
El régimen de la responsabilidad civil de los profesionales y la sociedad profesional en la ley de Sociedades Profesionales.

Seguro de Responsabilidad Civil de las Sociedades Profesionales.

Gonzalo Iturmendi Morales.

Abogado

Bufete G. Iturmendi y Asociados, SLP

INDICE

Introducción.

1.- La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, una nueva regulación para una actividad preexistente.

1.1.- Definición de las sociedades profesionales y ámbito de aplicación de la Ley. Sociedades no sujetas a la Ley de sociedades profesionales.

1.1.1.- Sociedades de medios.

1.1.2.- Sociedades de ganancias.

1.1.3.- Sociedades de intermediación.

1.1.4.- El caso particular de los Notarios.

1.2.- Exclusividad del objeto social.

1.3.- Composición.

1.4.- Ejercicio de la actividad profesional e inscripción registral.

1.5.- Denominación social.

1.6.- Régimen transitorio y entrada en vigor de la norma.

1.7.- Adjudicación de contrato. sociedades profesionales no adaptadas a la ley 2/2007.

2.- La responsabilidad civil profesional en la sociedad profesional.-

2.1.- Concepto y fundamentos de responsabilidad civil profesional.

2.2.- Fuentes de riesgos de responsabilidad civil profesional.

2.3.- Marco jurídico en que se desarrolla la actividad del profesional liberal.-

2.3.1.- Diferencias entre el arrendamiento de servicios y el mandato.

2.3.2.- El contrato de servicios y el contrato de obra.

2.3.3.- Ausencia de la relación de dependencia entre profesional y cliente.

2,3.4.- Compatibilidad de ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura en las sociedades profesionales.

2.4.- Responsabilidad civil de la sociedad profesional ante terceros por actos del profesional y de sus empleados y dependientes.-

2.4.1.- Fundamento.

2.4.2.- Requisitos.

2.4.2.1.- En el proceso civil.

2.4.2.2.- En el proceso penal.

2.4.3.- Prueba de la culpa.-

2.4.4.- Inexistencia de responsabilidad.

2.4.5.- Causas de exoneración.

2.5.- Los requisitos de la responsabilidad civil profesional.-

2.5 1.- Obligaciones generales del profesional.-

2.5.2.- Obligaciones particulares de los profesionales.-

2.5.3.- Tendencia jurisprudencial.-

2.6.- Tratamiento asegurador de la responsabilidad civil profesional.-

3.- Aportaciones al régimen jurídico de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

3.1.- Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los socios.-

3.2.- Sobre el seguro obligatorio de responsabilidad civil.-

El régimen de la responsabilidad civil de los profesionales y la sociedad profesional en la ley de Sociedades Profesionales.

Seguro de Responsabilidad Civil de las Sociedades Profesionales.

Gonzalo Iturmendi Morales.

Abogado.

Introducción.-

El BOE del día 16 de marzo de 2007 publicó la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que introdujo algunas novedades en el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los profesionales, cuando estos llevan a cabo su actividad de manera colectiva mediante la forma conocida como sociedad profesional.

La Ley de sociedades profesionales tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a esta Ley e inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional correspondiente. Existe una intención clara en la nueva Ley de Sociedades Profesionales, regular, al fin, las situaciones de hecho y de derecho que surgen a raíz del ejercicio colectivo de las actividades profesionales, tratando de alcanzar garantías de seguridad jurídica a quienes demandan la prestación de servicios profesionales a este tipo de sociedades y a aquellos que ejercen su profesión en el seno de estas sociedades. La norma construye un régimen peculiar, hasta ahora inexistente, en garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables.

Pero la Ley 2/2007 no solamente intenta ser una norma de garantías, sino también de responsabilidades, que se deducen tanto del régimen disciplinario y sancionador, como de los posibles daños que puedan causarse a quienes demanden los servicios profesionales. La evolución de la sociedad y de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por el trabajo en

equipo, tanto de profesionales de una misma actividad, como de distintas profesiones. Ello es consecuencia de la creciente complejidad de estas actividades y las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo.

Centraremos nuestra atención en el ámbito de las responsabilidades civiles, con independencia de las responsabilidades disciplinarias que puedan surgir del incumplimiento de las normas deontológicas que regulan la actividad profesional colegiada. Se establece junto a la responsabilidad societaria, la personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, respecto de las deudas que en ésta encuentren su origen, todo ello con la pretensión de garantizar los derechos de los terceros que requieran los servicios profesionales

Este régimen de responsabilidad se extiende en la disposición adicional segunda 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.

1.- La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, una nueva regulación para una actividad preexistente.

Regular una actividad no requiere inventar nada que no exista; por el contrario, necesita prudencia con las situaciones fácticas que han venido funcionando con garantías jurídicas suficientes antes de la nueva regulación, en la medida en que la situación anterior haya posibilitado la certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional. Tampoco precisa, necesariamente, regular el régimen jurídico de las profesiones, ni de las organizaciones corporativas de determinados profesionales. Nos encontramos, por lo tanto, ante una Ley que regula un tipo de sociedad que ya venía funcionando, si bien probablemente existían carencias a la hora de adaptar las sociedades profesionales a los modelos societarios existentes, en suma, una normativa que no supone una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque proporciona una trama normativa de obligaciones que, a la postre, posibilitan mayor transparencia y control de las mismas, así como un acomodo legal para situaciones de hecho que encontraban deficiencias en los modelos clásicos societarios.

La disposición final primera de la Ley declara la competencia legislativa del Estado en esta materia. Los preceptos de esta norma son de aplicación plena, y se dictan en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución; así como, en lo que se refiere al artículo 8, apartados 1, 2 y 3, al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución; y en lo relativo al artículo 8, apartados 4, 5 y 6, el artículo 9 y la disposición transitoria segunda, al amparo del artículo 149.1.8.^a y 18.^a de la Constitución; que declaran respectivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, ordenación de los registros e instrumentos públicos y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas.

La prudencia normativa aconsejaba establecer un plazo de tres meses para la entrada en vigor de la Ley, a contar desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por otro lado, para la adaptación a las previsiones de la Ley de las sociedades profesionales preexistentes, se estableció un plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma. Notemos que, al contrario de lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989), en la que se disponía un término superior al doble del aquí previsto, el régimen transitorio previsto en la Ley de sociedades profesionales para la adaptación de las sociedades preexistentes, no prevé la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas sociales por el incumplimiento de la obligación de adaptación, aunque sí el cierre registral.

1.1.- Definición de las sociedades profesionales y ámbito de aplicación de la Ley.

Sociedades no sujetas a la Ley de Sociedades Profesionales.

Las sociedades que tengan por **objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional** deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

La actividad profesional es aquélla para cuyo desempeño **se requiere titulación universitaria oficial**, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e **inscripción en el correspondiente Colegio Profesional**.

La sociedad profesional objeto de esta Ley es aquélla que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social, concurriendo los elementos básicos del origen negocial, el fin común y la promoción en común de dicho fin por los socios. Ello a diferencia del profesional independiente, que es alguien que obtiene rentas

ordenando por cuenta propia medios de producción y recursos humanos, para concurrir en el mercado mediante la prestación de sus servicios.

Sin embargo la práctica en grupo de actividades profesionales no siempre está sujeta al ámbito de aplicación de la Ley de sociedades profesionales.

La Ley, por ejemplo, no es de aplicación a los agentes y corredores de seguros. No afecta a estos profesionales de la mediación del seguro ya que la norma afecta únicamente a sociedades profesionales cuyo objeto social es el ejercicio de una actividad profesional, entendiendo esta como aquella para cuyo ejercicio se precisa título universitario oficial, o titulación para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, y además requiere colegiación obligatoria. Ninguno de estos dos requisitos se precisa para ser mediador de seguros.

La propia Exposición de Motivos ayuda a discernir el ámbito de aplicación de la norma advirtiendo que quedan fuera de su ámbito de aplicación las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional.

Estas tres categorías de sociedades son muy frecuentes y probablemente se encuentren dentro de ellas un número considerable de organizaciones. Se trata de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea éste último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de julio de 2012, ha resaltado los principios fundamentales de la Ley de sociedades profesionales, destacando su carácter imperativo (artículo 1.1 «(...) deberán constituirse (...)»); el artículo 5.1 al imponer la colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades profesionales propias de su objeto («(...) únicamente (...)»); el artículo 8.4, párrafo tercero, obliga al registrador Mercantil a comunicar «de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad»; el artículo 9 somete tanto a la sociedad profesional como a los profesionales que actúan en su seno al «régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional»; y, en fin, y sobre todo, el artículo 11 establece un régimen de responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la

sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil, al tiempo que la disposición adicional segunda procura, de un lado, evitar que se eluda este régimen especial de responsabilidad extendiéndolo «a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a la Ley». Lo que exige la Sentencia es la «certidumbre jurídica», afirmando expresamente que «se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad».

1.1.1.- Sociedades de medios.

La sociedad de medios se caracteriza por el acuerdo existente entre quienes la componen para compartir la infraestructura necesaria que precisa el ejercicio de su actividad profesional. En estas sociedades se comparten los medios, pero no existe un ánimo común de lucro y la prestación del servicio se imputa personalmente al profesional que la desarrolla individualmente.

Los componentes de estas sociedades comparten medios personales y materiales con la finalidad de facilitar el desempeño individual de la profesión, reduciendo costes y optimizando el resultado de su actividad.

La complejidad jurídica de estas sociedades está en función de la escala de la actividad profesional finalmente desarrollada, así como del entramado de los acuerdos tomados entre los profesionales que la componen, el grado de los mismos y la forma de ejecutar en la práctica tales acuerdos. De manera que podemos encontrar sociedades de medios más o menos sencillas, que encuentran soluciones para su regulación en los artículos 1650 y siguientes del Código civil, frente al modelo de otras sociedades de medios que puede alcanzar un grado de complejidad mayor, para las que existen normas como la Ley 12/1991, de 29 de abril, para Agrupaciones de Interés Económico, que pueden aportar herramientas jurídicas más acordes con los acuerdos tomados entre los profesionales que componen la sociedad de medios.

Se utiliza la expresión COWORKING para designar este tipo de situaciones. “Las ventajas del COWORKING –afirma MAGRO SERVET- son, en consecuencia, muchas, ya que es flexible a tus necesidades, económico, asequible, sin limitaciones en las horas en las que se puede estar en la oficina, usar la sala de reuniones, o sus instalaciones, por su uso compartido y organizado, y por las distintas aportaciones, se convierte en un sitio agradable y creativo y que te permite trabajar de forma cómoda.

Pero la mayor ventaja es que existe una pluralidad de profesionales de las que todos se pueden servir y enriquecer.”¹

1.1.2.- Sociedades de ganancias.

La **sociedad de ganancias** se caracteriza por los acuerdos entre los profesionales que las componen que permiten compartir el resultado económico de la prestación profesional. En este caso se comparte el resultado derivado del ejercicio de la actividad profesional, pero no se comparten las cargas necesarias que posibilitan el ejercicio de la actividad profesional. No siempre está clara en la práctica la frontera entre una sociedad de medios y una sociedad de ganancias, ya que si bien es cierto que en ambos casos la relación entre el profesional y el cliente es netamente individual, no es menos cierto que la aparente configuración de la prestación de los servicios profesionales de las sociedades de ganancias, puede dar lugar a ambigüedad o falta de claridad de cara a quien solicita aquellos servicios. Pensemos en el caso de las relaciones de colaboración entre profesionales, bien ocasionales o bien permanentes. La calificación de la sociedad como de ganancias adquiere su relevancia en el hecho de la exclusión del ámbito de aplicación a la Ley de sociedades profesionales de las denominadas sociedades de ganancias, implica la necesidad de resaltar en los acuerdos entre profesionales esta característica de participación en las ganancias, así como la publicidad necesaria para evitar situaciones de falta de transparencia y control.

La sociedad profesional adquiere carta de naturaleza propia, en ella los socios aportan capital a la empresa, la cual tiene personalidad jurídica propia e independiente de los profesionales que prestan en ella sus servicios, al contrario que en la sociedad de ganancias o la de medios en las cuales la prestación profesional está claramente individualizada de la organización empresarial que conlleva la sociedad profesional.

¹ Magro Servet, Vicente. El coworking y la reserva de actividad profesional. Diario La Ley, Nº 9559, Sección Doctrina, 23 de Enero de 2020, Wolters Kluwer “Un ejemplo claro del COWORKING nos lo encontraríamos en la unión por este sistema de un abogado, procurador, arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero industrial y técnico, economista, gestor administrativo, administrador de fincas, además de psicólogo, al objeto de unirse con proyectos individuales de los que cada uno de ellos se puede retroalimentar con las aportaciones que pueden hacerse cada uno en los temas que asuman de clientes individuales, pudiendo utilizarse los servicios de cada uno de ellos si así fuera necesario en sus respectivos encargos de clientes, ya que éstos pueden tener distintas demandas que exceden los conocimientos del profesional al que fueron por primera vez y que pueden tener respuesta en ese tema, o en otros de futuro, en cualquiera de los profesionales que conforman el COWORKING.”

1.1.3.- Sociedades de intermediación.

La sociedad de intermediación también está excluida del ámbito de aplicación de la Ley de sociedades profesionales, caracterizándose porque su objeto consiste en actuar como agentes mediadores dentro de la prestación de los servicios profesionales y no como prestadores de los servicios profesionales propiamente dichos. En este caso las sociedades de mediación llevan a cabo el proceso de elección y organización de los profesionales que ulteriormente prestarán los servicios profesionales de forma directa².

La Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) se hizo eco en su Resolución de 18 de Septiembre de 2019 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, que recogió los principios fundamentales de la Ley de sociedades profesionales, destacando su carácter imperativo (artículo 1.1 «(...) deberán constituirse (...)»); el artículo 5.1 al imponer la colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades profesionales propias de su objeto («(...) únicamente (...)»); el artículo 8.4, párrafo tercero, obliga al registrador Mercantil a comunicar «de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad»; el artículo 9 somete tanto a la sociedad profesional como a los profesionales que actúan en su seno al «régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional»; y, en fin, y sobre todo, el artículo 11 establece un régimen de responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil, al tiempo que la disposición adicional segunda procura, de un lado, evitar que se eluda este régimen especial de responsabilidad extendiéndolo «a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a la Ley». Ahora bien, en esa misma Sentencia el Tribunal Supremo ha admitido las sociedades de intermediación, cuando afirma que «la calificación negativa del registrador mercantil no comportaba aplicar la LSP a las sociedades de intermediación, como parece querer alegar la Administración recurrente, sino, muy al contrario, evitar que una sociedad plenamente encuadrable, por su objeto social, en el ámbito de dicha ley, quedara al margen de los requisitos exigidos por la misma». Lo que exige la Sentencia es la «certidumbre jurídica», afirmando expresamente que «se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad».

No es preciso puntualizar que el hecho de no entrar en el ámbito de aplicación de la Ley no excluye la responsabilidad civil ni disciplinaria de los profesionales que desarrollen su actividad en sociedades de medios, ganancias o mediación. Pensemos, por ejemplo, en las sociedades de mediación que tienen el derecho y el deber de

² Véase al respecto la Resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado de 2 de junio de 1.986.

actuar según las normas y técnicas propias del conocimiento de la profesión, tomando en consideración las experiencias propias del sector donde desempeñan su labor profesional. No en vano su responsabilidad profesional nace del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de sus obligaciones. Tienen también el derecho y el deber de seguir una formación continua, de tal forma que los errores u omisiones profesionales que causen daño o perjuicio, tanto a los clientes como a otros terceros perjudicados, pueden tener su origen no solo en la falta de cuidado en el desempeño de la profesión u oficio, sino también en la falta de actualización de los conocimientos necesarios para su desempeño. En la mediación se entiende por asesoramiento independiente, profesional e imparcial, el realizado conforme a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo de las soluciones que requiere el cliente que demanda los servicios profesionales, que incluye la obligación general de la sociedad de mediación de realizar un análisis objetivo sobre los riesgos que comportan la mediación, basándose –eso si- en informaciones facilitadas por el cliente a la sociedad de mediación, debiendo especificar las exigencias y las necesidades del cliente, además de los motivos que justifican cualquier tipo de asesoramiento que hayan podido darle sobre una determinada opción, bien entendido que esas precisiones habrán de dar respuesta, como mínimo, a todas las cuestiones planteadas en la solicitud del cliente, modulándose en función de la complejidad del asunto que se plantee en cada caso.

Las sociedades profesionales son compatibles con otras construcciones jurídicas societarias, ya que se pueden constituir con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley de sociedades profesionales.³

Rige el principio de libre elección respecto de la forma social elegida, pudiéndose optar por los modelos societarios personalistas (sociedad civil, sociedad colectiva o sociedad comanditaria simple) o sociedades profesionales de configuración capitalista (sociedad anónima, de responsabilidad limitada, etc...). Sin embargo esta libertad pugna con dos tipos societarios que parecen no adecuarse al ámbito de aplicación de la Ley de sociedades profesionales. Tal es el caso de las agrupaciones de interés económico –a las que nos referimos anteriormente- y las cooperativas de servicios⁴ que se encuentran encuadradas en las sociedades de medios.

Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la Ley de sociedades profesionales y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.

³ Véase al respecto Yanes Yanes, Pedro. “Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales”. Tirant lo Blanch. Valencia 2007 y Bezmez Martínez Villareal. “Las sociedades profesionales, análisis práctico de su nueva regulación”. Ediciones Experiencia, Madrid marzo de 2007.

⁴ Véase el art. 98, 1 de la Ley de cooperativas.

1.4.- El caso particular de los Notarios.

No es posible constituir sociedades profesionales de Notarios, tal es la conclusión de la Resolución de la DGRN de 18 de Septiembre de 2019 que dada la vertiente funcional del estatuto jurídico del Notario, es de todo punto imposible que esa función pueda ser ejercitada por una sociedad profesional en los términos que taxativamente determina la Ley 2/2007.

La DGRN desestimó el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad que deniega la inscripción de una escritura de constitución de una sociedad civil profesional formada por Notarios. Con ello confirmó la calificación negativa impugnada tras declarar la imposibilidad de constituir sociedades profesionales de Notarios.

Para ello parte de la doble consideración de los Notarios como funcionarios públicos y profesionales del Derecho, de la cual deriva, de una parte, una responsabilidad disciplinaria, consustancial a su condición de funcionarios públicos, y de otra, una responsabilidad civil, en cuanto profesional de Derecho.

Al igual que la calificación impugnada, la DGRN dispuso que la actuación del Notario como funcionario público sólo cabe ser ejercitada directamente por el mismo "uti singuli" y solo a él pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial.

Por ello, la supuesta sociedad profesional no podría dar fe directamente, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, ni podría atribuirse a la misma los derechos y obligaciones inherentes a dicho ámbito de la actividad notarial, la cual está regulada por ley y sustraída a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, dado que, por imperativo legal, la autorización de los documentos públicos ha de realizarse bajo el sello, signo, firma y rúbrica del Notario, tales exigencias son inequívocamente incompatibles con la exigencia de la Ley de Sociedades Profesionales de que tales actos sean realizados directamente bajo la razón o denominación social.

En definitiva, la resolución concluye señalando que, atendiendo a la vertiente funcional del estatuto jurídico del Notario, es imposible que dicha función pueda ser ejercitada por una sociedad profesional en los términos que taxativamente prefigura dicha Ley, sin que quepa ampararse para llegar a una solución contraria en su art. 5, que pone el acento en la responsabilidad individual, ya que ésta, en materia propia de

la relación de sujeción especial predicable del Notario, no puede ser más que individual, pues individual es su responsabilidad disciplinaria, e individual es el seguro de responsabilidad civil que obligatoriamente tiene que tener concertado.⁵

⁵ “Fundamentos de Derecho. Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 1665 y siguientes del Código Civil; 1.1, 2, 3, 4, 5, 6.2, 7, 8.2.d), 8.4, párrafo tercero, 9, 11, 13 y 17.2 y la disposición adicional segunda y la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales; los artículos 1 de la Ley del Notariado; 1 del Reglamento Notarial; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril y 14 de noviembre de 2011, 19 de enero y 9 de octubre de 2012, 5, 12 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 6 y 18 de agosto de 2014, 24 de abril (Sistema Notarial) y 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016, 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017, 9 de enero, 27 de febrero (Sistema Notarial -dos-), 28 de mayo, 19 de junio, 18 de julio, 9 de octubre y 5 de diciembre de 2018 y 12 de junio de 2019.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la escritura de constitución de una sociedad profesional -«stricto sensu»- de Notarios.

En contra de su inscripción el registrador alega:

a) Que el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, dispone que son sociedades profesionales aquellas que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional y que se entiende que hay 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.

b) Que, en cuanto a la dación de la fe pública notarial, sólo el Notario puede ejecutar directamente y a él solo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial, ya que la supuesta sociedad profesional no podría, en modo alguno, directamente, ni dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales ni pueden ser atribuidos a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal actividad; que, conforme a la Ley, la autorización de los documentos públicos debe hacerse bajo el sello, firma y rúbrica del Notario y estas exigencias son inequívocamente incompatibles con la exigencia de la Ley de sociedades profesionales de que tales actos sean realizados directamente bajo la razón o denominación social. Y que, en cuanto a la actividad recogida en el Reglamento Notarial de los Notarios como profesionales del derecho hay que tener en cuenta que tal asesoramiento profesional hay que considerarlo dentro del ámbito de la propia actividad notarial y consecuentemente limitado al contrato o acto que va a ser objeto de la función notarial ya que de otro modo sería necesario que se le atribuyera tal posibilidad por Ley.

c) Que, en lo referente al acuerdo de colaboración profesional, o convenio de Notarios a que hace referencia la escritura y para el que los otorgantes solicitaron y obtuvieron autorización de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, se entiende que no es más que eso (unión de despachos, prevista por el Reglamento Notarial y extendida en la práctica), pero que nada tiene que ver con una sociedad profesional de las reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Y, por ello, dada la inescindibilidad de las condiciones de funcionario público y profesional del derecho del Notario, y la imposibilidad de que su actividad como funcionario público (el ejercicio de la fe pública) pueda ser objeto de una sociedad profesional, se deniega la inscripción, calificando de insubsanable el defecto expresado (segundo).

La recurrente, aparte de la remisión a lo expuesto en la escritura de constitución (con extensa cita en ella de determinado artículo doctrinal), alega la bondad y viabilidad de la solución adoptada, y plasmada en la escritura, como medio para ejercer en común «nuestra profesión bajo una estructura económica adecuada a una sociedad del siglo XXI y sin merma ni limitación alguna de nuestras obligaciones y responsabilidades como funcionarios públicos». Añade que el artículo 1 de la Ley de sociedades profesionales no tiene sentido ni puede comprenderse sin el artículo 5, ni siquiera mencionado en la nota y que sin embargo constituye la auténtica piedra angular del sistema, al distinguir entre el ejercicio de la actividad profesional y la imputación de sus resultados, siendo así que en ningún caso la prestación de la fe pública y, con ella, la autorización del documento, podría ser realizada directamente por la sociedad, pero sí imputarse a la misma los resultados económicos (y hasta los jurídicos, pues no sólo quedan

salvadas sino reforzadas las responsabilidades personales) de tal ejercicio individual. Y que por esa razón y con el fin de preservar aquel ejercicio de una función pública, tanto en el acuerdo de colaboración profesional que sirve de sustrato a la sociedad (siendo ésta su vestimenta pública) y que constituye su «estatuto social primario», como en el otorgamiento primero, «se contienen las oportunas previsiones en cuanto al domicilio, objeto, socios y régimen de transmisión de tal condición».

2. El artículo 1.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, determina que «las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley se entiende que hay 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 como titular de la relación jurídica establecida con el cliente».

La propia Exposición de Motivos delimita la naturaleza de la sociedad profesional, al manifestar que «la nueva Ley consagra expresamente la posibilidad de constituir sociedades profesionales “stricto sensu”. Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas».

Es, por lo tanto, ese centro subjetivo de imputación del negocio jurídico en la propia sociedad profesional, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, desarrollados directamente bajo la razón o denominación social, lo que diferencia, en su naturaleza, la sociedad profesional, de las sociedades de medios, las de comunicación de ganancias y las de intermediación ... Consecuentemente con lo expuesto, a la luz de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016 y 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio y 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017) ha sentado una consolidada doctrina según la cual, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar «certidumbre jurídica» la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo.

3. Interesa en el presente recurso hacer especial referencia a determinadas frases de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, ya antes transcritas, y que sin duda deben servir de guía en la resolución final de aquél, y que -cabe adelantar- ha de ser necesariamente de confirmación de la calificación recurrida: «(...) la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación (...)». Pero, previamente, deben dedicarse unas líneas descriptivas a la función notarial;

más bien al estatuto jurídico del Notario, del que es predicable, como es bien sabido, su inclusión dentro de las llamadas «relaciones de sujeción especial», y del que cabe apuntar, siquiera someramente, algunos aspectos:

a) Esta Dirección General, en Resolución de 27 de febrero de 2018 (Sistema Notarial), ha indicado lo siguiente: «Primero.- En primer lugar, hay que partir de la base de que los Notarios tienen una doble condición de funcionarios públicos y profesionales del Derecho. Así lo señala el artículo 1 del Reglamento Notarial al establecer que los Notarios “...son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho (...). 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”. Y en el mismo sentido, el artículo 147 del Reglamento Notarial añade que “el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado”. Segundo.- De los dos artículos anteriores se deduce que es consustancial a la figura del Notario la labor de asesoramiento que en el desempeño de su función éste debe prestar, la cual no queda limitada, por tanto, a la mera dación de fe, pues ésta última sólo obedece a su condición de funcionario público. De esta doble condición, este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado que se deriva la distinción de dos tipos de responsabilidad: la disciplinaria, consustancial a su condición de funcionarios públicos, y la civil, como profesional de derecho. La actuación del Notario en materia de gestión correspondiente a la liquidación de impuestos, aun constituyendo una actividad desarrollada en el ámbito del asesoramiento notarial que se inicia antes de la autorización del documento y puede concluir con la liquidación tributaria del negocio contenido en el instrumento público y su inscripción en ciertos Registros públicos, singularmente el de la Propiedad o el Mercantil, constituye una actividad de naturaleza profesional y no funcional, cuya retribución no está regida por el arancel notarial -será la que libremente pacten Notario y usuario-, y, por tanto, no sujeta al Reglamento Notarial; las controversias que puedan surgir en esta materia, sin perjuicio de las competencias de supervisión propias de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, corresponden a los Tribunales de Justicia ordinarios. Tercero.- Por lo que respecta a la responsabilidad civil de la Notaría por los daños y perjuicios que su actuación pudiera causar, tanto en relación con la autorización del documento, como en lo que se refiere a la gestión del mismo, si bien el artículo 146 del Reglamento Notarial establece en su primer párrafo la responsabilidad civil del Notario por los daños y perjuicios ocasionados en su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable (relación causal que ha de ser probada), es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en que haya podido incurrir un Notario en el ejercicio de sus funciones, son materia cuyo conocimiento compete con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia, (...)».

b) Como se expresa correctamente en la calificación impugnada, la actividad -o actuación- del Notario como funcionario público sólo cabe ser ejercitada directamente por el mismo «uti singuli», y a él sólo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial, pues la supuesta sociedad profesional no podría directamente, en modo alguno, ni dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales ni se pueden atribuir a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal ámbito de la actividad notarial. Estando ésta -cabe añadir- rigurosamente regulada por ley y por entero sustraída a la autonomía de la voluntad, de modo que si la autorización de los documentos públicos por imperativo legal ha de realizarse bajo el sello, signo, firma y rúbrica del Notario, tales exigencias son inequívocamente incompatibles con la exigencia de la Ley de sociedades profesionales de que tales actos sean realizados directamente bajo la razón o denominación social.

c) Respecto de la condición del Notario como profesional del Derecho hay que diferenciar, de una parte, el asesoramiento profesional ínsito en el ejercicio de su función pública e inescindible de la misma, toda vez que en el desempeño de su función de control de legalidad ha de asesorar siempre acerca de los medios lícitos para alcanzar las finalidades pretendidas por quienes reclamen su ministerio. Y, de otra, aquellas actuaciones que el Notario puede también desarrollar pero que no se incardinan en su faceta de funcionario público, sino estrictamente en la de profesional del derecho, concurrendo con otros profesionales sin constituir función pública (vid. la citada Resolución -Sistema Notarial- de 27 de febrero de 2018). Actuaciones estas últimas -profesionales «stricto sensu»- que no aparecen, ni pueden aparecer reguladas, por el Reglamento Notarial ni por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios, que son las normas definidoras del hacer del Notario como funcionario público, pues esas relaciones entre el Notario y el cliente escapan del ámbito funcional y,

1.2.- Exclusividad del objeto social

Las sociedades profesionales **únicamente** podrán tener por objeto **el ejercicio en común de actividades profesionales**, que podrán desarrollarlas bien directamente, bien a través de la participación en otras sociedades profesionales.

El objeto social debe ser claro, preciso, congruente, posible y lícito, pudiendo ser único, respecto de una única profesión, o plural, como es el caso de las llamadas sociedades multidisciplinarias, salvo que estas incurran en incompatibilidad legal o reglamentaria ⁶.

por tanto, de las competencias de supervisión propias de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales y de esta Dirección General, correspondiendo, en su caso, a los tribunales de Justicia ordinarios.

4. En definitiva, atendiendo -en tanto que nudo de la cuestión planteada- a la vertiente funcional del estatuto jurídico del Notario (ordenado en la Ley y Reglamento notariales), «de lege lata» es de todo punto imposible que esa función pueda ser ejercitada por una sociedad profesional en los términos que taxativamente prefigura la citada Ley 2/2007 (LA LEY 2201/2007), y sin que el argumento expuesto en el recurso con base en una sesgada interpretación del artículo 5 de la misma sea admisible y desvirtúe el aserto principal, pues tal precepto pone el acento en la responsabilidad individual y ésta, en materia propia de la relación de sujeción especial predicable del Notario, no puede ser más que individual: individual es su responsabilidad disciplinaria, e individual es el seguro de responsabilidad civil que obligatoriamente tiene que tener concertado. Nada más.

Sin duda alguna, también es absolutamente cierto que al acuerdo de colaboración profesional, o convenio de Notarios, a que hace referencia la escritura y para el que los otorgantes solicitaron y obtuvieron la preceptiva y reglamentaria autorización de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, es sólo eso; y nada tiene que ver con una sociedad profesional de las reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo (LA LEY 2201/2007). Todo ello al margen de consideraciones o repercusiones fiscales derivadas de tales convenios de colaboración, ajenas por completo a este recurso y en las que este Centro Directivo no puede entrar, si bien no es ocioso reseñar que para algún destacado mercantilista las sociedades civiles de Notarios no son más que sociedades de comunicación de ganancias. Aspecto, este último, por completo ajeno al ámbito de este recurso y a las competencias de este Centro Directivo, y sobre el que nada procede indicar, pues la presente resolución solo ha de ceñirse a la cuestión que se suscita en la calificación que se recurre.

Por todo ello, y por las razones expresadas en el defecto segundo de la calificación impugnada, debe concluirse confirmando la negativa del registrador a la inscripción de la sedicente sociedad civil profesional de Notarios objeto de la escritura calificada, lo que hace superfluo el análisis del primero de los defectos, que, por lo demás, según su informe habría quedado reducido a la cuestión relativa a la acreditación del número de colegiados de los Notarios fundadores de la sociedad.”

⁶ Artículo 3. “Sociedades multidisciplinarias. Las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario.”

1.3.- Composición

Son socios profesionales:

1. Las **personas físicas** que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social y que la ejerzan en el seno de la misma. Sin embargo no pueden ser socios profesionales las personas en las que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o profesiones que constituyan el objeto social, ni aquellas que se encuentren inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa.

2. Las **sociedades profesionales** debidamente inscritas en los respectivos colegios profesionales que, constituidas con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, participen en otra sociedad profesional. Sin embargo no parece lógico que una sociedad profesional pueda tomar participaciones en sociedades cuyo objeto no sea profesional con la finalidad de desarrollar actividades profesionales, ya que así se perdería el control de la sociedad profesional, quedando desvirtuado la finalidad deontológica y corporativa que persigue el entramado normativo que regula las sociedades profesionales

Habrán de pertenecer a socios profesionales las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas,

Sorprende la exigencia de la Ley cuando requiere que habrán de ser socios profesionales las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales.

También resulta sorprendente la exigencia para el caso de que se opte por un órgano de administración unipersonal, o si existieran consejeros delegados, que dichas funciones deban de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional.

Todos estos requisitos deben cumplirse a lo largo de toda la vida de la sociedad profesional, constituyendo causa de disolución obligatoria su incumplimiento sobrevenido, a no ser que la situación se regularice en el plazo máximo de tres meses contados desde el momento en que se produjo el incumplimiento.

Realmente la actividad profesional llevada a cabo en las sociedades profesionales solamente puede ejecutarse por los profesionales que cumplan los requisitos exigidos

para el ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social de la sociedad. Los socios profesionales únicamente podrán otorgar su representación a otros socios profesionales para actuar en el seno de los órganos sociales.

1.4.- Ejercicio de la actividad profesional e inscripción registral.

La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social **a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional** correspondiente para el ejercicio de las mismas.

Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de la Ley.

La sociedad se inscribirá –conforme al art. 8 de la Ley- en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que éste pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados.

En todo caso la personalidad jurídica de la sociedad profesional viene dada por la inscripción en el Registro Mercantil. En la inscripción se harán constar las menciones exigidas, en su caso, por la normativa vigente para la inscripción de la forma societaria de que se trate, las contenidas en el artículo 7.2⁷y, al menos, los siguientes extremos:

- a) Denominación o razón social y domicilio de la sociedad.

- b) Fecha y reseña identificativa de la escritura pública de constitución y Notario autorizante; y duración de la sociedad si se hubiera constituido por tiempo determinado.

⁷ Art. 7,2. “La escritura constitutiva recogerá las menciones y cumplirá los requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada y, en todo caso, expresará:

- a) La identificación de los otorgantes, expresando si son o no socios profesionales.
- b) El Colegio Profesional al que pertenecen los otorgantes y su número de colegiado, lo que se acreditará mediante certificado colegial, en el que consten sus datos identificativos, así como su habilitación actual para el ejercicio de la profesión.
- c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- d) La identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.”

c) La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.

d) Identificación de los socios profesionales y no profesionales y, en relación con aquéllos, número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia.

e) Identificación de las personas que se encarguen de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

Una vez inscrita la sociedad profesional en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio, se produce la incorporación de la misma en la condición de “colegiado”, con lo que se posibilita el ejercicio de las facultades disciplinarias y de control deontológico que el ordenamiento jurídico confiere a los Colegios Profesionales en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas.

Cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales.

El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad y de que se proceda a recoger dichos extremos en el citado Registro Profesional.

El art. 9, 2 de la Ley establece que en ningún caso será obstáculo el ejercicio de la actividad profesional a través de la sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales, socios o no, del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional. Resulta contradictorio que el reproche disciplinario de una actuación profesional pueda ser imputada a un socio profesional o al profesional no socio en el territorio de un Colegio Profesional competente por razón del lugar donde se generó la posible responsabilidad disciplinaria y al mismo tiempo en un Colegio distinto por razón de la inscripción en el Registro de la sociedad profesional. Todo socio profesional deberá ser excluido cuando haya sido inhabilitado para el ejercicio de la actividad profesional, sin perjuicio de su posible continuación en la sociedad con el carácter de socio no profesional si así lo prevé el contrato social⁸.

⁸ En este sentido el art. 4 4 de la Ley establece: “No podrán ser socios profesionales las personas en las que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o profesiones que constituyan el objeto social, ni aquellas que se encuentren inhabilitadas para dicho ejercicio en virtud de resolución judicial o corporativa.”

1.5.- Denominación social

La norma refleja el principio de libertad en la configuración de la denominación social de las sociedades profesionales, si bien deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, **la expresión “profesional”**.

En la denominación social debe figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión «profesional». Ambas indicaciones podrán incluirse de forma desarrollada o abreviada. La denominación abreviada de las sociedades profesionales se formará con las siglas propias de la forma social adoptada seguidas de la letra «p», correspondiente al calificativo de «profesional».

Sin embargo nada dice el texto legal sobre la nacionalidad y el domicilio de la sociedad profesional, debiendo aplicarse aquí las normas generales del derecho societario español⁹, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento Roma II de la Unión Europea para el caso de las responsabilidades civiles.

La denominación puede ser objetiva o subjetiva. Cuando la denominación sea subjetiva se formará con el nombre de todos, de varios o de alguno de los socios profesionales. Las personas que hubieren perdido la condición de socio y sus herederos podrán exigir la supresión de su nombre de la denominación social, salvo pacto en contrario.

No obstante, el consentimiento de quien hubiera dejado de ser socio para el mantenimiento de su nombre en la denominación social será revocable en cualquier momento, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes. El mantenimiento en la denominación social del nombre de quien hubiera dejado de ser socio que deba responder personalmente por las deudas sociales, no implicará su responsabilidad personal por las deudas contraídas con posterioridad a la fecha en que haya causado baja en la sociedad.

⁹ Así, los arts. 28 del Código civil, 15 del Código de Comercio, 149,2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 72,2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 20,2 del Reglamento del Registro Mercantil.

1.6.- Régimen transitorio y entrada en vigor de la norma.

Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable, **deberán** adaptarse a las previsiones de la presente Ley y **solicitar su inscripción, o la de la adaptación en su caso, en el Registro Mercantil, en el plazo de un año** desde la entrada en vigor de ésta.

Transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la presente Ley sin que haya tenido lugar la adaptación y su presentación en el Registro Mercantil, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad disuelta.

En el plazo de nueve meses contados desde la entrada en vigor de esta Ley, los Colegios Profesionales y demás organizaciones corporativas deberán tener constituidos sus respectivos Registros Profesionales. Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable, **deberán solicitar su inscripción en el correspondiente Registro de Sociedades Profesionales en el plazo máximo de un año** contado desde su constitución.

La Ley entró en vigor el 16 de junio de 2007.

En el plazo de nueve meses contados desde la entrada en vigor de esta Ley, los Colegios Profesionales y demás organizaciones corporativas deberán tener constituidos sus respectivos Registros Profesionales. Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.1¹⁰, deberán solicitar su inscripción en el correspondiente Registro de Sociedades Profesionales en el plazo máximo de un año contado desde su constitución.

¹⁰ “Artículo 1. Definición de las sociedades profesionales.

1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta Ley se entiende que hay 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.”

1.7.- Adjudicación de contrato. sociedades profesionales no adaptadas a la ley 2/2007.

Para la adjudicación de un contrato público que tenga por objeto una actividad profesional cabe que concurran a dicha adjudicación y gocen de la necesaria aptitud legal para contratar aquellas entidades mercantiles cuyo objeto social sea más amplio que el previsto en la Ley 2/2007 al incluir entre los fines o actividades que constituyen su objeto social, según sus estatutos, las prestaciones objeto del contrato.

Esta es la doctrina que se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, número 894/2020 de 29 Junio de 2020, Rec. 7392/2018 y la respuesta a la pregunta es que para la adjudicación de un contrato público que tenga por objeto una actividad profesional cabe que concurran a dicha adjudicación y gocen de la necesaria aptitud legal para contratar aquellas entidades mercantiles cuyo objeto social sea más amplio que el previsto en la Ley 2/2007 al incluir entre los fines o actividades que constituyen su objeto social, según sus estatutos, las prestaciones objeto del contrato.¹¹

La Sentencia hace referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que modificó su interpretación inicial sobre inscripción/cancelación derivada de la Ley de sociedades profesionales. Así figura en la Resolución de 12 de junio de 2019, publicada en el BOE de 9 de julio, en cuya pagina 73504 se constata:

"Por ello, una correcta interpretación de la Ley de sociedades profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente.

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, número 894/2020 de 29 Junio de 2020, Rec. 7392/2018 declara que "... en el caso de autos la sociedad controvertida permanecía en su condición inicial de sociedad no profesional por razón de su condición de intermediaria para que el profesional persona física realice una determinada prestación que proporciona al solicitante de la prestación. A la vista de las citadas escrituras públicas se trataba, por tanto, de una sociedad de intermediación, debidamente inscrita en el Registro Mercantil con anterioridad a la adjudicación del contrato, que queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales, en los términos expresados en su Exposición de Motivos más la significativa STS 18 de julio de 2012, Sala de lo Civil... En el caso de autos estamos ante una sociedad no constituida conforme a la Ley de Sociedades Profesionales 2/2007 que continuaba en actividad mercantil en 2013. Y en lugar de adaptarse a la Ley 2/2007 optó por ampliar su objeto social a la intermediación clarificando así, tras la nota de calificación del Registrador Mercantil de Alicante, que no era una sociedad profesional. Debe recalarse que figura en su objeto social la actividad objeto de prestación en el contrato objeto de controversia: "Si alguna de las actividades incluidas en el objeto social estuviera reservada por Ley a determinada categoría de profesionales, deberán realizarse a través de persona que ostente la titulación requerida, concretándose el objeto social a la intermediación y coordinación en relación a las diferentes prestaciones específicas de aquellos."

No obstante, como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid., entre las más recientes la Resolución de 18 de julio de 2018), si tal exigencia está plenamente justificada en el momento de constitución de la sociedad -o modificación del objeto social- debe actuarse con mayor cautela por el registrador mercantil a la hora de apreciar el incumplimiento de la citada disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 y practicar en consecuencia la cancelación de la hoja registral. Por ello, sólo cuando por los documentos presentados a calificación o por los asientos registrales pueda el registrador apreciar tales circunstancias deberá practicar el correspondiente asiento de cancelación de la hoja registral. Y este es el criterio que, ha seguido encomiablemente la registradora en el presente caso."

De la antedicha Sentencia de 18 de julio de 2012 se concluye de forma inequívoca que cuando no se está en presencia de una sociedad profesional ha de expresarse de forma clara su condición de sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación.¹²

Y en el plano de la llamada jurisprudencia menor procede tomar en consideración la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017, recurso de apelación 14/2017. Dicha sentencia analiza profusamente la Ley de Sociedades Profesionales, 2/2007. Concluye, en el caso concreto allí enjuiciado, que no procede declarar la disolución de pleno derecho de una determinada sociedad con arreglo a la Disposición transitoria primera, apartado tercero de la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Atiende al objeto social que la aproxima a una sociedad de intermediación por lo que la sociedad cuya disolución pretendía otra entidad mercantil no debe sujetarse por su objeto a las disposiciones de la Ley de Sociedades Profesionales."

¹² V. también la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación 1198/2009, Sala Civil, el 18 de julio de 2012, pone de relieve discrepancias entre notario autorizante de escrituras publica constitutiva, registrador mercantil que calificaba aquella negativamente que luego fue objeto de advertencia de posible expediente disciplinario, recurso gubernativo ante la DG de los Registros y del Notariado, y resolución revocatoria de calificación negativa del Registrador y juicios verbales. Resulta relevante su FJ octavo que dijo: "De lo anterior se sigue que la motivación de la resolución de la DGRN se opone frontalmente a la LSP, porque no tiene justificación que allí donde la ley exige "certidumbre jurídica" el centro directivo opte por la ambigüedad y allí donde la ley trata de evitar que las sociedades profesionales eludan su responsabilidad frente a terceros, descargándola sobre personas naturales, el centro directivo opte precisamente por la solución más favorable a la elusión de esa responsabilidad queriendo ver una sociedad de intermediación en aquella que, como la del presente caso, declaraba como objeto social de la propia sociedad el asesoramiento contable, fiscal y jurídico. Por eso carece de la más mínima justificación la advertencia de expediente disciplinario que se hace al registrador, pues en realidad se le amenaza con un expediente por haber cumplido la ley en sus justos términos.

2.- La responsabilidad civil profesional en la sociedad profesional.-

El artículo artículo 11 de la Ley regula el régimen de responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales, estableciendo que si bien de las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio, la responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

La remisión legal nos obliga a la responsabilidad contractual o extracontractual que corresponda en cada caso nos obliga a estudiar las distintas fuentes de responsabilidad civil en la que pueden incurrir tanto las sociedades profesionales como las personas que desempeñan su trabajo en las mismas, bien sean socios profesionales o profesionales que no tengan esa condición, así como los administradores y otros empleados y dependientes que no tengan la consideración de profesionales, pero que ejerzan su actividad en la sociedad profesional.

2.1.- Concepto de responsabilidad civil profesional.-

El ejercicio profesional se define como la prestación al público, normalmente remunerada, de los servicios propios de una actividad o profesión. Todo hecho humano que produzca daños a otros, obliga al resarcimiento a aquel por culpa del cual ocurrió siempre que concurren los elementos necesarios requeridos para la apreciación de la responsabilidad .

Podemos definir la responsabilidad civil profesional como la obligación legal que tiene un profesional, de reparar cualquier menoscabo, daño o pérdida causados a un tercero, cuando concurren los requisitos de la responsabilidad civil.

Para que exista responsabilidad civil profesional es necesario que se conjuguen los elementos que la configuran: acción u omisión productora del acto ilícito, culpa del agente, daño efectivo y nexo de causalidad entre la acción y el daño causado.

Profesional es la persona que ejerce una profesión. Profesión es el empleo, facultad u oficio reconocido públicamente ejercido por una persona con derecho a retribución.

La regulación del ejercicio de las profesiones tituladas es una preocupación actual y común de los países de nuestro entorno, en la medida en que contribuyen aproximadamente a un tercio de la ocupación laboral y constituyen uno de los principales motores de crecimiento económico y progreso del conocimiento en las sociedades avanzadas.

Las profesiones tituladas se caracterizan por la aplicación de conocimientos y técnicas para cuyo ejercicio es preciso estar en posesión de un título académico, acreditativo de la completa superación de un plan de estudios, que habilite para el ejercicio profesional de acuerdo con la normativa vigente y, si procede, para cumplir las demás condiciones establecidas por ley.

Las profesiones tituladas pueden ser colegiadas o no colegiadas, sin perjuicio del derecho de asociación. Son colegiadas las profesiones en las que, de conformidad con la ley, los profesionales que las ejercen quedan integrados en un colegio profesional.

Los profesionales titulados tienen el derecho y el deber de actuar según las normas y técnicas propias del conocimiento de la profesión, tomando en consideración las experiencias propias del sector donde desempeñen su labor profesional. Tal y como veremos más adelante, del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento de sus obligaciones nace la responsabilidad del profesional. Tienen también el derecho y el deber de seguir una formación continua, de tal forma que los errores u omisiones profesionales que causen daño o perjuicio, tanto a los clientes como a otros terceros perjudicados, pueden tener su origen no solo en la falta de cuidado en el desempeño de la profesión u oficio, sino también en la falta de actualización de los conocimientos necesarios para su desempeño.

Constatamos la inexistencia por parte de la doctrina de un concepto pacífico del término profesional. De hecho, algunos autores como Yzquierdo Tolsada, han centrado el tema desde la perspectiva exclusiva del llamado "profesional liberal".¹³

En principio parece aceptado, que el profesional liberal deberá ser profesional intelectual, es decir, es cierto que también existen profesionales relacionados con trabajos manuales como pueden ser carpinteros, fontanero, etc., pero a éste tipo de trabajos nunca se les ha catalogado como tal. Del mismo modo se interpreta que será profesional liberal, aquel que desarrolla su actividad con un

¹³ Véase al respecto el excelente trabajo de Yzquierdo Tolsada, Mariano "La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general. Madrid 1.989. Ed. Reus.

carácter de independencia sin estar sujeto a unas directrices concretas. Sin embargo, y en base a lo anterior, también existen ciertos profesionales manuales como los relacionados anteriormente que trabajan con independencia y no tienen una relación de subordinación. Y por otra parte, la nota de habitualidad caracteriza también la realización del profesional liberal, es decir, no esporádicamente, y sí obteniendo fundamentalmente de dicha profesión su medio de vida.

Por lo tanto, sin ánimo de cerrar las consideraciones sobre el particular, podríamos conceptualizar al profesional liberal, y en definitiva la persona objeto de nuestro estudio, en la persona que desarrolla su actividad de forma habitual, continua, estable y sistemática, desarrollando un trabajo fundamentalmente intelectual, y con la característica de independencia, sin relación de subordinación, si bien ésta última característica, en numerosas ocasiones faltará.

Nosotros preferimos interpretar el término profesional en su acepción más amplia, es decir, "el empleo, facultad u oficio" que sea reconocido públicamente y no exclusivamente de manera oficial.

La tres posibilidades en que se manifiesta la responsabilidad civil en general se encuadran en la contractual definida en el artículo 1101 del Código Civil, consecuencia de un incumplimiento de una obligación previamente constituida, la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículo 1902 y siguientes del Código Civil, y la responsabilidad civil derivada del delito, originada por un acto delictivo tipificado en la Ley Penal y regida por los artículo 1902 del Código civil y artículos 19 al 22 y 101 al 111 del Código Penal.

Las tres clases nombradas de responsabilidad civil, responden a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora, constituyendo por lo tanto una sola institución jurídica y unos requisitos sustantivos iguales. Por lo tanto la diferenciación entre un tipo de responsabilidad civil y otro vendrá dado por las circunstancias, relaciones jurídicas o de hecho, obligaciones entre ambos y el carácter con el que cada sujeto ejerza dichas obligaciones, entre el responsable civil y al perjudicado, las cuales harán variar en un sentido u otro las especialidades de esos requisitos comunes de la responsabilidad civil, siendo éstos: a) la acción u omisión antijurídica, que podrá ser el incumplimiento de un contrato o la violación de una conducta prestablecida; b) el daño material o moral; c) la relación de causalidad.¹⁴

¹⁴ Tanto en la responsabilidad contractual derivada del art. 1101 CC como en la extracontractual regulada en el art. 1902 CC se requiere la existencia acreditada de una conducta activa u omisiva de carácter negligente, la producción de un resultado dañoso y la relación entre ambos de causa a efecto, es decir, nexo causal entre la acción culposa y el daño acaecido.

2.2.- Fuentes de riesgos de responsabilidad civil profesional.

Los tres grandes ejes sobre los que gira la responsabilidad de los profesionales son:

- A) La responsabilidad civil contractual.
- B) La responsabilidad civil extracontractual.
- C) Y la responsabilidad civil "ex delicto".

Sobre estos grandes principios fundamentales enunciados (responsabilidad extracontractual, contractual, ex delicto), pivota en gran medida el sistema general de responsabilidad civil en España, suponiendo el punto de retorno de la inmensa casuística de supuestos especiales de responsabilidad civil que se producen día a día en nuestro país.

En la responsabilidad civil contractual, la obligación de indemnizar nace de otra obligación, la de cumplir, que previamente fue incumplida totalmente o defectuosamente cumplida

Responsabilidad Contractual, surge del incumplimiento, ya sea total o parcial, o bien del cumplimiento defectuoso o tardío una obligación anteriormente constituida: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquella" (artículo 1.101 del Código Civil).

Así por efecto de la culpa contractual, el obligado responde del incumplimiento culposo por acción u omisión lesiva del derecho concedido al acreedor por una relación obligatoria preexistente.

La obligación de indemnizar en la responsabilidad civil extracontractual nace de la mera producción del hecho dañoso, cuando, sin mediar relación obligacional previa, se viola la conducta impuesta por el respeto debido al derecho ajeno y a la convivencia.

Responsabilidad extracontractual, referida a la obligaciones que se contraen sin convenio o de acto ilícito no penado por la Ley, que se recoge en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil: "El que por acción u omisión causa daño a otro

interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado" (artículo 1902 citado).

A su vez, la responsabilidad puede derivarse de actos ilícitos tipificados en la ley penal, que lleven aparejada la obligación de resarcimiento al perjudicado como consecuencia de la comisión del delito, tal es el caso de la responsabilidad civil por ilícito penal. En tal caso, como veremos más adelante, el profesional tendrá que responder solidariamente junto con la sociedad profesional de los daños y perjuicios causados a los clientes como consecuencia de las malas prácticas profesionales llevadas a cabo en el seno de su organización. Si el profesional ejerce su profesión de modo colectivo -esto es en el seno de una sociedad profesional con personalidad jurídica-, también denominada por la doctrina sociedad profesional en sentido estricto, ésta, será deudora de la actividad profesional debida que ejecutarán uno o varios socios profesionales. de manera que, una vez producido un incumplimiento o cumplimiento defectuosos de la prestación de servicios, la sociedad profesional responde, no obstante lo cual, desde el estatuto de la profesión liberal, el profesional no deja de ser responsable principal de cuantos daños genera su actividad profesional aun cuando haya dejado de ostentar la posición de deudor contractual, pues el ejercicio en sociedad de la profesión no anula su independencia en cuanto a la elección de forma y medios con los que ejecutar el asunto encomendado por el cliente; por lo que esta conjunción de responsabilidades profesionales del socio actuante y de la sociedad profesional se ha de examinar en cada caso concreto

Responsabilidad criminal o delictual, que lleva aparejada la responsabilidad civil accesoria (Artículos 1902 del Código civil, 116 al 122, y 125 del Código penal).

El artículo 1089 del Código Civil, al enumerar las fuentes de las obligaciones por las que una persona (deudor) adquiere el deber de realizar en favor de otra (acreedor) una determinada prestación, establece que las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

La posibilidad de que el perjudicado pueda instar en primer lugar la acción penal contra el presunto causante del daño y, una vez agotada ésta (bien por archivo, sobreseimiento o absolución), instar a continuación la reclamación en la jurisdicción competente (civil, laboral o contencioso administrativa), supone un atractivo adicional nada despreciable para el acreedor perjudicado. Ello implica, en definitiva, algo así como la posibilidad de intentar acertar en la diana con dos dardos: el primero, el de la acción penal, de manera que si ésta resulta infructuosa, siempre le quedará al acreedor la segunda acción de responsabilidad civil, mediante la interposición de la demanda en el procedimiento que corresponda.

El abuso del ejercicio indiscriminado de acciones penales contra profesionales ha generado en los últimos tiempos auténticas patologías institucionales, en la medida en que muchos profesionales se han visto injustificadamente implicados como imputados, como consecuencia de una pura estrategia procesal. Ello ha provocado reacciones no menos patológicas, como por ejemplo, la llamada "medicina defensiva", es decir, actos profesionales en los que sus autores no desean asumir mayores riesgos a fin de no verse implicados en reclamaciones ulteriores.

2.3.- Marco jurídico en que se desarrolla la actividad del profesional liberal.-

Las relaciones que el profesional liberal mantiene con su cliente, pueden desarrollarse dentro de diversas figuras jurídicas, y es por ello que quizá de toda esa diversidad de relaciones, la que más controvertida es la cuestión de si las prestaciones realizadas por un profesional liberal a su cliente puede constituir el objeto de un arrendamiento de servicios o el de un contrato de mandato.

En el caso de las sociedades profesionales son estas quienes contratan con los clientes para llevar a cabo la prestación de sus servicios profesionales, precisamente ese encargo justifica la necesidad de asumir la responsabilidad por las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, actos que nacen a raíz del único contrato que se celebra con el cliente y que son de la sociedad profesional al ser la sociedad profesional la titular de la actividad. Pero, además de la responsabilidad societaria, la Ley impone una responsabilidad solidaria del profesional actuante, con independencia de que sea socio profesional o no de la sociedad.

2.3.1.- Diferencias entre el arrendamiento de servicios y el mandato.

Lo característico del contrato de mandato, tiene como principal característica el de su gratuidad. Tal signo diferenciador la tenía dicho contrato desde tiempos del derecho Romano, a la que se le unía otras características como la de representación por el mandatario del mandante, así como una relación de confianza que basaba las relaciones entre mandatario y mandante.

En la actualidad, el mandato sigue teniendo de naturaleza gratuita, salvo disposición en contrario a tenor del artículo 1711 del Código Civil español.

Se considera pues, como incompatible con cualquier idea de beneficio o interesada especulación por lo que no se puede hablar de que la relación entre profesional liberal y cliente esté fundada en un mandato estrictamente entendido, dado que los

profesionales cobran un precio o unos honorarios, por un trabajo a realizar. Lo mismo ocurre en el caso de la sociedad profesional, en la que el encargo del cliente obtiene normalmente la calificación jurídica que le corresponde, a tenor del título acordado entre las partes –cliente y sociedad profesional- mediando honorarios para el pago de los servicios contratados.

Existía en la antigua Roma la convicción de que precisamente la relación entre profesional y cliente era de mandato puesto que el término honorario se empleaba para recompensar a un mandatario o profesional tras haber realizado un servicio encargado, es decir, no era un precio estipulado con anterioridad, ya que se pagaba a posteriori y estaba entendido como una gracia del mandante hacia el mandatario.

Esta teoría romana, no es aceptable en la actualidad, para alegar la base en el mandato entre las relaciones del profesional con su cliente, dado que si bien el profesional cobra honorarios, lo cierto es que no se pagan a posteriori ni los fija el cliente, sino que por lo regular son unos honorarios ya pactados, equiparables a un precio, por lo tanto no tienen aquel carácter.

Por consiguiente, tenemos la primera característica diferenciadora entre el mandato y el arrendamiento en el dato del precio. Pero también, por otra parte, es en muchos puntos absolutamente imposible aplicar a los profesionales los principios y normas del mandato. Por ejemplo, a nadie se le ocurre el que un cliente dirija el litigio que le está llevando su abogado.

La nota más determinante del mandato radica en que el mandatario se ocupa de negocios que le son totalmente ajenos. Al mandatario no afecta la evolución de ingresos y gastos en su gestión, dado que actúa por cuenta del mandante. A tenor de lo preceptuado en el artículo 1719 de Código Civil "en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante", privando por tanto al mandatario de la libertad suficiente para actuar, nota que sí es característica de los contratos de servicios celebrados por los profesionales liberales y en las relaciones de éstos con sus clientes.

También se puede descartar la teoría de quienes, en su intento de catalogación de las profesiones para delimitar qué profesionales arriendan sus servicios y cuales son simples mandatarios, sitúan la nota característica del mandato en la facultad de representación del mandante por el mandatario. Siguiendo ésta teoría resultaría que cuando el profesional fuese representante de la otra parte sería mandatario, pero sería en cambio contratista cuando no lo fuese.

La calificación jurídica de arrendamiento de servicios se impone sobre la del mandato como base de las relaciones entre el profesional liberal y sus clientes. Teoría ésta

además abundada en nuestro Código Civil en su artículo 1544, ya que si bien no da una definición exacta para encuadrar tales relaciones, cuando habla de una forma genérica de ejecutar una obra o prestar un servicio, es una descripción cercana a la realidad del estudio. La Jurisprudencia ha querido solventar esa laguna en nuestra Ley sustantiva con varias sentencias destacadas en las que pone de manifiesto que aun "de una manera eventual y accesorio pueden ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato, en su esencia, los servicios de los letrados, como los de las demás personas que ejercen profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad, siquiera lo sea muy elevada y destacada, de lo que la tradición jurídica y nuestro Código civil viene llamando contrato de arrendamiento de servicios" (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1935).

Otra Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1948, afirmó que el contrato de prestación o arrendamiento de servicios, molde amplísimo que cobija, sin género de dudas, los servicios superiores y muy cualificados de quienes, como los médicos, ejercen las profesiones y las artes liberales, tiene como elementos esenciales la promesa de determinados servicios por una de las partes y la estipulación de una remuneración a cargo de la otra".

Con todo ello no cabe la sola negación de la teoría del mandato a favor de la de contrato de servicios para encuadrar la relación entre los profesionales y sus clientes, sino que además habrá que tener en cuenta otras figuras como es el arrendamiento de obra que como ya veremos posteriormente puede recoger la citada relación dentro de su ámbito, pero si se puede afirmar con rotundidad que las normas aplicables al mandato no regularán las relaciones entre profesionales y clientes.

Todas éstas reflexiones dan como resultado una serie de diferencias en la práctica, bien se actúe como mandatario o dentro de un contrato de servicios y son las siguientes:

a).- El profesional contratado por varios clientes para un mismo asunto carece, salvo pacto en contrario, de acción solidaria contra ellos, la excepción legal del mismo rige sólo para el contrato de mandato (artículo 1731), siendo de aplicación al arrendamiento de servicios la normativa general del artículo 1137. Si por el contrario son varios los profesionales contratados por un mismo mandante, no hay diferencia entre los dos contratos, pues el artículo 1723 indica, en consonancia con los principios generales, que la responsabilidad no será solidaria si no se ha expresado así.

Existiendo un seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en las sociedades profesionales, en que figuren en el concepto de asegurados no solamente la sociedad, sino también los profesionales socios o no de la misma, y sus empleados y dependientes, se producirá el efecto de imposibilidad de ejercer las acciones de

reembolso entre deudores solidarios por vía del artículo 43 de la Ley de Contrato de seguro, salvo que dispongan de aseguramientos de responsabilidad civil particulares esos profesionales o bien que concurra el dolo en alguno en la actuación profesional de ellos, en cuyo caso cabría la acción reembolso del artículo 76 e la Ley de contrato de seguro ejercitada por el asegurador, previo pago al perjudicado de la indemnización correspondiente.

b).- Cuando un profesional promete prestar gratuitamente un servicio, deberemos excluir la calificación de arrendamiento de servicios, pero por ello no debe presumirse la existencia del mandato, siendo necesario que tal configuración sea permitida por la naturaleza e índole del propio servicio.

c).- Aunque no se haya convenido la contraprestación, y ante el hecho de ser un profesional quien presta el servicio, cabe la aplicación analógica del artículo 1711-2º, es decir, de la presunción de la obligación de retribuir el mandato cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie en que el mandato consiste. Por lo tanto corresponde al deudor de la remuneración que se niega a pagar alegando que los servicios se prestan gratuitamente, probar que fueron efectivamente prestados con tal carácter.

d).- El mandante deberá indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato y que no se deban a culpa o imprudencia del propio mandatario (art. 1729). En cambio no tiene derecho a ser indemnizado el obligado en un contrato de prestación de servicios profesionales, al entenderse incluido todo gasto en el precio de lo contratado.

e).- En el mandato el mandatario puede renunciar y el mandante revocar tal mandato para extinguir tal relación, mientras que en el arrendamiento de servicios no cabe la terminación anticipada por decisión unilateral de una de las partes.

Finalmente, tanto la sociedad profesional como el profesional independiente que lleve a cabo su actividad, precisan de un encargo con apoderamiento específico para el ejercicio de la misma pues, contratando el profesional sin autorización suficiente ni representación legal, el contrato es nulo; pero tal nulidad aparece como en suspenso ínterin el obligado no retire la conformidad que prestó y, si antes de hacerlo presta su aceptación aquel por quien se contrató el convenio, se convalida con efecto retroactivo en cuanto le purifica del vicio que en su origen tuvo.

Los mismos efectos que la aceptación por la persona interesada, debe producir la ratificación de lo hecho con autorización insuficiente, o la subsanación de los defectos que hubiese en la representación legal, siempre que se hubiesen puesto en conocimiento de la otra parte antes de que ésta hubiese revocado el contrato.

La revocación o retirada de la conformidad no surtirá el efecto de impedir la aceptación si no se notifica al interesado o a quien por él contrató, ni se hace constar en otro caso de un modo fehaciente.

En el supuesto de que a tiempo se subsane la nulidad del contrato verificado en los casos que este artículo menciona, las relaciones incidentales entre el que resulta interesado en el contrato y aquél que le representó, se regirán por las reglas relativas a la representación legal, si de ésta se trataba; por las del **mandato**, si el defecto consistía en lo insuficiente de la autorización y, finalmente, se considerará caso de **gestión de negocios**, si el que contrató por otro no tenía la representación legal, ni autorización alguna de éste.

Siendo el convenio nulo, ¿producirán estas formas de contratación responsabilidad del que se abroga la representación para con la otra parte?. La solución está, a nuestro juicio, en que hubiera o no ocultado, sabiéndolos, los defectos de su personalidad; si los ocultó, obligado quedará en justicia a indemnizar los perjuicios que se demuestre causó; en otro caso, quedará exento de responsabilidad.

El art. 1.259 se refiere al que obra en nombre de otro, sin tener del él autorización no es, pues, aplicable al que obra en virtud de poder. Si el mandatario se excede en sus facultades, procede la acción ordinaria de nulidad.

Finalmente y sin perjuicio de lo indicado anteriormente respecto de las diferencias entre el artículo 1.259 y el 1.257 del Código civil, hemos de destacar:

En el supuesto del art. 1.257 (párrafo segundo), hay un contrato eficaz entre dos personas que lo celebran en su propio nombre y añaden una estipulación a favor de otra: en éste hay un contrato nulo en principio, en el que una persona intenta obligar a otra distinta que está ausente, o hace un convenio exclusivamente para ella y no para sí.

La diferencia de solución práctica es muy notable, pues mientras en el supuesto del art. 1.257, el contratante obligado no puede revocar su compromiso, aun sin aceptación del tercero, no obteniendo la conformidad del otro que con él contratara; en este caso del art. 1.259, el que por sí quedó obligado, puede antes de la aceptación por el verdaderamente interesado retirar su conformidad, sin que para ello necesite permiso del que concurrió al convenio como representante.

2.3.2.- El contrato de servicios y el contrato de obra.

Según el artículo 1544 del Código civil español, el arrendamiento de obra es aquel en virtud del cual una de las partes se obliga a ejecutar a la otra una obra por precio cierto. Se compromete, pues, a la eficaz producción de un determinado resultado de su trabajo a cambio de un precio cierto que se calcula por la importancia del mismo.

La responsabilidad contractual, por ejemplo, entre el abogado y su cliente es, en la mayoría de los casos (excepcionalmente si el encargo consiste en la elaboración de un dictamen o de un informe hay que calificarlo de contrato de obra), un contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 CC . Esta prestación de servicios, fruto de la relación personal intuitu personae incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva del artículo 1258 del mismo Código y que imponen el deber de ejecución óptima del servicio contratado, lo que presupone la preparación profesional adecuada y su cumplimiento correcto¹⁵. Pero hay que hacer dos precisiones importantes: la primera, que el hecho de no haber tenido éxito judicial en su tarea no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad frente al abogado. Éste no puede responder de la actuación de un tercero (el órgano judicial) que puede compartir o no las tesis y las argumentaciones del profesional que deberá de haberlas hecho de acuerdo con el conocimiento de la legislación y de la jurisprudencia aplicable al caso que le es exigible por su profesión ¹⁶. Y la segunda, que la carga de la prueba de la deficiente actuación profesional debe recaer en quien la proclama en aplicación de la norma general de carga probatoria establecido en el artículo 1214 CC¹⁷.

Con independencia de la calificación de la prestación del profesional liberal como objeto de un contrato de servicios, cabe la posibilidad como más adelante se verá, de que puedan determinados y concretos aspectos de la relación entre profesional y cliente llevarnos a ver en casos concretos figuras contractuales diferentes como consecuencia de la diversidad de criterios que pueden darse en los distintos casos concretos para poder determinar la específica relación en cada caso entre profesional y cliente.

La doctrina jurídica ha elaborado esos criterios los cuales vamos a enumerar brevemente a continuación, valiendo los mismos para poder distinguir o intentar alcanzar alguna diferenciación para poder discernir si la relación entre profesional y cliente está producida por un por un arrendamiento de obra o un arrendamiento de servicios.

¹⁵ Sentencia TS, Sala 1.ª, 28.1.1998

¹⁶ Sentencia TS, Sala 1.ª, 3.10.1998

¹⁷ Sentencia TS, Sala 1ª 30-7-2007

1) Criterio de la remuneración: el contratista de obra promete el resultado de su trabajo mediante el requisito material de una remuneración fijada no en proporción al tiempo, sino en razón de la importancia y extensión de la obra. Por lo que la remuneración no puede ser exigida nada mas que cuando la obra esté confeccionada o recibida. Por el contrario en el arrendamiento de servicios, la remuneración se estipula en relación a un tiempo prefijado. Este criterio no resulta suficiente para diferenciar un tipo de contratación u otro dado que las partes pueden pactar, bien sea en un contrato de obra o en uno de contrato de arrendamiento de servicios el pago de la remuneración en diferentes fases o plazos.

2) Criterio de la subordinación: En el contrato de servicios el empleado depende directamente de quien lo tiene a su servicio, mientras que en el arrendamiento de obra la actividad corre a cargo de un contratista independiente, sin que exista lazo alguno de subordinación.

Este criterio resulta del todo insuficiente dado que al profesional liberal, cuando ha pactado un trabajo con un cliente, tiene toda la libertad de la que puede gozar para realizar el trabajo encargado, tanto social como laboral.

3) Criterio de la imputación de los riesgos: En el contrato de obra el empresario pierde la contraprestación cuando por causa no imputable a ninguna de las partes no se logra el resultado que era debido, mientras que en arrendamiento de servicios se puede exigir la remuneración aunque el servicio carezca de resultado por causa igualmente no imputable a ninguno de los sujetos de la relación contractual.

Por lo tanto éste criterio al igual que el mencionado de la remuneración, puede ser perfectamente pactado y regulado por las partes.

4) Criterio de la individualización del trabajo: La doctrina alemana plantea la diferencia entre un arrendamiento de obra y uno de servicios indicando que el trabajo por especie coincide con el contrato de obra, y el contrato genérico con el de servicios.

Este criterio tampoco nos sirve de forma definitiva dado que cualquier clase de trabajo puede ser enfocado por las partes por el contrato de obra o el de servicios, teniendo que atender a otros criterios conjuntamente con el abordado, para establecer, si las partes no lo han hecho expresamente a la hora de pactar que tipo de contrato es el vigente.

5) Criterio de la finalidad del contrato: El presente criterio parece ser a estimación de la doctrina, el fundamental para distinguir a un contrato de obra o de arrendamiento de servicios.

Así cuando la finalidad de un contrato está en manos del profesional, es decir, resultado determinado, estaremos ante un contrato de obra, en éste supuesto el resultado está contenido dentro del contrato, (por ejemplo a un letrado se le pide un dictamen, y está pactado no solo el trabajo de ejecución de dicho dictamen sino también el propio dictamen, que es el resultado en sí de lo pactado).

Mientras que cuando, el resultado no está en manos del profesional, es decir, si el resultado queda fuera del contenido del contrato estaremos ante una prestación de servicios, (por ejemplo el letrado al que le ha sido encargado un pleito, está pactado el trabajo para llevar a término el pleito, pero queda fuera del contrato el resultado).

En el primer supuesto por tanto, se acuerda el resultado sin consideración directa del trabajo necesario para su obtención, sin embargo en el segundo supuesto se debe una simple cantidad de trabajo, una actividad sin directa consideración del resultado que se vaya a obtener. En el primer caso sería una concreción final de la actividad desplegada en el resultado convenido, mientras que en el otro caso se exigiría un simple comportamiento diligente.

Por lo tanto y como ya dijimos con anterioridad, la doctrina otorga a éste último criterio, el de la finalidad del contrato, el más importante entre los mencionados que se deben combinar para la distinción entre la actividad profesional prestada en el marco de una ejecución de obra y la desenvuelta en el de un arrendamiento de servicios.

La exigibilidad o no del resultado definitivo es el aspecto fundamental que decide la naturaleza del contrato. Por ello si la obtención del resultado deseado por una de las partes no está en la mano de quien realiza el trabajo, existirá un contrato de servicios, mientras que si ese resultado, no solo está en la mano sino que además forma parte del contrato estaremos ante un contrato de obra.

2.3.3.- Ausencia de la relación de dependencia entre profesional y cliente.

La relación de dependencia en la relación laboral es la nota característica del contrato de trabajo. La relación entre profesional con su cliente, carece de esa nota de dependencia lo que hace imposible encuadrar la relación del profesional dentro de un contrato de trabajo de carácter laboral.

Partiendo de las consideraciones expuestas anteriormente, en las que señalamos que el objeto de lo convenido entre profesional y cliente era un trabajo en el cual la dirección de todo ello estaba en manos del profesional, sin que este tuviera que depender de las órdenes y dirección de su cliente para realizar el mismo, ya fuese la finalidad de lo contratado un trabajo pura y simplemente o bien un resultado cierto y concreto.

Según resolución del Ministerio de Trabajo de 25 de enero de 1943, la nota de dependencia "no es la que se da de continuo en las relaciones de convivencia humana, sino aquella otra específica y concreta por virtud de la cual una persona, a las órdenes de otra y en beneficio de ésta, consagra todo o parte de su actividad a producir una obra o realizar un servicio bajo una disciplina de empresa".

Con ello resulta evidente que la actividad del profesional liberal aunque pueda prestarse a cuenta y bajo dirección ajenas, carece de las características definidoras de una relación de carácter laboral como son la actuación en régimen de dependencia y subordinación.

2.3.4.- Compatibilidad de ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura en las sociedades profesionales.

Desde el 13 de noviembre de 2021, fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2021, de 23 de octubre, las sociedades de profesionales de la abogacía pueden incorporar a procuradores como socios y socias profesionales, al igual que las sociedades de profesionales de la procura podrán incorporar abogados, preservando cada uno sus competencias, responsabilidades y obligaciones propias. En suma, será posible demandar y ofrecer, mediante una única sociedad profesional, los dos servicios que requiere la defensa en juicio de los derechos recibiendo una atención integral sin merma alguna de la independencia de cada uno de los profesionales que la componen. Se trata, por tanto de una excepción a lo previsto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que sólo permite que las sociedades profesionales puedan ejercer varias actividades profesionales cuando su desempeño no se haya declarado incompatible por norma legal.

La Ley 15/2021, de 23 de octubre, del acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura y las sociedades profesionales por la que se modifica la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, así como la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, el Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones habilita a las sociedades profesionales

multidisciplinares el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura para poder ofertar y prestar un servicio integral de defensa y representación.¹⁸

Esta nueva Ley¹⁹ acomoda la legislación española a las previsiones del Derecho europeo y en particular a lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 25 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a servicios en el mercado interior, y en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en tres ámbitos, la existencia de una reserva de actividad para el ejercicio de la procura, la prohibición de las sociedades de carácter multidisciplinar, que puedan abarcar la procura y la abogacía, y, finalmente, la modificación del sistema de aranceles.

La mencionada Ley se completa con tres disposiciones transitorias.

- La primera de ellas prevé la aplicación de esta Ley a quienes en el momento de entrada en vigor de la misma estuvieran ya colegiados o en condiciones de hacerlo en los Colegios de Abogados o de Procuradores, en este último caso cumpliendo los requisitos que se fijan en esta misma disposición.
- La segunda de ellas regula la situación de quienes se encuentren realizando en el momento de entrada en vigor de la Ley el curso de capacitación o pendiente de evaluación.
- La tercera y última regula los derechos arancelarios de los procuradores en los procedimientos que estuvieran tramitándose a la entrada en vigor de la Ley.

¹⁸ V. IRIARTE IBARGÜEN, AINOA. Diario La Ley, Nº 9940, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 26 de Octubre de 2021, Wolters Kluwer. IRIARTE comenta la autorización de profesionales de la abogacía y la procura se integren en una misma entidad profesional como excepción a lo previsto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que sólo permite que las sociedades profesionales puedan ejercer varias actividades profesionales cuando su desempeño no se haya declarado incompatible por norma legal. “Para garantizar la imparcialidad e independencia del ejercicio de la respectiva actividad profesional, además de la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las profesiones de la abogacía y la procura, de acuerdo con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se establece que los estatutos de las sociedades profesionales cuyo objeto social consista en la prestación de servicios jurídicos integrales de defensa y representación contendrán, de conformidad con lo que prescriban las normas deontológicas de las respectivas profesiones, las disposiciones necesarias para garantizar que los profesionales que asuman la defensa o la representación de sus patrocinados puedan: a) Adoptar las decisiones propias de cada una de las profesiones de forma totalmente autónoma e independiente de la otra. b) Cumplir con total independencia de criterio las reglas deontológicas que cada profesión imponga y, en particular, los deberes de secreto profesional y confidencialidad. c) Separarse, en cualquier momento, de la llevanza del asunto cuando vean comprometida su imparcialidad, articulando a través de los órganos de la sociedad los mecanismos de detección y solución de cualquier conflicto de intereses.”

¹⁹ Disposiciones modificadas por la Ley 15/2021, de 23 de octubre, en el acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura y las sociedades profesionales: Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal y la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

2.4.- Responsabilidad civil de la sociedad profesional ante terceros por actos del profesional y de sus empleados y dependientes.-

La Responsabilidad civil de la sociedad profesional ante terceros por actos del profesional se puede producir o bien subsidiariamente "por delitos o faltas en que hubiese incurrido sus ... empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios" (Artículo 120 del Código penal), o bien de forma directa "respecto de los perjuicios causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones (Artículo 1903 del Código civil).

Sin perjuicio de lo dicho en éste punto, hemos de tener en cuenta que el profesional liberal en infinidad de ocasiones está contratado laboralmente como personal titulado, con lo que dicho profesional mantiene una relación laboral con la empresa que le ha contratado. Sin embargo, el hecho de que exista efectivamente una relación laboral, no menoscaba la independencia del profesional liberal a la hora de realizar su cometido, por ejemplo el médico contratado laboralmente por un hospital, tendrá una relación laboral con la empresa que le ha contratado, sin embargo cuando realice su trabajo, será totalmente independiente para aplicar sus conocimientos a la cura de un paciente. Por lo tanto y aun actuando el profesional liberal en relación laboral, seguirá gozando de independencia para desarrollar su trabajo.

Desde el punto de vista del tratamiento asegurador de los profesionales dependientes de una empresa, destacamos muy brevemente las siguientes posibilidades:

A) Existiendo una póliza de responsabilidad civil de explotación de la empresa, el profesional dependiente de la misma quedará amparado bajo la protección de su cobertura, en la medida en que estén cubiertos los daños y perjuicios causados por los empleados y dependientes a terceros. Es decir, el profesional tendría la consideración de asegurado, salvo que se excluyera de la cobertura de la póliza de seguro expresamente.

En este caso el asegurador no podrá ejercer la acción subrogatoria del artículo 43 de la Ley de Contrato de seguro contra el profesional empleado de la empresa, dado su carácter de asegurado. Únicamente podrá intentar la vía de regreso contra el profesional empleado de la empresa, en caso de que éste hubiere obrado con dolo, de acuerdo con el artículo 76 de la referida Ley.

B) En otras ocasiones se asegura a los profesionales dependientes de la empresa "en exceso o en detecto de otras pólizas de responsabilidad civil".

Ello quiere decir que la póliza de la sociedad profesional entraría a funcionar o bien de no tener el profesional su propia póliza de responsabilidad civil o bien en el tramo superior en cuantía a la cobertura de la póliza personal de que disponga el profesional.

Esta cobertura se utiliza mucho en el aseguramiento de la responsabilidad civil de Administraciones Públicas en las que existen determinados colectivos profesionales (como por ejemplo los médicos), que dependen de un Servicio concreto (como por ejemplo el Servicio Público de Salud).

C) Finalmente, puede ocurrir que la póliza de responsabilidad civil de la empresa excluya expresamente la cobertura de los daños y perjuicios causados por los profesionales que dependan laboralmente de la empresa asegurada. En este caso el profesional se vería desprovisto del aseguramiento, debiendo responder él personalmente o bien su asegurador particular, si lo tuviere.

La Responsabilidad civil del empresario ante terceros por actos del trabajador se puede producir o bien subsidiariamente "por delitos o faltas en que hubiese incurrido sus ... empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios" (artículo 120, 2º, en relación con el 212, 120, 3º al 5º y 121 del Código Penal), o bien de forma directa "respecto de los perjuicios causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones", conforme al artículo 1903, párrafo cuarto, en relación con los artículos 1902 y 1904 del código civil.

Desde el punto de vista de la necesidad legal de aseguramiento de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales, parece preciso que el mismo se lleve a cabo, no solamente para los profesionales que prestan en la sociedad sus servicios, sino también para cubrir la responsabilidad civil respecto de las reclamaciones hechas contra la sociedad profesional, siempre que tengan su origen tanto en un error profesional cometido por uno de sus profesionales asegurados, así como por los errores u omisiones que puedan haber cometido los empleados y dependientes de la sociedad profesional, que no tengan la condición de profesionales asegurados en la póliza de seguro, en el ejercicio de su función u oficio. Pensemos en el personal administrativo que cometa un error u omisión en el desempeño de su trabajo, con consecuencias significativas, tales como, por ejemplo en un Despacho de Abogados, la citación errónea de un cliente para comparecer en un juicio, testigos de parte que no son avisados adecuadamente de su comparecencia en el Juzgado, peritos que no actúan en el juicio por pasividad o errores en la información trasladada por empleados administrativos de la sociedad colectiva. Debemos señalar que no existe relación de dependencia laboral entre los profesionales de la sociedad colectiva y el personal administrativo, puesto que tal relación laboral está constituida entre la sociedad profesional y sus empleados administrativos, lo cual hace que de las actuaciones de

tales empleados deba responder la sociedad profesional, en base a el artículo 1903 y concordantes del código civil, pero nunca los profesionales, pues no existe vínculo jurídico de dependencia laboral entre los dichos y los empleados de la sociedad profesional que llevan a cabo otras labores distintas a las del ejercicio de la profesión.

En el ámbito civil, la responsabilidad impuesta por el artículo 1.903, 4º, del Código Civil al empresario es directa, ya que se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores en la vigilancia de sus actos; culpa de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la atribuida por el artículo 1.902 del Código Civil al autor material por razón o en base a haber dañado "in operando"; referible, la aquí exigida, a los actos u omisiones de aquéllos, esto es, de todas las personas, de quienes se deba responder, y a salvo lo dispuesto en el párrafo final, del artículo 1.903 y en el 1.904 del Código Civil.

En el ámbito penal la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración, que la responsabilidad civil subsidiaria que regulan los vigentes artículos 120 y 121 del Código Penal, como un supuesto de responsabilidad que tiene su razón de ser, filosófica y jurídica, en el principio de Derecho natural de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también sus daños, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia, viene siendo objeto por dicha Sala de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse como objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva, superando la vigencia de su ya arcaica y desfasada literalidad y concepción legislativa atemperada al momento histórico del Código Penal de 1.870, enteramente rebasada por las realidades sociales actuales, tratando de dar respuesta más satisfactoria a los problemas humanos y sociales presentes, así como a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, proclama que todo daño o evento perjudicial proveniente de trabajo empresarial o laboral por cuenta ajena requiere ser atendido mediante la vinculación económica de segundo grado representada por la responsabilidad civil subsidiaria, ante la insolvencia real o formal del responsable material de la infracción penal.

2.4.1.- Fundamento.

El fundamento de la responsabilidad civil el empleador por los actos de sus empleados y dependientes es distinto en el ámbito estrictamente civil que en el ámbito penal, como ahora veremos.

2.4.1.1- Civil.

La responsabilidad impuesta por el artículo 1.903, 4º, del Código Civil al empresario es directa, ya que se establece en razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la

dependencia de otras y de emplear la debida cautela en la elección de servidores en la vigilancia de sus actos; culpa de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la atribuida por el artículo 1.902 del Código Civil al autor material por razón o en base a haber dañado "in operando"; referible, la aquí exigida, a los actos u omisiones de aquéllos, esto es, de todas las personas, de quienes se deba responder, y a salvo lo dispuesto en el párrafo final, del artículo 1.903 y en el 1.904 del Código Civil.

2.4.1.2.- Penal.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración, entre otras en Sentencias de 26 de junio de 1.972, 21 de abril de 1.975, 4 de junio de 1.979 y 18 de junio de 1.985, que la responsabilidad civil subsidiaria que regulan los vigentes artículos 120 y 121 (artículo 22 derogado) del Código Penal, como un supuesto de responsabilidad que tiene su razón de ser, filosófica y jurídica, en el principio de Derecho natural de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también sus daños, más que en valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia, viene siendo objeto por dicha Sala de una progresiva interpretación, que sin llegar en su extensión a estimarse como objetiva, cabe afirmar correctamente que en cada avance es menos subjetiva, superando la vigencia de su ya arcaica y desfasada literalidad y concepción legislativa atemperada al momento histórico del Código Penal de 1.870, enteramente rebasada por las realidades sociales actuales, tratando de dar respuesta más satisfactoria a los problemas humanos y sociales presentes, así como a las seguridades económicas, que ante el riesgo lesivo creado, proclama que todo daño o evento perjudicial proveniente de trabajo empresarial o laboral por cuenta ajena requiere ser atendido mediante la vinculación económica de segundo grado representada por la responsabilidad civil subsidiaria, ante la insolvencia real o formal del responsable material de la infracción penal, por lo que el debatido problema del alcance y extensión del artículo 22 citado, aunque inicialmente orientado sobre relaciones directas de vínculos laborales o de dependencia análoga, la generalidad y amplitud de su texto, ha permitido a la doctrina científica y jurisprudencial poder aceptar, para ciertos casos y dentro de límites racionalmente ponderados, una responsabilidad más amplia en materia de reparación patrimonial, favoreciendo la apertura descrita de un reflexivo objetivismo asentado en la idea de riesgo.²⁰

²⁰ La jurisprudencia en la materia ha sido recogida en la Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 707/2017 de 27 Oct. 2017, Rec. 10054/2017: El artículo 120.4º del C. Penal dispone que son responsables civilmente, en defecto de los que sean criminalmente, «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometidos sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

En la sentencia de esta Sala 260/2017, de 6 abril, recogiendo y sintetizando resoluciones precedentes de este mismo Tribunal (SSTS 569/2012, de 27-6; 213/2013, de 14-3; 532/2014, de 28-5; 811/2014, de 3-12; y 413/2015, de 30-6, entre otras), se interpreta el art. 120.4º del C. Penal en el sentido de que «...debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art.

120.4º, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones» (STS. 47/2006 de 26.1).

Pero también debe descartarse -prosigue diciendo la sentencia 260/2017 - que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con el informe de la empresa); o final. Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Según la doctrina de esta Sala para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4º CP es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídico privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito -la dependencia- se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito-, y en el segundo -la funcionalidad- se inserta la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario y 51/2008, de 6.2). Aún más, como precisa la STS. 28 de mayo de 2014 , «que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas es obvio, pero ello no excluye la responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002 , extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales».

Lo relevante -precisa la STS 260/2017 - es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando). Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando ", sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio qui sentire commodum, debet sentire incomodum " (Sentencias 525/2005, de 27.4 ; y 948/2005, de 19.7); de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados. La STS 1987/2000, de 14 de julio , admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el autor del delito no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada (STS. 47/2007, de 26.1).

Por tanto, acaba señalando la sentencia 260/2017 , la interpretación de los requisitos mencionados ha de hacerse con un criterio amplio que acentúe el criterio objetivo de la responsabilidad civil subsidiaria, fundamentada no sólo en los pilares tradicionales de la culpa, sino también en la teoría del riesgo, interés o beneficio

2.4.2.- Requisitos.

2.4.2.1.- En el proceso civil.

A tenor del artículo 1.903 del Código Civil, la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia es exigible no sólo por actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, teniendo como fundamento esta responsabilidad una presunción de culpa "in eligendo" o "in vigilando", o incluso en la creación de un riesgo, y requiriendo para que se produzca, como presupuesto inexcusable, que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las circunstancias concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad.

Pero para que juegue la responsabilidad del citado artículo 1.903 del Código Civil, es preciso la declaración previa de responsabilidad conforme al artículo 1.902 (STS, Sala 1ª., 22 de febrero de 1.978), que sigue siendo una responsabilidad culposa, aunque con "una moderada recepción... de la responsabilidad objetiva" a través de la inversión de la carga de la prueba y del grado de diligencia exigido para la exoneración (STS, Sala 1ª., 10 de mayo de 1982, cuya doctrina reitera STS, Sala 1ª., 30 de mayo de 1.985). Pero en todo caso, "la culpa exclusiva de la víctima exime de responsabilidad" (STS, Sala 1ª., 31 de mayo de 1.983 y de 27 de mayo de 1.986); "excluida la actuación culposa del trabajador, queda excluida la responsabilidad de su empresario" (STS, Sala 1ª., 9 de julio de 1.984).

2.4.2.2.- En el proceso penal.

En relación con el artículo 22 del Código Penal, hoy derogado, el Tribunal Supremo tiene declarado (STS, Sala 2ª 18 junio de 1.985):

a).- No ser necesario que la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario tenga carácter jurídico.

b).- Que aún revistiéndola, no es preciso que adopte determinada forma o naturaleza contractual típica.

c).- Es irrelevante que la relación intersubjetiva sea gratuita o remunerada, permanente o meramente accidental y transitoria.

d).- No es necesario que la actividad del inculpaado directo redunde en provecho o beneficio del responsable civil subsidiario, ni que sea valorable económicamente, pudiendo consistir en cualquier utilidad, ventaja, satisfacción o goce moral.

e).- Que basta con que la actuación o actividad del culpable directo esté al menos potencialmente sometida o dirigida a la posible intervención del segundo, para generar la responsabilidad civil subsidiaria.

2.4.3.- Prueba de la culpa.-

La responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual descansa en un principio culpabilístico y en base a ello una presunción "iuris tantum" de culpa imputable al autor de los daños, siendo este autor quien, por inversión de la carga de la prueba es el llamado a producirla, si quiere exonerarse de culpabilidad²¹.

Dicho principio ha dado lugar en muchos casos a apreciar judicialmente responsabilidad cuando, aún adoptadas medidas de seguridad para evitar el daño, éste ocurrió, estimando el juzgador que faltaba algo por prevenir no hallándose completa la diligencia. Esta doctrina se aplica en especial a accidentes de circulación, habiéndose llegado (STS, Sala 1ª., de 9 de mayo de 1.986) a apreciar responsabilidad incluso cuando las prescripciones reglamentarias sobre seguridad se cumplían o aunque no fueran reglamentariamente exigibles, pero si eran aconsejables ante la peligrosidad del medio, como ocurrió en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª., de 17 de marzo de 1.981 y 9 de mayo de 1.986.

2.4.4.- Inexistencia de responsabilidad.

Cuando se trata de contratos entre empresas, no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903 de Código Civil, puesto que, por lo general no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección (STS Sala 1ª., 9 julio de 1.984).

²¹ STS, Sala 1ª., 8 de julio de 1.988 y 19 de octubre de 1.988

A efectos del artículo 1.903, 4º del Código Civil, no se da relación de dependencia entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna; pues, como afirma la jurisprudencia, ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona que encomendar una determinada actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titulado (STS, Sala 1ª 7 de octubre de 1.983 y 10 de mayo de 1.986).

2.4.5.- Causas de exoneración.

El responsable subsidiario solamente se exonera cuando en el acto del delito no haya rastro alguno que permita conectarlo con la relación de trabajo (STS, Sala 1ª., de 11 de junio de 1.971).

La simple desobediencia no es exonerante, como tampoco lo es lo ejecutado "contra prohibición expresa" (STS, Sala 1ª., de 28 de junio de 1.983).

La exoneración requiere que concurren por un lado la prohibición expresa del "dominus" y por otro la desobediencia se extralimite del ámbito o esfera de actuación del dependiente, quedando sus actos fuera del círculo, órbita o ámbito de sus obligaciones o servicios (STS, Sala 1ª., de 28 de junio de 1.983, 26 de enero de 1.984, 18 de octubre de 1.984 y 18 de marzo de 1.986).

La extralimitación laboral no exonera cuando constituye delito, ya que en éste caso se identifican actividad laboral y delictiva (STS 15 de noviembre de 1978); en consecuencia, la extralimitación del trabajador no exonera al empresario en cuanto rebase el uso ligeramente irregular o indebido de los medios o instrumentos que el empresario pone a disposición de éste (STS 30 de junio de 1979).

2.5.- Responsabilidad de los administradores de la sociedad profesional

Esta es otra fuente de responsabilidad civil a tener en cuenta en las sociedades profesionales, sin embargo la Ley de sociedades profesionales no establece nada respecto de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad profesional, de donde se deduce que la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil no alcanza a los administradores de la sociedad profesional.

La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades profesionales de capital -tanto la anónima como la limitada- encuentra su fundamento jurídico en lo previsto como norma general en el artículo 133 y concordantes de la Ley de sociedades anónimas y de forma particular en el artículo 262.5 en relación con los artículos 260.4 y 262.4 de la mencionada norma. En este segundo caso se establece para los supuestos de descapitalización o infracapitalización de la sociedad que procederá la disolución de la Sociedad a consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a la cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca a la medida suficiente. Conviene recordar que tal norma afronta la cuestión, como ha destacado la doctrina mercantilista, del fenómeno de descapitalización sobre la estabilidad de la sociedad mercantil, entendiéndose como tal una situación de gran empobrecimiento de la sociedad y, en otras palabras, situación de desequilibrio entre el capital social y el patrimonio neto de la sociedad. Ante tal situación, la omisión de los administradores de convocar la junta general para disolverla, genera una responsabilidad durísima para los mismos, que llega a la privación del privilegio de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. La dicción literal del apartado 5.º) del artículo 262 de la LSA establece que los administradores responderán de las obligaciones sociales, al emplear el término de obligaciones se significa que se abarca el ámbito posible, incluyendo no sólo las deudas de carácter negocial que pueda ostentar el acreedor, sino aquellas que nazcan de la Ley, de un ilícito o de un cuasi contrato.

El profesional puede incurrir en responsabilidad como administrador de una sociedad en dos posibles escenarios. En primer lugar por su actuación como miembro del órgano de administración y representación de la sociedad profesional y en segundo lugar por su actuación como miembro de un órgano de administración y representación de otra sociedad distinta de la profesional. Pensemos en esta segunda hipótesis, por ejemplo, el caso del profesional que tiene poderes de representación de la sociedad distinta de la profesional, siendo también su administrador único o miembro del Consejo de Administración, es decir, un profesional que es al mismo tiempo administrador de la sociedad del cliente para el que también presta sus servicios profesionales en la doble condición de profesional y de administrador de la sociedad.

Resulta habitual encontrar en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional la exclusión de las reclamaciones *derivadas de la actividad del asegurado como director, consejero o ejecutivo de empresas privadas, asociaciones o clubs, o como síndico o administrador de empresas, salvo los casos previstos en la ley concursal 22/2003 de 9 de julio*. Cuando existe una cláusula de estas características parece que la intención de las partes de aquel contrato de seguro es la excluir la cobertura de la póliza para actuaciones, entre otras, de los órganos de administración y representación de las sociedades mercantiles, ya que el mercado asegurador tiene un producto específico para cubrir tales riesgos, como es la póliza de seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades mercantiles, conocidas como pólizas de D & O.

El denominado "Directors and Officers Liability Insurance" tuvo un gran desarrollo a partir de la década de los setenta en los Estados Unidos, y es aún en esta nación, donde la demanda de este tipo de seguros es mayor.

El seguro tiene por objeto garantizar las consecuencias económicas derivadas de hechos y acciones realizadas por los administradores y altos cargos de la empresa asegurados en el ejercicio de sus funciones. En el mismo se cubren las reclamaciones que sean consecuencia de la infracción involuntaria de disposiciones legales o estatutarias y falta profesional, considerando como tal el error de hecho o de derecho, negligencia, omisión o declaración inexacta; y en general, cualquier acto culposo o negligente cometido por sus Asegurados en el desarrollo de su actividad como Consejeros o altos cargos de la sociedad.

La exclusión tiene sentido y coherencia respecto de la actuación del profesional asegurado en un contrato de seguro responsabilidad civil de la sociedad profesional, como miembro del órgano de administración y representación de la misma, ya que existe en el mercado asegurador un producto específicamente diseñado para esta cobertura, tal y como ya hemos señalado. Si, analizado el riesgo de esta responsabilidad civil de los administradores de la sociedad profesional, se considera que es relevante e interesa su aseguramiento, siempre se podrá suscribir una póliza de seguro específica de las denominadas Directors and Officers Liability Insurance", existiendo en el mercado español suficiente oferta al efecto.

Donde encontramos un verdadero problema es en los casos en los que la actuación del profesional asegurado preste sus servicios profesionales en la condición de profesional y de administrador de la sociedad, si quedar suficientemente diferenciada la línea divisoria entre ambas actuaciones.

Los órganos de administración propiamente dichos en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada pueden ir desde la figura del Administrador único, pasando por la de varios Administradores que actúen individualmente (Administradores solidarios o bien dos Administradores que actúen conjuntamente, hasta llegar al Consejo de Administración integrado por un mínimo de tres miembros (Consejo de Administración, Comisión ejecutiva y Consejeros Delegados).

Los principios generales del régimen legal de responsabilidad de los Administradores de la Sociedad Anónima son de aplicación para los indicados órganos de administración propiamente dichos, debiendo aplicarse también para los cargos de Consejero Delegado, Director General (asimilable al factor mercantil con apoderamiento general), Presidente y Secretario del Consejo de Administración, Administrador de hecho y Letrado Asesor (siempre y cuando éste sea Consejero, pues

de no serlo, deberá responder exclusivamente por la responsabilidad civil profesional que le compete).

Una de las características de esta responsabilidad es su carácter directo. A partir de la entrada en vigor en el mes de enero de 1.990 de la Ley de Sociedades Anónimas, se han potenciado en España los riegos de responsabilidad de la llamada "alta dirección" de la empresa, al introducir novedades que dotan a los posibles reclamantes, de un medio de reclamación por los daños y perjuicios que puedan sufrir por la actuación de la alta dirección.

Así, los Administradores de la Sociedad deberán responder por cuantos actos cometan:

1.- Contra la ley, entendida esta en sentido general, es decir, como cualquier norma jurídica vigente al momento de realizarse el acto que origine la responsabilidad.

2.- Contra los estatutos de la Sociedad donde los Administradores lleven a cabo sus funciones. La trasgresión de lo dispuesto en los estatutos sociales dará lugar a una potencial responsabilidad de los Administradores, que deberá apreciarse ponderadamente por el juzgador en cada caso, teniendo en cuenta la trascendencia y gravedad de la infracción. Téngase en cuenta que los estatutos no son un contrato y que no pueden confundirse con el contrato de sociedad. Mientras que el contrato es el germen de la sociedad, los estatutos son la norma de la vida de la sociedad nacida y en funciones. Los estatutos regulan directamente la vida interna de la sociedad como persona jurídica independiente e indirectamente también afectan a las relaciones con terceros, al delimitar la eficacia de los actos de los órganos a quienes incumbe la representación de la sociedad.

3.- Sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo

Los Administradores deben desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, guardando secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones²². Los Administradores no deben limitarse al cumplimiento estricto o mínimo de la Ley y de los Estatutos sociales, sino que además deben sazonar su actividad con la "buena práctica profesional" que de ellos se espera. Sus obligaciones, no terminan en las enunciadas en la ley y los estatutos, que tienen el carácter de mínimas, aunque no necesariamente suficientes para exonerar su responsabilidad. En consecuencia los Administradores no deben incurrir en las denominadas "faltas de gestión" o mala práctica profesional, estando obligados a desarrollar su labor, como ordenados

²² Estándar de comportamiento referido en el artículo 127 de la Ley de sociedades anónimas

empresarios, con la eficacia profesional que de ellos se espera y como representantes leales, con fidelidad a los intereses legítimos de la Entidad. Por ejemplo, la demora en la presentación de la autoliquidación de un Impuesto que da lugar al recargo del impuesto se puede considerar como falta de diligencia concurriendo los requisitos de la responsabilidad de omisión, perjuicio económico y nexo de causalidad.

En el caso, por ejemplo, de la celebración de una escritura pública de declaración de desembolso de dividendo pasivo y aumento de capital, autorizadas ante Notario, en la que intervenga el asegurado, como Consejero Secretario del Consejo de administración de la mercantil para la que esté trabajando, si la escritura pública estuvo en posesión y bajo el control exclusivo del asegurado en todo momento, desde su puesta a disposición por parte de la Notaría, tras las firmas correspondientes, hasta la presentación en la oficina fiscal competente; y, finalmente, si se le hubiera pasado el plazo de la autoliquidación del impuesto correspondiente al asegurado, sin haber encargo de autoliquidación de los impuestos a terceros ajenos a las sociedades (gestores), ni tampoco a empleados o dependientes de la sociedad. ¿El error o la omisión imputada al asegurado, fue por una actuación más como miembro de los Consejos de Administración de las mercantiles o por el contrario cabe presumir que su actuación como Abogado de la mercantil?

No cabe duda que esta es una cuestión cuya resolución dependerá de la prueba que pueda practicarse en su momento. Sin embargo, parece a priori, que nos encontramos ante una actuación por omisión en el marco de la actividad del Organismo de administración y representación de la repetida mercantil. Sin embargo, tratándose de un tema probatorio, no puede descartarse que la otra interpretación, es decir, su intervención como Abogado, siempre que se desarrolle una prueba lo suficientemente contundente como para poder presumir esa conclusión. Hoy por hoy, reiteramos, esa prueba juega más a favor de la primera conclusión que de la segunda. La consecuencia lógica e todo ello es la exclusión de la cobertura de la póliza de responsabilidad civil si la actuación se califica como la de un administrador de la sociedad mercantil para la que está trabajando.

Las posteriores modificaciones de la Ley de sociedades anónimas no son relevantes para el caso que nos ocupan, especialmente en lo relativo a la descapitalización, infracapitalización e insolvencia de la sociedad.

Finalmente debemos recordar que estamos ante una responsabilidad de carácter solidario. Esa responsabilidad solidaria de los componentes de los órganos colegiados de administración deja en una posición bastante vulnerable al Abogado que, habiendo aceptado un encargo de carácter netamente profesional, termina formando parte de un órgano de administración de una mercantil que es su propio cliente. La carga de la prueba pesa sobre los Administradores para acreditar que estos se encuentran comprendidos en alguna causa de exoneración de responsabilidad. Se entiende todo ello sin perjuicio de la concurrencia de causa justificada de exoneración de

responsabilidad en algún Administrador que acredite que no intervino en la adopción del acuerdo o la realización del acto, o que conociendo su existencia, se opuso haciendo todo lo necesario para evitar el daño.

Una vez cumplidos los requisitos del régimen legal de la responsabilidad de los administradores, deberán responder solidariamente aquellos que detenten facultades de administración, gestión o decisión, así como aquellos que tengan facultades de representación de la misma, claro está, siempre y cuando no se encuentren en alguna causa de exoneración de responsabilidad. En suma, los miembros del Consejo de Administración -en el que puede encontrarse el profesional asegurado- deberán responder solidariamente frente a las reclamaciones que les formulen los accionistas, la propia sociedad, los acreedores sociales y cualquier otro tercero que invoque el régimen legal de responsabilidad de los administradores, no estando cubierto este riesgo en la póliza de seguro objeto del presente análisis.

2.6.- Requisito de la culpa en la responsabilidad civil profesional.-

La responsabilidad civil profesional no está incardinada en la moderna teoría del riesgo y de la responsabilidad cuasiobjetiva.

La responsabilidad por riesgo es una modalidad de la responsabilidad civil extracontractual, en la que, para su nacimiento, no se requiere la existencia de culpa o negligencia en la actuación del responsable, sino que basta el uso de las cosas o la explotación mercantil o de actividades que generan un riesgos y cause daños a terceros. La responsabilidad civil cuasi-objetiva se entiende por aquella que estando garantizada por una póliza de responsabilidad civil.

Los Juzgados y Tribunales vienen exigiendo la concurrencia del requisito de la culpa en el comportamiento del profesional a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad. A su vez, la doctrina coincide en ,este extremo a la hora de exigir la necesidad de concurrencia del requisito de la culpa del profesional, necesidad que introduce un elemento estabilizador en este tipo de reclamaciones.

El fundamento de tal exigencia estriba en que la obligación del profesional no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, de manera que el profesional debe obrar conforme al estado de la ciencia en ese momento cronológico y con la habilidad normal exigida en cada caso concreto, quedando al arbitrio del juzgador tal valoración a la vista de los antecedentes fácticos concurrentes en cada supuesto. Lo cual nos lleva a la necesidad de analizar el problema de las obligaciones de los profesionales, tanto desde el punto de vista general como particular, en la medida en

que, la responsabilidad con culpa de los profesionales, normalmente, surge del previo incumplimiento de sus obligaciones.

Romeo Casabona señaló los principales puntos conflictivos desde la perspectiva de la responsabilidad civil profesional. En primer lugar el alcance jurídico de los deberes profesionales y de las consecuencias de su infracción, en atención al resultado eventualmente producido. Nótese la importancia del cumplimiento del deber de diagnóstico adecuado y del deber de información a los que nos referiremos más adelante. En segundo lugar la determinación de los límites del riesgo asumible en el desarrollo de la actividad profesional, es decir, del peligro que entraña la actividad en sí misma tanto para el cliente en concreto como para terceros o para la colectividad. Seguidamente el problema de la determinación del sujeto responsable de la conducta imprudente causante del daño. Y finalmente la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente que es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico y tecnológico, pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas.²³

2.5. 1.- Obligaciones generales del profesional.-

A la hora de abordar cualquier posible reclamación de responsabilidad civil profesional, hay que plantear necesariamente la evaluación del comportamiento del profesional en el caso concreto de que se trate, centrando muy especialmente el estudio tanto en el análisis de las obligaciones generales del profesional, como en el de las obligaciones particulares que afecten a cada profesión de forma específica.

De las obligaciones profesionales resaltamos las que tienen carácter común a cualquier profesión u oficio. Entre ellas la de secreto profesional, que implica no divulgar datos del cliente ni información sobre el asunto encomendado que se conozcan por razón de la profesión. A continuación el deber de información que requiere que el profesional debe informar adecuadamente al cliente de los riesgos, pros y contras, que conlleva la actuación profesional, naturalmente este deber conlleva el cumplimiento previo de otra obligación básica que consiste en el deber de realizar el diagnóstico preciso adecuado al caso concreto, pues resulta imposible informar de la realidad del problema planteado si no se ha diagnosticado certeramente. Además de ello el profesional debe actuar en interés del cliente, es decir debe poner los intereses del cliente por encima de los suyos propios. Y finalmente su intervención profesional

²³ Romeo Casabona, Carlos María, Negligencia y Riesgo, perspectivas, Diario La Ley, 1993, pág. 979, Tomo 4

deberá ser acorde con la “lex artis ad hoc”, lo cual implica, en primer lugar la adecuación del acto profesional a la técnica normal requerida, en segundo lugar la capacitación técnica suficiente del profesional y finalmente la adecuación del acto profesional al caso concreto.

En cualquier caso resultará preciso distinguir entre la obligación determinada o de resultado y la obligación de prudencia y diligencia. En la obligación determinada o de resultado el deudor contrae su responsabilidad si no alcanza el resultado de la propia obligación, presumiéndose la responsabilidad salvo cuando el obligado prueba que es un caso de fuerza mayor, por imposibilidad absoluta y objetiva de realizar la prestación. En la obligación de diligencia y prudencia nos encontramos ante una obligación de medios y una actuación conforme a la “lex artis” que implica el cumplimiento de unos estándares de diligencia adecuados al caso concreto.

2.5.2.- Obligaciones particulares de los profesionales.-

Nos referimos a continuación a aquellas obligaciones particulares que debe tener en cuenta cada profesional en el ámbito de su actuación. Téngase en cuenta que el común denominador de las obligaciones generales antes vistas, es, precisamente, que son perfectamente aplicables a cada profesión, constituyendo el punto de retorno de innumerables comportamientos profesionales.

Cada riesgo de responsabilidad civil profesional es distinto. Si bien es cierto que existen muchos elementos comunes a todas las profesiones, no lo es menos que, en materia de responsabilidad, cada profesión es un mundo distinto de otro²⁴.

²⁴ Abogados.

Administradores de fincas

Agencias de noticias

Agencias de publicidad.

Agencias de viajes.

Agentes de Cambio y Bolsa.

Agentes y funcionarios consulares.

Agentes de la propiedad inmobiliaria (sin administración de casas y fincas).

Arquitectos, Aparejadores e Ingenieros.

Asesores fiscales.

Asesores laborales (graduados sociales)

Auditores.

Biólogos.

Censores Jurados de Cuentas.

Colegios Profesionales.

Corredores de Comercio.

Detectives privados Gestores administrativos.

Educadores sociales.

Farmacéuticos.

Naturalmente las diferencias vienen marcadas por la diversidad de servicios profesionales posibles. Sin embargo, cabe preguntarse : ¿Quién establece en cada caso el estándar de comportamiento denominado “lex artis ad hoc” ?

Naturalmente las obligaciones particulares de los profesionales se encuentran recogidas en las normativas legales aplicables a cada actividad profesional o bien en otros códigos de conductas deontológicas dictados por los Colegios Profesionales e incluso normas consuetudinarias de actuación, que están comúnmente aceptadas en el ámbito de actuación profesional de que se trate y que unas veces están escritas en manuales de actuación, publicaciones de opiniones científicas, manuales de calidad, etc... y otras sencillamente no están escritas pero son conocidas y sabidas por el sector profesional en cuestión.

Las pruebas periciales juegan un papel decisivo en la medida en que proporcionan al juzgador el elemento valorativo fundamental a la hora de enjuiciar la labor del profesional. La opinión de los expertos, la doctrina, la estadística contrastada en casos anteriores, las pruebas periciales, testificales y documentales, configuran un amplio espectro que deberá ser valorado por el Juzgador en cada caso antes de emitir su fallo.

Por otro lado, el problema de la valoración de la actuación profesional se puede complicar extraordinariamente si descendemos al ámbito de la imprudencia punible de los profesionales. Recordemos la práctica habitual, indicada en esta exposición, relativa al excesivo recurso de la acción penal por parte de los perjudicados a fin de solicitar una indemnización por la vía penal. En este caso el elemento de la culpa excede del ámbito meramente civil, invadiendo la esfera penal, sin necesidad de que concurra en todos los casos el requisito del dolo.

Todos los Colegios Profesionales disponen de normas de régimen interior de aplicación a los miembros que formen parte del Colegio. Precisamente en esas

Interventores y Secretarios de Ayuntamientos.

Jueces y Magistrados.

Mediadores de seguros.

Médicos y demás profesionales sanitarios.

Notarios.

Prensa, Televisión y Radio.

Peritos Procesadores de datos, Software.

Procuradores de los Tribunales.

Químicos.

Registradores de la Propiedad.

Secretarios judiciales.

Tasadores.

Traductores.

normas, además de regularse aspectos muy particulares del funcionamiento del Colegio, derechos y deberes de los colegiados, etc..., también se viene a regular las obligaciones de los Colegiados para con los clientes y terceros en el ejercicio de su profesión.

2.5.3.- Tendencia jurisprudencial.-

Si bien es cierto que la jurisprudencia, a partir de la S. 10 Jun. 1943, va inclinándose hacia una interpretación más objetiva de la culpa extracontractual, propugnando la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en el principio de responsabilidad objetiva, basado en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea resultado de la causalidad física con abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente. (S. 8 Abr. 1958, S. 30 Jun. 1960, S. 5 Abr. 1963, S. 9 Abr. 1963, S. 14 May. 1963, S. 30 Jun. 1963, S. 16 Jun. 1967, S. 29 Nov. 1967, S. 14 Mar. 1968, S. 14 Oct. 1969, S. 21 Sep. 1974, S. 10 Oct. 1975, S. 30 Jun. 1976, S. 31 Mar. 1980), sin embargo esta teoría se acepta en forma moderada y sin excluir el estricto principio de la responsabilidad por culpa, y así es ineludible el acatamiento a la situación fáctica suministrada por la instancia (S. 22 Feb. 1969, S. 18 Nov. 1980); y si el juzgado sentenciador deduce del conjunto de la prueba que no se ha probado la culpa de los profesionales, la sentencia que absuelve a los demandados no infringe por interpretación errónea el art. 1.902 CC y la doctrina legal contenida en las S. 2 Feb. 1976, S. 30 Mar. 1976 y S. 31 Mar. 1978. (TS 1.ª S 27 Abr. 1981.-Ponente: Sr. Seijas Martínez) LA LEY, 1981-2, 697 - RAJ, 1981, 178.

Así pues, desde luego es incuestionable -tal y como declara la Sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 7 de noviembre de 1.966²⁵, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de civil, sobre todo la más actual, tiende hacer establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que la “doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado”, y sigue diciendo “por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del -riesgo-, bien de su equivalente del de -inversión de la carga de la prueba-, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivistas con que fue redactado (dicho art. 1902 del Código Civil). Ello no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también, y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea

²⁵ Ponente Excelentísimo Sr. Sierra.

fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero).

Ahora bien, toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos:

- a.- Una acción u omisión ilícita.
- b.- La realidad y constatación de un daño causado.
- c.- La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa, y
- d.- Un nexo de causal entre el primero y segundo requisitos²⁶.

Por todo ello debemos concluir que la concurrencia del requisito de la prueba resulta imprescindible de cara a la constatación por el juzgador de la existencia o no de la responsabilidad civil profesional.

Cuestión distinta es el problema de la carga de la prueba en la responsabilidad civil profesional, donde la experiencia aconseja desarrollar todos los medios necesarios para acreditar la concurrencia o no de los requisitos que han de darse para la apreciación de la responsabilidad, especialmente los medios de prueba periciales, pues no hemos de olvidar que el juicio de valor que se verifica ante el órgano jurisdiccional es de marcado carácter técnico en función de la profesión de que se trate, así como de la especialidad concreta del actos profesional motivador de la reclamación.

La atribución del onus probandi en los casos de hipotética responsabilidad profesional está en función de que dicha responsabilidad es por vía no de resultados sino de atención profesional adecuada y diligente o, como dice el art. 1104 CC, cuando se omite la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar o, lo que es lo mismo, una obligación de medios, lo que la distingue de los demás supuestos de responsabilidad extracontractual, permaneciendo aquélla con unas reminiscencias culpabilistas que se desconectan de los demás supuestos, por razón de que se actúa sobre un organismo vivo, de reacciones y sensibilidades imprevisibles, máxime si coetánea y racionalmente se emplean otros medicamentos o medios quirúrgicos o profesionales sobre el mismo paciente; por ello, la invocación del art. 1214 CC es irrelevante cuando se han obtenido conclusiones fácticas del conjunto

²⁶ Como señala la Sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 7 de noviembre de 1.966, Ponente Excelentísimo Sr. Sierra.

de instrumentos probatorios aportados a las actuaciones, no siendo preciso que cada parte aporte la suya, sino que es bastante que las pruebas se hayan producido, sin que cuente a efectos procesales la procedencia de las mismas, máxime teniendo presente que, precisamente por el sentido culpabilista de esta clase de responsabilidad extracontractual, a diferencia de la objetiva o por riesgo, no hay inversión de la carga de la prueba específicamente considerada.²⁷

2.6.- Tratamiento asegurador de la responsabilidad civil profesional.-

El seguro de responsabilidad civil es aquel en el que el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado el daño que pueda sufrir su patrimonio debido a la reclamación que le efectúe un tercero, por la responsabilidad en la que haya podido incurrir, tanto el propio asegurado como aquéllas personas de quien él debe responder civilmente.²⁸

La Ley de Contrato de Seguro de 1980 desarrolla este seguro en su artículo 73 y siguientes de forma limitada a los aspectos más importantes del mismo, como es el concepto, la determinación del momento del siniestro, la existencia de una acción directa y la imposición de este seguro con carácter obligatorio.

Son características de esta modalidad de seguro: ofrecer al asegurado una garantía frente a la responsabilidad civil en la que pueda incurrir, bien sea de tipo legal,

²⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, número 188/2021, 7 May.(Recurso 471/2019) declaró la negligencia del abogado que renunció a la defensa de su cliente sin el cuidado preciso para evitar su indefensión, en un caso en el que el abogado encargó la llevanza del asunto a su compañera de despacho pero le informó erróneamente de la fecha de la audiencia previa. Tampoco hay prueba de que comunicase la renuncia a la clienta con tiempo suficiente. La demanda ejercitada por la cliente contra el que fue su abogado en un proceso anterior fue desestimada en primera instancia por considerar el Juzgado que el abogado no se había desentendido del asunto, sino que se lo había pasado a una compañera de despacho. Sin embargo, el Tribunal de apelación señala que, si bien el abogado podía renunciar a seguir defendiendo a su cliente, estaba obligado a evitar su indefensión. Así, no hay ninguna prueba de que comunicase dicha renuncia a la cliente con la suficiente antelación. Consta que le informó por teléfono, pero se ignora la fecha en que ello tuvo lugar. Tampoco hay prueba alguna de que el abogado informase al procurador para que este actuase en consecuencia. Además, aunque es cierto que encargó la llevanza del asunto a una compañera de despacho, no le informó correctamente de la fecha de la audiencia previa, existiendo un error en la comunicación de algo tan relevante. En conclusión, el letrado demandado no dejó la defensa de su cliente en las condiciones exigidas por el art. 26 del Estatuto General de la Abogacía pues no la efectuó con el cuidado preciso para evitarle toda indefensión. Respecto al daño indemnizable, debe limitarse a las costas procesales que fueron impuestas a la cliente porque lo único que ocurrió fue que, al no acudir el abogado a la audiencia previa, se la tuvo por desistida de la demanda de reclamación de indemnización por el atropello que había sufrido. En cuanto al fondo del asunto no se causó ningún perjuicio porque la demanda puede formularse de nuevo.

²⁸ El seguro de responsabilidad civil es aquel por el que el asegurador cubre 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 (artículo 73 Ley de Contrato de Seguro).

contractual o extracontractual. Cubrir exclusivamente, salvo excepciones, la responsabilidad derivada de actuaciones accidentales o negligentes del asegurado. Ser un seguro en favor de las víctimas porque, aunque se configura, en principio, como un seguro de daños en favor del asegurado, la generalización de la acción directa y de su carácter obligatorio en muchos sectores, motivan su evolución hacia esa nueva concepción. Y, por último, ser un seguro en el que el asegurador queda obligado a asumir la responsabilidad que se imputa al asegurado hasta el límite máximo de la suma asegurada o ilimitadamente si el seguro se pactó de esta forma.

El riesgo que se asegura consiste en la posibilidad de que el asegurado incurra en responsabilidad civil como consecuencia de alguna de sus actuaciones.

El siniestro es aquella pérdida patrimonial que pueda acaecer como consecuencia de un acto que haya causado algún perjuicio a un tercero y por el que se pueda reclamar con el consiguiente derecho a la indemnización. Así pues, el siniestro vendrá determinado por la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima del daño, puesto que, mientras aquélla no se produzca, no surgirá la obligación del asegurador de reparar el daño causado ni, por consiguiente, entrará en juego la garantía del seguro. Por el contrario, si la reclamación no se produce o la responsabilidad desaparece por remisión o por prescripción o bien no resulta exigible, se extinguirá también la obligación del asegurador.

El perjudicado y sus herederos tienen acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el asegurado en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a la conducta dolosa de aquél (artículo 76).

Esta acción es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado. El asegurador podrá oponer, no obstante, la culpa exclusiva de la víctima y las excepciones personales que pudiera tener contra ella.

A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

El artículo 75 de la Ley de Contrato de Seguro establece, finalmente, la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que se determinen por el Gobierno, en razón de su especial peligrosidad.

El establecimiento con carácter obligatorio de un seguro de responsabilidad civil para el desarrollo de determinadas actividades hace de este seguro un valioso instrumento de generación de confianza y seguridad en las relaciones comerciales, jugando un papel esencial, tanto en la protección de los consumidores y usuarios, como en el desarrollo de nuevas actividades empresariales, cuyos riesgos quizá no afrontarían las empresas si no pudiesen ser transferidos al mercado asegurador. Actualmente, este seguro obligatorio se ha establecido para numerosas actividades: transporte de viajeros, circulación de vehículos de motor, uso de energía nuclear, caza, navegación marítima que conlleve el riesgo de contaminación marina por hidrocarburos, navegación aérea, fabricación de determinados productos, etc.

Básicamente mediante el seguro de responsabilidad civil general se cubre, con los límites señalados en cada póliza :

- a) El pago de las cantidades de las que el asegurado resulte civilmente responsable.
- b) La constitución de las fianzas judiciales que puedan ser exigidas al asegurado.
- c) Los gastos judiciales causados por la defensa de la responsabilidad civil del asegurado.

Realmente, visto en su conjunto, el contrato de seguro de responsabilidad civil está configurado, de partida, como un aseguramiento general de la responsabilidad de los asegurados, aseguramiento que queda delimitado a tenor de las distintas estipulaciones contenidas en el mismo.

El seguro de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento es un seguro de daños, en el que el interés asegurado afecta directamente al patrimonio del asegurado y en el que la responsabilidad objeto de cobertura está sometida a limitaciones legales que excluyen, por razones de orden público, la posibilidad de asegurar determinados riesgos, y puede ser regularizada por las partes convencionalmente dentro de ciertos límites sin desvirtuar los rasgos del seguro.

Así, en el contrato de seguro de responsabilidad civil podemos encontrar los siguientes apartados:

- Condiciones generales.²⁹
- Condiciones particulares.³⁰

²⁹ Se entiende por Condiciones Generales de una póliza al conjunto de disposiciones comunes a todas las modalidades de seguro y al conjunto de disposiciones específicas de la modalidad de seguro que se trate. En consecuencia, el conjunto de disposiciones o artículos contenidos en las Condiciones Generales de la póliza constituyen el marco legal mínimo por el que se rige un contrato.

- Definiciones y alcance del seguro.
- Exclusiones.
- Delimitaciones temporales, territoriales y jurisdiccionales.

La cobertura principal del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional consiste en garantizar el pago de las indemnizaciones pecuniarias que pudiese resultar civilmente responsable el profesional asegurado, en el ejercicio de su actividad profesional, tal y como está regulada en la normativa legal aplicable a cada profesión.

El asegurado en este contrato de seguro debería ser la persona física o jurídica que se encuentra expuesta al riesgo conforme al régimen jurídico de esta responsabilidad civil que tiene el doble carácter profesional y empresarial. Además del los profesionales colegiados ejercientes en el Colegio correspondiente Tomador del Seguro (en el caso de pólizas de seguro colectivas suscritas por el Colegio profesional correspondiente), que tengan tal condición en el momento del siniestro, en el contrato deberían figurar expresamente como asegurados, también la Sociedad profesional que recibe el encargo.

El mercado asegurador español excluye habitualmente la cobertura del seguro sobre los errores y omisiones cometidos por las personas que formen parte del órgano de administración y representación de Sociedad profesional. A la vista de la Ley 2/2007 el sector asegurador debería plantearse seriamente la posibilidad de revisar el contrato de seguro, ya que sería deseable introducir expresamente esta cobertura.

Dado el carácter de contrato de seguro colectivo de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional del colectivo de profesionales asegurados en pólizas colectivas en las que sea tomador del seguro el Colegio correspondiente, no le corresponde al Colegio tomador del contrato el poder de disposición sobre las respectivas relaciones contractuales, sino al asegurado, y por tanto será a él al que se le atribuya el poder de disposición sobre el contrato, al revertir en éste la verdadera condición de dominus negotii a todos los efectos. El asegurado puede suplir al tomador, pero no al revés. El Corredor del seguro puede suplir al tomador del seguro en las comunicaciones, pero solamente respecto de las mismas, pues carece de legitimación activa para instar la resolución judicial o arbitral del conflicto, cuestión esta que afecta directamente a los Abogados asegurados del contrato de seguro, quienes están legitimados para instar las acciones en defensa de sus intereses.

Consideramos muy desafortunada la regulación del Organismo Consultivo previsto en los contratos de seguro colectivos suscritos por Colegios profesionales en los que no se permita la participación del profesional asegurado. Al no participar el profesional

³⁰ Las complementarias de las condiciones Generales, que individualizan y definen el riesgo asegurado, mediante los límites de indemnización, franquicias y cláusulas aplicables o negociadas.

asegurado en la reunión del Organo Consultivo previsto en el contrato de seguro, se produce un perjuicio serio para sus intereses, auténtico desequilibrio de la reciprocidad que requiere este tipo de contrato.

La problemática derivada de la mala regulación de la participación del profesional asegurado solamente podría corregirse mediante la entrada del mismo en aquel Organo Consultivo con pleno derecho de voz y voto, mediante redacción de una cláusula que lo posibilite o bien la emisión de un suplemento del contrato de seguro donde se reconociera ese derecho.

Los profesionales asegurados afectados por el posible rechazo del siniestro de la entidad aseguradora, en caso de divergencia de criterios sobre la cobertura, podrán plantear su reclamación frente a la misma mediante el correspondiente acción judicial, solicitando la declaración judicial de cuantas obligaciones competan a la aseguradora en aplicación de la normativa vigente, así como del contrato de seguro y el abono de los perjuicios económicos ocasionados a consecuencia de la actuación de la entidad aseguradora. En caso de haberse pactado un arbitraje en el contrato de seguro podrán plantear su reclamación frente a dicha entidad aseguradora mediante el correspondiente arbitraje de derecho por los árbitros designado para la resolución de para toda controversia o conflicto que se derive del contrato, que no sea resuelta por la Junta Consultiva de Coordinación, con el compromiso de cumplir el Laudo que se dicte conforme a lo regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

Se pueden suscitar problemas respecto de la legitimación activa en caso de conflicto a la hora de interpretar la póliza de seguro colectiva de responsabilidad civil profesional.

Careciendo de apoderamiento expresamente otorgado por los profesionales asegurados, ni el Colegio correspondiente tomador del seguro colectivo, ni el mediador del mismo están legitimados legalmente para entablar una acción –judicial y arbitral- contra la entidad aseguradora al rehusar los siniestros que fueran rechazados por la aseguradora de forma injustificada.

En relación con la legitimación para reclamar frente al departamento y servicio de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidad aseguradora y posteriormente frente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con independencia de la clara legitimación activa de los asegurados para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en los conflicto que pudieran suscitarse entre las partes, concluimos que:

A.- El mediador de la póliza de seguro no está legitimado legalmente para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en el conflicto, salvo que acredite su representación, mediante un apoderamiento específico por parte de los asegurados.

Sin embargo, en ausencia de poder suficiente, los profesionales asegurados del seguro colectivo pueden ratificar la actuación del mediador.

B.- El tomador del seguro está legitimado para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en el conflicto, siempre que acredite que la cuestión planteada esté relacionada con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven del contrato de seguro, de la normativa de transparencia y protección de la clientela, ya de las buenas prácticas y usos financieros.

Tanto la queja como la reclamación que se formulen por cada profesional asegurado deberá hacer mención a su caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes particulares que concurren en el mismo. En el caso de las quejas, se referirán al funcionamiento de los servicios de la entidad aseguradora, al usuario por la desatención derivada del rechazo injustificado del siniestro o cualquier otro tipo de actuación que se observe en su funcionamiento. Además podrá reclamar la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho que se deduzca de la cobertura del seguro, mediante la invocación de hechos concretos referidos a acciones u omisiones del asegurador, que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos por incumplimiento de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

C.- Si la consulta, queja o reclamación del profesional Asegurado se encuentra o ha sido sometidas a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no tiene competencia para resolver sobre esos extremos.

3.- Aportaciones al régimen jurídico de la responsabilidad civil de las sociedades profesionales de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

La exposición de motivos de la Ley apunta la necesidad de garantizar los derechos de los terceros que requieran los servicios profesionales estableciendo, junto a la responsabilidad societaria, la personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio, respecto de las deudas que en ésta encuentren su origen.

Este régimen de responsabilidad se extiende en la disposición adicional segunda 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.

Notemos que a los efectos de esta Ley, es **actividad profesional** aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. Por otro lado, **se entiende que hay 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.

3.1.- Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los socios.-

La sociedad responderá de las deudas sociales **con todo su patrimonio**. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos **responderán solidariamente la sociedad y los profesionales**, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan en cada caso concreto, remisión legal expresa al régimen general de responsabilidad civil que no resultaba estrictamente necesaria, pero que el legislador ha enfatizando deliberadamente, consiguiendo con ello consolidar la opinión general de la doctrina y la jurisprudencia tendente a aplicar el régimen general de la responsabilidad civil a situaciones de hecho anteriores a la publicación de la Ley.

Por lo que respecta a la solidaridad **la sociedad y los profesionales**, socios o no, que hayan actuado mediante actos profesionales concretos, tampoco existe en este caso diferencia alguna con el régimen general de responsabilidad por hecho ajeno referido con anterioridad, a la hora de estudiar la responsabilidad del empleador por los actos de sus empleados y dependientes. En consecuencia, en el ámbito de la jurisdicción penal, a pesar de no indicarlo la Ley, será de aplicación el artículo 120 del Código

penal, en suma, el principio de responsabilidad subsidiaria de la sociedad profesional respecto de la responsabilidad civil **ex delicto** derivada de la comisión de delitos de los quienes prestan sus servicios profesionales en el seno de la sociedad profesional.³¹

Finalmente la **Disposición adicional segunda** establece una penalización para aquellos Despachos que no hagan las tareas de actualización a la Ley 2/2007, extendiendo el régimen de responsabilidad en los siguientes casos:

“1. El régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley.

Se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación.

³¹ La Audiencia Provincial de Asturias en sentencia dictada el pasado 30 de septiembre, reconoce la responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad limitada profesional (despacho de abogados) derivada de los delitos cometidos por una abogada perteneciente al despacho, condenada por haber cometido delitos de apropiación indebida, estafa y falsedad en documento público, oficial y mercantil.

Según la Audiencia Provincial: “si ejerce su profesión de modo colectivo esto es en el seno de una sociedad profesional con personalidad jurídica, también denominada por la doctrina sociedad profesional en sentido estricto, ésta, será deudora de la actividad profesional debida que ejecutarán uno o varios socios profesionales. Así las cosas producido un incumplimiento o cumplimiento defectuosos de la prestación de servicios, la sociedad profesional responde, no obstante lo cual, desde el estatuto de la profesión liberal, el profesional no deja de ser responsable principal de cuantos daños genera su actividad profesional aun cuando haya dejado de ostentar la posición de deudor contractual, pues el ejercicio en sociedad de la profesión no anula su independencia en cuanto a la elección de forma y medios con los que ejecutar el asunto encomendado por el cliente; por lo que esta conjunción de responsabilidades profesionales del socio actuante y de la sociedad profesional se ha de examinar en cada caso concreto.”

Respecto a esta responsabilidad civil subsidiaria de la sociedad profesional, la Sentencia del TS de 31/03/2006 (cita la AP de Asturias) estableció que:

“(…) no es necesario que resulte acreditada culpa alguna en la persona natural o jurídica que debe indemnizar en estos casos a las víctimas de un delito con el carácter de responsable civil subsidiaria.

Basta que se acredite:

- a) la existencia de una determinada relación jurídica, o simplemente de hecho, en virtud de la cual haya una cierta dependencia del responsable criminal respecto de tal persona natural o jurídica y
- b) que el tal responsable criminal al delinquir lo haya hecho en el ámbito de esa relación, aun cuando haya abusado o se haya excedido en sus funciones, al ser aplicable en estos casos, no la teoría de la "culpa in eligendo" o "in vigilando", sino la tesis objetiva que se expresa en el principio "cuius commoda, eius incommoda", que quiere decir que quien se beneficia de la actuación de otra persona ha de responder de los daños que de tal actuación se deriven y estando acreditada la vinculación de la acusada con la sociedad profesional cuando cometió los hechos delictivos, resulta ineludible declarar la responsabilidad subsidiaria de la misma”.

2. Si el ejercicio colectivo a que se refiere esta disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional.”

Prescinde el legislador del necesario nexo de causalidad para apreciar la existencia de la responsabilidad en los profesionales que no intervinieron en la prestación de servicios al cliente, pero que comparten una configuración de aparente sociedad profesional, optando por una solución innecesaria, propia del más puro estilo irracional e injustificado de la llamada “responsabilidad legal”, posiblemente en aras a evitar situaciones de insolvencia ante terceros perjudicados. El carácter excepcional de esta extensión de responsabilidad pugna con el régimen legal de responsabilidad civil, imputando automáticamente una responsabilidad solidaria a quienes no actuaron en los hechos profesionales generadores de responsabilidad, lo cual hará necesario analizar en cada caso concreto el título que vincula a quienes se presentan frente a la sociedad como aparente sociedad profesional, sin haber constituido la forma legal societaria requerida en la Ley.

Realmente el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley supone una sanción de hecho para aquellas situaciones de falta de adecuación de la prestación colectiva de los servicios profesionales a los requerimientos de la nueva situación legal. Parece evidente que esta fuente de responsabilidad generará múltiples problemas en la práctica, especialmente en las sociedades cuyo ámbito de aplicación quedan excluidas de la Ley de sociedades, tales como las de medios, de ganancias y de mediación. Si los Registros de los distintos Colegios profesionales se limitan únicamente a inscribir las sociedades profesionales propiamente dichas que se ajusten a los requisitos exigidos por la Ley, serán estas y no las de medios, de ganancias y de mediación las sujetas al control especial que implica su inscripción, pudiendo quedar las sociedades excluidas del ámbito de aplicación de la norma en una situación de ambigüedad que genere expectativas de reclamaciones de responsabilidad solidaria contra profesionales que nunca intervinieron en los hechos generadores de la responsabilidad, por el mero hecho de la mera apariencia de formar parte de una sociedad profesional de hecho no regularizada. El perjudicado que invoque esta causa legal de responsabilidad civil profesional deberá acreditar que el profesional demandado forma parte integrante de la sociedad profesional de hecho no actualizada a las exigencias legales, no bastando la mera apariencia o sospecha para que tenga que responder solidariamente de actuaciones profesionales que nada tienen que ver con su actuación profesional particular. Todo ello obligará al juzgador a valorar la calificación jurídica que se atribuya a los colectivos de profesionales que operen de forma conjunta, con la finalidad de evitar fraudes a acreedores.

3.2.- Sobre el seguro obligatorio 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.

Conviene hacer algunas reflexiones sobre los seguros obligatorios en España.

En estos momentos existen en nuestro país más de 400 normas de ámbito estatal y autonómico que establecen obligaciones de aseguramiento, cifra muy superior a la de otros países de nuestro entorno. El legislador recurre con demasiada frecuencia a la figura del seguro, cuando en ocasiones no es la solución más adecuada.

El problema no es tanto el número –sin duda excesivo– como la propia redacción de las normas, que muchas veces no tiene en cuenta la técnica y principios generales del seguro, lo que motiva una falta de respuesta del mercado asegurador.

La necesidad de aseguramiento incluida en la Ley de sociedades profesionales es un buen ejemplo de lo que indicamos, mas parece un brindis al sol que una norma coherente con la obligación que contiene. Como en otros casos la norma solamente habla de la necesidad de aseguramiento del riesgo de responsabilidad civil de la sociedad profesional, sin concretar la suma asegurada requerida, los límites posibles de la cobertura aseguradora, la posibilidad o no de constituir una franquicia en el seguro, el ámbito territorial de la cobertura aseguradora, el ámbito temporal, etc...

Pero esta problemática no es nueva. Somos perplejos testigos de la incontinencia normativa a la hora de exigirse nuevos seguros de responsabilidad civil para las actividades más variopintas. A título de ejemplo, se exigen seguros obligatorios para actividades respecto de las que no hay experiencia de siniestralidad, o no hay masa suficiente para mutualizar el riesgo; las coberturas no están bien definidas; no están delimitados tomador, asegurado o beneficiarios del seguro; las cuantías y límites son imprecisos; o incluso, el ramo del seguro no se corresponde a su naturaleza jurídica.

Unas obligaciones de aseguramiento mal diseñadas contribuyen a agravar el problema que pretenden resolver. En lugar de ofrecer garantías y seguridad para el desarrollo de una actividad, impiden su ejercicio, ya que el administrado no puede obtener la preceptiva licencia al no existir el seguro exigido. Además, la Administración no ve cumplidas sus expectativas de protección de los potenciales perjudicados, y las entidades aseguradoras no pueden desempeñar su función social de transferencia de riesgos.

Se hace necesario racionalizar la normativa que impone obligaciones de aseguramiento, para garantizar que las nuevas disposiciones se ajusten a las técnicas y principios generales del seguro, y que, por tanto, el mercado asegurador pueda ofrecer la respuesta adecuada.

Proponemos, con esta finalidad, el establecimiento de un procedimiento de consulta en la tramitación legislativa (tanto a nivel estatal como autonómico), que aporte el conocimiento técnico y del mercado a la redacción normativa. Dicha consulta, a través del canal más adecuado –en nuestra opinión, UNESPA y el Grupo de Trabajo de Seguros Obligatorios, creado específicamente– garantizaría la idoneidad técnica del seguro que se pretende imponer. Conviene recordar que la Ley 50/1997 establece el principio de audiencia previa a los interesados en las disposiciones de carácter general, lo que actualmente no se cumple en materia de seguros.

Sólo en casos de normas de aseguramiento obligatorio que impliquen extraordinaria complejidad tiene lugar esta consulta. Un ejemplo reciente, con resultados muy positivos, es el Proyecto de Ley de Responsabilidad Medioambiental³². En él se recogen las aportaciones de la patronal aseguradora UNESPA –tras consulta del Ministerio de Medio Ambiente– en forma de mejoras técnicas, en un principio no contempladas en los borradores: tomadores que han de suscribir el seguro, definición y límites de la garantía, establecimiento de sumas aseguradas determinadas por anualidad y por evento, posibilidad de franquicia, limitación del ámbito temporal de la garantía y cauce para prolongarla a través del Consorcio de Compensación de Seguros.

La principal consecuencia de la insuficiente regulación del seguro obligatorio de responsabilidad civil de las sociedades profesionales es que, ante un hipotético infraseguro de responsabilidad civil en sociedades de capital (anónima y limitada), toda la responsabilidad recaerá sobre los administradores de la sociedad profesional por la vía del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, ante la insuficiencia del seguro –en caso de tener una suma asegurada pequeña-, unida a la limitación de la responsabilidad económica de la sociedad profesional, el planteamiento del tercero perjudicado que persiga el resarcimiento del daño y/o perjuicio consistiría en demandar a los administradores de la sociedad profesional, invocando la falta de diligencia de los administradores (art. 133 LSA).

Recordemos que el art. 4, 3 de la Ley establece que habrán de ser socios profesionales las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, en su caso, de las sociedades profesionales y si el órgano de

³² Véase la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, publicada e el BOE número 255, el 24 de octubre de 2007 (páginas 43229 a 43250)

administración fuere unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional