FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

José Manuel Busto Lago
Catedrático de Derecho Civil

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

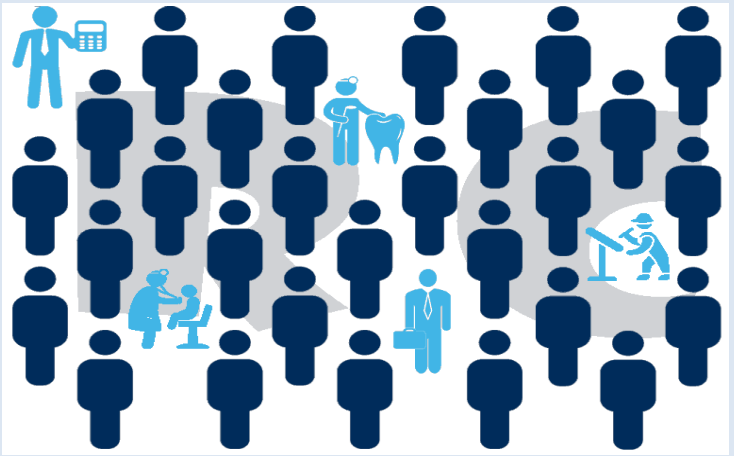
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

Cuaderno núm. 6 de la Cátedra Fundación INADE - UDC

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO



La prestación de servicios profesionales en España

- Prestación por Administraciones Públicas (arts. 32-37 LRJSP)

  - Profesionales sanitarios AP Sanitarias
  - Letrados al servicio Administraciones Públicas
  - Abogados de oficio y asesoramiento jurídico gratuito
  - Si ha prescrito la acción frente a la AP, no cabe promover la acción frente a la entidad aseguradora de RC (STS 119/2022, 15.02)
- Prestación servicios profesionales privados
- Prestación a consumidores / usuarios

  - Relaciones B2C
  - Aplicación normas Derecho de consumo (STJUE 15.01.2015 [asunto C-537/13]: posible calificación de la relación del abogado con su cliente como una relación de consumo
  - Art. 147 TRLGDCU: RC subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa
  - STS 192/2021, 6.04: nulidad cláusulas exoneración RC
- Prestación por sociedades profesionales

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales en España

- Prestación por sociedades profesionales:
  - Constitución obligatoria para el ejercicio de actividades profesionales que presten servicios a terceros.
  - RC solidaria de la propia SP y todos los profesionales, sean socios o no, que hayan intervenido en un asunto, con independencia de su grado de participación en el mismo y de la naturaleza de su vinculación con la sociedad profesional (art. 11.2).
- Servicios profesionales en régimen de dependencia laboral: art. 1903.IV del CC

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Normas específicas:

- Profesionales del Derecho:
  - Notarios: art. 147 RNot.
  - Registradores de la Propiedad y Mercantiles: arts. 296 – 312 LH
    - STS 751/2021, 2.11 (falta de inscripción de una plaza de garaje que es subastada y adquirida por un 3º de buena fe)
  - Abogados: arts. 31.1, 47, 55-56 EGAE
  - Procuradores: (mandato) art. 57.2 Estatuto Profesional
  - Administradores concursales: arts. 95, 98 y 296 TRLC
  - Jueces y Magistrados: arts. 16.1 y 411 - 413 LOPJ
  - Magistrados del TC: régimen común de RC (STS 51/2004, 23.01)

La prestación de servicios profesionales

- Normas específicas:

- Auditores de cuentas:
  - Art. 26 LAC/2015:
    - Remisión aplicación arts. 1101 y 1902 CC
    - Responsabilidad civil proporcional y directa del auditor y de la sociedad de auditoría
    - Plazo específico prescripción acción: 4 años
    - ¿Responsabilidad civil frente a *terceros*?
      - Informes erróneos o inexactos
      - Supuestos en que no se han detectado fraudes o irregularidades imputables a gestores de la auditada (STS 9.10.08 –XM Patrim-)
        - » Aplicación NTA: estándar de diligencia
      - Imputación objetiva: interés de protección de la norma (confianza en el mercado + sociedad auditada + socios)
        - » STS 9.10.08: daños a inversores: fuera del ámbito protección de la norma (sólo tutelan derecho de información de los socios)

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Normas específicas:

- Profesionales distribución de seguros:
  - RD-Ley 3/2020, 4.02 (Directiva UE 2016/97)
    - Art. 143: imputación de RC del agente (exclusivo y vinculado) a la entidad aseguradora
      - No aplicable a operadores banca-seguro (son responsables civiles autónomos)

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Normas específicas:

  - Prestadores de servicios sanitarios:
    - Art. 148.II TRLGDCU: RC objetiva para servicios sanitarios
      - Aspectos organizativos del servicio
      - Riesgos intrahospitalarios: infecciones nosocomiales; uso diligente de materiales defectuosos,…
      - STS 446/2019, 18.07: fallecimiento por infección nosocomial tras intervención quirúrgica
    - RC subjetiva
    - RC objetiva: medicina reparadora (voluntaria o satisfactiva) e intervenciones de fácil ejecución
    - Consentimiento informado: asunción por el paciente de los riegos típicos descritos (STS 828/2021, 30.11)
    - Posibilidad de demandar a la aseguradora de asistencia sanitaria (STS 234/2021, 29.04)
  - RC veterinario

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Normas específicas:

  - Profesionales de la construcción:
    - Arquitectos: arts. 10, 12 y 17 LOE
    - Arquitectos técnicos: art. 13 LOE (RD 19.02.1971)
    - Asunción de funciones de coordinación de seguridad y salud laboral
    - Plazo prescripción: 2 años (art. 18.1 LOE)
    - Daños imputables: materiales del edificio
    - Causas de exoneración: caso fortuito, fuerza mayor, actos de un tercero o del perjudicado (art. 17.8 LOE)

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Relación contractual:

- Fundada en:
  - Cualificación profesional
  - Confianza: *«intuitu personae»* positivo
  - Satisfacción del interés del cliente
  - Carácter oneroso / Excepciones:
    - "Turno de oficio" (asistencia jurídica gratuita)
    - Relaciones familiares o de amistad

- Calificación jurídica:
  - Arrendamiento de servicios (STS 14.07.05 [RJ 6532])
    - Asesoramiento y consejo
  - Contrato de obra (informes, dictámenes,…)
  - Mandato
    - Se presume retribuido si profesional
    - Dependencia: subordinación a las instrucciones del *«dominus»*

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

El contrato de prestación de servicios profesionales

- Contrato de *"prestación de servicios [profesionales]":*
  - Obligación de medios
    - No se asume un resultado: no ob. de lograr una estimación o resolución favorable (SSTS 30.03.06 y 26.02.07)
    - Excepciones: intervenciones de medicina reparadora o satisfactiva; proyectos arquitectónicos, informes jurídicos, etc.
  - Diligencia del *"buen profesional"* (arts. 1104.1º CC)
    - **Responsabilidad subjetiva**: El perjudicado ha de acreditar la culpa o negligencia (art. 217.2 LECiv)
      - Impericia, descuido profesional, etc.
      - No aplicación inversión de la carga de la prueba (SSTS 30.12.02 y 27.02.06)
      - Presunción de culpa en supuestos de ***«daños desproporcionados»*** (SSTS 8.05.2003 y 16.04.2007)
    - La omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales se determina atendiendo a las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y a las particulares circunstancias del caso.
    - Específicos deberes de corrección
    - Deber de corrección y de consejo –es un "perito" en la materia- (iniciativa, amplio margen de libertad en decisiones), sin perjuicio de cumplir las instrucciones del cliente
    - Protección de los intereses del cliente

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Responsabilidad **extracontractual**:
  - Incumplimiento de deberes precontractuales, daños a terceros –*v.gr.,* incumplimiento deber de secreto, normas de protección de datos personales, etc.-*;* prestación de servicios en régimen laboral – el tercero contrató la prestación de servicios con la empresa (art. 1903.4º CC)-; concurrencia con ilícitos penales (arts. 109 y ss CP) – obstrucción a la justicia, deslealtad profesional (arts. 463 a 467 CP)-
- Generalización de suscripción de seguros de RC: fundamentar la pretensión en normas de RC extracontractual:
  - Sociedades profesionales: aseguramiento obligatorio (art. 11.3 LSP/2007)
  - Servicios sanitarios
- Incumplimiento de obligaciones derivadas del *«arrendamiento de servicios»:*
  - STS 19.02.2014 (aplicación normas RC: arts. 1101-1107 CC)
  - Contrato de gestión (arrendamiento de servicios + mandato): STS 283/2014, de 20.05
- Aplicación **normas consumo**: art. 147 TRLGDCU: RC subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la culpa
  - Art. 148.II TRLGDCU: servicios sanitarios y otros (RC objetiva)
  - Art. 130 TRLGDCU: ineficacia frente al C de la cláusulas de exoneración o limitación de RC.

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La prestación de servicios profesionales

- Algunos ejemplos de actuaciones profesionales que pueden fundar la RC en el ejercicio de la abogacía:
  - Responsabilidad por informaciones o consejos profesionales erróneos
    - Inducción a decisiones erróneas
    - Pérdida de oportunidad de tomar otras decisiones que llevarían a un resulta distinto
  - Vulneración del deber profesional de secreto
  - Vulneración del deber de custodiar documentos entregados por el cliente
  - Vulneración de la *«lex artis»* en la asistencia y defensa procesal:
    - Errónea interpretación de una norma jurídica
    - Desconocimiento de una doctrina jurisprudencial relevante
    - Actuaciones erróneas en relación con la finalidad pretendida
    - Conductas omisivas:
      - No interposición en plazo de una demanda o de un recurso
      - No comunicación del plazo y posibilidad de ejercitar tempestivamente una pretensión:
        - » STS 283/2014, 20.05: víctimas del camping «Las Nieves» - Biescas, que no pudieron ejercitar la acción RC frente a la AP por no haberles comunicado su abogado el archivo de la causa penal (notificada a través de procurador).
      - Omisión de la formulación de una pretensión a que tenga derecho el cliente
        - » STS 600/2013, 14.10 [RJ 2013\7440]: RC 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
      - Caducidad de la pretensión de una compensación económica y alimentos tras ruptura de pareja de hecho en Cataluña, al no recurrir el reparto a un JPI, en vez de a un JF (STS 375/2021, 1.06)
      - No solicitar determinadas medidas de garantía o de aseguramiento del resultado del procedimiento
      - Omisión de la proposición de un medio de prueba útil
      - No comparecencia en determinados actos procesales cuando resulte preceptiva

- Principio general: reparación integral del daño
  - Los supuestos de incertidumbre causal:
    - ¿Se indemnizan?
      - En caso de probabilidad mayor al 50%
      - Proporcionalmente a la probabilidad acreditada
  - La *pérdida de oportunidad*:
    - RC abogados y procuradores
    - RC médica:
      - STS (3ª) 462/2018, 20.03: retraso en la realización de una biopsia cerebral
      - La conducta alternativa hubiese evitado o minimizado el daño

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil

- Daño propio: inferido a los derechos subjetivos o intereses legítimos del perjudicado
- Daño cierto –contractual [no basta incumplimiento] y extracontractual:
  - En materia RC abogados, STS 25.03.98: el mero incumplimiento constituye, *per se*, un perjuicio (material o moral)
  - Existente: no inciertos, eventuales, etc.
  - Cuantía: si dolo: aplicación art. 1107 CC (STS 19.02.14: abogado que recibe dinero para cancelar hipoteca y no lo hace y provoca la ejecución forzosa del bien)
  - Prueba: perjudicado
    - Realidad del daño (existencia, ya se ha verificado)
      - Es posible respecto del daño futuro
      - Un daño no manifestado puede ser cierto
      - Tener en cuenta el *«curso normal de los acontecimientos»*
    - Realidad en su cuantía:
      - Demanda: fijar importe o las bases para su cálculo
  - El daño eventual no es susceptible de indemnización

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- El agente del daño interrumpe un proceso en virtud del cual el perjudicado tenía la oportunidad de conseguir un determinado resultado positivo:
  - Una ganancia
  - La evitación de una pérdida

- *"Pérdida de oportunidad"* y lucro cesante:
  - Valor esperado: daño patrimonial
    - Cuantía de la pretensión
    - Probabilidad de éxito
  - **No** es un *"daño moral"* (aunque así lo calificase la jurisprudencia del TS superada)
  - Puede haber un componente moral o extrapatrimonial

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- Presupuestos de la *pérdida de oportunidad* para que sea indemnizable (en casos de RC abogados):

  - Presupuestos de la pérdida de oportunidad procesal como fundamento de la acción RC:
    - Carácter definitivo o irreparable de la pérdida de oportunidad
    - Que el perjudicado se encuentre en situación idónea para obtener un determinado resultado a tenor del *"normal discurrir de los hechos"*
    - **Certeza** del daño:
      - Oportunidad *"suficiente, seria o razonable"*
      - Pérdida de oportunidad procesal como daño en todo caso.
        - » Límite: la probabilidad "cero" de éxito.
      - STS 456/2021, 28.06: Inexistencia de RC de abogado que no pide la retasación, en tiempo y forma, en un procedimiento de EF (no se acredita la posibilidad de obtener un mayor justiprecio)

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- Presupuestos de la *pérdida de oportunidad* para que sea indemnizable (en casos de RC abogados):
  - Existencia de una situación jurídica y fáctica idónea para sacar adelante la pretensión
  - Preservar la libertad de criterio del abogado en elección de la estrategia que asegure mayores posibilidades de éxito:
    - No suponga desconocimiento de la normativa, jurisprudencia consolidada o error grave técnica jurídica (STS 27.05.10 [RJ 5160])
  - ¿Es suficiente que no sea claramente improsperable, aunque tenga posibilidades escasas de éxito?
    - No impide calificación del daño como cierto
    - Incide en la cuantía de la indemnización
    - No existe RC en supuestos de nulas posibilidades de éxito (SSTS 19.11.13 [RJ 7448] y 359/2018, de 15 de junio [RJ 2018\2456])

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- Supuestos en los que puede asegurarse la prosperabilidad de la pretensión frustrada:
  - Los Tribunales son expertos en Derecho: conjetura sobre el resultado final
  - Evitar enriquecimientos y empobrecimientos injustos (del litigante)
  - *"Juicio dentro del juicio":* daño patrimonial (SSTS de 9.03.11, 27.10.11 y 28.06.12)
    - Para acreditar la propia existencia del perjuicio / daño
    - Cuantía pretensión perdida y probabilidad éxito
    - Condición y medida de la reparación
  - *"Pretensiones gemelas o mellizas"* (STS 28.07.03 –RC procurador-)
    - Ej. paradigmático: reclamaciones fuera de plazo al "FOGASA" (créditos salariales, prescr. 1 año): ob. de indemnizar en la cantidad que este Fondo habría satisfecho al trabajador.
    - Daño emergente
    - *Quantum:* valor económico de la pretensión que podría haber obtenido.

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- La pérdida definitiva de las oportunidades procesales:
  - Omisión o extemporaneidad de las actuaciones procesales
  - ¿Pérdida o privación de pretensión?
  - *"Privación del derecho a los recursos", "privación del derecho a que las pretensiones litigiosas sean examinadas por los tribunales": daño moral*
    - Carácter contingente o eventual del daño + pérdida de expectativa procesal

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- Determinación de la indemnización:
  - No necesaria equiparación con el valor de la pretensión de que se ha privado al perjudicado:
    - STS de 12.12.03 –abogado y abogado de oficio que entabla la demanda cuando la acción ya había prescrito-: *«la cuantía reclamada en concepto de daños y perjuicios derivados de culpa contractual por la pérdida de un pleito por negligencia de un Letrado o Procurador no puede corresponderse con la cuantía que se hubiera podido obtener en caso de que la acción se hubiere ejercitado en tiempo, pues ello es tarea imposible, puede razonarse sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, fijando a tal efecto la indemnización procedente»*
  - Valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario, abanico (SSTS de 27.07.06 y 15.11.07):
    - Equivalencia económica del derecho reclamado
      - *V.gr.,* SAP Barcelona 11.11.08 [AC 2009\50]: abogado que no recurre en plazo providencia que veda suplicación.
      - SAP Málaga 1.09.08 [JUR 2009\54793]: abogado que deja prescribir acción RC extracontractual (fallecida accidente circulación VM, acompañante): *quantum* auto cuantía máxima
    - Negación de indemnización si *"juicio razonable"* determina que la acción o pretensión era manifiestamente infundada

FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- Determinación de la indemnización:
  - Cálculo de las probabilidades de éxito o de fracaso:
    - Método estadístico
    - *"Juicio dentro del juicio"* (STS 29.05.03)
    - No se requiere pericia externa
      - SAP Barcelona 23.04.09 [AC 1681]: 50% de la certificación no reclamada –daño moral-
    - Se evita que la negligencia sea causa de un enriquecimiento injusto
    - Se evita que la negligencia sea causa de un empobrecimiento injusto de la víctima

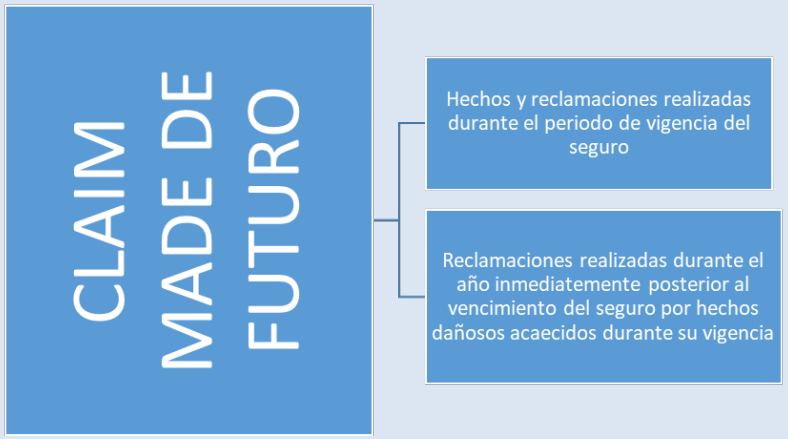
FUNDACIÓN INADE UDC
CÁTEDRA
LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

La cuantificación de la responsabilidad civil: la *pérdida de oportunidad*

- Determinación de la indemnización:
  - Aplicación criterios propios valoración del daño moral (STS 25.06.98) –doctrina jurisprudencial superada-
    - La privación de la oportunidad es un daño indemnizable en si mismo –tutela judicial efectiva-, con independencia prosperabilidad de la acción (STS de 28.01.05)
  - Aplicación criterios indemnización daños morales / extrapatrimoniales:
    - Supuestos de pérdida de la posibilidad de ejercitar pretensiones de contenido no patrimonial:
    - Pretensiones declarativas (autoría moral, filiación,…)
    - Pretensiones constitutivas (nacionalidad, capacidad de la persona,…)
    - Adopción de determinadas medidas cautelares

- Arts. 73 -76 LCS
  - Riesgo cubierto: obligación de indemnizar a un 3º dyp causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado.
  - Riesgos excluidos:
    - Actos y omisiones dolosos y fraudulentos
    - Daños personales y materiales
    - Deberes asumidos por el profesional que exceden la práctica habitual
    - Insolvencia
    - Multas y sanciones administrativas y disciplinarias
    - Infracción derechos de propiedad intelectual, industrial y secretos empresariales y profesionales
    - Pérdida de beneficios y de actividad comercial
    - Responsabilidad civil de D&O

- Delimitación temporal de la cobertura:
  - Art. 73.II LCS
  - STS, Pleno Civil, 252/2018, 26.04:
    - Validez limitación cobertura a reclamaciones realizadas por terceros dentro de su periodo de vigencia
    - Requisitos formales art. 3 LCS



FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

- Seguros obligatorios de RC:
  - Art. 9 Ley 7/2006, 31.05, *de ejercicio de profesiones tituladas y colegios profesionales*: obligación de los profesionales con titulación de cubrir el riesgo de RC con un seguro o cobertura equivalente.
  - Sociedades profesionales (art. 11.3 LSP)
  - RC notarios (art. 24 RNot)
  - Auditores de cuentas (art. 27 LAC)
  - Administradores concursales (art. 67 TRLC y RD 1333/2012)
  - Distribución de seguros (arts. 152 y 157 RDLey 3/2020)
  - Prestación servicios sanitarios (art. 46 Ley 4472003, *ordenación profesiones sanitarias*)
  - Arts. 19 y DA 2ª LOE: seguro daños o caución
  - Abogados: no contratarlo es una infracción disciplinaria grave (art. 125, *f* EGAE)
  - Art. 131 TRLGDCU: el G. puede establecer un sistema de seguro obligatorio de RC derivada de los daños causados por bienes o servicios defectuosos

FUNDACIÓN INADE UDC

CÁTEDRA

LA GESTIÓN DEL RIESGO Y EL SEGURO

¡Muchas gracias por su asistencia y por su atención!