro, el Consejo General del Notariado. En consecuencia, al haberse puesto en conocimiento de la compañía aseguradora el siniestro, en el mes de octubre de 2010, cuando la póliza ya no estaba vigente, la cobertura fue correctamente rechazada. La Sala de lo Civil del TS consideró que el notario tiene constancia efectiva de la deslealtad de sus empleados, que contractualmente además debería superar la precitada cuantía de los 40.000,00 € (establecida como franquicia), cuando finalizan los informes ordenados, a los efectos de controlar el estado de sus cuentas, situación que se produce durante la vigencia del seguro. En particular precisa que, de lo actuado no existe prueba

acreditativa de que tuviera un conocimiento de la infidelidad de sus trabajadores anterior al final del verano de 2007, como afirma la parte demandada. En consecuencia, declara que procede condenar a las compañías aseguradoras codemandadas a abonar al actor la cantidad objeto de condena en el proceso penal, que determina el daño resarcible, en el ejercicio de la acción civil seguida contra los empleados desleales del Notario y que cubren los daños causados en la prestación de sus servicios en la notaría, en la concreta suma de 700.812,91 €, sin constancia de otros perjuicios, que tuvieran su origen en fuentes distintas no cubiertas por la cobertura aseguradora, quedando expresamente excluidos los derivados de las actas de hacienda por las sentencias penales.

1.4.3. El seguro de responsabilidad civil en la prestación de servicios de auditoría

El art. 27 de la LAC, como mecanismo adicional al régimen de responsabilidad civil que establece en su art. 26 y con la finalidad de garantizar que los auditores respondan de los daños y perjuicios que puedan ocasionar en el ejercicio de su actividad profesional, prescribe la obligación de los auditores de cuentas y de las sociedades de auditoría de prestar una garantía financiera que puede consistir en un depósito en efectivo, títulos de deuda pública, aval prestado o por una entidad financiera o por la contratación de un seguro de responsabilidad civil o de caución, por la cuantía y en la forma que establezca el Ministerio de Economía, debiendo ser esta cuantía, en todo caso, proporcional al volumen de negocio.

Desarrollando la anterior previsión legal, el art. 65.4 del Reglamento de la LAC, señala que, en el caso de que la garantía financiera se constituya mediante una póliza de seguro de responsabilidad civil o de caución, individual o colectiva, en cuyo caso se aportará el correspondiente certificado individual de seguro, esta deberá cubrir específicamente la responsabilidad civil tal y como se define en el art. 26 de la LAC, y en los términos y condiciones establecidos en este artículo. Precisa el precepto reglamentario que la cobertura debe realizarse de forma individualizada para cada auditor de cuentas y para el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, sin que sean admisibles cláusulas que determinen una cobertura inferior al límite que resulte de aplicación de los apartados 2 y 3 del mismo precepto para cada siniestro con independencia de que de forma conjunta se cubra dicho límite: para auditores personas físicas, 500.000,00 € el primer año de actividad profesional y, en el caso de las sociedades de auditoría españolas, se multiplicará por cada uno de los socios de ésta, sean o no auditores de cuentas, y de los auditores de cuentas designados para firmar informes de auditoría en nombre de la sociedad, distintos de los

socios, teniendo, asimismo, el carácter de mínima en los años sucesivos. Una vez transcurrido el primer año de la actividad, la garantía financiera mínima se incrementará en el 30 por ciento de la facturación que exceda de la cuantía equivalente a la de dicha garantía financiera mínima y que corresponda a la actividad de auditoría de cuentas del ejercicio anterior, desarrollada en España.

1.4.4. El seguro obligatorio de responsabilidad civil en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios

Con arreglo a la habilitación general que para la imposición de la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de determinadas actividades se contiene en la DA 2ª de la LOSSEAR, en el ámbito del ejercicio de las **profesiones sanitarias**, el art. 46 de la Ley 44/2003 de *Ordenación de Profesiones Sanitarias*, establece la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil en los siguientes términos: «*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, vienen obligados a 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*».

Además, en el art. 6.1, letra c), del RD 1945/1985, de 9 de octubre, *regulador de los centros de hemodonación y bancos de sangre*, se prescribe con el fin de garantizar debidamente el derecho a obtener la correspondiente reparación, por parte del Banco de Sangre, de cualquier daño o perjuicio distinto que con motivo de la extracción le sea producido, los Bancos de Sangre procederán a la instauración de un «Seguro de donante» que cubra cualquier daño eventual en la persona del donante con motivo de la extracción de la sangre o hemocomponentes.

En el art. 8.1 del RD 223/2004, de 6 de febrero, *en el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*, se establece 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.

1.4.5. El seguro de los administradores concursales

La LC introdujo 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, habilitando al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la correspondiente normal legal. Al aceptar el nombramiento, todo administrador concursal deberá acreditar ante el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado que conozca del concurso la vigencia de un contrato de seguro o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del propio administrador concursal asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función (arts. 67 del TRLC y 1 del RD 1333/2012, de 21 de septiembre, *por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales*).

La única excepción a la exigencia de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente es el caso de que el nombramiento de administrador concursal recaiga en una Administración Pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella cuando se designe para el ejercicio de las funciones propias del cargo a persona natural que ostente la condición de empleado público.

La vigencia del seguro o la garantía equivalente se configura como presupuesto para la aceptación del cargo. De esta forma, los administradores concursales no pueden aceptar su nombramiento sin acreditar convenientemente que gozan de esa cobertura en los términos determinados por este real decreto. Una cobertura que tienen el deber de mantener durante la tramitación del proceso concursal. Al igual que en otros muchos seguros obligatorios, la obligación legal se configura con carácter general, como condición para poder aceptar el nombramiento. No se trata, pues, de un seguro por concurso, sino de un seguro para ser administrador concursal o, más exactamente, para poder aceptar el cargo y para poder desempeñarlo a lo largo del procedimiento.

A fin de que el asegurador pueda conocer el nacimiento del riesgo, se impone al Juzgado la notificación del nombramiento y de la aceptación del administrador concursal. Paralelamente, a fin de que la cobertura esté vigente en todo momento, se imponen singulares deberes de información tanto al

administrador concursal como al asegurador de la responsabilidad civil, que habrá de comunicar al Juzgado determinadas modificaciones o vicisitudes de la relación contractual, como la falta de pago de la prima, habiendo de mantenerse la cobertura durante el período de un mes desde que realizó la comunicación.

La suma obligatoriamente asegurada se ha determinado atendiendo a la entidad de los concursos de acreedores que se vienen produciendo en nuestro país, caracterizados por masas activas y pasivas particularmente modestas. Con todo, ese mínimo se eleva por el real decreto bien por el número de concursos en los que se desempeñe la administración concursal, bien por las condiciones subjetivas del deudor común, como es el caso de los denominados concursos de especial transcendencia. La delimitación temporal de la cobertura también resulta fundamental para el buen funcionamiento del seguro y también su correcta delimitación de otras responsabilidades, de tal forma que la prescripción de la acción de responsabilidad de cuatro años sólo se aplica al supuesto de los daños a la masa activa del concurso del art. 94 del TLC, pero no a las acciones que lesionen intereses del deudor, los acreedores o terceros y que se ejerzan de acuerdo con lo dispuesto en el art. 98 del TRLC (acción individual de responsabilidad).

Como alternativa al seguro, el art. 671, *in fine*, del TRLC prevé una garantía equivalente tanto material como temporalmente. El contenido material y temporal de esta garantía se delimita por referencia al contenido del seguro.

1.4.6. El seguro obligatorio en el ámbito de la distribución de seguros

Los corredores de seguros están obligados a contratar un seguro de responsabilidad civil profesional o cualquier otra garantía financiera que cubra en todo el territorio de la UE las responsabilidades que pudieran surgir por negligencia profesional, con una cuantía de, al menos 1.300.380,00 € por siniestro y, en suma, 1.924.560,00 € para todos los siniestros correspondientes a un determinado año. En el caso de que el corredor de seguros ejerza su actividad en determinados productos bajo la dirección de otro corredor que asuma la total responsabilidad de los actos de aquel, deberá informar previamente por escrito de ello al cliente (letra g) del art. 157.1 del RD Ley 3/2020).

En el caso los operadores de banca-seguros, si el asegurador no asume la responsabilidad de éstos, están también obligados a concertar un contrato de seguro de responsabilidad civil profesional (art. 152.1, letra g) del RD Ley 3/2020).

1.4.7. ¿Es obligatorio para los agentes de la edificación contratar un seguro de responsabilidad civil profesional?

El art. 9 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, establece respecto a la obligatoriedad del seguro 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»*. Por su parte, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades y servicios y a su ejercicio, establece, simplemente, que para poder ejercer determinadas profesiones (las recogidas en el punto 2 del artículo 2º) se exige la posesión del título académico y no, como hasta entonces, la pertenencia, además, a un Colegio Profesional. Desde la entrada en vigor de esta norma, la obligatoriedad o no de contratar un seguro deriva de la normativa que regula cada actividad profesional en concreto y ello pese a que, en su art. 21.1, establece que a los proveedores de servicios se les puede exigir, como regla general, que suscriban un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra el daño que pueden causar en la prestación del servicio, cuando presentan un riesgo directo y concreto para la salud, la seguridad de un tercero o para la seguridad financiera del receptor.

En el caso de las actividades de construcción y edificación ejercidas por los arquitectos y arquitectos técnicos la obligatoriedad de concertar un seguro de responsabilidad civil profesional no está incluida expresamente en la LOE, aunque sí su responsabilidad como técnicos. En el caso de obras de construcción que requieran de un proyecto visado por un colegio profesional, la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil se deriva no de las previsiones de la LOE sino porque lo obligan los estatutos de los colegios profesionales habida cuenta de que, en estos casos, la responsabilidad civil podría afectar al colegio Profesional que visa el proyecto en aquellos aspectos que deberían haber sido detectados y corregidos durante el proceso de visado.

En el caso de las actividades de tasación inmobiliaria sí se impone la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil profesional. En particular, las sociedades de tasación inmobiliaria, cuya forma jurídica ha de ser la de sociedades anónimas y cuyo objeto social ha de estar limitado a la valoración o tasación inmobiliaria, han de contar con una estructura mínima y tienen responsabilidad civil frente a terceros derivada de la actividad de tasación. Estas sociedades de tasación tienen que estar homologadas por el Banco de España, inscribiéndose en el registro oficial correspondiente y están supeditadas a su supervisión. El art. 3 del RD 775/1997, de 30 de mayo, *sobre el régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación* establece

la obligatoriedad de la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por una cantidad de 600.000,00 €. En el caso de tasaciones inmobiliarias realizadas por un profesional independiente (sea este arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero, ingeniero técnico, etc.) no se impone la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad profesional que cubra los riesgos derivados de esta actividad y el resto de las actuaciones profesionales que realice en este ámbito, sin perjuicio de su carácter recomendable.

1.5 El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del abogado

En el ámbito del ejercicio de la actividad profesional de la abogacía, no existe ninguna obligación legal de contratar un seguro de responsabilidad civil para el caso del ejercicio individual de la abogacía, aunque sí existe para el caso de la prestación del servicio a través de la constitución de una sociedad profesional (*ex art. 11.3 de la LSP*). En efecto, las sociedades profesionales reguladas por la ya referida Ley 2/2007, de 15 de marzo, sí están sometidas a la obligación legal de concertar un seguro de responsabilidad civil: *«las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social»* (art. 11.3 de la LSP).

Por su parte, el EGAE tipifica como una infracción disciplinaria grave (art. 125, letra *t*) *«la falta de contratación de seguro o garantía cuando la obligación de contar con dicho régimen de garantía para cubrir las responsabilidades por razón del ejercicio profesional así esté prevista por ley»*; si bien no existe norma de rango legal que establezca este aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil para el ejercicio individual de la actividad de abogacía. Para el caso de las sociedades profesionales de prestación de servicios de abogacía, la tipificación de la infracción disciplinaria se contempla en el artículo 129 del EGAE, en los siguientes términos: *«Las sociedades profesionales reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, sí están sometidas a la obligación legal de concertar un seguro de responsabilidad civil»*.

El incremento estadístico de los supuestos en los que se ha reconocido la responsabilidad civil de los abogados como consecuencia de la prestación de servicios profesionales, ha determinado, en la práctica, la generalización de la suscripción de seguros de responsabilidad civil profesional; lo que a su vez ha conllevado que, en ocasiones, el cliente perjudicado fundamente la pretensión indemnizatoria en las normas de responsabilidad civil extracontractual —*ex arts. 1902 del CC y 47 del vigente EGAE (anteriores 53 y 54 del EGAE ahora*

derogado)—, a pesar de que se haya generado en el ámbito de una relación contractual. Así sucede en el caso resuelto, por ejemplo, por la STS de 14 de mayo de 1999 [RJ 1999\3106].

En España no existe ningún fondo, público ni privado, para garantizar la indemnización de los perjudicados por la actuación dolosa o culposa de un abogado, cuando este no es solvente ni ha concertado un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad por el daño ocasionado y cuyo resarcimiento pretende el perjudicado.

En la práctica, se ha generalizado la contratación de seguros de responsabilidad civil profesional por los colegios de abogados, quienes actúan como tomadores del seguro y ostentan sus colegiados la condición de asegurados, con lo que se posibilita la contratación de incrementos de la cobertura —o de los riesgos cubiertos— o de la suma indemnizatoria asegurada mediante pagos suplementarios individuales de la prima del seguro por cada colegiado o profesional asegurado. En particular, la letra i del artículo 68 del EGAE establece como una de las funciones de los colegios de abogados, «*organizar y promover actividades y servicios comunes de interés para los colegiados de carácter profesional, formativo, cultural, asistencial, de previsión y otros análogos, incluido el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil profesional cuando legalmente se establezca*».

1.6 Exclusiones habituales en los seguros de responsabilidad civil profesional

Entre las exclusiones de cobertura más habituales en los seguros de responsabilidad civil profesional, pueden señalarse las que siguen:

- 1) Actos u omisiones dolosos, fraudulentos, tipificados como delito, o que sean deliberadamente contrarios a la ley, siempre que los mismos hayan sido calificados como tales por un juez o autoridad competente.

En los repertorios de jurisprudencia se encuentran casos nada infrecuentes en que tal previsión ha servido de soporte para que la aseguradora indemnice al perjudicado «*sin perjuicio del derecho de repetir*» (ex art. 43 de la LCS —y art. 10 de la LRCSCVM en el caso de siniestros derivados de circulación de vehículos a motor—) por conductas dolosas surgidas con motivo del ejercicio de profesionales liberales (vid. SSTS 384/2004, de 22 de marzo [RJ 2004\3414] y 2172/2001, de 26 de noviembre [RJ 2002\669] referidas ambas a defraudaciones imputadas a abogados en el ejercicio de su actividad profesional; así como la

STS 173/2009, de 27 de febrero, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios sanitarios [RJ 2009\3290]).

- 2) Daños personales y materiales. La habitual exclusión de la cobertura de este tipo de daños en lo seguros de responsabilidad civil profesional aconseja que, para que el profesional puede tener una cobertura adecuada, complete la cobertura propia del seguro de responsabilidad civil profesional mediante la contratación de un seguro de responsabilidad civil general que incluya la responsabilidad patronal, la de explotación y la de producto.
- 3) Deberes u obligaciones asumidas más allá o que excedan de la práctica habitual de la profesión de que se trate.
- 4) Operación o administración de un plan o fondo de pensiones, de beneficios o de pensiones para empleados o de un fondo fiduciario, o de la venta o adquisición o transacciones.
- 5) Insolvencia o situación concursal del profesional asegurado.
- 6) Multas, sanciones administrativas o disciplinarias, daños y perjuicios no compensatorios, punitivos, múltiples o ejemplarizantes.
- 7) Infracción de derechos de propiedad intelectual, industrial o de un secreto comercial o empresarial protegido de conformidad con las previsiones de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos Empresariales*.
- 8) Pérdida de beneficios o de actividad comercial. Este riesgo puede ser objeto de cobertura a través de un seguro de pérdidas pecuniarias, destinado a cubrir la pérdida del rendimiento económico que hubiera podido alcanzar el profesional con ocasión del ejercicio de la actividad que le es propia, de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato.
- 9) Responsabilidad civil de consejeros y de directivos de sociedades mercantiles. Esta responsabilidad civil ha de ser cubierta mediante seguros específicos de responsabilidad civil de consejeros y directivos (conocidos como seguros de D&O).

2 LA ACCIÓN DIRECTA EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

El art. 76 de la LCS es aplicable en todos los seguros de responsabilidad civil, incluidos los seguros de responsabilidad profesional. Este precepto acoge la que se presenta como una de las consecuencias jurídicas más relevantes que se derivan de la existencia de un seguro de responsabilidad civil, cual es el hecho constituido por el nacimiento del derecho del perjudicado o de la víctima de dirigirse directamente contra el asegurador de la responsabilidad civil y, en particular, en el ámbito de riesgos que nos ocupan, frente al profesional que haya prestado el servicio al que causalmente cabe imputar el daño (*ex* art. 76 de la LCS). Procesalmente este derecho se traduce en la atribución de legitimación activa al perjudicado para ejercitar la acción directa frente a la entidad aseguradora del responsable del daño (el profesional asegurado) experimentado por aquél, pudiendo ejercitarse, tanto en la vía jurisdiccional civil, como en la penal (en relación con esta última, arts. 117 del CP y 784.5ª de la LECrim) y, en su caso, en la contencioso-administrativa cuanto se trate de la prestación de un servicio por una Administración Pública, que haya concertado el seguro de responsabilidad civil y que sea codemandada junto con la entidad aseguradora.

La acción directa por parte de la víctima o perjudicado puede ser ejercitada de manera exclusiva frente al asegurador o acumuladamente junto con la acción de la que dispone perjudicado frente al responsable de los daños (asegurado), existiendo un régimen de solidaridad del perjudicado y de la entidad aseguradora de su responsabilidad civil frente al perjudicado que ejercita la acción de responsabilidad civil. La previsión de esta acción directa presenta efectos favorables, tanto en relación con el tercero perjudicado que puede dirigir su acción indemnizatoria frente a un sujeto solvente —el asegurador—, garantizándose el cobro de la indemnización, siempre que concurren los presupuestos para que se declare la responsabilidad civil del asegurado y el riesgo esté cubierto por el seguro por éste concertado, como en relación con el propio asegurado al que, en la mayoría de los supuestos, le permite desentenderse de las reclamaciones formuladas por terceros perjudicados. A efectos de facilitar el ejercicio de la acción directa y de que la existencia del contrato de seguro trascienda al perjudicado, el art. 76, *in fine*, de la LCS impone al asegurado el deber de manifestar al tercero perjudicado —o a sus herederos— la existencia del contrato de seguro y su contenido. La exigencia por el tercero perjudicado del cumplimiento del deber asegurado puede prepararse, antes del inicio del proceso, a través de las diligencias preliminares previstas en el art. 256.1 de la

LECiv, especialmente mediante la contemplada en su núm. 5º, de acuerdo con el cual todo juicio puede prepararse mediante la petición de quien se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

En los repertorios de jurisprudencia podemos apreciar distintos casos en los que esta previsión ha servido de soporte para que la entidad aseguradora indemnice al perjudicado «*sin perjuicio del derecho de repetir*», por conductas dolosas surgidas con motivo del ejercicio de profesionales liberales, como ya se ha señalado en los epígrafes precedentes.

El asegurador del causante del daño ha de serlo de su responsabilidad civil y además en la modalidad de responsabilidad de la que se haya causado el daño cuyo resarcimiento se pretende. Así, por ejemplo, si un abogado ha concertado un seguro de responsabilidad civil general para la cobertura de los riesgos de responsabilidad derivados de la explotación de su despacho profesional, pero no se extiende a la cobertura de reclamaciones derivadas de la práctica profesional, la acción directa se podrá ejercer sólo respecto de los daños personales, materiales y perjuicios derivados de la actividad normal del despacho, pero no amparará el ejercicio de la acción directa frente al asegurador por acciones u omisiones derivadas de la responsabilidad civil profesional del abogado en tanto que ésta no se encuentra cubierta al no haber sido contratado.

Cuando se ejercita esta acción directa es al perjudicado al que corresponde acreditar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil conforme a las disposiciones del art. 1902 del CC o de las normas que, en cada caso, disciplinan la responsabilidad civil profesional de que se trate en el caso concreto y la existencia del seguro de responsabilidad civil (vigente y que contenga la cobertura del evento dañoso de que se trate y en el momento temporal en que se haya ocasionado).

3 LA PRESTACIÓN DE DEFENSA JURÍDICA

El motivo de la inclusión de la prestación de defensa jurídica en los seguros de responsabilidad civil —en cualquiera de sus modalidades (explotación, patronal, productos) o en sus modalidades independientes (profesional, consejeros y administradores sociales, etc.)— radica en el interés de la entidad aseguradora que asume total o parcialmente las consecuencias patrimoniales vinculadas al siniestro generador de responsabilidad civil profesional y cubierto

por el seguro de responsabilidad civil, por lo que tiene un interés directo en realizar una adecuada defensa jurídica de sus derechos e intereses frente a la reclamación que le ha dirigido el perjudicado. En consecuencia, la razón de ser de la inclusión de esta cobertura radica en el interés de la entidad aseguradora de defenderse adecuadamente frente a reclamaciones, fundadas o no, que pueden dar lugar al pago de indemnizaciones comprometiendo su patrimonio.

La LCS no distingue la clase de reclamación efectuada por el tercero respecto de la que el asegurador habrá de asumir la dirección jurídica del asegurado, de manera que habrá de hacerlo con independencia de la naturaleza procesal o extraprocesal de la reclamación y aun en el caso de que estime que daño cuyo resarcimiento pretende el tercero perjudicado no está cubierto por el contrato de seguro, salvo que la reclamación sea obviamente ajena a esta cobertura. Tanto el reconocimiento de la deuda, como la determinación de su importe mediante la aceptación de una reclamación extrajudicial, corresponde al asegurador. Formulada la reclamación judicialmente, la dirección jurídica del asegurador comprende la facultad de elegir abogado y procurador en los procesos civiles, sin perjuicio de que sea necesaria la voluntad del asegurado en orden a otorgar los pertinentes poderes de representación, así como la decisión acerca de entablar los oportunos recursos frente a la sentencia que estime la responsabilidad civil a la que el asegurado quede sujeto. En todo caso, la dirección jurídica del asegurador no conlleva la obligada intervención del asegurado en el proceso, ni la alteración de su capacidad procesal, ni tampoco impide su participación en la adopción de las decisiones acerca de las resoluciones judiciales que afecten a sus intereses. En el caso de que exista un conflicto de intereses entre el asegurador y el asegurado, aquél debe abstenerse de asumir la dirección jurídica de éste, sin perjuicio de la posibilidad de realizar las diligencias urgentes que sean necesarias para la defensa, pudiendo el asegurado confiar su defensa jurídica a otra persona.

El párrafo primero del art. 74 de la LCS establece la regla general de conformidad con la cual la entidad aseguradora asume la dirección jurídica de la defensa frente a la reclamación del perjudicado, abonando los gastos derivados de la misma. La obligación de la prestación de defensa jurídica tiene como causa la reclamación del tercero perjudicado y por destinatario al asegurado. Esta regla general es de Derecho dispositivo, como resulta de la propia norma al establecer que la entidad aseguradora asumirá la defensa jurídica del asegurado «*salvo pacto en contrario*» (en este sentido, *v.gr.*, STS 646/2010, de 27 de octubre [RJ 2010\7612]), de manera que si esta cobertura no se incluye en la póliza de seguro de responsabilidad civil, el perjudicado no podrá exigir a la

entidad aseguradora el pago de los honorarios del letrado que haya designado para asumir su defensa jurídica (STS 437/2000, de 20 de abril [RJ 2000\2981]).

El ámbito propio de la cobertura de defensa jurídica está constituido por las reclamaciones extrajudiciales y las judiciales tramitadas ante los órganos del orden jurisdiccional civil que se formulen o interpongan contra el asegurado, excluyendo aquellas que se tramiten por la vía jurisdiccional penal, si bien el art. 74 de la LCS no prohíbe la previsión de que la defensa del asegurado en este orden jurisdiccional sea también asumida por la entidad aseguradora como una prestación propia del seguro de defensa jurídica. En efecto, en el marco de las **acciones penales**, el asegurador puede asumir la defensa del asegurado con consentimiento del defendido. La diferencia de régimen respecto de las acciones civiles radica en el hecho de que en el caso de imputación al asegurado de un ilícito penal entran en juego valores distintos de los económicos, rigiendo con toda su virulencia el derecho fundamental de defensa con asistencia letrada que el art. 24 de la CE reconoce a toda persona.

En el segundo párrafo del art. 74 de la LCS se contiene una regla específica para el caso de conflicto de interés entre la entidad aseguradora y al asegurado, señalando que cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa del asegurado / perjudicado. En estos casos, el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, en cuyo caso el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite cuantitativo pactado en la póliza.

Si el asegurador asume la dirección jurídica del asegurado, serán de su cuenta los **gastos de defensa** que se ocasionen, incluyendo todos los derivados de la dirección jurídica, procesales y extraprocesales (actos de mediación, honorarios profesionales, peritos, costas procesales, etc.), sin que se establezca límite alguno. En el caso en el que, por existir un conflicto de intereses, la dirección jurídica del asegurado se confíe a un tercero, los gastos de defensa serán por cuenta del asegurador hasta el límite pactado en la póliza (art. 74.2, *in fine*, de la LCS).

