

# RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

**JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ**

*Secretario Judicial del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid*

## **Extracto:**

**EL** caso planteado aborda la cuestión, nada pacífica, sobre la naturaleza de la actuación del notario y la compatibilidad de su carácter de fedatario público con la figura contractual del arrendamiento de servicios entre el cliente y el notario.

De la definición de esa compleja relación dependerá la aplicabilidad a sus actuaciones de una normativa u otra, y de esas posibles normativas dependerá, a su vez, la aplicabilidad del principio procesal de la inversión de la carga de la prueba.

Igualmente, el caso alude a la trascendencia que para el cliente tiene el cumplimiento riguroso por parte del notario de su deber de información al cliente de todos los extremos referidos al negocio que va a escriturar para evitar perjudiciales consecuencias que para él pueden darse en el futuro.

En el caso que planteamos, una inadecuada información notarial a la persona interesada de unos determinados aspectos fiscales de su compraventa tendrá consecuencias sancionadoras años después.

**Palabras clave:** notario, responsabilidad civil, arrendamiento de servicios, negligencia profesional, protección de consumidores y usuarios.

## **Abstract:**

**THE** raised case public approaches the not pacific at all question on the nature of the action of the Notary and the compatibility of his character of fedatario with the contractual figure of the lease of services between the client and the Notary.

Of the definition of this complex relation, the applicability will depend to his actions of a regulation or other one, and on these possible regulations there will depend in turn the applicability of the procedural beginning of the investment of the load of the test.

Equally the case alludes to the transcendency that for the client has the rigorous fulfillment on the part of the Notary of his duty of information to the client of all the ends referred to the business that it is going to notarize, to avoid harmful consequences that for him can be given in the future.

In the case that we raise, an inadequate information of the notary to the interested person of a few certain fiscal aspects of his dealing will take a sanction as a consequence spent a few years.

**Keywords:** notary, civil responsibility, lease of services, professional negligence, protection of consumers and users.

## **ENUNCIADO**

Ana comparece en nuestro despacho de abogados para plantear la siguiente cuestión: en el año 2005 la citada compró una vivienda de protección oficial y con ocasión de la firma de la escritura en la notaría abonó un tipo de imposición fiscal del 3 por 100 en lugar del general del 7 por 100 tras la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) verificada por el notario, que liquidó al tipo privilegiado del 3 por 100, pues estimó que la vivienda se adquiriría para ser ocupada por Ana como residencia habitual, extremo este que no concurría ya que Ana no iba a residir en ella.

En 2009, Ana ha recibido una notificación de Hacienda que le impone una sanción de 1.577,60 euros como diferencia no pagada por la compradora en relación con el tipo impositivo fiscal aplicado que tenía que haberse liquidado al 7 por 100, pues Ana no reside en la vivienda y no tenía derecho al tipo del 3 por 100.

Ana entiende que la responsabilidad de lo ocurrido es del notario liquidador del ITP y AJD que en el año 2005 hizo mal la liquidación, pues en ningún momento fue informada del extremo referido a que dependiendo de si iba a usar la vivienda como residencia habitual o no, se aplicaría un tipo impositivo u otro, de modo que el notario aplicó el indebido para su caso, del 3 por 100 según su propio criterio, pues no fue informada de la cuestión. Por ello desea conocer sobre las posibilidades de demandar al notario autorizante de la venta, pues ella entiende que el mismo es el responsable de la sanción que la autoridad tributaria le ha impuesto.

Dictaminar sobre la naturaleza del problema, normativa aplicable más favorable para Ana, carácter de arrendamiento de servicios o no de la actuación notarial y aspectos colaterales del supuesto.

### CUESTIONES PLANTEADAS:

- Naturaleza de la relación entre el notario y su cliente. Compatibilidad entre el carácter público de la actuación notarial y el arrendamiento de servicios.
- Aplicabilidad de la normativa en materia de consumidores y usuarios.
- El problema de la inversión de la carga de la prueba.

## **SOLUCIÓN**

El enfoque que debemos dar a la cuestión que Ana nos plantea debe orientarse hacia las mayores posibilidades de éxito de su reclamación ante el notario, teniendo en cuenta que el extremo que ha de probarse es el de si el notario informó o no a la compradora en debida forma de la existencia de un doble tipo impositivo para la operación que iba a autorizar en función de que fuese a usar o no la vivienda adquirida como su residencia habitual. Se trata de un extremo difícil de probar pero sobre el que debemos tratar de aplicar la normativa vigente en aquel momento en materia de protección de los consumidores y usuarios, pues si logramos que la acción se base en esa normativa, la misma determina la inversión de la carga de la prueba con las consecuencias evidentes de que tendría que ser el notario quien probase que cumplió en debida forma su deber de informar sobre la cuestión.

Para ello es esencial que consideremos que jurídicamente la relación entre Ana y el notario es de arrendamiento de servicios para poder incardinarla en el campo de aplicación de la norma sobre protección de consumidores y usuarios. El obstáculo esencial para conseguir este punto será necesariamente la naturaleza pública que la función notarial tiene en nuestro ordenamiento.

Hay que partir, por tanto, de que la normativa aplicable es la protectora de los consumidores y en concreto la Ley 26/1984, por la fecha en que se produjo la prestación del servicio, ya que no debe haber discusión en cuanto a la condición de consumidores o usuarios del servicio, en concreto de Ana, pues el artículo 1.º 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) señalaba:

«A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.»

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2007, y en consecuencia no estaba vigente cuando se produjo la prestación de servicios por parte de la notaría, hecho ocurrido en 2005. En concreto, tanto la normativa aplicable al caso como la posterior citada son coincidentes en esta materia, puesto que el artículo 147 del TRLGDCU no es más que la transcripción del anterior artículo 26 de la LGDCU, reducido ahora a la responsabilidad por servicios, que es la que se discute en este caso.

Siendo aplicable dicha legislación especial, la responsabilidad por la prestación de servicios, como el prestado por un notario como en el caso presente, se regulaba por el artículo 26:

«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 debi-

damente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.»

El artículo 26 de la LGDCU, al igual que el vigente artículo 147 del TRLGDCU, establece 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.

Este, además, sería uno de los supuestos en que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), se prevé legalmente la inversión de la carga de la prueba, recogida en la frase «salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». Estaríamos, por tanto, ante un supuesto del artículo 217.6 de la LEC, ya que la aplicación de la técnica de la inversión de la carga de la prueba ha desaparecido en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados.

Por otra parte, no existe duda tampoco de la aplicación de la Ley 26/1984 (y tras la entrada en vigor del TRLGDCU) a supuestos de responsabilidad profesional de notarios, a pesar de que en la práctica de nuestros tribunales sea un supuesto muy poco frecuente. Se trata de preceptos (antes y ahora) aplicables a los casos de responsabilidad en la prestación de servicios cualquiera que sea el profesional demandado, con excepción de los profesionales sanitarios, sin duda por el especial carácter de su función, respecto de los cuales el Tribunal Supremo mantiene una consolidada jurisprudencia que exige la prueba de la culpa del profesional.

El Tribunal Supremo, aunque ha tenido la posibilidad de abordar esta cuestión, sin embargo, no ha llegado a examinar la aplicación de la LGDCU a la responsabilidad notarial, pues un supuesto en el que se invocaba el artículo 26 de la LGDCU fue objeto de casación (STS de 14 de mayo de 2008), sin que la Sala Primera haya llegado a valorar la aplicación que del artículo 26 hacía la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 17 de noviembre de 2000 a la responsabilidad del notario demandado, al estimar el primer motivo de casación fundado en incongruencia *extra petita*.

Sin embargo, sí lo hace, como he señalado, la sentencia casada de la Audiencia de Álava que justifica la aplicación que hace del artículo 26 de la LGDCU junto con el artículo 13 y el 10.6.II de la misma ley a la responsabilidad del notario, partiendo de que el carácter público de su función no obsta a que se trate de una prestación de servicios, y así dice que «respecto al notario, la jurisprudencia destaca –STS de 6 de mayo de 1994– 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 aquel, 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 encomienda, lo que es consecuencia de lo establecido en el reglamento notarial, según el cual los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del notariado, y añade 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».

La Audiencia, a continuación, explica la aplicación de la LGDCU, afirmando que «los demandantes son consumidores (art. 1.º) y han utilizado unos servicios (art. 26), siendo exigible el derecho de información a que se refiere el artículo 13 de la LGDCU de 1984 que fija como derechos básicos de los consumidores b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos. Y, en particular, el artículo 10.6.II establece que los notarios, los corredores de comercio y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia».

Por todo ello debemos entender aplicable, por tanto, el artículo 26 de la LGDCU, y la primera consecuencia es que corresponde al notario la carga de probar que se cumplieron debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio o actividad. La futura demandada deberá probar que informó a la compradora de que la vivienda adquirida era de protección oficial y que solamente tendrían derecho a la imposición fiscal del 3 por 100 en el caso de que la vivienda fuera adquirida para ser utilizada como residencia habitual, hecho que, al no cumplirse por Ana, determinó la sanción de Hacienda al liquidarse al 3 por 100 cuando tenía que haberse hecho al tipo impositivo general del 7 por 100. Existe base legal bastante para emprender acciones contra el notario actuante.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 26/1984 (LGDCU), arts. 1.º y 26.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 217.
- RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), art. 147.
- STS de 10 de junio de 2008.
- SAP de Álava de 17 de noviembre de 2000.