



Roj: **SAP B 5827/2014 - ECLI:ES:APB:2014:5827**

Id Cendoj: **08019370172014100145**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **19/02/2014**

Nº de Recurso: **526/2012**

Nº de Resolución: **62/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA SANAHUJA BUENAVENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm. 526/2012

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 2 MATARÓ (ANT.CI-2)

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1652/2011

**SENTENCIA núm. 62/14**

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis

Doña Maria Pilar Ledesma Ibáñez

Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a diecinueve de febrero del dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 1652/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 2 Mataró (ant.CI-2), a instancia de Encarnacion quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra Juan Francisco Y W.R. BERKLEY INSURANCE, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de Juan Francisco Y W.R. BERKLEY INSURANCE contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 28 de marzo de 2012, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"Que estimando al demanda interpuesta por el Procurador doña Dolores Javier González, en nombre y representación de doña Encarnacion , contra don Juan Francisco y contra W.R. Berkley Insurance, representados por el Procurador don Francesc Mestres Coll, debo condenar y condeno solidariamente a los demandados a pagar a la actora la suma de cuarenta y siete mil seiscientos diecinueve euros con setenta y un céntimos (47.619,71 euros), más los intereses legales de la referida cantidad incrementados en dos puntos a partir de la presente resolución. Todo ello, con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en el procedimiento."



**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Juan Francisco Y W.R. BERKLEY INSURANCE y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado diecinueve de febrero de dos mil catorce.

**CUARTO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Sanahuja Buenaventura.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dña. Encarnacion interpuso demanda contra D. Juan Francisco , y W. R. BERKLEY INSURANCE solicitando: "Se condene solidariamente a D. Juan Francisco y su Compañía de Seguros, la entidad W. R. BERKLEY INSURANCE, por la responsabilidad civil en que ha incurrido el primero, al pago indemnizatorio de la cantidad de 47.638,60 €, así como se condene solidariamente a dichos demandados al pago de las costas procesales." Y con carácter subsidiario, se solicita la cantidad de 30.000.- €, "en cumplimiento del acuerdo aceptado de liquidación ofertado en fecha de 15 de septiembre de 2011".

Exponía que el 18 de abril de 2007 la actora y MARESME URCON III, S.L. otorgaron escritura de compraventa ante el **Notario** demandado, hallándose la vivienda gravada con un préstamo hipotecario por importe de 216.445,41 € a favor de la Caixa d'Estalvis del Penedes, que la compradora-actora creyó que quedaba totalmente pagado, adquiriendo la vivienda libre de cargas, y asumiendo la vendedora los gastos de cancelación registral. Que el **Notario**, incumpliendo sus obligaciones permitió que la actora entregara la totalidad del precio sin aplicar retención alguna para responder de la carga, y sin apercibirla del riesgo de tal actuación, no actuando conforme a la Ley del Notariado, por lo que le fue incoado expediente disciplinario por parte de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña. Que el vendedor no destinó el dinero de la venta a liquidar el préstamo y cancelar la carga, por lo que fue incoado procedimiento de Ejecución Hipotecaria. Que la actora interpuso juicio ordinario contra la vendedora exigiendo el pago del préstamo hipotecario y la cancelación de la hipoteca, obteniendo sentencia estimatoria de sus pretensiones, cuya ejecución se suspendió ante la insolvencia del vendedora, poniendo todo ello en conocimiento del **Notario** demandado, para que lo comunicara a su aseguradora, que abonó finalmente el día anterior a la subasta de la vivienda la suma de 21.650 € para conseguir su suspensión, y posteriormente abonó el resto del préstamo hipotecario de 200.000 €, más intereses y costas, si bien quedaron pendientes de resarcir las costas procesales de los procedimientos que la actora instó contra la vendedora de la vivienda (31.093,68 € del declarativo y 16.544,92 de la demanda de ejecución), así como gastos extrajudiciales. Que se llegó a un acuerdo con las demandadas para finalizar el asunto mediante el pago de 30.000.- €, que no fueron abonados por lo que se reclama la totalidad de las partidas que fueron objeto de negociación. Que la responsabilidad del **Notario** tiene carácter contractual, por tratarse de un arrendamiento de servicios, y se reclama por los daños causados por la negligente actuación notarial al prestar el servicio solicitado y consistente en autorizar el otorgamiento de la Escritura Pública de Compraventa en términos tan gravemente perjudiciales para la demandante.

D. Juan Francisco y W. R. BERKLEY INSURANCE se opusieron alegando falta de legitimación activa porque la actora no ha acreditado el pago de los honorarios profesionales cuyo reintegro pretende, no acredita el supuesto perjuicio causado. También oponen que en el juicio anterior no se planteó la responsabilidad del **Notario**, por lo que no se le pueden exigir las costas de un procedimiento en el que no fue parte, y afirman que si su aseguradora abonó la deuda del vendedor insolvente fue por una razón humanitaria, no jurídica, y ahora se pretende un enriquecimiento injusto para su letrado.

La sentencia de instancia estima la demanda, razonando en síntesis:

"Por lo que hace al primero de los hechos que se fijaron como controvertidos en la audiencia previa, esto es, la responsabilidad del demandado Sr. Juan Francisco en los daños causados a la actora y en concreto en los reclamados en el presente procedimiento,(...)

la responsabilidad por la prestación de servicios, como el prestado por una Notaria como en el caso presente, se regulaba por el art. 26 (LGDCU) : "Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad".



Se establece así en el mencionado precepto un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, pero con inversión de la carga de la prueba, de forma que es el prestador del servicio el que ha de probar que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Es decir, se presume la culpa del profesional salvo que pruebe que actuó diligentemente.(...)

Ninguna prueba ha interesado la parte demandada, con independencia de la documental aportada al escrito de contestación consistente en la copia parcial del Expediente Disciplinario incoado al Sr. Juan Francisco , así como varias resoluciones que nada tienen que ver con el asunto objeto de autos.(...)

Sin embargo, se debe concluir, como así lo hizo el propio Colegio Notarial al acordar al incoación del expediente, así como en la resolución del mismo en fecha 11 de abril de 2011 declarando la existencia de una infracción grave en su conducta, que dicha actuación es insuficiente a tenor de lo establecido en el artículo 147 del Reglamento Notarial y del 194 del mismo Cuerpo Legal , siendo la cláusula de que los gastos de cancelación los asumía la parte vendedora, mercantil dedicada a la actividad inmobiliaria, cuando menos sorprendente ante la entrega por la parte compradora, particular ajena a la actividad inmobiliaria, de la totalidad del precio, lo que debió motivar una actuación más activa del **Notario** para mayor instrucción de la misma, como otorgante más necesitado y evitar un consentimiento o voluntad viciados en la compradora.

Por ello, se debe concluir en la existencia de responsabilidad en el demandado por incumplimiento de las obligaciones que como **Notario** le incumbían respecto a la actora, y en concreto por su falta de información acerca de los peligros de la firma de la escritura en los términos en que se hacía, sin que ello suponga legitimar ni hacerle responsable de la actitud totalmente antijurídica y reprochable de la parte vendedora.(...)

La actora se vio obligada a reclamar de la vendedora el cumplimiento de la obligación de cancelación del préstamo hipotecario, por cuanto se instó frente a la misma la correspondiente ejecución, y dicho procedimiento se debe interponer necesariamente a través de Abogado y procurador. Por tanto, habiendo asumido los demandados el pago del préstamo, en un claro gesto de asunción de responsabilidad por los daños causados a la actora, y ante la falta de solvencia de la vendedora, es evidente que los gastos que se deriven del procedimiento que aquella se vio obligada a instar también deben ser asumidos como perjuicios causados a la Sra. Encarnación ; pues en caso contrario la misma debería asumir el pago de los honorarios de los profesionales que tuvo que contratar para reclamar contra la vendedora. Y el mismo razonamiento cabe hacer en cuanto a las costas del procedimiento de ejecución; viéndose la actora obligada a instar el mismo, como se deduce de la documental aportada con la demanda ante la pasividad y retraso de la aseguradora demandada en asumir el pago, como indemnización por los perjuicios causados, del préstamo hipotecario que se ejecutaba y respecto del que una Sentencia establecía la obligatoriedad de asumirlo la parte vendedora.

Señala la parte demandada que se pretende con la presente demanda un enriquecimiento injusto por parte del Abogado firmante de la misma. Sin embargo no se puede compartir dicha consideración; ciertamente, el Letrado que asesoró y actuó en beneficio de la actora en los procedimientos que aquella se vio obligada a instar pretende cobrar su trabajo, actuación absolutamente legítima. Por lo demás, las consideraciones realizadas por la demandada olvidan suponen desconocer absolutamente la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la condena y tasación de costas.

Así, y como ha señalado de forma reiterada la jurisprudencia, la condena en costas origina una obligación de reembolso entre las partes procesales en función de la cual una de ellas vendrá obligada al pago de las cantidades que resulten de la tasación y la otra ostentará el derecho de exigir su pago, siendo la parte acreedora de las costas el litigante beneficiado por la condena en costas y no así sus abogados, procuradores, peritos, etc., de modo que estos profesionales tienen un crédito frente a ella y que sólo a ella pueden reclamarle. Ello supone, por tanto, que, si el condenado al pago de las costas no satisficiera su obligación de pago y, por cualquier motivo la vía de la ejecución forzosa fracasara, los profesionales anteriormente citados siguen ostentando un crédito frente a su cliente que podrán hacer valer a través de los cauces legalmente previstos.

Conforme a lo anterior, es evidente, no habiéndose acreditado el pago de las costas reclamadas por parte del litigante vencido en los procedimientos instados en su día por la demandante, ello le genera un perjuicio, en tanto los profesionales por ella designados tienen acción para exigirle el pago de sus honorarios y, por tanto, la demanda debe ser totalmente estimada al ser la suma reclamada perjuicios derivados del incumplimiento del demandado; sin que la parte demandada haya cuestionado ni el importe de lo reclamado, en todo caso aprobado judicialmente, ni el hecho de que todavía no se haya satisfecho por la actora impide su reclamación como perjuicio cierto y probado; sin que las gestiones y el acuerdo alcanzado en las reclamaciones extrajudiciales instadas por la actora supongan disminuir la suma reclamada en tanto aquél acuerdo no se logró. La actuación negligente del demandado ha originado la necesidad de interponer sendos procedimientos y los gastos que por ello debe asumir la actora son repercutibles a los demandados."



**SEGUNDO.-** La representación de D. Juan Francisco y W. R. BERKLEY INSURANCE insiste en su recurso en que existe una falta de legitimación activa de la actora en el ejercicio de la acción de reclamación de las costas de los procedimientos dirigidos contra MARESME URCON III, S.L. en concepto de indemnización de daños y perjuicios por un presumible actuar negligente. Afirma que las costas no pueden catalogarse de perjuicio, pues la condena en costas únicamente es reclamable a aquel que fue condenado a su pago, nunca a un tercero, y que la actora no ha acreditado que haya realizado desembolso alguno a favor de sus letrados.

Considera que la sentencia es incongruente pues ha ido más allá de lo que le solicitan, y ha determinado que la actuación del recurrente es negligente y que por ello nace una obligación de indemnizar. Y afirma que como no se podía decretar la responsabilidad del Sr. Juan Francisco por cuanto nadie lo ha solicitado, no se puede establecer una condena por daños y perjuicios si previamente no se ha establecido que existe un actuar negligente. La demanda tiene un defecto formal insubsanable porque solicita una condena por unos daños y perjuicios sin solicitar previamente que el demandado ha actuado negligentemente.

También afirma que el **notario** negligente no debe soportar las consecuencias del incumplimiento contractual de la vendedora, y que por ello las costas del pleito instado contra la vendedora por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compra venta nunca pueden recaer sobre el **notario** al no ser parte de la relación jurídica contractual.

Y finalmente, afirma que existe pluspetición de la acción pues la demanda de ejecución de la sentencia se presenta el 14-1-2011 y en fecha 14-2-2011 se dicta diligencia del juzgado dando por finalizada la ejecución hipotecaria por satisfacción extraprocésal, lo que hace evidente que la actora ya sabe que se ha pagado el total de la deuda, y que no puede ejecutarse la sentencia, por lo que la demanda de ejecución nunca tuvo que presentarse y, por ello, sus costas nunca podrán ser reclamadas a los recurrentes.

**TERCERO.-** En relación a la alegada falta de legitimación activa, como bien razona la juzgadora a quo, se confunden los recurrentes al afirmar que no se produce perjuicio alguno hasta el momento en que la actora abone el importe de los honorarios de sus letrados en los procedimientos seguidos contra MARESME URCON III, S.L., cuando lo cierto es que el perjuicio ya se ha producido desde el momento en que esos letrados tienen un derecho de crédito frente a la actora. Y se confunden nuevamente al afirmar que la condena en costas únicamente es reclamable a aquel que fue condenado a su pago, pues esas costas desde el momento en que el condenado al pago no las abona, existiendo la responsabilidad de un tercero, por su negligente actuar, en ese resultado final, ese tercero debe abonarlas, no como costas de un procedimiento en el que no fue parte, sino como perjuicio causado por su causa a quien se vio obligado a interponer un procedimiento judicial para hacer valer sus derechos, que no hubiera sido necesario si ese tercero hubiera actuado diligentemente en un inicio. De lo cual se concluye la legitimación activa de la actora.

**CUARTO.-** Respecto de la congruencia debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en su sentencia de 18-7-94 (222/94), en la que se decía que "...el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a los órganos jurisdiccionales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con lo pedido, evitando desajustes o desviaciones entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones; pues supone una alteración del debate procesal y se atenta al principio de contradicción si el órgano judicial concede más o menos o cosa distinta de lo pedido por las partes ( SSTC 20/82 , 161/93 y 122/94 ). De manera que el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la causa "petendi" y el "petitum" ( SSTC 144/91 , f. j. 2º, 160/93, f. j. 3º y 122/94 , f. j. 2º)."

Y asimismo debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 4 de mayo de 2004 señalaba:

"... tiene declarado esta Sala que el deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicios de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o las argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible ( SSTS 15-12-95 , 7-11-95 y 4-5-98 ). De este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir, necesariamente, al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y reconvencción y los términos en que se expresa el fallo combatido ( SSTS 22-4-88 , 23-10-90 , 14-11-91 y 25-1-94 ) estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, si bien esta permisión tiene como límite el respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras ( SSTS 11-10-89 , 16-4-93 ,



29-10-93 , 23-12-93 , 25-1-94 y 4-5-98 ), pero sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes ( SSTS 30-4-91 y 13-7-91 ), o por el Tribunal ( SSTS 22-6-83 , 20-6-86 y 16-3-90 ).

En este caso la actora reclama una indemnización por los daños causados por el actuar negligente del **Notario** demandado en los servicios por el mismo prestados para la elevación a público del contrato de compraventa celebrado por la Sra. Encarnacion y la entidad mercantil MARESME URCON III, S.L., considera que le corresponde por "la responsabilidad civil en que ha incurrido", invocando los arts. 1101 y ss, 1254, 1262 y ss del Código civil . Y la sentencia condena a la indemnización solicitada por la responsabilidad civil invocada, siendo imprescindible abordar si concurría o no esa responsabilidad, por lo que no se acierta a advertir incongruencia alguna. El **Notario** negligente debe soportar las consecuencias del incumplimiento contractual de la vendedora, pues su actuar diligente hubiera evitado dicho incumplimiento.

**QUINTO.-** De la pluspetición ahora alegada nada se dijo en la contestación a la demanda, por lo que no cabe analizarla, aunque de su propia exposición se advierte la inconsistencia del argumento pues en ningún momento se dice por los recurrentes que la aseguradora abonara el total importe con anterioridad a la interposición de la demanda de ejecución, y ello por cuanto fue abonado con posterioridad.

**SEXTO.-** Por todo lo anterior, debe ser desestimado el recurso planteado, confirmada la resolución recurrida, cuyos razonamientos hacemos propios, con condena en costas del recurso a los recurrentes ( art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil )

### FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de D. Juan Francisco y W. R. BERKLEY INSURANCE, CONFIRMAMOS la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró, el veintiocho de marzo de dos mil doce . En cuanto a las costas del recurso se imponen a los recurrentes.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.