



Roj: **STS 2576/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2576**

Id Cendoj: **28079110012016100358**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2016**

Nº de Recurso: **2621/2014**

Nº de Resolución: **368/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL FERNANDO PANTALEON PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1019/2014,**  
**STS 2576/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 3 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Esfogran, S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María Aranzazu López Orejas bajo la dirección letrada de D. Andrés Jiménez Lechuga, contra la sentencia dictada el 15 de julio de 2014 por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Granada en el recurso de apelación núm. 132/14 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 880/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada, sobre Reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Gema , representada por el procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez y bajo la dirección letrada de D. José Luis Arjona García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** El procurador D. Antonio Manuel Leyva Muñoz, en nombre y representación de Esfogran, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Gema , en la que solicitaba se dictara sentencia

«...en la que se declare la responsabilidad de la demandada por no haber realizado las gestiones necesarias y adecuadas para que la copia de Escritura firmada por mi mandante el día 29 de agosto de 2008 tuviera el asiento de presentación en el Registro Competente ese mismo día y que como consecuencia de la presentación posteriormente y la pérdida de la garantía mi mandante ha sufrido daños y perjuicios por importe de 571.000 euros más los gastos de devolución y los intereses generados por el descubierto de la cuenta que ascienden a 59.156,12 euros, según se han desglosado en el hecho octavo de la demanda, lo que hace un total de 630.156,12 euros y se condene a la demandada al pago de los mismos, más los intereses legales que procedan, con la correspondiente condena en costas».

**2.-** La demanda fue presentada el 21 de junio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada y fue registrada con el núm. 880/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** La procuradora D.<sup>a</sup> María José García Anguiano, en representación de D.<sup>a</sup> Gema , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «dictar sentencia desestimatoria de la demanda con expresa condena en costas».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada dictó sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:



«Se desestima totalmente la demanda interpuesta a instancia de la entidad mercantil Esfogran, S.L. frente a doña Gema , absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa condena en costas de la parte actora».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Esfogran, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 132/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimándose en los términos expresados el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la que dimana este Rollo, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma, sin que proceda condena en las costas del recurso, debiendo darse destino legal al depósito».

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- El procurador D. Antonio Manuel Leyva Muñoz, en representación de Esfogran, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primer Motivo.- Se formula el primer motivo al amparo del art. 469.1.2º de LEC , denunciando Infracción por vulneración del art. 218.1 de LEC , por incurrir la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, objeto de recurso en Incongruencia, en relación con el art. 24.1 de la Constitución Española , regulador del derecho a la tutela judicial efectiva.

»Segundo Motivo.- Como segundo motivo, y con amparo en el art. 469.1.2º de LEC , se denuncia Infracción del art. 218.3 de LEC , y art. 394 de LEC , por su no aplicación, en relación con el art. 24 CE .

»Tercer Motivo.- En tercer lugar, e igualmente al amparo del art. 469.1.2º de LEC , se denuncia infracción del art. 465.5 de LEC , por no aplicación del mismo, también en relación con el art. 218 de LEC y art. 24 CE .

»Cuarto Motivo.- Se formula el Cuarto Motivo, al amparo del art. 469.1.4º de LEC , denunciando infracción del art. 24.1 de CE , vulneración de la tutela judicial efectiva, en relación con los arts. 216 , 217 de LEC , reguladores de la carga de la prueba, arts. 320, 326, 385 y 386, que rigen los criterios de valoración de la prueba y las presunciones legales y judiciales».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«ÚNICO.- Se formula el Motivo al amparo del art. 477 de LEC , denunciando Infracción de los artículos 1.101 , 1.106 y 1.902 todos ellos del Código Civil , y art. 146 Reglamento Notarial , por su no aplicación».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 13 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA: Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil Esfogran, S.L., contra la sentencia dictada, con fecha 15 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 132/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 880/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granada».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Para la resolución de los presentes recursos debemos partir de los siguientes hechos acreditados en la instancia:

1. El 28 de julio de 2008 se otorgó una escritura de constitución de hipoteca sobre cierta finca propiedad de la compañía «Sotosaga Inversiones, S.L., en garantía de las obligaciones contraídas por la compañía «Azase

Ingenieros, S.L.» por razón de un préstamo de 600.000 euros concedido a Azase por la Caja General de Ahorros de Granada.

Aunque el asiento de presentación de la referida escritura se practicó el mismo día del otorgamiento mediante envío por telefax del Notario autorizante, se dejó que dicho asiento caducara.

2. El 19 de agosto de 2008 se otorgó otra escritura de constitución de hipoteca sobre la misma finca propiedad de Sotosaga [en lo que sigue, la «Finca»], en garantía del pago de tres pagarés, por importe de 571.000 euros en total, que instrumentaban una deuda que Azase tenía con la compañía «Esfogran, S.L.», y que iban a ser descontados por la Caja General de Ahorros de Granada; dos de cuyos apoderados intervinieron también en el otorgamiento de la escritura.

La Sra. Notaria que autorizó dicha escritura fue doña Gema .

Se incorporó a dicha escritura nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón, término municipal en el que en la propia escritura se señaló situada la Finca. Según esa nota, al cierre del diario del 18 de agosto de 2008 no figuraban cargas ni gravámenes sobre la Finca.

El epígrafe «CARGAS» de la referida escritura dice: «Las que constan en la Nota Informativa Registral». Y en el de «INFORMACIÓN REGISTRAL», la Sra. Notaria manifestó lo siguiente:

«La situación de cargas, antes expresada, y la descripción y titularidad de la finca descrita resulta de las manifestaciones de los comparecientes, y de su título de propiedad, que me exhiben, y de Nota Simple del Registro de la Propiedad, de la que deduzco testimonio que dejo unido a la presente. La parte interesada me declara a mí el Notario autorizante su deseo de que sí se realice la comunicación prevista en el nº 3 del art. 249 del R.D. 45/2007 .

»Los comparecientes, me eximen de la presentación telemática recogida en los arts. 196 y 249 del R.N.

»ADVERTENCIA: No obstante lo anterior, yo, el Notario, advierto a los otorgantes que la situación registral existente con anterioridad a la presentación de esta escritura en el Registro de la Propiedad prevalecerá sobre la información registral antes expresada».

Se fijó como valor de la Finca, para que sirviera como tipo a la subasta en caso de ejecución, la cantidad de 1.225.462,70 euros.

3. En la tarde del 19 de agosto, la Notaría envió por telefax la escritura de esa misma fecha al Registro de la Propiedad de Villaviciosa, en Asturias.

4. A primera hora del día siguiente, 20 de octubre, el Registro de Villaviciosa (Asturias) se puso en contacto con la Notaría para comunicarle que no era ese el Registro competente para la inscripción.

5. Inmediatamente, la Notaría envió la referida escritura al mismo número de fax al que el anterior 18 de agosto se había pedido la nota simple informativa; pero que resultó corresponder al Registro de Pozuelo de Alarcón n.º 2.

6. En la mañana del día siguiente, 21 de agosto, la Sra. Notaria, extrañada de no recibir la confirmación del asiento de presentación, ordenó a un empleado de la Notaría que se pusiera en contacto con el referido Registro y que enviara nuevamente al mismo la documentación, esta vez por vía telemática; lo que el empleado hizo a las 10 horas 41 minutos de ese 21 de agosto de 2008.

7. La Sra. Notaria, al tener constancia por vía telefónica de la incompetencia del Registro de Pozuelo, ordenó el envío de la escritura por vía telemática al Registro competente, el de Villaviciosa de Odón, en el que tuvo entrada a las 11 horas 17 minutos de ese día 21 de agosto de 2008.

8. A las 9 horas 40 minutos de ese mismo día, había quedado inscrita en ese Registro la escritura de constitución de hipoteca sobre la Finca a favor de la Caja General de Ahorros de Granada, otorgada el 28 de julio de 2008, a la que hemos hecho referencia en el anterior apartado 1.

La representación de la compañía Esfogran interpuso demanda contra la Sra. Notaria, doña Gema , pidiendo literalmente que:

«[S]e declare la responsabilidad de la demandada por no haber realizado las gestiones necesarias y adecuadas para que la copia de Escritura firmada por mi mandante el día 29 [ *rectius*: 19] de Agosto de 2008 tuviera el asiento de presentación ese mismo día y que como consecuencia de la presentación posteriormente y la pérdida de la garantía mi mandante ha sufrido daños y perjuicios por importe de 571.000 Euros más los gastos de devolución y los intereses generados por el descubierto de la cuenta que ascienden a 59.156,12 Euros [...] lo que hace un total de 630.156,12 Euros y se condene a la demandada al pago de los mismos [...]».



Los 571.000 euros corresponden al ya mencionado importe total de los tres pagarés; los gastos de su devolución por la Caja General de Ahorros de Granada, que los había descontado, ascendieron 31.405 euros, y los restantes 27.751,12 euros corresponden a intereses del descubierto que la devolución de los pagarés generó en la cuenta que Esfogran mantenía con dicha Caja.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. En lo esencial, por dos razones: primera, porque consideró probado que Esfogran, al tiempo del otorgamiento de la escritura de 19 de agosto de 2008, tenía conocimiento de que la Finca había sido «hipotecada» con anterioridad a favor de la Caja General de Ahorros de Granada; y segunda, porque el Juzgado no apreció negligencia en el cumplimiento por doña Gema de las obligaciones impuestas por artículo 249.3 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero .

Sobre la primera cuestión, el Juzgado declaró:

«La práctica totalidad de las declaraciones testificales practicadas en el acto del juicio señalan a ESFOGRAN SL como plena conocedora de que la finca que ASAZE INGENIEROS le ofrecía en garantía del pago de los pagarés emitidos (finca propiedad de SOTOGASA INVERSIONES SL) se encontraba hipoteca con anterioridad a favor de la CAJA GENERAL DE AHORROS DE GRANADA en garantía de un préstamo por importe de 600.000 euros. Dicho conocimiento se habría producido a través del propio representante legal de la actora, Sr. Darío , quien según los apoderados de la Caja que concurrieron al otorgamiento de la escritura pública de 19 de agosto de 2008, fue precisamente quien les manifestó que ASAZE INGENIEROS le estaba ofreciendo en garantía del pago de los pagarés "una finca que ya se encontraba hipoteca por la Caja" [...]

»[E]n el caso de autos, no sólo las declaraciones en juicio de los dos apoderados de la Caja y del Oficial de la Notaría (si bien de éste pudiera presumirse su parcialidad, dado su parentesco directo con la demandada) apuntan a ese conocimiento, sino que otros datos objetivos acreditados en el caso de autos apuntan indiciariamente hacia el conocimiento por ESFOGRAN de la existencia de la hipoteca anterior. Tales datos son los siguientes:

»a) en primer lugar, el hecho de que en la escritura pública otorgada el 18 de agosto de 2008 no se haga referencia a que la finca hipotecada se encontraba "Libre de cargas y gravámenes", como hubiera sido lógico al desprenderse ello de la Nota simple emitida por el Registro de Propiedad nº 2 de Pozuelo de Alarcón tras remitirse el día 18 de agosto de 2008 la solicitud de Información Registral Continuada [...]; por el contrario, parece que, ante la sorpresa que causa a todos los comparecientes el que la finca aparezca como libre de cargas en la Nota Simple -cuando en realidad tenían constancia de la existencia de la hipoteca anterior-, se significó en la escritura pública en el Epígrafe Cargas sólo la mención a "Las que constan en la Nota Informativa Registral", y bajo el Epígrafe Información Registral se dice "La situación de cargas, antes expresada, y la descripción y titularidad de la finca descrita resulta de las manifestaciones de los comparecientes, y de su título de propiedad, que me exhiben, y de Nota Simple del Registro de la Propiedad, de la que deduzco testimonio que dejo unido a la presente".

»b) Igualmente, consta acreditado por el contenido de la documental obrante que si bien en el cuerpo de la escritura pública se indica que la parte interesada manifiesta al Notario autorizante su deseo de que sí se realice la comunicación prevista en el nº 3 del artículo 249 del RD 45/2007 , a renglón seguido se indica que "los comparecientes me eximen de la presentación telemática recogida en los artículos 196 y 249 del R.N.", lo que, al parecer, obedeció a que, tal y como consta acreditado por la prueba practicada, la escritura pública de 19 de agosto de 2008 se firmó pasadas las 3 de la tarde, de modo que la propia fedataria advirtió a los otorgantes de que dada la hora, y tratándose de una Notaría en horario de verano, cerrada por la tarde, no se podría remitir la comunicación telemáticamente, de ahí que se le eximiera a aquélla de la presentación telemática.

»c) por otro lado, no resulta desdeñable el hecho de que la presentación de la hipoteca a favor de la Caja de Ahorros de Granada, se llevó a cabo personalmente el mismo día 21 de agosto, a primera hora de la mañana, por la gestoría de la entidad financiera en Madrid, dado que el asiento de presentación, aun cuando se practicó en su día mediante envío de telefax por el Notario autorizante, el mismo día de su otorgamiento, 28 de julio de 2008, no llegó a consolidarse, al dejar caducar la vigencia del mismo, lo que parece que motivó, al otorgarse la escritura pública de hipoteca a favor de ESFOGRAN, y comprobar con sorpresa los apoderados de la Caja, por la Nota Simple expedida, que la hipoteca anterior a favor de dicha entidad no se hallaba inscrita, la "reactivación" de la efectiva inscripción de su hipoteca.

»Acreditado por los motivos expuesto que ESFOGRAN SL tenía conocimiento de la existencia de la hipoteca anterior que pesaba sobre la finca propiedad de la hipotecante no deudora que compareció al otorgamiento de la Escritura Pública de 19 de agosto de 2008, resta examinar no obstante si la actuación profesional del Notario autorizante fue conforme con lo ordenado por el Reglamento Notarial o si, por el contrario, incurrió en negligencia por omisión [...]».



El Juzgado concluyó, a ese respecto, que doña Gema no había incurrido en negligencia profesional por las siguientes razones en lo esencial:

«[C]onsta acreditado que a primera hora de la mañana del día 20 de agosto de 2008, día siguiente al otorgamiento de la escritura, sí se remitió al número de fax 91.35244.68 la documentación oportuna para la práctica del asiento de presentación, tratándose, y este extremo resulta de vital importancia, del mismo número de fax al que el día 18 de agosto de 2008 se había solicitado la información registral previa (Nota Simple de la finca hipotecada), correspondiente al Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón nº 2.

»Dicha remisión no puede considerarse incorrecta, dado que tanto el Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón (el que resultó finalmente competente para la inscripción), como el de Boadilla del Monte, consta que surgen por segregación operada en los Registros de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, resultando de la documental aportada que al parecer en el momento del otorgamiento de la escritura pública controvertida, aún existía un periodo de adaptación en el que dichos registros compartieron teléfono y fax, y que la separación efectiva de las sedes físicas no se llevó a cabo hasta meses después, sin que por otra parte los listados de números de teléfono y de fax facilitados por el Colegio de Registradores de España reseñaran como independientes y con números propios a los Registros de Villaviciosa de Odón y de Boadilla del Monte, hasta el listado de 25 de noviembre de 2008 [...]

»Remitida la documentación oportuna para el asiento de presentación el día 20 de agosto de 2008, el Registro de la Propiedad que la recibió, no comunicó su incompetencia en la forma prevista en el artículo 354.a.1º) y 418.4 apartado segundo del Reglamento Hipotecario, lo que evidentemente afianzó la convicción de la Notaría de haber remitido la documentación al Registro competente, puesto que lo correcto hubiera sido que dicho Registro de la Propiedad o bien practicara el asiento de presentación o bien comunicase de forma inmediata su incompetencia a la Notaría [...].»

Contra la citada sentencia del Juzgado, Esfogran interpuso recurso de apelación. Insistió en él en que la actuación profesional de doña Gema había sido negligente. Negó que Don. Darío hubiera tenido, el 19 de agosto de 2008, conocimiento de la existencia de la hipoteca anterior constituida a favor de la Caja de Ahorros de Granada, alegando una pretendida contradicción en la declaración de uno de los testigos en el acto de la vista con lo que el mismo había declarado al respecto en otro procedimiento anterior. Y añadió que ese supuesto conocimiento no resultaba decisivo para el presente proceso, al ser objeto de éste si la fedataria pública actuó o no con la diligencia exigible; y que, si doña Gema sabía de la existencia de la hipoteca anterior, debió haber dejado expresa constancia de ello en la escritura de 19 de agosto de 2008.

La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que confirmó el fallo de la dictada en la primera instancia, pero con argumentación diferente. Comenzó declarando que doña Gema incurrió en negligencia en su actuación profesional en el caso por las razones siguientes:

«Del examen de las actuaciones, prueba practicada y alegaciones de las partes queda clara constancia, al aparecer unida a la escritura de 19-08-2008 nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Villaviciosa de Odón y referirse a la misma la propia escritura en su exposición cuando aludía al título de la parcela, que era claro el Registro al que había de efectuarse la comunicación prevista en el nº 3 del Art. 249 del RD 45/2007. Comunicación ésta que sí fue encargada pese a eximir de la presentación telemática recogida en el nº 2 de dicho mismo precepto y el Art. 196.

»Por todo ello entendemos que lo que se denomina por la sentencia como "cúmulo de acontecimientos" que relata [...] como causas que hacen que no pueda entenderse que aparezca actuación negligente de la Notaría o vulneración del Reglamento Notarial, debemos considerarlo insuficiente a dicho fin al existir el encargo de remitir telefax, habiendo podido conocerse con una mínima diligencia el Registro y número de fax al que debía hacerse, y ante cualquier duda, comprobarlo de inmediato.

»Por ello debe entenderse negligente la remisión de la escritura, primero al Registro de Villaviciosa (Asturias), luego el día 20 al de Pozuelo de Alarcón nº 2 y pese a no recibirse confirmación del asiento de presentación, que no se actuase hasta el día siguiente, 21, llamando por teléfono y constatando el error, remitiéndola entonces ya vía telemática al Registro competente, dicho día a las 11 horas 17 minutos.

»Todo lo expuesto evidencia una actuación negligente de la Notaría que ha propiciado que el telefax no hubiese tenido entrada cuando a las 9 horas 40 minutos del mismo día se presentó escritura de préstamo con garantía hipotecaria a favor de la Caja General de Ahorros de Granada, que se ha antepuesto a la de la actora que, aunque hubiese conocido la existencia previa de dicha escritura, también sabía que cuando se otorgó la suya aquélla aún no había accedido al Registro. Por tanto, si la Notaría hubiese mandado correctamente el telefax la tarde del 19 o el día siguiente, 20 de agosto, el asiento de presentación de la escritura de su hipoteca habría sido anterior.





»Ante la más mínima duda sobre la correspondencia del nº de fax con el Registro competente, más en las especiales circunstancias de división del Registro de Pozuelo, sería una mínima diligencia exigible confirmar telefónicamente de manera inmediata todo ello y con mayor motivo cuando advertida la Notaría del error inicial por el Registro de Villaviciosa (Asturias) remitió el día siguiente por fax a un número que no puede concretar quién se lo facilitó, y no recibe inmediata confirmación del asiento de presentación. En definitiva, lo que se hizo el día 21 de Agosto subsanando el error debió hacerse el día anterior, con lo que no se hubiese antepuesto la otra hipoteca».

No obstante lo anterior, la Audiencia confirmó la decisión del Juzgado *a quo* de desestimar la demanda, al considerar que Esfogran no había probado que se hubiera consumado la producción del daño cuya indemnización pedía. Declaró la Audiencia a ese respecto:

«En el supuesto de autos se reclama como daño de la referida anteposición de la garantía hipotecaria, la cantidad de 610.156,12 €, que es la suma de importe de los pagarés, gastos e intereses, y para que ello pueda prosperar deberá acreditarse que en el momento en que se interpone la demanda fuese ya imposible el cobro de dicha deuda, no ya solo con cargo al bien hipotecado, propiedad de SOTOGASA INVERSIONES SL, sino antes tampoco con cargo a la firmante de los pagarés, Azase Ingenieros SL, todo lo que entendemos que en el caso no se cumple.

»En este sentido en la demanda se alega, en síntesis:

»-Que vencidos los pagarés y no abonados, se hizo requerimiento de pago al deudor, que no fue atendido, interponiéndose Juicio Cambiario seguido en el nº 1907/2008 [...], que si bien fue ganado, no se encontraron bienes para embargar ni se pudo notificar la sentencia.

»-Que se interpuso denuncia penal contra el administrador de las dos entidades mercantiles, hipotecante no deudora y la firmante de los pagarés, que dio lugar a Diligencias Previas, archivadas por auto de 17-1-2010.

»-Que al no abonarse la deuda que garantizaba la hipoteca que se antepuso [...], se sigue [...] procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1025/2010 [instado por la Caja de Granada].

»No se alega ni mucho menos se prueba que la entidad firmante de los pagarés haya cesado en la actividad y haya sido liquidada en la forma legalmente prevista. Tampoco se acredita realmente la inexistencia de bienes de su propiedad, o que de haber desaparecido de hecho, se haya instado la responsabilidad personal de los administradores. Por otro lado tampoco consta el estado en el que se encuentre el antes citado procedimiento hipotecario, ni si ha habido adjudicación del bien hipotecado, precio y posible remanente..., no debemos olvidar que el bien hipotecado estaba valorado a efecto de subasta en 1.225.462,70 €.

»En definitiva, no consta que la parte actora haya agotado los medios con que cuenta la parte actora para cobrar los pagarés tanto con cargo al bien hipotecado como con el resto de los bienes de la entidad firmante o en su caso de sus administradores, de manera que apareciendo razonablemente como incobrables pueda considerarse su importe, los gastos e intereses, como daño real derivado de la negligencia en que incurrió la Notaría.

»Por todo ello, no probado que se haya consumado la producción de daño reclamado no concurren en estos momentos las circunstancias precisas para la viabilidad de la acción de autos en la forma y con la pretensión que se ejercita, por lo que la demanda deberá ser desestimada, si bien por distintas razones a las de la sentencia apelada».

En fin, respecto a las costas, la Audiencia se pronunció así: «Al haber prosperado la impugnación relativa a la existencia de conducta negligente, no procederá condena al pago de las costas de esta alzada ( Art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil »); manteniendo, a la vez, la expresa condena en costas a la parte actora contenida en el fallo de la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO.-** Contra la sentencia de la Audiencia, Esfogran ha interpuesto conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, estructurado en cuatro motivos, y recurso de casación, integrado por un único motivo.

Los cuatro motivos del recurso por infracción procesal, descritos ya en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia, deben ser desestimados por las razones siguientes:

1.ª) En el primero se denuncia incongruencia interna de la sentencia de la Audiencia *a quo*, que la ahora recurrente considera producida porque en la fundamentación jurídica de la referida sentencia se declara que la demandada incurrió en negligencia y, a pesar de ello, no se estima en parte el recurso de apelación y se mantiene la imposición a Esfogran de las costas de la primera instancia.

A la vista del pronunciamiento, arriba transcrito, que la sentencia ahora recurrida contiene respecto a las costas causadas por el recurso de apelación que Esfogran interpuso, no tiene esta Sala claro que la Audiencia *a quo*



haya desestimado totalmente dicho recurso. Pero sí, que bien pudo haberlo hecho, imponiendo a Esfogran las referidas costas y manteniendo la imposición por el Juzgado de las costas de la primera instancia, sin incurrir en su sentencia en incongruencia interna alguna. En efecto:

Lo que Esfogran pidió en su demanda es que se declarara a doña Gema civilmente responsable de los concretos daños y perjuicios que alegó que le había causado la inscripción tardía de su hipoteca -que posibilitó a la Caja de Ahorros de Granada inscribir primero la suya sobre la misma Finca-, y que se condenase a doña Gema a indemnizarle dichos daños y perjuicios. Y no sólo la segunda de las referidas peticiones de Esfogran -la petición de condena- fue desestimada por la Audiencia *a quo*, sino también la primera, formulada por la actora como declarativa: no hay responsabilidad civil sin daño probado. Dado que ambas peticiones habían sido desestimadas en la sentencia del Juzgado, bien que con una argumentación jurídica diferente -al entender que no existió actuación negligente de la demandada-, fue sin duda correcta, conforme a la notoria doctrina de la equivalencia de resultados y carencia de efecto útil del recurso [ SSTS 39/2016, de 20 de abril (Rec. 920/2014) y 50/2016, de 11 de febrero (Rec. 67/2104) ], la decisión de la Audiencia *a quo* de confirmar el fallo de la dictada por el Juzgado, incluida la condena en costas a la parte actora.

Esta Sala considera oportuno añadir en este punto que la imposición a Esfogran de las costas de la primera instancia, y también las de la alzada, no habría dejado de estar justificada por el mero hecho de que Esfogran hubiera formulado en su demanda una primera petición separada de que se declarase que doña Gema fue negligente en su actuación profesional. No puede triunfar, como regla general, la táctica de protegerse frente a las eventuales condenas en costas mediante fraccionamientos artificiales del *petitum*.

Cuestión evidentemente distinta es que, como el apartado 1 del artículo 398 LEC acaba previendo, «el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». Un tal razonamiento es lo que esta Sala echa de menos en la decisión de la Audiencia *a quo* sobre las costas causadas por el recurso de apelación de Esfogran; pero, claro está, no es eso algo de lo que la ahora recurrente pueda quejarse.

2.ª) En el segundo motivo del recurso por infracción procesal, Esfogran reprocha a la Audiencia *a quo* que no se haya pronunciado sobre la alegación que formuló en su recurso de apelación en el sentido de que «no procede la imposición de las costas por el solo hecho de desestimar la demanda, cuando la ley prevé aquellos supuestos en que no se aprecie temeridad o mala fe, no procederá imponer las costas».

Basta la mera lectura del artículo 398 LEC, que establece el criterio del vencimiento objetivo como la regla general en materia de condena en costas, para constatar hasta qué extremo es erróneo el referido alegato de la ahora recurrente. No sobraría, con todo, reiterar la doctrina que la Sentencia de esta Sala 141/2016, de 9 de marzo (Rec. 2691/2013), ha recogido en los términos siguientes:

«[S]i la recurrente considera que la Audiencia Provincial omitió pronunciarse sobre alguna de las pretensiones formuladas en su recurso, debió pedir la subsanación ante la propia Audiencia. El art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé:

»"Sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se haya denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas".

»De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que les obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en la defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad a través de recurso extraordinario ( sentencias 634/2010, de 14 de octubre, y 214/2015, de 6 de mayo ), y asimismo, que no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la omisión del pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, sentencia núm. 538/2014, de 30 de septiembre, y la que en ella se citan).

»La recurrente ha omitido el requisito de solicitar, por la vía del art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el tribunal de apelación se pronunciara sobre las pretensiones que dice que se ha omitido resolver, por lo que, de haberse producido esa omisión de pronunciamiento, la cuestión no podría tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal a la vista de lo previsto en el art. 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla».



3.ª) El motivo tercero del recurso examinado reprocha a la Audiencia *a quo* que haya «entrado a resolver sobre las pruebas en materia de la realidad del daño sufrido», ya que -alega la recurrente- esa cuestión no fue sometida a la decisión de la Audiencia ni en el recurso de apelación ni en el escrito de oposición al mismo.

Ahora bien, la representación de doña Gema dejó alegado, en el Hecho Octavo de la contestación a la demanda, lo siguiente:

«En lo que a la cuantía del procedimiento se refiere, y a los meros efectos dialécticos dado que por esta representación se entiende que el comportamiento/la actuación desplegada por la notario autorizante no es merecedora de reproche culpabilístico de clase alguna, nos oponemos al quantum indemnizatorio solicitado de adverso dado que de momento y salvo que por la entidad reclamante se acredite otra cosa -lo que no llevado a cabo, pudiendo y debiendo hacerlo, dada la importante suma que nos reclama y el criterio jurisprudencial consolidado que existe al respecto- no se ha producido daño o perjuicio de naturaleza alguna, y menos aún que sea indemnizable y con cargo al patrimonio de mi mandante».

El Juzgado, al acoger la defensa de que no concurrió negligencia en la actuación profesional de doña Gema, no se pronunció en modo alguno sobre la referida alegación de la parte demandada: en modo alguno declaró probado que dicha actuación sí había causado a la actora los daños y perjuicios cuya indemnización pretendía. Ningún gravamen existía, pues, para la demandada que le obligara a apelar o impugnar la sentencia de primera instancia [ STS en Pleno 523/2013, de 19 de septiembre (Rec. 208/2011 ), cuya doctrina reiteró la STS 531/2014, de 15 de octubre (Rec. 16/2013 )]. Así las cosas, no solo podía la Audiencia *a quo* pronunciarse sobre la cuestión de si la negligencia que ella declaró cometida por la Sra. Notaria había causado a Esfo gran efectivamente los daños y perjuicios cuya indemnización pretendía; sino que, de no haberlo hecho, la Audiencia habría incurrido en incongruencia omisiva.

4.ª) En fin, las razones por las que debe desestimarse el motivo cuarto del recurso por infracción procesal -en el que, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, se denuncia infracción por la Audiencia *a quo* de los artículos 216 y 217, reguladores de la carga de la prueba, y los artículos 320, 326, 385 y 386 de la misma Ley que establecen los criterios de valoración de la prueba documental y las presunciones legales y judiciales-, son, dejando a un lado los defectos formales de su formulación, las siguientes:

Corresponde obviamente a la parte que demanda que un determinado daño o perjuicio le sea indemnizado la carga de la prueba de que el mismo se ha producido efectivamente. No hay en nuestro Derecho ninguna norma legal que presuma que toda negligencia en el cumplimiento de las obligaciones, ni en concreto, en el cumplimiento por parte de los notarios de sus obligaciones profesionales, causa daño al acreedor; y el artículo 386 LEC, como demuestra el verbo «podrá» en su apartado 1, autoriza al tribunal de instancia, pero no le obliga, a acudir a la prueba de presunciones judiciales [ SSTS 993/2006, de 4 de octubre (Rec. 2873/1999 ) y 8/2009, de 28 de enero (Rec. 2497/2003 )].

Y, sobre todo, en modo alguno encuentra esta Sala irracional, ilógica ni arbitraria la conclusión a la que, valorando las pruebas aportadas a los autos, ha llegado la Audiencia *a quo* por lo que al daño respecta. Adviértase que no ha declarado que la negligencia profesional de doña Gema no haya causado a Esfo gran daño alguno: ha declarado «no probado que se haya consumado la producción» de los concretos daños y perjuicios cuya indemnización pidió la actora en su demanda. Normalmente, constituye ya un daño el que la propia hipoteca haya quedado pospuesta a otra inscrita con anterioridad; y un daño que bien puede valorarse pericialmente en dinero: la cantidad que el acreedor hipotecario que inscribió la suya antes pediría (razonablemente, atendidas las circunstancias del caso concreto) por consentir la permuta de los respectivos rangos. Pero no fue aquel el daño, ni esa la cuantía, que Esfo gran pidió en su demanda que se condenase a doña Gema a indemnizar: pidió el importe de los pagarés, junto con el de unos gastos e intereses que con toda probabilidad se habrían producido y devengado igualmente a su cargo, si su hipoteca hubiera quedado registrada antes que la de la Caja de Granada.

**TERCERO.-** El motivo único del recurso de casación interpuesto por Esfo gran denuncia infracción, por no aplicación, de los artículos 1101, 1106 y 1902 CC, y del artículo 146 del Reglamento Notarial. Debe ser desestimado: la correcta aplicación de cualquiera de esos preceptos requiere la existencia probada del daño cuya indemnización se reclama.

Ahora bien, no quiere esta Sala dejar de expresar su discrepancia con la Audiencia *a quo* en la manera en la que ésta se ha referido al conocimiento por Esfo gran, previo al otorgamiento de la escritura de 19 de agosto de 2008, de que la misma Finca se hallaba ya «hipotecada» - *rectius*: había sido objeto de la escritura de fecha 28 de julio de 2008- a favor de la Caja de Ahorros de Granada.

El Juzgado declaró probado ese previo conocimiento, con razones que revelan que, muy probablemente, el 19 de agosto de 2008 no fue intención de Esfo gran que su hipoteca se antepusiera a la de la Caja. La Audiencia *a*





quo, sin negar lo primero, ha declarado que, «aunque [Esfogran] hubiese conocido la existencia previa de dicha escritura [de 28 de julio de 2008], también sabía que cuando se otorgó la suya aquélla aún no había accedido al Registro». El mensaje que parece implícito en esa declaración -que Esfogran habría hecho bien en intentar que su hipoteca quedara inscrita antes que la de la Caja- ha de ser rechazado por esta Sala.

No sólo eso. Nos cumple señalar que el resultado que ha producido la actuación profesional de doña Gema declarada negligente en la sentencia de la Audiencia -que la hipoteca de la Caja prevalezca sobre la de Esfogran- es el querido por el Derecho. En efecto:

Es doctrina firme de esta Sala, sobre la «doble venta» de inmueble que contempla en párrafo segundo del artículo 1473 CC, que la adquisición de la propiedad por el segundo comprador que haya inscrito primero su título en el Registro requiere buena fe por su parte; buena fe, que es incompatible con el conocimiento, incluso si no acabado, por el segundo comprador de la primera venta [ STS 392/2012, de 27 de junio (Rec. 1884/2009), y las en ella citadas].

No hay razón para no aplicar la misma doctrina al supuesto de «doble contrato de constitución de hipoteca». Esta Sala ha dicho muchas veces, y no pone ahora en cuestión, que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en el sentido de que el derecho real de hipoteca no nace ni se adquiere sino si y en momento en que la correspondiente escritura se inscribe en el Registro; pero eso no significa que el contrato o negocio jurídico de constitución de hipoteca, así formalizado, no exista sin la inscripción [ STS 1108/2007, de 18 de octubre (Rec. 4494/2000)], ni que el conocimiento de tal contrato o negocio jurídico no pueda perjudicar a terceros [ STS 638/1986, de 31 de octubre ]. Nótese, en fin, que, en la «doble venta» de una cosa mueble, el segundo comprador primero en la posesión sin buena fe no triunfa, a tenor del artículo 1473.I CC, sobre el primer comprador, aunque éste, por falta del requisito del modo o tradición de la cosa, no había adquirido todavía la propiedad de ésta ( arts. 609.II *in fine* y 1095 *in fine* CC ). Y lo mismo sucede, conforme al párrafo tercero del repetido artículo 1473, en la «doble venta» de inmueble «cuando no haya inscripción». Y aun cuando haya inscripción del segundo comprador sin buena fe, también triunfa el primer comprador, aunque no haya adquirido antes la propiedad por no haberle entregado el «doble vendedor» el inmueble de que se trate.

La procedencia de desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por Esfogran no precisa de las consideraciones que se acaban de exponer. Pero sí corroboran la plena conformidad a Derecho de la desestimación de la demanda. Siendo querido por el Derecho el resultado de que la hipoteca de la Caja prevalezca sobre la de Esfogran, no cabe que doña Gema responda civilmente por haber causado dicho resultado, aun con culpa o negligencia. No es sólo que no quepa considerar tal resultado uno de los que pretendía evitar la norma de cuidado infringida: comportaría una contradicción flagrante en el ordenamiento. Se trata, ya derechamente, de que el interés de Esfogran en la prevalencia de su hipoteca sobre la de la Caja no es digno de protección jurídica: la lesión de ese interés no es, pues, un daño que merezca ser indemnizado.

**CUARTO.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC en relación con el artículo 394.1 de esa misma Ley, las costas de los recursos extraordinarios por infracción procesal deben ser impuestas a la parte recurrente.

Conforme al apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ, procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos para interponer uno y otro recurso.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Esfogran, S.L. contra la sentencia dictada el 15 de julio de 2014 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada en el recurso de apelación 132/14; sentencia, ésta, que confirmamos. **2.º-** Imponer a la recurrente las costas causadas por uno y otro recurso. **3.º-** Acordar la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.