

LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PROFESIONALES

María Jesús Peñas Moyano
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

Sumario:

- I. PECULIARIDADES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PROFESIONALES
- II. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL Y CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO ASEGURADO
- III. EXCEPCIONES, CULPA EXCLUSIVA DEL TERCERO PERJUDICADO, DOLO DEL ASEGURADO Y REEMBOLSO DE LA ENTIDAD

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Resumen: El ejercicio de la acción directa en los seguros de responsabilidad civil de profesionales presenta, aparentemente, la misma problemática que en los seguros de responsabilidad civil en general. Una observación más atenta de las circunstancias concretas permite comprobar cómo en la práctica van surgiendo importantes matizaciones derivadas fundamentalmente de la delimitación del riesgo asegurado que ha de realizarse en el contrato, en la que se ha de entenderse incluida también su delimitación temporal. Otros elementos que han de tenerse en cuenta son la correcta delimitación de quien puede ser considerado como tercer perjudicado e, igualmente, cuándo debe considerarse la existencia de un evento dañoso que determine la actuación de la entidad aseguradora y, sobre todo, el ejercicio de la acción directa. Estas concreciones van a ser decisivas para comprobar cuáles van a ser las excepciones que se van a poder oponer por parte de la entidad aseguradora para no tener que hacer frente a la correspondiente indemnización.

Abstract: The exercise of direct action in professional civil liability insurance apparently presents the same problems as in general civil liability insurance. A

more careful observation of the specific circumstances makes it possible to see how in practice important nuances arise, mainly derived from the delimitation of the insured risk that must be carried out in the contract, which must also be understood to include its temporal delimitation. Other elements that must be taken into account are the correct delimitation of who can be considered a third-party injured party and, likewise, when the existence of a damaging event should be considered that determines the action of the insurance company and, above all, the exercise of the direct action. These concretions are going to be decisive to verify which are going to be the exceptions that are going to be able to be opposed by the insurance company to avoid having to deal with the corresponding compensation.

Palabras clave: Seguro de responsabilidad civil profesional, acción directa, tercero perjudicado, culpa exclusiva, dolo.

Key words: Professional civil liability insurance, direct action, injured third party, exclusivae fault, fraud.

I. PECULIARIDADES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2014¹ y 15 de octubre de 2015², que “[E]l sentido del seguro de responsabilidad civil profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria. Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la responsabilidad civil derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), responsabilidad que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado (art 76 LCS), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado.” En ambas

¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 588/2014, de 25 de julio de 2014, ROJ: STS 3119/2014.

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 615/2015, de 15 de octubre de 2015, ROJ: STS4372/2015.

resoluciones se apoya la Sentencia del alto Tribunal de 5 de noviembre de 2020³ para reiterar el ejercicio de la acción directa por el tercero perjudicado, incluso cuando hay una actuación dolosa constitutiva de delito. En supuestos como este, la entidad aseguradora no puede oponer a los terceros perjudicados la actuación dolosa del asegurado, convenientemente probada como consecuencia de haber sido condenado por un delito de apropiación indebida, para sustentar su exoneración del pago de la indemnización correspondiente. La entidad, por su parte, ostenta el correspondiente derecho de repetición contra el profesional asegurado.

La mencionada sentencia de 2020 aborda otra cuestión problemática de particular interés como es la relativa a la delimitación de la actividad desarrollada por el profesional. En este sentido, resulta determinante la profesión que se ostenta, agente de la propiedad inmobiliaria, y la actuación desarrollada, el cobro de alquileres, que se encontraba cubierta por el correspondiente contrato de seguro de responsabilidad civil. Resulta indiferente en este supuesto que también desarrollara la actividad de administrador de fincas para las comunidades de propietarios a las que sustraía indebidamente fondos derivados del alquiler. Ha de tenerse en cuenta, por un lado, que la labor de gestión de tales alquileres no es propia del administrador de fincas y, por otro, que las actividades propias de un profesional de este tipo sí quedan excluidas de la cobertura del seguro contratado por el colegio oficial de agentes de la propiedad inmobiliaria.

En consecuencia, la entidad aseguradora queda obligada a hacer frente al pago de la indemnización a los terceros perjudicados que ejercitan la correspondiente acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS), porque la actividad desarrollada en la práctica se sitúa en el marco de las propias del profesional, agente de la propiedad inmobiliaria, cuyo Colegio es el tomador del seguro, sin entrar a valorar que también pudiera estar actuando como un administrador de fincas.

Tras este supuesto de resolución judicial tan ejemplificativo, ha de afirmarse además que cuando el seguro de responsabilidad civil se prevé para asegurar el patrimonio de un asegurado que desempeña profesionalmente una determinada actividad, estamos ante un seguro de responsabilidad civil profesional que se configura en muchas ocasiones como un requisito necesario para el ejercicio de la profesión de que se trate, por lo que en determinados casos se está ante seguros de responsabilidad civil obligatorios. En esencia, la problemática que plantea esta categoría de seguros es la propia que corresponde a cualquier otro seguro de responsabilidad civil, pero las exigencias de cobertura propias del

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, núm. 584/2020, de 5 de noviembre de 2020, ROJ: STS 3647/2020.

ejercicio de una determinada profesión incluyen contenidos en la póliza que pueden ser determinantes para la práctica aseguradora y, en concreto, para el ejercicio de la acción directa por parte de los terceros que han sufrido daños como consecuencia de la actividad.

Precisamente, una de las cuestiones más conflictivas es el ejercicio de esta acción directa del perjudicado contra el asegurador, incluso sin entrar a considerar su reconocimiento a favor del tercero perjudicado, o de sus herederos, para poder actuar directamente contra el asegurador y exigirle que cumpla la obligación de indemnizar. No se cuestiona tampoco su consideración como un derecho propio del perjudicado que no tiene su origen en el contrato de seguro⁴, sino en la propia norma, sin perjuicio de que su ejercicio quede vinculado al propio contrato y sea necesaria su existencia ofreciendo una determinada cobertura, que es diferente de la que corresponde al asegurado. La acción directa, en consecuencia, no surge por la subrogación del perjudicado en los derechos de asegurado puesto que su origen es legal en los términos señalados por la norma.

La generalización que se produjo, con ocasión de la entrada en vigor de la LCS, de la existencia de ese derecho propio del tercer perjudicado frente al asegurador a todo contrato de seguro de responsabilidad civil, se erigió en uno de los elementos fundamentales de esta categoría de contratos adquiriendo una función social de gran importancia que le sigue correspondiendo y que tiene como finalidad proteger a los perjudicados por hechos dañosos⁵ reforzando el traslado de las consecuencias del daño producido del patrimonio del asegurado al patrimonio del asegurador.

Se ha superado de esta manera la separación de las dos relaciones jurídicas existentes, -entre el asegurador y el asegurado y entre el asegurado y el tercero perjudicado-, al permitir un tercer vínculo entre el perjudicado con el asegurador para poder exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño causado por el asegurado con la consiguiente economía procesal que ello supone. En definitiva, supone aplicar una propiedad transitiva de carácter jurídico anticipando la satisfacción del interés del tercero que ha sufrido lesión, sin perjuicio de que se deba acreditar su existencia, y que junto a la correspondiente responsabilidad del asegurado se erige en elemento esencial para el válido ejercicio de la acción.⁶

⁴ Vid., SÁNCHEZ CALERO, *La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, F. Sánchez Calero (dir), Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 1211 y 1222.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 1119.

⁶ TAPIA HERMIDA, A. J., *Guía del contrato de seguro*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 128.

Ha de tenerse en cuenta que esta acción directa a pesar de la fuerza que conlleva, al menos la que en apariencia se deduce del texto, necesariamente se va a ver condicionada por los límites establecidos en la delimitación del riesgo, límites objetivos, temporales y cuantitativos⁷, en tanto que el derecho del perjudicado contra el asegurador también está limitado a la suma asegurada en consonancia con el alcance de la cobertura, y también por los hechos objetivos que se deriven de la Ley o de la voluntad de las partes reflejada en el contrato celebrado. En este sentido, y en relación al límite máximo de indemnización que la entidad aseguradora debería abonar en caso de siniestro, existen determinados límites. Por un lado, los que se establecen por siniestro y año, por otro, los relativos a los límites de la indemnización para garantías o cobertura de carácter específico y también la posibilidad de fijar una franquicia en el contrato a deducir del importe en el que se valore el siniestro, debiendo el asegurado asumir parte de las consecuencias económicamente desfavorables.⁸

De modo que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la propia obligación del asegurado por hechos que no aparezcan reflejados en el contrato⁹, lo que convierte al alcance de esta acción directa y a los límites de su ejercicio en una cuestión realmente controvertida, con independencia de que el derecho que ejercita el perjudicado o sus herederos tiene el mismo origen que si lo ejercitara contra el responsable.

Han de estimarse, en este sentido, las situaciones que vinculan al asegurador con el asegurado, dejando a un lado la consideración de una conducta dolosa por su parte, en principio no oponible al perjudicado, ni siquiera cuando la póliza contemple la exclusión de esta posibilidad, y sin perjuicio del derecho a repetir contra el asegurado en aquellos casos en los que haya tenido que indemnizar indebidamente.

Igualmente, en el ejercicio de la acción directa se han de valorar las relaciones entre el tercero perjudicado y la entidad aseguradora que no tienen por qué coincidir con la que se establecen con el asegurado. Y también han de considerarse las situaciones posibles que pueden vincular al tercer perjudicado y el asegurado y que pueden suponer un reconocimiento, una aminoración o incluso la falta éxito en el ejercicio de la acción directa por parte de aquel y dar origen a una posible excepción personal, que podría posteriormente ser opuesta por el asegurador.

⁷ VEIGA COPO, A.B., *La acción directa del tercer perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 2013 p. 37.

⁸ SANTAELLA SÁEZ, O., "Responsabilidad de profesionales y su aseguramiento", *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Pérez Serrabona, J. L., (dir), 2018, p. 707.

⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 730/2018, de 20 de diciembre, ROJ: STS 4328/2018. En sentido semejante, vid., Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 541/2021, de 15 de julio, ROJ: STS 3036/2021.

La propia delimitación del tercero perjudicado, en este caso, también resulta más estricta, partiendo de la circunstancia de que para delimitar el riesgo y, en consecuencia, el ámbito de cobertura, ha de identificarse un tercero titular de un derecho de resarcimiento frente al asegurado que ha celebrado un contrato para evitar en su patrimonio la correspondiente deuda de responsabilidad¹⁰.

Normalmente –aunque, por supuesto, también hay otras situaciones, como demandantes de asistencia sanitaria, acreedores o socios- nos vamos a encontrar ante un cliente, en sentido más o menos amplio, que ha demandado los servicios del asegurado, pues, no en vano, los seguros de responsabilidad civil patrimonial se denominan también seguros de prestadores de servicios¹¹. Este cliente que ha demandado los servicios del profesional, y con el que queda vinculado jurídicamente en ocasiones, sufre algún tipo de daño derivado de su realización y en algunos casos también de la no realización del servicio, consistente con carácter general en la pérdida económica sufrida por el incumplimiento de las obligaciones que contractual o extracontractualmente corresponden al profesional, siendo los daños no económicos mucho menos frecuentes.

Ha de tenerse también en cuenta que no resulta necesaria la consideración de este cliente o acreedor de la prestación como consumidor. En un supuesto en el que se dilucidaba la cobertura de un seguro de responsabilidad profesional de un *mediador entre los viajeros y prestatarios de los servicios utilizados por aquellos* se pretende dejar sin efecto el ejercicio de la acción directa basándose en negar la condición de perjudicada amparada por la póliza a las compañías aéreas, de las que indica que carecen de la condición de consumidores. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2021¹² declara que el seguro de responsabilidad civil profesional concertado garantiza que la asegurada responda ante las reclamaciones de terceros, teniendo esta consideración tanto los viajeros como los prestatarios, es decir, las compañías aéreas, pues son ellas las que prestan el servicio y no reciben el importe correspondiente por parte del agente como depositario en el tiempo establecido. En concreto, señala la resolución: “no resulta del contenido de la póliza, exclusiones derivadas por la legislación de consumo, pues por terceros, se refiere el clausulado a los perjudicados, sin restricción a los que tuvieren esa condición de consumidores; no estamos en materia específicamente integrada en el acervo de protección a los consumidores, como los "viajes combinados".

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 1134.

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 1164.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 874/2021, de 15 de noviembre, ROJ: STS 4157/2021.

La concreción en el contrato de seguro de cómo ha de entenderse el incumplimiento de la prestación pactada entre el profesional y el destinatario de la prestación para que se derive la responsabilidad y, en consecuencia, la obligación de indemnizar por parte de la entidad aseguradora, es un elemento fundamental del funcionamiento de este tipo de seguros a tener en cuenta. En este sentido, el Derecho de obligaciones juega un papel de gran importancia para determinar cuándo estamos ante el incumplimiento de una actividad de prestación de servicios en el marco de una relación contractual en la mayor parte de las ocasiones, también cuando el origen sea extracontractual, siendo cierto que no resulta en absoluto sencilla la ponderación del daño producido y, por tanto, los perjuicios causados.

El tercero perjudicado o, en su caso, sus herederos, aparece como el sujeto activo en la relación obligatoria. Es, por tanto, el acreedor. En el caso de que existan varios perjudicados, cada uno de ellos ostentará su propio derecho como consecuencia de haber sufrido un daño que, por supuesto, no tiene que haber sido causado por él mismo, circunstancia que va más allá y que por tanto ha de diferenciarse de la culpa exclusiva del asegurado.

En esta categoría de contratos de seguro, se superpone una relación de responsabilidad civil en la que el deudor es el asegurado y el acreedor es el tercero perjudicado que se convierte en un sujeto típico de los seguros de responsabilidad civil.¹³ Sin embargo, en los seguros de responsabilidad civil profesional, este tercero perjudicado ya era previamente acreedor de una prestación por parte del asegurado que no se ha cumplido, por tanto, ha tenido lugar un incumplimiento total, o bien se ha llevado a cabo de forma defectuosa en el amplio sentido del término, surgiendo una deuda a cargo del profesional que va a gravar su patrimonio.

Esta situación viene a ser calificada impropriamente como el siniestro en estos seguros, dando origen a la obligación de indemnizar por parte de la entidad aseguradora, si se cumplen las previsiones establecidas en el contrato y, sobre todo, de las delimitaciones del riesgo. De este modo, cobran especial relevancia los presupuestos para determinar la responsabilidad civil profesional que sustentará el ejercicio de la acción directa.

Al igual que sucede en cualquier seguro de responsabilidad civil ha de tenerse en cuenta que el artículo 76 establece una obligación para el asegurado consistente en comunicar al perjudicado o, en su caso, a sus herederos la existencia del contrato de seguro. Con ello se impide el riesgo de una postura negativa o inactiva del responsable a poner a disposición los datos correspondientes al contrato de seguro que en su caso provocaría un

¹³ Así, TAPIA HERMIDA, A. J., *Guía...*, cit., p. 120.

desconocimiento por parte del perjudicado de la protección que le dispensa esa relación.

También es necesario tener en cuenta que en el ámbito de la actividad profesional sucede con relativa frecuencia que determinados hechos pueden generar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados de forma sucesiva a personas diferentes, en cuyo caso se habla de daños continuados, y puede suceder también que los efectos solo se produzcan y se conozcan cuando haya transcurrido un cierto periodo de tiempo, hablándose entonces de daños diferidos¹⁴.

Sobre todos estos aspectos comentados nada señala el artículo 76 de la LCS, precepto que prácticamente se limita a establecer el ejercicio de la acción directa en todo tipo de seguros de responsabilidad civil, por tanto, también en los profesionales, por parte del considerado perjudicado o sus herederos, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

II. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL Y CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO ASEGURADO.

El riesgo que cubre la entidad aseguradora es el nacimiento de una deuda de responsabilidad en el patrimonio del profesional asegurado constituyendo uno de los presupuestos causales del contrato de seguro. La delimitación del riesgo cubierto por el contrato es, pues, un dato de fundamental importancia para conocer el hecho que ha provocado los daños y los perjuicios que van a poder ser reclamados por el tercero perjudicado, puesto que se trata del origen de la obligación de indemnizar.

En los seguros de responsabilidad civil profesional la delimitación objetiva de los hechos causantes del daño resulta, a priori, más concreta pues se ciñe a los servicios prestados por un profesional en el ejercicio habitual de su actividad y que sean previstos en el contrato para lo cual se va a requerir una especial cooperación del tomador y/o asegurado, tanto en el momento inicial como en el transcurso de la actividad, en particular, si se asumen nuevas funciones que incrementen los riesgos asegurados.

Los presupuestos para que surja la responsabilidad civil, también la profesional, pueden concretarse en el desarrollo de una conducta contraria a lo

¹⁴ SALELLES CLIMENT, J. R., "Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, 2002, 1140.

que se considera como los deberes propios de actividad concreta, pues debe entenderse que todo individuo que desarrolle en la práctica una determinada profesión debe tener los conocimientos necesarios, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, y desarrollarla con la diligencia debida ajustándose a los procesos y métodos oportunos en el marco más frecuente del arrendamiento de servicios y, por tanto, contractual¹⁵. Se trata de una responsabilidad por culpa, pues se considera que en ningún caso se puede generalizar en el ámbito profesional una responsabilidad de carácter objetivo¹⁶.

Otro presupuesto necesario para la exigencia de responsabilidad es la producción de un daño considerado en sentido amplio, bien sea material o moral. El daño se convierte en el elemento central para la exigencia de responsabilidad que en la mayor parte de las ocasiones se concretará en un daño de carácter patrimonial, debiéndose tener en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante, aunque será el primero el que será reclamado en la mayor parte de las ocasiones por su mayor facilidad para ser probado.

Se requiere, igualmente, la concurrencia de un nexo causal, que podrá tratarse tanto de una causalidad física como jurídica para proceder a la atribución correspondiente. En este ámbito concreto puede jugar un papel fundamental la denominada “doctrina de la pérdida de oportunidad”, que trata de resolver las tensiones que se plantean cuando no resulta clara la prueba que permite considerar el correspondiente nexo. De este modo se tiene también en cuenta - caso por caso, por supuesto, y sobre todo en algunos sectores concretos, como la abogacía¹⁷ o la responsabilidad médico-sanitaria¹⁸- qué hubiera ocurrido de no suceder un determinado hecho y si se hubiera alcanzado la ventaja o el beneficio que se esperaba o, en su caso, se hubiera evitado el daño producido. De este modo, en ciertas ocasiones, el resultado podrá ser susceptible de no ser imputado al profesional, aunque siempre y en todo caso deberá actuarse con las correspondientes cautelas. Asimismo, resulta necesaria la verificación de la atribución de la conducta para fundamentar la obligación de resarcir del asegurado.

¹⁵ ALVÁREZ BUJÁN, M^a V., “Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad de las demandas reclamando indemnización”, *Revista CEFLegal, Revista práctica de Derecho*, núm. 242, 2021, pp. 9 y 10. En concreto, sobre la profesión de abogado, vid., Sentencia del Tribunal Supremo núm. 375/2021, de 1 de junio, ROJ: STS 2254/2021

¹⁶ Así, ALVÁREZ BUJÁN, M^a V., op. cit., p. 20. Igualmente, BATALLER GRAU, J., “La responsabilidad civil del agente se seguros”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 0, 2020, p. 18.

¹⁷ Vid., Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9^a) Sentencia núm. 108/2022 de 7 marzo, ROJ: SAP A 811/2022.

¹⁸ Sobre este último supuesto, vid., TAPIA HERMIDA, A. J., “La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo. Acción directa y pérdida de oportunidad”, AAVV, *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Veiga Copo, A. B., (dir.), Civitas Thomson Reuters, 2021, pp. 143 y ss.

La constatación de la responsabilidad del asegurado es presupuesto imprescindible para el ejercicio de la acción directa por el tercero perjudicado. Es totalmente imprescindible reconocer previamente la responsabilidad del asegurado para con posterioridad poder exigir a la entidad aseguradora, de modo que, si el asegurado no es reconocido como responsable, el asegurador no asume obligación alguna. También ha de tenerse en cuenta que es posible que se determine la responsabilidad del asegurado, pero, como se verá, el asegurador puede disponer de una excepción frente a él que pueda ser oponible también frente al tercero.

La premisa de la responsabilidad es un requerimiento indispensable pues la entidad aseguradora no responde de los hechos de otros, de tal modo que el ejercicio de la acción directa no hace a la aseguradora responsable, sino garante de la obligación de responder. Por ello, nunca va a responder más allá de la obligación propia del asegurado, siempre y cuando, como se viene señalando, se acredite la existencia de responsabilidad. En este sentido, resultan especialmente interesantes las consideraciones contempladas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019¹⁹, referida a un caso de responsabilidad civil médica, que determina que cuando queda extinguida la responsabilidad del asegurado, igualmente se extingue cualquier responsabilidad que incumba a la entidad aseguradora.

La igualmente interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2018²⁰ estimó el recurso interpuesto por la entidad aseguradora recurrente declarando que no procede ejercitar contra la misma la acción directa del artículo 76 de la LCS para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, conforme a la póliza contratada, pues señala que para que pueda prosperar la acción directa es requisito imprescindible declarar y justificar la responsabilidad del asegurado. En el caso concreto, se estaba ante un seguro de responsabilidad civil que cubría los daños y perjuicios ocasionados por los *administradores y altos directivos* de una sociedad de capital en el ejercicio de sus funciones y sujeta a su régimen específico. La acción directa se ejerció contra la entidad para que indemnizara los perjuicios sufridos por la actuación incorrecta del administrador único contra el que no prosperó la acción individual de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de su cargo, que es la

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 321/2019, de 5 de junio de 2019, ROJ: STS 1840/2019.

Consúltense también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 449/2019, de 18 de julio de 2019, ROJ: STS 2508/2019.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 485/2018, de 11 de septiembre, ROJ: STS 3140/2018: “[L]a acción directa, que permite dirigirse directamente contra la aseguradora, no elude de la necesidad de acreditar la responsabilidad del asegurado, en este caso el administrador de una sociedad por actos realizados en el ejercicio de su cargo. Por ello debía justificarse, declararse y cuantificarse esta responsabilidad.”

que se ejercitó, y con la que se pretendía exigir los daños causados al socio –en realidad, la matriz del grupo y tomadora del contrato- pero como reflejo de los daños producidos en el patrimonio social.

Una situación diferente se hubiera producido si se hubiera ejercitado la acción social de responsabilidad por los daños causados directamente a la sociedad y cuya cobertura también está prevista en el contrato, pues de este modo se identifica correctamente a la perjudicada quien hubiera podido obtener un resarcimiento por los daños causados si esta acción, la social, hubiese prosperado de ejercitarse.

También establece la ausencia de responsabilidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2022²¹ en un supuesto en el que se optó por acudir a la vía administrativa declarándose prescrita la responsabilidad de la Administración. La resolución dictada adquirió firmeza, no siendo posible, la acción civil contra la compañía de seguros sobre los mismos hechos, y ello, por dos razones: “Una, porque no cabe declarar una responsabilidad de la compañía de seguros cuando, en vía contencioso administrativa, se declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada. Segundo, porque equivaldría a una suerte de fiscalización de lo resuelto en vía contencioso administrativa por los tribunales de la jurisdicción civil (...) cuando proclama que los tribunales ejercerán su jurisdicción, exclusivamente, en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley, con lo que se generaría una resolución nula de pleno derecho por evidente falta de jurisdicción (...) a modo, además, de una especie de revisión de una sentencia firme, que proclama la inexistencia de responsabilidad de la Administración. Por todas las razones expuestas, es obvio que la tramitación de un procedimiento administrativo y ulterior proceso contencioso administrativo no interrumpen la prescripción de la acción civil, simplemente la impiden por las razones anteriormente expuestas, dado que no cabe condenar a una compañía de seguros, absuelta además en vía contenciosa, por pronunciamiento firme, a hacerse cargo de una responsabilidad patrimonial de su asegurada, que se declaró inexistente.”

Una vez verificada la existencia de responsabilidad, a la hora de delimitar el hecho que da origen a la responsabilidad civil cubierta por el contrato de seguro, se precisa también determinar las circunstancias que también deben verificarse para que se produzca ese efecto y comprobar su alcance para efectuar la correspondiente reclamación.

Como ya se ha señalado, la cobertura del asegurador solo va a extenderse a aquellos hechos de los que se derive la responsabilidad civil del profesional que

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 119/2022, de 15 de febrero de 2022, ROJ: STS 594/2022.

estén previstos en el contrato de seguro. Por tanto, no quedarán cubiertos, por un lado, hechos derivados de la actividad ajena a la profesional -que podrán ser objeto de otro tipo de contrato de seguro- ni, por otro, aquellos hechos expresamente excluidos en el contrato.

La principal problemática que puede plantearse al respecto es la delimitación de lo que debe considerarse como *actividad profesional* “típicamente caracterizada por el empleo de facultades intelectuales con una amplia discrecionalidad técnica..., la ausencia de un vínculo de dependencia y la existencia en consecuencia de una amplia discrecionalidad en la toma de decisiones...”²² E idéntica relevancia tienen sus límites para adaptar el riesgo asegurado a la efectivamente desplegada por el asegurado²³. En este sentido, partir de una noción de profesión permitiría dejar fuera de la cobertura del contrato de seguro todos aquellos daños que no provengan de la práctica profesional.²⁴ También resulta oportuno indagar sobre si resulta necesaria una relación detallada de las actividades en el contrato o si es suficiente una descripción general²⁵ y, en consecuencia, su remisión a lo que se considere la práctica habitual, situación que viene facilitada en el caso de intervención de los colegios profesionales, como ha podido apreciarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2020²⁶.

Parece claro que la naturaleza de la profesión es determinante para la delimitación del riesgo y las dimensiones de la cobertura, de modo que cuantos más detalles aporte la póliza más sencilla será la resolución de los posibles conflictos, pero también lo es que no se puede exigir una descripción totalmente detallada y quedar abierta la posibilidad de integrar el detalle de la actividad acudiendo a la práctica correcta y ajustada a la profesión concreta, puesto que se está ante actividades sociales y, en ocasiones, legalmente reconocidas²⁷. En

²² SALELLES CLIMENT, J. R., *op. cit.*, pp. 1127 y 1133.

²³ Si bien es cierto que la actividad profesional ha de ser desarrollada por el asegurado, titular del interés, en muchas ocasiones en este ámbito concreto de contratación las posiciones de tomador y asegurado van a ser asumidas por personas distintas, sobre todo, cuando concurren colegios profesionales o cuando se prestan servicios para sociedades profesionales que aparecerán como las tomadoras del contrato. En el caso de que el profesional desempeñe el cargo de administrador o de alta dirección, será la sociedad la tomadora del seguro haciendo efectivo el pago de la prima.

²⁴ En todo caso, “...será necesario acotar el riesgo asegurado a la vertiente de la actividad profesional desplegada por el asegurado.” Así, SANTAELLA SÁEZ, O., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 681.

²⁵ Señalaba SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 1140, que “en determinados casos se hace alusión a esos hechos de forma genérica –p.ej., los derivados de la actividad profesional...”

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, núm. 584/2020, de 5 de noviembre de 2020, ROJ: STS 3647/2020

²⁷ Vid., SANTAELLA SÁEZ, O., “Responsabilidad...”, pp. 683 y 684, en relación a una posible lista de notas distintivas de la profesión y al concepto que ofrece: “aquella actividad desarrollada por una persona con habitualidad en el ámbito social, sujeta a unas normas técnicas y a unas pautas morales que exigen un desempeño correcto de aquélla, en base a una cualificación

este sentido, la tipicidad de la prestación del profesional reviste una importancia fundamental de igual modo que la normativa sectorial correspondiente que regule su ámbito de actuación, si es que se ha dotado de ella.

En el supuesto tratado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 14 de diciembre de 2018²⁸ se desestimó la posibilidad de ejercicio de la acción directa contra las compañías aseguradoras que habían celebrado los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional²⁹. El riesgo asegurado en la póliza la responsabilidad civil era el ejercicio de la actividad de asesoramiento, procesamiento y gestión contable, tributaria, administrativa y financiera, así como la emisión de informes relativos a las mencionadas actividades para empresas públicas, privadas y particulares ante la Administración pública. Pero la actividad efectivamente desarrollada no era la de asesoramiento financiero, sino de gestión e inversión de fondos o capitales ajenos, a la que se dedicaba personalmente el acusado, sin intermediación ni aval de ninguna entidad financiera legítimamente autorizada. Las entidades aseguradoras, por tanto, no han de asumir ningún tipo de responsabilidad puesto que la actividad desarrollada no queda cubierta por ninguno de los contratos celebrados.

Desde un punto de vista subjetivo, hay que tener en cuenta que al igual que sucede en el resto de seguros de responsabilidad civil será habitual establecer exclusiones relacionadas con el entorno del asegurado. En ocasiones, y así sucede normalmente cuando es el colegio profesional el que actúa como tomador del seguro, se estará ante un seguro de grupo (artículo 81 de la LCS) con las consecuencias que esta consideración puede tener sobre el ejercicio de la acción directa al estar ante un tomador por cuenta ajena que ha de cumplir con las obligaciones que se derivan de la celebración del contrato de seguro. En algunos casos, incluso, se va más allá cuando además de al nacimiento de una deuda de responsabilidad civil debe atenderse al derecho de reembolso de este tomador, caso de la sociedad respecto de sus administradores, en el supuesto

públicamente reconocida que habilita para el ejercicio a cambio de un activo profesional." Vid., igualmente, pp. 703 y ss, haciendo mención a posibles coberturas accesorias pero vinculadas a la responsabilidad civil profesional que también pueden ser incluidas en la póliza como, por ejemplo, inhabilitación profesional, pérdida o destrucción de documentos, imposición de sanciones, etc.

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1ª, núm. 287/2018, de 14 de diciembre de 2018.

²⁹ Póliza individual nº (...) con la compañía aseguradora (...), durante el periodo 16/09/97 y 16/09/14; que cubría la responsabilidad civil profesional. Póliza colectiva nº (...) a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, AECE, con la compañía aseguradora (...), durante el período de tiempo comprendido entre el 01/02/10 y el 01/02/11. Póliza colectiva nº (...) a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, AECE, con la compañía aseguradora (...) durante el periodo comprendido entre el 01/02/11 y 01/05/14.

Póliza colectiva nº (...) a través de la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España AECE, con la compañía aseguradora (...), durante el periodo de tiempo comprendido entre el 01/02/05 y 01/02/10

de que haya de satisfacer las indemnizaciones correspondientes como consecuencia de sus conductas.

Tal vez la cuestión que suscita mayores dudas por su enorme relevancia en este ámbito es la relativa a la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados³⁰. Sobre esta distinción se presentan en la práctica importantes y frecuentes problemas, en particular, los relativos al cumplimiento o, en su caso, incumplimiento de los requisitos establecidos para las cláusulas limitativas en el artículo 3 de la LCS que daría lugar a su no incorporación al contrato por lo que no formarían parte de su contenido.

En principio, puede señalarse que respecto al ejercicio de la acción directa no se puede limitar un derecho que aún no ha nacido. Cuando un determinado riesgo no está previsto en el contrato a través de las cláusulas que lo delimitan y respecto a las cuales solo se exige su aceptación genérica por parte del asegurado, no puede dar lugar ni a la cobertura del asegurador ni al ejercicio de la acción directa. Esta situación no puede ser calificada como una cláusula limitativa porque no se puede limitar lo que no existe por no tener presencia en la póliza, teniendo en cuenta además que tales limitaciones van dirigidas, o bien a la imposición de determinadas obligaciones a los asegurados, o a restringir, condicionar o modificar su derecho a la indemnización una vez que se ha producido el riesgo³¹. También es cierto que habrá que acudir a las circunstancias que se presenten en cada caso particular.

Con carácter general, los riesgos excluidos son, como se verá, excepciones oponibles por el asegurador al perjudicado y se sitúan en una posición diferente a la limitación de los derechos de los asegurados. Por ello, resulta conveniente determinar el alcance de cada tipo de estipulación posible, partiendo de que lo realmente determinante para valorar el ejercicio de la acción directa es la delimitación que se realice del riesgo en la póliza correspondiente, aunque puede suceder que dicha delimitación no se acepte por ser considerada lesiva la cláusula que la contemple.

Desde este punto de vista, se ha de considerar que la posible cláusula que fija la cuantía de la cobertura prevista en el contrato es una excepción que puede ser opuesta frente a terceros perjudicados, en tanto se reclame una cantidad que se sitúa por encima de la dispuesta en el contrato. El tercero perjudicado no

³⁰ Vid., al respecto, LA CASA GARCÍA, R., “Aproximación al estudio de las cláusulas lesivas, las cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, núm. 188, *Revista Española de Seguros*, 2021, pp. 632 y ss. Igualmente, SALELLES CLIMENT, J. R., op. cit., pp. 1160 y ss.

³¹ LA CASA GARCÍA, R., op. cit., pp. 637 y 638 y jurisprudencia allí citada. “la jurisprudencia mayoritaria venía declarando que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial...”

puede exigir ni, por tanto, el asegurador está obligado a pagar la totalidad de la deuda de responsabilidad civil que se ha generado por el comportamiento del profesional salvo que quede cubierta en su totalidad por la suma asegurada prevista en el contrato. La deuda solo quedaría extinguida en la proporción correspondiente y el resto debe ser asumido por el asegurado si media la correspondiente reclamación por parte del tercero perjudicado.

En particular, se viene a señalar que la cláusula en la que se fija la cuantía del capital asegurado en relación a la garantía de responsabilidad contratada es una cláusula delimitadora del riesgo asegurado y en ningún caso una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados. Esta previsión tampoco goza de la naturaleza de una excepción personal que no pueda ser opuesta por la aseguradora frente a la víctima, pues tales excepciones están vinculadas a la conducta del asegurado y son ajenas a las estipulaciones contempladas en el contrato sobre la delimitación del riesgo.

Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los límites previstos en el contrato. La reclamación del resto de los daños causados tendrá que realizarla el perjudicado al asegurado, en cuyo caso pueden presentarse situaciones contradictorias en los supuestos en los que no se haya procedido conjuntamente contra la compañía aseguradora y el profesional asegurado causante del daño.

Una situación de este tipo queda reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019³², ya mencionada. En este caso, y en el ámbito de la *responsabilidad civil médica*, se considera que no es posible reclamar por la vía de la acción directa contra la entidad aseguradora una indemnización superior a la ya determinada por el servicio correspondiente admitida la responsabilidad de la Administración. En definitiva, no puede reclamarse una cantidad superior a la ya reconocida. Si queda extinguida la obligación resarcitoria de la Administración, queda igualmente extinguida la responsabilidad del asegurador de tal Administración.

Una situación diferente es la planteada y resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2021³³. En este supuesto, el ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora se producía tras

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 321/2019, de 5 de junio de 2019, ROJ: STS 1840/2019.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 597/2021, de 13 de septiembre 2021, ROJ: STS 3315/2021.

Vid., al respecto, MONTERROSO CASADO, E., "Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 778, 2021, pp. 3819 y ss.

desestimarse la reclamación administrativa presentada³⁴ como consecuencia de una mala práctica profesional siendo el objetivo perseguido obtener una indemnización acorde a la aplicación correcta del baremo para la valoración de daños corporales vigente en el momento de la producción del siniestro con la actualización que corresponda al tiempo de determinarse el importe³⁵. Este baremo viene siendo utilizado de forma orientativa para determinados casos, de modo que ante la ausencia de un baremo propio de daños sanitarios por negligencias médicas la cobertura a ofrecer por la entidad aseguradora ha de acompañarse a lo establecido por aquel.

Ahora bien, lo que no puede ser admisible es que la cobertura prevista en el contrato sea tan baja que lesione los derechos del asegurado y por tanto también los correspondientes al tercero perjudicado. Si bien es cierto que se trata de una resolución que no toca directamente el tema del ejercicio de la acción directa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020³⁶ viene a resolver una cuestión relativa a un seguro de defensa jurídica en este sentido al haberse fijado unos límites que resultan notoriamente insuficientes en relación con las características del riesgo que se ha de cubrir hasta el punto de vaciar en la práctica la cobertura que se pretende otorgar. Los límites de cobertura deben ser claros y sujetos a reglas de naturaleza objetiva, ser suficientes y no ser arbitrarios. En el ámbito concreto de los seguros de responsabilidad civil profesional la consulta de este tipo de cuestiones a los colegios profesionales está más que justificada.

En materia de delimitación del riesgo cubierto uno de los aspectos más importantes, a la par que interesantes, a tener en cuenta es el relativo a la delimitación temporal del riesgo como consecuencia del propio desarrollo de la actividad en diversos periodos y de la necesidad de ordenar las reclamaciones para que tengan lugar en un lapso razonable, en consonancia con un cálculo correcto de las primas a exigir y la acotación temporal del siniestro realizada

³⁴ Sin que pueda alegarse cosa juzgada o litispendencia respecto a litigios de otro orden jurisdiccional. Vid., MONTERROSO CASADO, E., op. cit., p. 3827 y Jurisprudencia allí citada.

³⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 597/2021, de 13 de septiembre 2021 estima el recurso presentado por la entidad aseguradora “en tanto en cuanto no cabe la fijación de la indemnización mediante la aplicación postulada del baremo de tráfico, a través de la utilización conjunta de dos normas jurídicas distintas, una la vigente a la fecha del accidente, con las valoraciones correspondientes al alta médica definitiva, y otra que entró posteriormente en vigor, tras la producción del daño, la primera para determinar la valoración económica de los puntos y la segunda para fijar la puntuación de la secuela padecida, cuando lo procedente y, además lo acordado por la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento no cuestionado, es que el baremo aplicable era el vigente en 2014, data del acto ilícito y del alta médica con secuelas, que no puede ser fraccionado mediante la aplicación de dos disposiciones normativas vigentes en periodos temporales sucesivos.”

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 421/2020, de 14 de julio de 2020, ROJ: STS 2500/2020.

correctamente que se corresponde con el efectivo nacimiento de la deuda de responsabilidad tras el daño producido.

En el supuesto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2020³⁷, la imposibilidad de ejercicio de la acción directa estaba relacionada con una cláusula de delimitación temporal del riesgo en un *seguro de responsabilidad civil profesional de abogado*, respecto a la que, si bien el hecho causante del daño había tenido lugar durante la vigencia del contrato, la reclamación había sido extemporánea. En este supuesto, estamos ante la ausencia del hecho constitutivo del derecho del tercero perjudicado frente al asegurador, pues al margen del contrato no cabe reclamación posible.

La cláusula en cuestión cubría de forma ilimitada todos los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del contrato (cláusula de cobertura retroactiva), quedando también cubiertos los reclamados durante la vigencia y los que lo fueran durante los sesenta días siguientes al vencimiento del periodo del seguro. La reclamación se realizó habiendo transcurrido este periodo de tiempo indicado en la póliza, lo que permite al asegurador negarse a prestar cobertura entregando la correspondiente indemnización tras el ejercicio de la acción directa.

Planteando otra problemática, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2018³⁸, referida igualmente a la responsabilidad civil profesional de abogado, ante el ejercicio de la acción directa contra la entidad aseguradora que la cubría, establece la cobertura del riesgo cuando se produjo el hecho ante la existencia de una cláusula de delimitación temporal de cobertura. La controversia sobre la cobertura del siniestro queda zanjada al verificarse la vigencia de la cláusula de carácter retroactivo en los márgenes previstos por el artículo 73.2 de la LCS. Queda cubierta la responsabilidad civil de los letrados asegurados por hechos que hubieran tenido lugar en el año inmediatamente anterior a la celebración del contrato, siempre que la reclamación hubiera tenido lugar durante su vigencia.

La delimitación espacial o geográfica del riesgo reflejada en el contrato es otra de las situaciones que han de ser tenidas en cuenta como posible causa a oponer por la entidad aseguradora para no hacer frente a la correspondiente indemnización frente al tercero perjudicado. La verificación del hecho fuera del espacio cubierto que se hubiera establecido en la póliza de responsabilidad civil es determinante pues la entidad únicamente garantiza los daños que en el desarrollo de una determinada profesión se produzcan en determinados

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 76/2020, de 1 de diciembre de 2020, ROJ: STS 649/2020.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 134/2018, de 8 de marzo de 2018, ROJ: STS 814/2018.

territorios, bien sea el territorio nacional, el espacio de la Unión Europea, o aquellos otros específicamente hayan sido señalados en la póliza para dotar ese espacio de cobertura.

III. EXCEPCIONES, CULPA EXCLUSIVA DEL TERCERO PERJUDICADO, DOLO DEL ASEGURADO Y REEMBOLSO DE LA ENTIDAD

El derecho del tercero o terceros perjudicados por la actuación del profesional frente al asegurador va a estar condicionado por los límites que este haya pactado con el asegurado y, en particular, la correcta delimitación del riesgo o riesgos que se aseguran en el contrato en particular. Por ello, siendo cierto que el objetivo de la Ley ha sido proteger al perjudicado reduciendo las excepciones que pueda oponer el asegurador, -en ningún caso, las que podría oponer al propio asegurado-, estrechando los márgenes de su actuación para eludir el pago de la correspondiente reparación, es cierto también que esta protección mejoraría sensiblemente si se precisasen cuáles pueden ser tales excepciones y en mayor medida las que sean inoponibles frente al tercero perjudicado.

Para ello se ha requerido de la correspondiente interpretación doctrinal y de las importantísimas aportaciones realizadas por la jurisprudencia ante la insuficiencia de datos para tratar de configurar esta acción directa como una acción autónoma de la responsabilidad civil asegurada, en definitiva, como un mecanismo indemnizatorio abstracto a favor de los terceros perjudicados o de sus herederos, en su caso, En todo caso, hay que señalar la inexistencia del derecho al resarcimiento por los daños causados por el asegurado, bien porque no están presentes los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad, o incluso porque la misma no es imputable al asegurado, o porque existe ya una sentencia sobre la cuestión.

La calificación de la acción directa como inmune se pone de manifiesto, en particular, en las excepciones personales que el asegurador pueda tener frente al asegurado, por tanto, las derivadas de su conducta subjetiva. De este modo, serán excepciones inoponibles por parte de la entidad aseguradora las relativas a incumplimientos personales del asegurado respecto a las obligaciones correspondientes al contrato de seguro, en particular, aquellas relativas al incumplimiento por el asegurado de obligaciones posteriores a la reclamación por el tercero perjudicado, sobre todo cuando de tal incumplimiento pudiera derivarse la liberación de la entidad aseguradora.

Por tanto, de lo que se trata es de no colocar al tercero perjudicado en la misma posición que el asegurado tiene frente a la entidad. Si fuera así, se permitiría a las entidades aseguradoras oponer no sólo las excepciones surgidas

de la propia responsabilidad civil, esto es, las que se derivan de la relación entre el asegurado y el tercero, sino también las que se derivan del propio contrato de seguro, exponiéndole a todas las vicisitudes que de esta relación se pueden derivar.

Pero hay excepciones que sí se pueden oponer al perjudicado. De forma más pormenorizada puede hacerse referencia a excepciones propias o en sentido estricto³⁹ en las que resulta determinante la consideración de las relaciones entre las partes en conflicto. Aparecen también los hechos impeditivos o extintivos del derecho del asegurado, que pueden significar la liberación del asegurador de acuerdo con la relación jurídica interna que deriva del contrato de seguro y que dependen normalmente de la conducta del asegurado (inexistencia de contrato de seguro de responsabilidad civil profesional, falta de pago de la prima, incumplimiento de los deberes sobre declaración del riesgo, denuncia de la existencia del siniestro, etc.). Estos hechos, cuya prueba corresponde al asegurador, constituyen verdaderas excepciones a la pretensión del asegurado, y serán oponibles o no al perjudicado según los casos.

Las posibles excepciones impropias o defensas se producen por la ausencia de los hechos constitutivos que fundamentan el derecho a reclamar del tercero perjudicado. Se trata de los hechos de los que depende el nacimiento de la obligación del asegurador. En primer término, debe hacerse referencia a la existencia de un contrato válido, con unos límites determinados de cobertura (o si se quiere con un determinado contenido) y, en segundo lugar, la verificación del evento dañoso previsto en el contrato, esto es, que se haya producido un hecho del que surge una responsabilidad civil.

Estos hechos, en cuanto son constitutivos del derecho del asegurado (y correlativamente de la obligación del asegurador) han de probarse, en principio, por el propio asegurado, y su ausencia no se puede ser calificada como excepciones en sentido estricto, en tanto que podrían ser opuestas al asegurado en caso de que fuera él quien hubiera reclamado. Son hechos impeditivos de la cobertura que también podrían ser opuestos por la entidad aseguradora frente al asegurado y, que según una interpretación literal del artículo 76 de la LCS, podría dar a entender que el tercero perjudicado es inmune a ellos, cuando, sin embargo, son igualmente hechos constitutivos de su derecho de reparación, del mismo modo que su inexistencia impedirá un ejercicio exitoso de la acción directa.

Además, ha de tenerse en cuenta que esta acción directa a pesar de la fuerza que conlleva, al menos la que en apariencia se deduce del texto, necesariamente se va a ver condicionada, como se ha venido señalando, por los límites

³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, pp. 1240 a 1253.

establecidos en la delimitación del riesgo, límites objetivos, temporales y cuantitativos, en tanto que el derecho del perjudicado contra el asegurador está limitado a la suma asegurada como ya se ha visto. De modo que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la propia obligación del asegurado, lo que convierte el alcance de esta acción directa y los límites de su ejercicio en una cuestión realmente controvertida, con independencia de que el derecho que ejercita el perjudicado o sus herederos tenga el mismo origen que si lo ejercitara contra el responsable.

El artículo 76 de la LCS, señala también que ante el ejercicio de la acción directa el asegurador puede oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. Por tanto, aunque nos encontremos ante un contrato válido, correctamente celebrado, y estando el hecho dañoso previsto en esa relación contractual, en ausencia de excepciones en sentido amplio u objetivo, podrá el asegurador, como parte demandada que alega la excepción y que consecuentemente debe probar, oponer la culpa exclusiva del perjudicado, porque ha sido su comportamiento e incluso la falta de acción alguna, la que ha provocado el resultado dañoso.

Por tanto, no se debe fortalecer la idea de que en cualquier caso y situación el tercero perjudicado va a tener derecho a ver resarcida su situación. En el supuesto de concurrir la culpa exclusiva del tercero perjudicado, y a pesar de que el artículo 76 parece calificar esta situación como una excepción, se considera que en realidad ante lo que estamos es ante un hecho impeditivo del nacimiento de la obligación a cargo del asegurado puesto que esta situación impide que surja la deuda de responsabilidad.”⁴⁰ No puede olvidarse tampoco la posibilidad de una concurrencia de culpas en el resultado producido como consecuencia de las intervenciones del asegurado y del tercero perjudicado en cuyo caso habría que tener en cuenta el desarrollo de los acontecimientos concretos para valorar el alcance del ejercicio de la acción directa.

Tal y como señalan también el artículo 76 de la LCS y el artículo 117 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, “[L]os aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento

⁴⁰ “[P]ropiamente, no estamos ante una excepción, sino ante un hecho impeditivo de la propia responsabilidad del asegurado y, por ende, lógicamente, del asegurador. Si quién causa exclusiva y debido a su propia culpa el daño, y no ha participado en el iter siniestral, por tanto, en el hecho ilícito el asegurado, no hace ninguna responsabilidad. A pesar de la calificación, confusa y manifiestamente errónea del legislador en el artículo 76, no estamos ante una excepción que se base en la relación entre el asegurado y tercero, no hay tal.” Así lo señala VEIGA COPO, A.B., *La acción directa...*, cit., p. 254: Igualmente, SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, p. 1248.

que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.”

La literalidad del precepto permite entender que la referencia a un hecho previsto en el Código Penal incluye tanto los hechos dolosos como los imprudentes. En consecuencia, el asegurador no podrá oponer aquellas cláusulas de excepción de riesgos que se fundamenten en la especial gravedad de la conducta del asegurado, como la causación dolosa del daño. El dolo no queda amparado, pero será la entidad la que soporte el riesgo de insolvencia del asegurado, nunca el perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición del asegurador frente a su asegurado.

Ha de establecerse, por tanto, la inoponibilidad por parte del asegurador del dolo del *notario* asegurado, un profesional que ha visto incrementadas sus funciones como consecuencia de la legislación sobre crédito inmobiliario y, en consecuencia, también su responsabilidad. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 20 de junio de 2018⁴¹, sobre responsabilidad civil notarial que condena al *notario* acusado como autor de un delito continuado de apropiación indebida y a su aseguradora de responsabilidad civil profesional como responsable civil directa. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de julio de 2019⁴² y la Sentencia Tribunal Supremo de 18 diciembre, también de 2019.⁴³

Estas consideraciones forman parte de la propia concepción del seguro de responsabilidad civil como “un mecanismo privado que debe mantener el equilibrio entre primas y coberturas, los aseguradores deben tomar en consideración este riesgo de condena para reflejar en sus tarifas de primas esta cuota-parte de protección que se le atribuye.”⁴⁴ Lo cierto es que quedan excluidos de la cobertura los hechos dolosos del asegurado de los que se derive su responsabilidad civil aunque, esta exclusión no es oponible al tercer perjudicado.

También en el ámbito penal se consagra la inoponibilidad del dolo del *agente de la propiedad inmobiliaria* asegurado frente a la acción directa de la víctima en el seguro de responsabilidad civil, Así, nuevamente en la Sentencia del Tribunal

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3ª, núm. 275/2018, de 20 de junio de 2018.

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, núm. 526/2019, de 20 de junio de 2018.

<http://ajtapia.com/2020/07/la-responsabilidad-civil-de-los-notarios-y-su-aseguramiento-sentencias-recientes-de-las-audiencias-provinciales-de-malaga-y-de-cordoba/>

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 692/2019, de 18 de diciembre de 2019, ROJ: STS 4136/2019.

⁴⁴ TAPIA HERMIDA, A. J., *Guía...*, cit., p. 134.

Supremo de 5 de noviembre de 2020⁴⁵ se condena al asegurado por un delito continuado de apropiación indebida. La entidad aseguradora, en consecuencia, es condenada a pagar la totalidad de la indemnización a los perjudicados al tener el asegurado suscrito el seguro de responsabilidad civil profesional correspondiente. Y al reconocerse a la entidad el ejercicio del reembolso⁴⁶ en el propio artículo 76 de la LCS se mantiene con ello la inasegurabilidad del dolo: “sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a un tercero.” Esta acción de repetición o reembolso a ejercitar por las compañías aseguradoras les va a permitir recuperar lo satisfecho de más en concepto de indemnización conforme a lo establecido por el contrato.

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2021⁴⁷ en un caso en el que se dilucidaba la cobertura de un seguro de responsabilidad profesional de un *mediador entre los viajeros y prestatarios de los servicios utilizados por aquellos* señala que, frente al alegato de que el seguro no ampara conductas causadas por mala fe del asegurado, se recuerda que la finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas prevista en el artículo 19 de la LCS se circunscribe a la posibilidad de repetición del asegurador frente al asegurado, no pudiendo, en cambio, la aseguradora hacer valer esa causa de exclusión ante el tercero perjudicado. No es posible, por tanto, que el profesional asegure su propio patrimonio frente a sus comportamientos dolosos –el dogma “el dolo no es asegurable” permanece- pero sí lo es establecer el procedimiento para que el perjudicado vea resarcido el daño que se le ha provocado. Esta diferencia afecta únicamente al autor, en ningún caso al tercero perjudicado, quien se ve amparado con independencia de la naturaleza, dolosa o culposa, del comportamiento realizado por el asegurado. La responsabilidad del causante del daño se mantiene intacta, de modo que el asegurador puede dirigirse contra él.

Puede entrar también en juego el ejercicio de la subrogación prevista en el artículo 43 de la LCS en aquellos casos en los que, tras el ejercicio de la acción directa por el perjudicado, y ante la existencia de varios profesionales deudores solidarios, la entidad decide atender la totalidad de la deuda de su asegurado reclamando con posterioridad la parte correspondiente al resto de deudores

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 584/2020, de 5 de noviembre de 2020, ROJ: STS 3647/2020.

⁴⁶ Vid., SANTAELLA SÁEZ, O., “La acción de repetición o de reembolso a ejercitar por las entidades aseguradoras de los profesionales de la arquitectura”, *Diario La Ley*, núm. 9071, 30 de octubre de 2017, pp. 1-7. El autor, en concreto, hace referencia a un derecho de repetición por subrogación.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 874/2021, de 15 de noviembre, ROJ: STS 4157/2021. En relación a supuestos excluidos de la cobertura, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 203/2022, de 7 de marzo, ROJ: STS1078/2022

subrogándose en los derechos del asegurado. Esta subrogación es la que daría lugar al ejercicio de las acciones de repetición contra los deudores solidarios por parte de la entidad aseguradora, siempre que haya existido la correspondiente prueba de la responsabilidad solidaria y la fijación de su participación cuantitativa en la obligación de indemnizar.

Otra posibilidad es que el profesional sea condenado en un procedimiento en el que no han sido demandados todos los corresponsables ni, por tanto, condenados. En tales supuestos, podrá la entidad, siempre que se den las circunstancias para ello y previa acreditación de la responsabilidad correspondiente, ejercitar la acción de repetición en la cuantía proporcional, de acuerdo con lo establecido en la Ley y en el propio contrato de seguro.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016⁴⁸ pone de manifiesto una situación en la que se aprecian estas circunstancias, procediendo las entidades a subrogarse en la posición de los *profesionales arquitectos asegurados* condenados, para reclamar al resto de participantes (empresa constructora y arquitecto técnico no demandados), si bien es cierto que en el caso concreto se ejercitó la acción prevista en el artículo 1145.2 de Código Civil, poniéndose de manifiesto su compatibilidad: “[P]recisamente esta acción, y no la de subrogación en el crédito del acreedor perjudicado, es la que aquí se ejercita, compadeciéndose, según lo expuesto, la armónica aplicación del artículo 43 de la LCS en relación con el 1145.2 del Código Civil.”

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2021⁴⁹ en relación con un *seguro de responsabilidad civil de auditores de cuentas* y en virtud de una póliza suscrita por el Consejo general de colegios de economistas de España, registro de economistas auditores, viene a condenar a las entidades aseguradoras al pago de las cantidades correspondientes, pero no en concepto del ejercicio de la acción directa, sino como consecuencia de no consentir la transacción entre las partes interesadas y el ministerio fiscal.

Las entidades no habían cuestionado en principio la calificación realizada por el fiscal como delito doloso en relación a la estafa cometida por el asegurado porque de este modo no asumían el daño producido. Sin embargo, las negociaciones entre las partes interesadas, imputados y perjudicados con el ministerio fiscal, continuaron hasta el día del juicio oral sin la intervención de las entidades aseguradoras acordando una transacción en la que las partes interesadas y el ministerio fiscal alteran la calificación inicial de los hechos como delito doloso, para pasar a calificarlo como actuación negligente, no penada, a

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, núm. 87/2016, de 19 de noviembre de 2016, ROJ: STS 804/2016.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, núm. 60/2021, de 26 de febrero de 2021.

cambio de que los imputados asuman determinadas coberturas indemnizatorias frente a los perjudicados.

Tras esta modificación, las entidades aseguradoras se negaron a pagar en vía de regreso alegando que no han consentido la transacción y siguen manteniendo que la actuación de los auditores es dolosa. La Audiencia provincial procede a condenar a las entidades por no hacer la ponderación de los correspondientes riesgos y beneficios de la transacción, teniendo en cuenta que se iba a producir una condena penal para el auditor y su empresa. Además, una cláusula de la póliza señalaba además que las aseguradoras no podían rehusar sin razonamiento su consentimiento a una transacción, para lo cual la Audiencia se basa también en el principio de la buena fe que debe regir este tipo de relaciones pues teniendo conocimiento de la situación, ni participaron en ella ni siquiera contestaron a los requerimientos realizados.

Como ya se ha señalado, la inmunidad de la acción directa no va a impedir que el asegurador pueda oponer excepciones de carácter impropio. Entre ellas las referidas a hechos relacionados con el contenido del contrato de seguro suscrito entre la compañía de seguros y el tomador, que producen daños en un tercero y quedan excluidos en la póliza o no se aseguran con las características con las que se produjo, como la inexistencia de un contrato de seguro que sea válido en el momento de la reclamación, bien por ser declarado nulo o porque ya se ha extinguido previamente, o incluso porque la relación del asegurado lo es con otro asegurador distinto. En definitiva, hechos impeditivos de la cobertura que también podrían ser opuestos por la entidad aseguradora frente al asegurado y que una interpretación literal del artículo 76 podría dar a entender que el perjudicado sería inmune a ellos y, sin embargo, son también hechos constitutivos de su derecho de reparación, precisamente para no tenga lugar.

La delimitación del riesgo, por tanto, se posiciona como dato fundamental a tener en cuenta en los seguros de responsabilidad civil profesional en relación con el ejercicio de la acción directa por parte del tercero perjudicado. Esta delimitación, se entiende que correctamente realizada, tanto desde un punto de vista objetivo, como cuantitativo y temporal, reflejada en el contrato, resulta oponible por parte de la entidad aseguradora no solo al profesional asegurado sino también al tercero perjudicado que ejercita la acción directa. No se trata de una excepción en sentido propio, sino que implica la ausencia de un hecho – la ausencia de cobertura- que resulta impeditivo del derecho de ese tercero frente a la entidad aseguradora para poder ejercer la acción directa.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA:

- ÁLVAREZ BUJÁN, M^a V., “Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización”, *CEFLegalRevista práctica de Derecho*, núm. 242, 2021, pp. 5-38.
- BATALLER GRAU, J., “La responsabilidad civil del agente se seguros”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 0, 2020, pp. 1-32.
- LA CASA GARCÍA, R., “Aproximación al estudio de las cláusulas lesivas, las cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, núm. 188, *Revista Española de Seguros*, 2021, pp. 623-648.
- MONTERROSO CASADO, E., “Acción directa contra la aseguradora y valoración de daños en la responsabilidad civil por negligencia médica”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 778, 2021, pp. 3819-3833.
- SALELLES CLIMENT, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245, 2002, pp. 1125-1183.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, F. Sánchez Calero (dir), Aranzadi, Navarra, 1999.
- SANTAELLA SÁEZ, O., “La acción de repetición o de reembolso a ejercitar por las entidades aseguradoras de los profesionales de la arquitectura”, *Diario La Ley*, núm. 9071, 30 de octubre de 2017, pp. 1-7.
- “Responsabilidad de profesionales y su aseguramiento”, *Derecho privado, responsabilidad y consumo*, Pérez Serrabona, J. L., (dir), 2018, pp. 681-701.
- TAPIA HERMIDA, A.J., *Guía del contrato de seguro*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia de la sala primera de lo civil del tribunal supremo. Acción directa y pérdida de oportunidad”, AAVV, *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Veiga Copo, A. B., (dir.), Civitas Thomson Reuters, 2021, pp. 143-170
- VEIGA COPO, A.B., *La acción directa del tercer perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 2013.