

JORNADA SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y SU IMPACTO EN EL SECTOR ASEGURADOR

24 de marzo de 2011

FUNDACIÓN MAPFRE
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE GERENCIA DE RIESGOS Y SEGUROS
(AGERS)

FUNDACIÓN **MAPFRE**

AGE(R)S

“El impacto en el seguro de actividades profesionales”

Gonzalo Iturmendi Morales

Abogado,

Director del Bufete G. Iturmendi y Asociados

Secretario General de AGERS

¿ DE QUÉ HABLAMOS ?

De la incidencia de la reforma (art. 31 bis del CP) en el seguro de actividades profesionales prestadas en grupo (sociedades profesionales de hecho o de derecho), que cubre la **responsabilidad civil “ex delicto”**, derivada de actos ilícitos tipificados en la ley penal, que lleven aparejada la obligación accesoria de resarcimiento al perjudicado.

¿ DE QUÉ HABLAMOS ?

S U M A R I O

- 1º.- Bases del problema
 - 1.1. Formas prestación de servicios profesionales en grupo.
 - 1.2. Perspectiva del seguro de RC Profesional.
 - 1.3. Perspectiva penal.

- 2º.- Consecuencias

- 3º.- Conclusiones

SP adaptada

SP NO
adaptada

Otras SS

FUENTES LEGALES

- * Ley 2/2007, de 15 marzo, de **sociedades profesionales**
- * Código **Civil** y Código **Penal**, reforma producida en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio
- * Normas Responsabilidad de **Administradores de sociedades profesionales**: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- * Normas específicas para el ejercicio de profesiones
- * Normas **deontológicas**, de **autoregulación**, normas de **organización** de la sociedad profesional, estándares de **compliance**, cumplimiento normativo, **gobierno corporativo** y **seguridad** en la empresa

B A S E S

1. Formas prestación de servicios profesionales en grupo

1. SOCIEDAD PROFESIONAL de derecho adaptada a la Ley 2/2007 (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 Ley 2/2007.

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 es la 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.

B A S E S

1. Formas prestación de servicios profesionales en grupo

1. SOCIEDAD PROFESIONAL de derecho **adaptada a la Ley 2/2007 (2)**

Artículo 11. Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales.

1. **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.**

2. **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.**

B A S E S

1. Formas prestación de servicios profesionales en grupo

2. SOCIEDAD PROFESIONAL de hecho NO adaptada a la Ley 2/2007

Disposición adicional segunda. Extensión del régimen de responsabilidad.

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.

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.

B A S E S

1. Formas prestación de servicios profesionales en grupo

3. OTRAS SOCIEDADES PROFESIONALES y AGRUPACIONES de derecho fuera del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007

Sociedades de **medios**.

Sociedades de **mediación**.

Sociedades de **ganancias**.

Otras agrupaciones de sociedades de capital permitidas por la Ley.

Solamente responderán si existe nexo de causalidad entre la actividad profesional, la actividad societaria y el resultado dañoso.

Ello **sin perjuicio** de la aplicación de los **arts. 1903 CC y 120 y 121 CP** cuando exista una dependencia laboral entre el profesional y su empleador

8

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora.

1º.- Necesidad de aseguramiento obligatorio.

Art. 11, 3 de la Ley 2/2007: “*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.*”

CRITICA:

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.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora.

EJEMPLOS:

- Agencias de viajes: * Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. *Ley 12/1992 Contrato de Agencia *Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, de desarrollo del Decreto 271/1988, de 25 de marzo, regulador del ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes. VIGENTE SOLO EN COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE NO TENGAN REGULACIÓN PROPIA.
- Agentes de la propiedad industrial: R.D. 2245/1986, de 10 de octubre
- Aparatos rayos X: R.D. 1891/1991, de 30 de diciembre
- Auditoría de cuentas: R.D. 1636/1990, de 20 de diciembre
- E.P.R.L.: R.D. 39/1997, de 17 de enero
- Ensayos clínicos: ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Ley 29/2006), y Real Decreto 223/2004
- Entidades de acreditación: R.D. 2200/1995, de 28 de diciembre
- Hemodonación y bancos de sangre: R.D. 1945/1985, de 9 de octubre
- Laboratorios de ensayos para el control de la edificación: R.D. 1230/1989, de 13 de octubre
- Mediación en seguros privados: LEY 26/2006
- Organismos de control: R.D. 1428/1992, de 27 de noviembre
- Organismos de control: R.D. 2200/1995, de 28 de diciembre
- Sociedades de tasación: R.D. 775/1997, de 30 de mayo
- Sociedades Profesionales: LEY 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora.

2º.- ¿Se puede asegurar la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal de la persona jurídica?

3º.- ¿Qué están asegurando las pólizas actuales vigentes con la entrada en vigor de la reforma?

4º.- ¿Qué alcance y eficacia tienen las limitaciones de cobertura y en especial la limitación de hechos dolosos?

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. Objeto del seguro:

El asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato,

- a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo de la sociedad profesional, sus administradores, empleados y profesionales que presten su servicio en la sociedad asegurada 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..

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

Pago de las indemnizaciones a que pueda resultar civilmente responsable los ASEGURADOS (**profesionales y sociedad profesional**) por los daños patrimoniales primarios ocasionados a terceros, debidos a errores y/o faltas profesionales involuntarias cometidas por los ASEGURADOS o por las personas de las que legalmente deban responder durante el ejercicio de su actividad profesional.

- * Extracontractual
- * Contractual
- * Ex delicto de los profesionales.
- * Ex delicto de la sociedad profesional.
- * Por actos de terceros (empleados y dependientes).
- * Sociedad Profesional
- * Administradores de la Sociedad Profesional

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

.. DAÑO PATRIMONIAL PRIMARIO

Es el menoscabo o perjuicio patrimonial presente, cierto y cuantificable sufrido por terceras personas como consecuencia de faltas y/o errores profesionales, y que al manifestarse produzcan de forma directa o inmediata, la privación del goce de un derecho, la interrupción de un servicio, o la pérdida de un beneficio.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. Riesgo cubierto:

RC CONTRACTUAL

(Art. 1.101 y ss. CC) derivada del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio profesional. Puede ser:

- **Contrato de prestación de servicios:** el profesional y la sociedad profesional asume lo que se denomina una obligación de medios. Es el caso más habitual de los médicos, abogados, procuradores, etc... que se comprometen a llevar a cabo una determinada actividad prestacional con pericia y diligencia, pero sin garantizar en todo caso el resultado.
- **Contrato de obra:** en este la finalidad es un resultado determinado y cierto, por eso se habla de obligación de resultado para arquitectos, aparejadores, ingenieros.

La diferencia entre uno y otro contrato, reside en la exigibilidad del resultado.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

RC CUASICONTRACTUAL

..

(Arts. 1.887 y 1.089 CC) cuando el **profesional gestiona intereses ajenos de forma absolutamente voluntaria, pero sin que exista propiamente un acuerdo de voluntades previo entre él y su cliente para que realice esas gestiones o intervenga en defensa de sus intereses.** En este supuesto el profesional también está obligado a responder de los daños y perjuicios que pueda ocasionar por su obrar culposo o negligente en el desarrollo de esos cometidos no directamente encomendado por el cliente.

P. Ej. Gestionar actos para otro sin encargo propio.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

RC EXTRA CONTRACTUAL

..

(Arts. 1.902 y ss. CC) es decir, aquella conducta culposa por infracción de un deber genérico de cuidado, generadora de un daño para un tercero, con el que no existe vínculo contractual ni tan siquiera cuasicontractual.

Ej. Caída de cliente en un despacho profesional.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

RC EX DELICTO DEL PROFESIONAL

..

(Art. 1.092 del CC y 120 y 121 CP) en cuyo caso las obligaciones civiles nacidas de ilícitos penales se regirán por las disposiciones del CP.

El Juez penal, una vez declarada la responsabilidad penal atribuible al profesional, establecerá la correspondiente responsabilidad civil derivada de aquella, salvo que el perjudicado haya renunciado a la misma, o la hubiere reservado para ejercerla ante la jurisdicción civil.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

RC EX DELICTO DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL

(Arts. 31 bis del CP).

El Juez penal, una vez declarada la responsabilidad penal de esa naturaleza atribuible A LA SOCIEDAD PROFESIONAL, establecerá la correspondiente responsabilidad civil derivada de aquella, salvo que el perjudicado haya renunciado a la misma, o la hubiere reservado para ejercerla ante la jurisdicción civil.

B A S E S

2. Perspectiva aseguradora. **Riesgo cubierto:**

PRINCIPALES EXCLUSIONES (LIMITES CONTRACTUALES)

.. **-Actos dolosos del asegurado**

- Carecer de la titulación exigida
- Quebrantamiento secreto profesional
- Errores en caja y en pagos
- Extravío de dinero y otros valores, efectos, etc...
- Infidelidad de empleados
- Hechos intencionales o fraudulentos
- Recomendaciones, compromisos o promesas
- Desvío a sabiendas de la Ley u otras disposiciones
- Sobrepasar presupuestos
- Calumnias o injurias
- Reclamaciones de socios /familiares
- Director o Consejero de empresas

B A S E S

3. Perspectiva penal de la sociedad profesional.

Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)
Trata de seres humanos (art.177 bis)
Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189bis)
Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art.197.3)
Estafas y fraudes (art. 251 bis)
Insolvencias punibles (art.261 bis)
Daños informáticos (art.264)
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art.288.1)
Blanqueo de capitales (art.329)
Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)
Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319)
Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328)
Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
Delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348.3)
Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)
Falsedad en medios de pago (art. 399 bis)
Cohecho (art.427)
Tráfico de influencias (art. 430)
Corrupción de funcionario extranjero (art. 445)
Organizaciones o grupos criminales (art.570 quarter)
Financiación del terrorismo (art.576 bis)

B A S E S

3. Perspectiva penal de la sociedad profesional.

LOS LIMITES LEGALES

El artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, establece que el asegurador estará obligado al pago de la prestación, **salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado,**

La norma no habla del dolo como causa de exclusión de la cobertura del seguro, sino de la mala fe del asegurado.

Por ello resulta preciso establecer el límite y alcance de las distintas figuras que se pueden dar cita en este problema: el **dolo directo**, del **dolo eventual** y de la **imprudencia**, en su modalidad de la culpa consciente, **aplicando todo ello a la persona jurídica, como posible autora de un delito cuya responsabilidad civil pudiera encuadrarse dentro de la cobertura de un contrato de seguro.**

El dolo y la mala fe son conceptos distintos desde la reforma penal de 1983.

B A S E S

3. Perspectiva penal de la sociedad profesional.

DOLO

La jurisprudencia entiende por **dolo** en el ámbito penal **cuando existe “un conocimiento y voluntad del tipo delictivo”**, es decir, partir del conocimiento del hecho y elementos fácticos integrantes del tipo, y, a la vez, contar con la existencia de una clara conciencia de antijuridicidad de aquél.

En cualquier caso el dolo requiere “**pleno conocimiento de la situación de hecho por parte del autor, así como la posibilidad y capacidad de actuar para evitar el resultado dañoso**”. nos preguntamos si es posible imputar penalmente a una persona jurídica a título de dolo cuando por un lado no tiene conocimiento ni voluntad del tipo delictivo y adicionalmente dispone de un diseño y aplica debidamente estándares de Compliance, cumplimiento normativo, gobierno corporativo y seguridad en la empresa.

B A S E S

3. Perspectiva penal de la sociedad profesional.

CRITERIOS DE IMPUTACION

La reforma del Código penal en materia de responsabilidad de la persona jurídica plantea el problema de los delitos de **comisión por omisión**, como única modalidad viable para las personas jurídicas. Se discute sobre los criterios de imputación penal en estos casos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas o de las agrupaciones sin personalidad jurídica se puede basar sobre dos modelos de imputación: el de la responsabilidad por atribución o el de responsabilidad por el hecho propio. La reforma optó por establecer, tanto en el art. 31 bis como en el art. 129 CP, un sistema de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas por el hecho delictivo cometido por una persona física dentro de la estructura empresarial. También es éste el modelo que se recoge en el apartado segundo del art. 31 bis al permitir imputar el hecho delictivo a la persona jurídica «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada».

B A S E S

3. Perspectiva penal de la sociedad profesional.

LA CULPABILIDAD DE ORGANIZACIÓN

La historia reciente nos enseña que las medidas de control en las organizaciones son necesarias pero no son suficientes, Se precisa:

- 1º.- Obrar por cuenta de ...
- 2º.- Obrar en beneficio de la sociedad profesional.
- 3º.- No haber ejercido el debido control

La responsabilidad penal de las personas jurídicas **no es objetiva**.

En todo caso, se requerirá, en la medida en la que la **culpabilidad de organización es un presupuesto general de la responsabilidad de las personas jurídicas**, que éstas organicen, para la prevención de su eventual responsabilidad penal, un sistema de control interno de juricidad de la actuación de los órganos y de las personas a ellos subordinadas.

CONSECUENCIAS

1. Paradoja.

El alcance contractual de la exclusión del dolo de la cobertura de los seguros de responsabilidad civil es claro, sin embargo las dificultades aparecen cuando se trata de aplicarlo al caso concreto, ya que lo que el seguro pretende excluir es el “dolus malus”.

El problema **ES CRÍTICO** para las entidades aseguradoras, cuando **la responsabilidad penal de la persona jurídica**, por su propia naturaleza, **carece de dolo**.

Entonces se da la siguiente paradoja en el seguro:

1º.- La cobertura de RC “ex delicto” de un delito imputado a un profesional (persona física) puede ser rechazado si concurre el dolo.

2º.- La cobertura de RC “ex delicto” del mismo delito imputado a la sociedad profesional (persona jurídica) no podrá ser rechazado al no poder incurrir en dolo la persona jurídica.

CONSECUENCIAS

2. Efecto penal restrictivo.

El efecto expansivo de la responsabilidad civil solidaria punitiva -sin necesidad de nexo de causalidad- de la Disposición adicional segunda de la Ley 2/2007, **no se dará** en aplicación del art. 31 bis y concordantes a las sociedades profesionales de hecho no adaptadas a dicha Ley, por la exigencia de los requisitos de punibilidad apuntados.

CONSECUENCIAS

3. Un nuevo seguro.

El mercado asegurador debe reaccionar ante el nuevo escenario de la responsabilidad civil “ex delicto” derivada de la comisión de delitos por personas jurídicas (sociedades profesionales de hecho o de derecho).

CONSECUENCIAS

3. Un nuevo seguro.

Tareas pendientes:

1º.- **Revisión de carteras.**

2º.- **Tras su análisis, hay varias opciones posibles.**

a.- **No hacer nada.** Entonces, si los asegurados en la póliza son el profesional y la sociedad profesional, quedarán cubiertos todos los delitos del 31 bis imputables a la S.P..

b.- **Limitar la cobertura del seguro** de responsabilidad civil, excluyendo la derivada de **TODOS** los delitos imputables a la sociedad profesional.

c.- **Limitar la cobertura del seguro** de responsabilidad civil, excluyendo solamente la derivada de aquellos delitos que requieren el dolo si son imputados a personas físicas, dejando la cobertura aseguradora a los delitos de imprudencia, con independencia de que puedan ser imputados a la sociedad profesional.

d.- **Nominar expresamente** en las pólizas los riesgos incluidos y excluidos.

3º.- Adecuar pólizas al 21, 5º CP. Reparación daño antes del juicio.

Ante la previsible exclusión de la cobertura de la responsabilidad civil “ex delicto” derivada de la comisión de delitos por personas jurídicas, ¿aparecerá un nuevo seguro para esta necesidad ?

CONCLUSIONES

1. A la hora de aplicar el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro no debe confundirse dolo con mala fe del asegurado.
2. Una vez determinados los límites en cada caso del dolo directo, del dolo eventual y de la imprudencia, en su modalidad de la culpa consciente, aún quedan cuestiones por resolver como, por ejemplo, ¿obra de buena fe quien sabe que es imprudente?
3. Ello unido a los problemas que plantea la “actuación imprudentemente consciente de quien no obra de buena fe” hace necesario analizar caso por caso de responsabilidad penal de la persona jurídica y su posible o no cobertura de aseguramiento.
4. Partiendo de la base de que la sociedad profesional carece de inteligencia, de voluntad y de existencia propias en el mundo real (con independencia de su personalidad jurídica), la persona jurídica, como tal, no puede ser imputada a título de dolo.
5. Necesidad de realizar las tareas apuntadas.

JORNADA SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y SU IMPACTO EN EL SECTOR ASEGURADOR

FUNDACIÓN **MAPFRE**

AGE(R)S

“El impacto en el seguro de actividades profesionales”

MUCHAS GRACIAS

Gonzalo Iturmendi Morales