



Roj: **SAP PO 2015/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2015**

Id Cendoj: **36038370012014100308**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **18/09/2014**

Nº de Recurso: **328/2014**

Nº de Resolución: **306/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00306/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 328/14

Asunto: VERBAL 120/13

Procedencia: PRIMERA INSTANCIA NÚM. 3 TUI

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA EN TRIBUNAL UNIPERSONAL POR EL ILMO MAGISTRADO

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.306

En Pontevedra a dieciocho de septiembre de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de juicio verbal 120/13, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tui, a los que ha correspondido el Rollo núm. , en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Celso , representado por el Procurador D. MANUEL CARLOS DIZ GUEDES, y asistido por el Letrado D. MIKEL ZUBIGARAY RAMOS, y como parte apelado-demandado: D. Gines , no personado en esta alzada, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tui, con fecha 5 febrero 2014, se dictó sentencia cuyo **fallo** textualmente dice:

"Que DESESTIMO la demanda formulada por Celso contra Gines ; y, en consecuencia, ABSUELVO a Gines de los pedimentos frente a él deducidos por la parte actora.

CON **NO** a Celso al pago de las costas procesales ocasionadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Celso , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.



TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el presente proceso de juicio verbal, en que por el demandante, adquirente de una vivienda en escritura pública formalizada en la notaría de A Guarda el día 25/5/2011, se formula demanda contra el **notario** interviniente en su otorgamiento en reclamación de la suma de 5541,82 euros, a que asciende el importe de la liquidación tributaria complementaria que la Hacienda autonómica le giró al actor en el oportuno procedimiento de comprobación relativo al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD), tras aplicar el tipo impositivo del 7% en lugar del 4% autoliquidado y adicionar los correspondientes intereses de demora, frente a la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda recurre en apelación el actor.

El fundamento de la reclamación se hace radicar en la exigencia de **responsabilidad** al demandado, por su proceder negligente al no hacer constar en la escritura de compraventa la edad del comprador demandante ni su finalidad de destinarla a vivienda habitual ni ninguna de las demás circunstancias requeridas por la normativa aplicable a la tributación autonómica, pasando por alto que la no mención de las mismas en la escritura de compraventa vendría a suponer un perjuicio para el actor al impedirle beneficiarse del tipo impositivo más reducido del 4%.

SEGUNDO.- En la resolución impugnada, la Juzgadora de instancia fundamenta esencialmente su decisión, partiendo de la premisa de que el demandado intervino en el supuesto contemplado exclusivamente en ejercicio de sus funciones públicas notariales, en las siguientes consideraciones: 1) la falta de una debida acreditación de que el inmueble adquirido en la escritura pública de compraventa litigiosa viniese a constituir la vivienda habitual del demandante; 2) el entendimiento de que el reflejo de datos concretos en las escrituras públicas dirigido a obtener determinados beneficios del tipo que sean tiene que ser indicado por las partes intervinientes en el momento de otorgarse la escritura o con carácter previo a su redacción, sin que en el presente supuesto la parte demandante haya acreditado que así lo hubiere hecho durante el acto de otorgamiento ni con carácter previo a dicho acto, no pudiendo, por tanto, serle atribuida **responsabilidad** al **notario** demandado por la falta de expresión, en las escrituras objeto de este pleito, de datos cuya indicación no le venía exigida por la normativa rectora de las funciones notariales ni tampoco le había sido solicitada por la parte demandante; y 3) la ausencia de indicaciones para la constancia de tales datos en la escritura de compraventa de la vivienda de litis resulta no solo de las afirmaciones del demandado sino también de la declaración prestada por el testigo don Juan Ignacio , quién dijo haber intervenido en el acto de otorgamiento de la escritura controvertida como representante de la inmobiliaria que intermedió en la compraventa, asegurando que, durante el acto de otorgamiento, el **notario** demandado preguntó expresamente, tras leer la escritura, si se trataba de primera vivienda, a lo que la parte actora no respondió.

TERCERO.- En su escrito de interposición de recurso de apelación, el actor recurrente interesa la estimación de su demanda reclamatoria, con base en las sustanciales alegaciones que seguidamente se pasan a exponer.

Así, se argumenta que la redacción de las escrituras públicas, su eficacia y/o consecuencias jurídicas posteriores, se encuadra en la vertiente pública de los **notarios**, por lo que les es exigible la función de control de la legalidad que impone el art. 147 del Reglamento Notarial .

A lo que hay que añadir que el demandante tiene, en el supuesto examinado, la condición de consumidor.

De lo que cabe colegir que la alegación exculpatoria del demandado acerca de no habersele manifestado que el destino de la compraventa fuese la adquisición de vivienda habitual no es aceptable a tenor del rigor profesional que cabe esperar de un **notario**, y no concuerda con el contenido de las escrituras de préstamo hipotecario, otorgadas ante el mismo **notario** y en unidad de acto, en las que se especifica de forma nítida que el destino del préstamo era la adquisición de vivienda habitual.

Siendo aplicable al caso la normativa especial protectora de los consumidores, la **responsabilidad** por la prestación de servicios a los mismos, cuál el de una notaría, se regula por los arts. 147 y 148 del TRLGDCU, que establecen 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.

Con lo cual, el demandado debía haber probado que informó al demandante que siendo el destino de la vivienda adquirida el de vivienda habitual, tal y como constaba en las escrituras de hipoteca otorgadas simultáneamente con la compraventa, no podría beneficiarse del tipo impositivo reducido en el caso de que no se hiciese constar la edad del adquirente en la compraventa y la manifestación expresa de querer acogerse a dicho beneficio,



hecho que, al no cumplirse por el **notario** demandado, determinó que la Hacienda autonómica no admitiese la liquidación al 4%, aplicándosele el tipo impositivo general del 7%.

Existiendo relación de causa o efecto entre la falta de diligencia del **Notario** y la imposibilidad de acogerse al tipo fiscal bonificado.

Por lo demás, según criterio de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de fecha 15/10/2012, no nos encontramos ante un simple error de transcripción que pueda corregir el **Notario** en una nota marginal o en un acta, vino ante una omisión que no puede ser corregida una vez vence el plazo establecido legalmente (art. 57 Ley 16/2007), un mes desde la fecha de otorgamiento.

Asimismo se aduce error en la valoración de la prueba. Por, entre otros, falta de credibilidad de las declaraciones del demandado y del testigo Sr. Juan Ignacio así como ausencia de mención y valoración de las escrituras de hipoteca cuyo contenido pone de relieve que el **notario** demandado faltó a la verdad cuando indicó no haber tenido constancia alguna de que la vivienda tuviese la consideración de vivienda habitual.

En último término, se alega como indebida la condena en costas al demandante. Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un profesional **notario** de alta cualificación de quién es de esperar una actuación eficiente, y un demandante-consumidor dedicado a la docencia de idiomas, que carece de conocimientos jurídicos y fiscales, lo que sumado a que la información remitida al **Notario** para la elaboración de la escritura de hipoteca contenía la indicación relativa a la consideración de vivienda habitual del actor, supone la estimación de que el presente caso, cuando menos, es jurídicamente dudoso.

CUARTO.- Sobre la base de los antecedentes de hecho que se recogen en el fundamento de derecho primero de la resolución impugnada, en el supuesto examinado, la reclamación de indemnización resarcitoria al **notario** demandado con base en la atribución al mismo de un proceder negligente y descuidado en el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la vivienda litigiosa, al omitir la consignación en el documento de determinados datos relevantes (a saber, fecha de nacimiento del adquirente y su finalidad de destinarla a vivienda habitual), es susceptible de prosperabilidad tanto por la vía de la exigencia de la **responsabilidad** civil contractual como de la **responsabilidad** civil extracontractual.

Todo ello de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS conocida como de la "unidad de culpa civil", que determina la existencia de unos mismos principios tanto para la **responsabilidad** civil contractual como para la extracontractual o aquiliana. Como así lo indica la STS de 7/11/2000, cuando afirma que "Esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la **responsabilidad** contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva: es la llamada "unidad de la culpa", entre otras, las sentencias de 28/6/1997, 2/11/1999, 10/11/1999 y 30/12/1999 mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de la **responsabilidad** (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente.

Bastando a la parte actora para la prosperabilidad de su demanda con la probanza de los hechos sustentadores de su pretensión reclamatoria, con independencia de la procedente normativa jurídica aplicable. Por cuanto, la "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hecho y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia aunque cambie el punto de vista jurídico.

Por lo demás, en cualquier ámbito de exigencia de **responsabilidad**, incluso en aquellos supuestos en los que resulta aplicable la inversión probatoria en cuanto a uno de los elementos característicos de la acción, consistente en presumir la culpa del demandado, incumbe siempre al actor-perjudicado la prueba tanto de la acción u omisión y el daño.

QUINTO.- Sentadas las precedentes consideraciones jurídicas, procede pasar al análisis del concreto caso planteado.

Teniendo presente que, en principio, la relación que liga al **notario** con aquel que requiere su actuación adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende (en tal sentido, STS de fecha 6/5/1994), lo que es consecuencia de lo establecido en el art. 1 del Reglamento Notarial, según el cual los **notarios** son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado, añadiendo el precepto que como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines



lícitos que aquellos se proponen alcanzar. Estableciéndose, en cuanto a **responsabilidad**, en el párrafo 1º del art. 146 del Reglamento Notarial, que "El **Notario** responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación, cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el **Notario** lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados".

Pues bien, por lo que se refiere al requisito consistente en la existencia de una acción u omisión culposa por parte del demandado, su concurrencia resulta clara. Por cuanto el demandado no hizo constar en la escritura pública de compraventa de la vivienda litigiosa adquirida por el actor, de fecha 25/5/2011, las circunstancias indicadas en el apartado 6 del art. 3 de la Ley gallega 4/2009, de 20 de octubre, de medidas tributarias relativas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para el fomento del acceso a la vivienda y a la sucesión empresarial (actualmente derogada por Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, mas de aplicación al caso), consistentes en la fecha de nacimiento del adquirente y su finalidad de destinarla a constituir su vivienda habitual, a los fines de poder hacer efectivo disfrute el actor-comprador de los beneficios fiscales atribuidos en el art. 1 de la mencionada Ley 4/2009, de 20 de octubre, a los adquirentes de vivienda que vaya a constituir su vivienda habitual, que tengan una edad inferior a treinta y seis años y cuyo patrimonio no sobrepase la cifra de 250000 euros más 30000 euros adicionales por cada miembro de la unidad familiar que exceda del primero, consistentes en la aplicación en el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales de un tipo impositivo reducido del 4% en lugar del entonces general del 7%.

Siendo así que el apartado 6 del art. 3 de la Ley 4/2009, de 20 de octubre, venía a disponer que "La adquisición de la vivienda habrá de documentarse en escritura pública, en la que se hará constar expresamente la fecha de nacimiento del adquirente y su finalidad de destinarla a constituir su vivienda habitual". Lo que cabe poner en relación con lo prevenido en el art. 156-10º del Reglamento Notarial, acerca de que la comparecencia de toda escritura indicará "La profesión o cualquier otro dato personal, cuando lo solicite el otorgante, el **Notario** lo juzgue conveniente por resultar significativa su constancia para una adecuada identificación, o su inclusión sea exigida por leyes o reglamentos".

Por lo demás, el hecho de que el demandante no interese el reflejo de tales datos en la escritura (disculpable por el desconocimiento acerca de su relevancia en el aspecto fiscal dado su carácter de profano en la materia) no exime al **notario** demandado-profesional del Derecho de la comprobación de su concurrencia primero y luego de proceder a su constancia expresa en la escritura por exigencia legal.

No siendo dable sostener tampoco que el demandado, por no serle directamente indicado por el demandante, no estuviese en situación de conocer la realidad de tales datos, en razón a disponer del DNI del comprador y en atención al contenido de las vinculadas y correlativas escrituras públicas de préstamo hipotecario suscritas para posibilitar la adquisición de la vivienda por el actor, otorgadas sucesivamente en la misma fecha y ante el mismo **Notario**, en las que expresamente se consigna como destino del capital prestado la "adquisición de vivienda habitual".

Sin olvidar la condición de consumidor que cabe atribuir al actor en su relación con el **notario** demandado, en el ejercicio por éste último de su actividad profesional, que confiere a aquél una serie de derechos básicos (art. 8 TRLGDCU), cuales, entre otros, los de información correcta sobre los diferentes bienes y servicios, de protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, y de indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

Por lo que hace al elemento de la producción de un daño al demandante perjudicado, dicho presupuesto concurre igualmente, al radicar en el complemento tributario que finalmente hubo de abonar el actor (del orden de 5541,82 euros), como consecuencia de la aplicación en el proceso de comprobación de la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales del tipo impositivo del 7% más los intereses de demora, al no acreditar reunir el adquirente de la vivienda-sujeto pasivo del impuesto los requisitos para la aplicación del tipo impositivo reducido del 4%, aplicado en la autoliquidación del impuesto en cuestión.

Perjuicio éste que, asimismo, por aquél entonces cabía derivar causalmente de la no constancia de la concurrencia de los requisitos del beneficio fiscal en la escritura de adquisición del inmueble.

Por cuanto, al tiempo del dictado de la Resolución del Servicio de Gestión Tributaria del Departamento Territorial de Vigo de la Consellería de Facenda de la Xunta de Galicia, de fecha 19/11/2012 (folios 66 y 67 de los autos), desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por el contribuyente (hoy demandante) contra la liquidación provisional de la administración tributaria autonómica, -con base en que el requisito de que el fin de la adquisición era la vivienda habitual debía cumplirse al tiempo de firmar la escritura, o estar corregido el defecto en el plazo de presentación de la declaración del impuesto, por lo que no estamos ante un simple error de transcripción, que corrige el **notario** con una nota marginal o un acta, sino ante una omisión que condiciona la no aplicación de un beneficio fiscal, y dicha omisión no puede ser corregida una vez vence



el plazo establecido legalmente (art. 57 de la Ley 16/2007, de 26 de diciembre , de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2008)-, la doctrina jurisprudencial imperante (sentencias del TSJG Sala de lo Contencioso-Administrativo de fechas 16/10/2012 , 10/4/2013 y 2/5/2013) venía a sustentar idéntico criterio.

Y si bien es cierto que, posteriormente, se ha venido a modificar dicho criterio jurisprudencial, en el sentido de permitir la subsanación de la omisión del requisito formal incumplido (constancia de aquellos datos en la escritura de adquisición de la vivienda) a través de una escritura complementaria, siempre que los presupuestos exigidos concudiesen ya en el momento del devengo del impuesto y el beneficio fiscal se hubiese aplicado en la autoliquidación del impuesto (STSJG, de fecha 2/10/2013), al no ser éste el posicionamiento entonces existente tal circunstancia carece de incidencia en orden a una posible afectación en la valoración del requisito del nexo causal.

En consecuencia, al estimarse acreditado la existencia de un proceder negligente por parte del demandado generador de un perjuicio económico al actor objeto de reclamación, procede la estimación de la demanda y del recurso de apelación.

Al no quedar tampoco debidamente acreditado que el actor no venga realmente a dedicar el inmueble adquirido al destino comprometido de vivienda habitual, teniendo en cuenta, por lo demás, que la revisión por la administración tributaria de la autoliquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales vino determinada, en definitiva, por el incumplimiento del requisito formal a que hace referencia el art. 3-6 de la Ley 4/2009, de 20 de octubre .

SEXTO.- Dada la estimación del recurso de apelación, que conlleva la estimación de la demanda, las costas procesales de la primera instancia se imponen al demandado, sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada (arts. 394-1 y 398-2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Se estima el recurso de apelación y se revoca la sentencia de instancia impugnada, y, en consecuencia, se estima la demanda interpuesta por don Celso contra don Gines , y se condena a dicho demandado al abono al actor de la cantidad de 5541,82 euros, más los correspondientes intereses legales de dicha suma desde la fecha de interposición de la demanda hasta su completo pago; todo ello con expresa imposición al demandado de las costas procesales de la primera instancia y sin hacer especial imposición de las correspondientes a la presente alzada.

Hágase devolución al actor recurrente del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.