



Roj: **SAP M 3352/2024 - ECLI:ES:APM:2024:3352**

Id Cendoj: **28079370082024100108**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **14/02/2024**

Nº de Recurso: **853/2022**

Nº de Resolución: **77/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN MERIDA ABRIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933929

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2021/0138474

**Recurso de Apelación 853/2022 D**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 41 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 743/2021

**APELANTE:** ESTUDIO TRIBUTARIO GARCIA S.L.

PROCURADORA Dña. ROSA RIVERO ORTIZ

**APELADO:** WR BERKLEY EUROPE AG SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADORA Dña. MARIA MACARENA RODRIGUEZ RUIZ

–  
**SENTENCIA N° 77/2024**

**ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:**

Dña. LUISA MARÍA HERNÁN-PÉREZ MERINO

Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL

Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO

En Madrid, a catorce de febrero de dos mil veinticuatro. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por las Sras. Magistradas expresadas al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio Ordinario número 743/2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, seguidos entre partes; de una como, demandante-apelante **Estudio Tributario García, S.L.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosa Rivero Ortiz; de otra, como demandada-apelada **WR Berkley Europe AG Sucursal en España**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Macarena Rodríguez Ruiz.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la **Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. CARMEN MÉRIDA ABRIL.**

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, en fecha 10 de marzo de 2022, se dictó Sentencia número 105/2022, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Rivero Ortiz, en nombre de ESTUDIO TRIBUTARIO GARCÍA, debo absolver y ABSUELVO A WR. BERKLEY EUROPE AG SUCURSAL EN ESPAÑA de la acción contra ella ejercitada, imponiendo a la parte demandante las costas de esta primera instancia".*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por el demandante y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por auto de fecha 7 de septiembre de 2022 se acordó practicar la prueba documental solicitada por la parte apelante a cuyo efecto, se libró oficio a la Agencia Tributaria en los términos que constan en dicha resolución.

**CUARTO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 14 de febrero de 2024.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.**

1.- La mercantil Estudio Tributario García, S.L. ejercita acción frente a su aseguradora WR. Berkley Europe AG Sucursal en España, con la que tenía concertada Póliza de Responsabilidad Civil Profesional en reclamación de 12.642,99 euros, importe de las cantidades que a su vez le fueron reclamadas por su cliente Motal Servicios Auxiliares S.L, deducida la franquicia, por los daños y perjuicios que le ocasionó a consecuencia de la deficiente gestión que le había sido encomendada en el seno de una inspección tributaria, incurriendo en la responsabilidad civil cuya declaración también solicita en la demanda.

En defensa de su pretensión adujo que se dedica al asesoramiento y gestión especializada en materia fiscal, contable y laboral para particulares y empresas, que en el marco de su actividad, y para garantizar posibles daños derivados de esta contrató con la entidad aseguradora demandada la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional nº NUM000, cuyo objeto era precisamente cubrir " *la Responsabilidad Civil que directa, solidaria y subsidiariamente pueda derivarse para el Asegurado como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntariamente a clientes y terceros por hechos que deriven de su actividad como: Asesor Fiscal, Contable y Laboral*"; que siendo la actora la encargada de recepcionar las comunicaciones de la Agencia Tributaria, tiene protocolizado un sistema de recepción de estas para asegurar que sean descargadas el último día de plazo (hay 10 días naturales desde el aviso de comunicación pendiente de descarga), de manera que el cliente pueda efectuar el ingreso antes de la recepción formal de la providencia de apremio beneficiándose del Recargo Ejecutivo (5%) frente al Recargo de Apremio Reducido(10%). Que su cliente Motal siguiendo sus instrucciones, efectuó el pago sin tener conocimiento de que, por error del empleado de Estudio Tributario García S.L., D. Baldomero la providencia de apremio se descargó un día antes del vencimiento, lo que supuso que, en lugar de aplicarse el Recargo Ejecutivo del 5% se aplicase el Recargo de Apremio del 10% y, con ello, la pérdida del beneficio que le otorgaba el art. 28 LGT y un perjuicio de 14.047,17 euros del que deducida la franquicia, resultan 12.642,99 euros, que es lo que reclama en este procedimiento.

2.- El juez de primera de instancia desestima la demanda al considerar que no hubo imprudencia imputable a la demandada. Sus fundamentos, en apretada síntesis, fueron los siguientes:

a) Según se argumenta en la demanda, dicha negligencia profesional proviene del incumplimiento del protocolo para descargar las notificaciones que como documento nº 5 se aporta, pero dicho documento, que no está firmado, no es más que un documento de Word que establece un sistema de trabajo, pero su incumplimiento no puede considerarse como negligencia profesional; b) aun considerando que el incumplimiento de dicho protocolo supusiese en abstracto una negligencia, esta sería intrascendente pues Motal recibió el mail comunicando la existencia de una notificación pendiente el 25 de noviembre de 2019, al día siguiente mantuvo en la dependencias de la Agencia Tributaria reunión en relación con la deuda recogida en la diligencia de apremio que estaba pendiente de notificación, entregándose carta de pago de 26 de noviembre de 2019 y abonándose la deuda el día 4 de diciembre, el mismo día de la descarga de la providencia de apremio. No es creíble que habiéndose entregado carta de pago en mano, no se haya realizado también notificación de la providencia de apremio; c) por último, pese a que se aporta por la demandante documento de reclamación por la entidad Motal (documento nº 12) de los 14.045,17 euros que según la actora ha tenido que abonar en exceso, no consta que la demandante le haya abonado dicho importe a su cliente, o que éste le haya reclamado nuevamente el mismo.

3.- Contra la sentencia el demandante formula recurso de apelación que articula en tres motivos que introduce con las siguientes fórmulas:

*"Primera.- Indebida denegación de todas las pruebas propuestas por la actora en la audiencia previa.*

*Segundo.- Subsidiariamente, en caso de desestimarse el anterior motivo por considerar que la prueba fue debidamente denegada por reducirse la controversia a si la negligencia se encontraba o no cubierta, tal cuestión debió resolverse en favor de la actora en aplicación del art. 3 de la póliza. Incongruencia al apartarse la sentencia de la única cuestión controvertida que la propia juez fijó.*

*Tercero.- Subsidiariamente, error en la valoración de la prueba."*

Y en él termina solicitando se dicte resolución por la que:

*"A) Con estimación del Primer Motivo, y al amparo del art. 460.2 LEC, deje sin efecto la sentencia de instancia y, en su lugar, acuerde la práctica de la prueba consistente en la testifical del empleado D. Baldomero que cometió el error y, sobre todo, la remisión del oficio propuesto a la Agencia Tributaria, y tras su práctica, sea dictada Sentencia con estimación íntegra de la demanda.*

*B) Subsidiariamente, y aun cuando no se considere útil la prueba propuesta y denegada con desestimación del Primer Motivo, a la vista del Motivo Segundo y, subsidiariamente, del Tercer Motivo, sea revocada la sentencia de instancia, siendo sustituida por otra que estime íntegramente la demanda."*

4.- La apelada se opuso a la estimación del recurso de acuerdo, en lo sustancial, con los fundamentos de la resolución apelada cuya confirmación interesa, con imposición de costas a la parte contraria.

**SEGUNDO.- Sobre la indebida denegación de todas las pruebas propuestas por la actora en la audiencia previa.**

Sobre este primer motivo del recurso, la indebida denegación de prueba, ya se ha pronunciado esta Sala por auto de 7 de septiembre de 2022 en el que se admitió parcialmente la documental propuesta y se inadmitió la prueba testifical del empleado D. Baldomero, sin que contra el mismo se interpusiera por las partes recurso alguno.

**TERCERO.- Incongruencia al apartarse la sentencia de la única cuestión controvertida que la propia juez fijó.**

Alega el apelante que la Juez fijó indebidamente como controvertida una única cuestión de índole jurídica, si la negligencia como tal se encontraba o no cubierta por la póliza, y así la Sentencia incurrió en una notable incongruencia al no resolver tal cuestión.

Pues bien, del planteamiento del motivo se sigue su desestimación. En relación con la incongruencia omisiva denunciada, conviene advertir que la sentencia recurrida es absolutoria y por lo tanto desestimatoria de todas las pretensiones ejercitadas en la demanda. Con carácter general, y conforme a reiterada jurisprudencia del TS (por todas, STS de 12 de febrero de 2016, rec.2450/2012), "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" (sentencias 173/2013, de 6 de marzo, 31/2014, de 12 de febrero, y 467/2015, de 21 de julio).

En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" (sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última sentencia, "la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado".

Al no hallarnos en ninguno de estos supuestos, debe rechazarse el motivo, pues no ha podido existir incongruencia omisiva en la sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante.

Que aun de apreciarse que existiera omisión de algún pronunciamiento, afirmación que se realiza a los solos efectos dialecticos y para apurar al máximo el derecho a la tutela judicial efectiva, la pretensión del apelante también devendría improsperable pues en supuestos de incongruencia omisiva, que es lo que denuncia el apelante, la parte recurrente tiene la posibilidad -y la carga- de denunciar tal silencio en la primera instancia, con precedencia a la interposición de la apelación mediante el ejercicio de la petición de complemento o integración de la sentencia que prevé el artículo 215, apdo. 2 LEC y, sólo tras su denegación, formular recurso de apelación.



En efecto, el artículo 459 LEC dispone que: *"En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello"*. De la dicción de este precepto se desprende inequívocamente que las partes tienen una oportunidad procesal de poner de manifiesto la eventual omisión de pronunciamiento a través del procedimiento previsto en el art. 215 LEC, sin cuyo previo agotamiento no cabe acudir directamente al recurso de apelación para denunciar una falta que pudo ser subsanada a través de un trámite distinto y previo.

No acreditándose haber acudido a este procedimiento, el motivo del recurso debe ser desestimado. En este sentido, tiene declarado el TS, Sala Primera, en sentencias 411/2010, de 28 de junio y 664/2010, de 20 de octubre que "A) El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 113/2003 y 16 de diciembre de 2008, RC n.º 2635/2003)...".

En último término y como resulta del soporte de grabación del acto de audiencia previa, no es ajustado afirmar, como realiza el apelante, que la Juez fijó como única cuestión controvertida si la negligencia se encontraba o no cubierta por la póliza, pues lo que quedó fijado como controvertido lo fue si los hechos estaban o no cubiertos por la póliza, que no es exactamente lo mismo que la negligencia, el error o la responsabilidad, así en la sentencia se cuestiona la fecha misma de la notificación de la providencia de apremio al decir que *"No es creíble que habiéndose entregado carta de pago en mano, no se haya realizado también notificación de la providencia de apremio"*.

El motivo, en suma, ha de ser desestimado.

#### **CUARTO.- Sobre el error en la valoración de la prueba.**

En su desarrollo argumental alega el apelante que la sentencia yerra cuando afirma que según la demanda, la negligencia profesional proviene del incumplimiento del protocolo interno para descargar las notificaciones cuando la acción no se basa en el incumplimiento de dicho protocolo, sino en el incumplimiento del mandato de gestionar el expediente administrativo de la más manera eficaz, reiterando que la carta de pago incluía provisionalmente el recargo de apremio reducido del 10% en el importe a ingresar.

De esta forma, si el cliente abonaba los 308.993,83 euros debidos antes de serle notificada la providencia de apremio, en aplicación del art. 28 LGT tenía derecho a recuperar los 14.047,17 euros de diferencia habida entre Recargo de Apremio Reducido y el Recargo Ejecutivo, siendo ése precisamente el encargo que le fue efectuado: gestionar el expediente con la diligencia de un profesional especializado para que el cliente pudiera obtener la recuperación de los 14.047,17 euros a los que el art. 28 LGT le daba derecho, y que también yerra la sentencia cuando califica el derecho reconocido en el art. 28 LGT de beneficiarse de una reducción del recargo por el pronto pago, de algo poco menos que ilegal. Literalmente se expone que: *"A criterio de esta Juzgadora, lo que plantea la demandante roza la irregularidad fiscal: conoce la liquidación, tiene en su posesión la carta de pago pero pretende beneficiarse de una reducción en el pago de los intereses de demora reteniendo la notificación de la providencia de abono"*, cuando dicho proceder es legal, y, de hecho, es promovido por la propia Agencia Tributaria, que concede para ello el plazo de diez días para descargar la notificación, precisamente para incentivar el pago antes de que transcurra dicho periodo.

Sentado lo anterior, para la decisión del motivo cumple recordar que en nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno, configurándose como una 'revisio prioris instantiae', en la que el tribunal superior u órgano 'ad quem' tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ('quaestio facti') como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ('quaestio iuris'). Como destaca la STS de 4 de Diciembre de 2015, recurso 1468/2012 *"En nuestro sistema procesal, el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez "a quo". Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 212/2000, de 18 de septiembre), y así lo ha declarado esta Sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del tribunal de apelación le ha merecido "una severa crítica" (sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1991, y núm. 808/2009, de 21 de diciembre)". Y la Sentencia Tribunal Constitucional nº 212/2000, de 18 de septiembre de 2000 señala que "la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una 'revisio prioris instantiae', en la que el Tribunal superior u órgano ad quem tiene*





plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ('quaestio facti') como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ('quaestio iuris'), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la 'reformatio in peius', y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ('tantum devolutum "quantum" appellatum") ( ATC 315/1994, de 21 de noviembre, y SSTC 3/1996, de 15 de enero, y 9/1998, de 13 de enero).

A la luz de la doctrina expuesta y tras revisar la prueba practicada estimamos errónea la valoración que la sentencia apelada realiza del proceder de la demandante en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y gestión del expediente de su cliente ante la Agencia Tributaria pues conforme al Art. 43 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo a la "práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos" (...). " Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido. Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido."

Lo que ha de ser puesto en relación con el art. 28,2, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, sobre "Recargos del período ejecutivo" que establece que "El recargo ejecutivo será del cinco por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. 3. El recargo de apremio reducido será del 10 por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto en el apartado 5 del artículo 62 de esta ley para las deudas apremiadas".

Luego, no existe ninguna irregularidad fiscal por el hecho de agotar el plazo legal de 10 días naturales para acceder al contenido de la notificación electrónica de la AEAT y abonar antes del transcurso de dicho plazo la deuda tributaria en cuyo caso y en aplicación del artículo 28 LGT, la empresa Motal Servicios Auxiliares S.L. habría obtenido la devolución que le correspondía del 5% pagado en exceso en concepto de recargo.

Sin embargo, la cuestión debe centrarse en la valoración de si Estudio Tributario García S.L. incurrió en responsabilidad civil frente a su cliente Motal al descargar la notificación de la providencia de apremio el mismo día en el que esta hizo pago de la deuda tributaria, el día 4 de diciembre, impidiendo que el recargo se redujera al 5%, y si esa responsabilidad queda cubierta por el seguro de responsabilidad civil profesional que la demandante tenía concertada con la demandada, cuestiones que a la luz de la documental aportada han de ser resueltas afirmativamente.

Así, la respuesta al oficio remitido por esta Sala a la Agencia Tributaria, solicitando información sobre si la carta de pago perteneciente al deudor Motal Servicios Aux SL fue emitida con anterioridad a la notificación de la providencia de apremio de la deuda, sobre cuál fue el recargo aplicado y el motivo de dicho recargo, acredita que " La notificación de la providencia de apremio se puso a disposición de Motal Servicios Aux SL. (B86359981) con fecha 25-11-2019 en el buzón electrónico asociado a su dirección electrónica habilitada en el Servicio de Notificaciones Electrónicas.La carta de pago con número de justificante NUM001 se emite el 26-11-2019.Con fecha 04-12-2019, Motal Servicios Aux SL. (B86359981) accedió al contenido del acto objeto de notificación en el buzón electrónico asociado a su dirección electrónica habilitada en el Servicio de Notificaciones Electrónicas, entendiéndose así notificada la providencia de apremio en dicho día. Motal Servicios Aux SL. (B86359981) realizó el ingreso del importe total de la deuda con fecha 04-12-2019, mediante la carta de pago con número de justificante NUM001 . Por tanto, el pago de la deuda se realizó habiéndose notificado previamente la providencia de apremio y durante el plazo que se indica en el artículo 62.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , lo que conlleva la aplicación del recargo de apremio reducido (del diez por ciento) recogido en el artículo 28.3 de dicha Ley ".

En consecuencia, la prueba practicada acredita que el mismo 4 de diciembre en que el cliente iba a efectuar el pago, la demandante descargó la notificación de la Providencia de Apremio, actuación no intencionada que generó en el cliente la pérdida del beneficio por el pronto pago, encontrándose expresamente definido en la póliza como riesgo asegurado la responsabilidad civil "consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntariamente a clientes y terceros por hechos que deriven de su actividad como: Asesor Fiscal, Contable y Laboral".

Desde lo anterior consideramos que existe una omisión de la diligencia requerida, la especial diligencia y cuidado que se exige a un profesional contratado por su alta capacidad, conocimientos y experiencia pues al incumplirse las precauciones necesarias y los propios protocolos de seguridad de la empresa, se descargó la notificación de Hacienda antes del día de vencimiento del plazo que lo era el 5 de diciembre sin efectuar



la comprobación de que el cliente hubiera pagado previamente, lo que le ha supuesto a este un recargo de 14.045,17 euros en aplicación del art. 28 de la Ley General Tributaria, omisión de diligencia injustificable para un gestor profesional, perfecto conocedor de que el recargo ejecutivo se reduce al 5% cuando la totalidad de la deuda sea satisfecha antes de la notificación que negligentemente descargó, lo que estimamos queda cubierto por la póliza de seguro suscrita entre las partes, de " *Responsabilidad Civil Profesional*" que cubre según la propia póliza " *la Responsabilidad Civil que directa, solidaria y subsidiariamente pueda derivarse para el Asegurado como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntariamente a clientes y terceros por hechos que deriven de su actividad como: Asesor Fiscal, Contable y Laboral*", en relación con lo previsto en el artículo 3 de las condiciones especiales, determinándose como riesgos cubiertos de la cobertura de responsabilidad civil profesional (apartado 4), " *Quedan cubiertos los daños patrimoniales primarios, tal y como se definen en el apartado 3 Objeto del Seguro, que puedan derivarse de los errores profesionales en los que pueda incurrir el Asegurado en el ejercicio de la actividad profesional de Asesor Fiscal, Contable y Laboral, tal y como dicha actividad venga regulada en los estatutos, disposiciones y reglamentos vigentes. En particular por errores u omisiones incurridos en: 1. El asesoramiento y representación en materias fiscales, así como colaboración en la tramitación de asuntos fiscales y el cumplimiento de obligaciones tributarias.*" Y con las Condiciones Generales, el art. 1.1 (página 27) que determina que: " *En los términos y condiciones establecidas en la póliza, la Compañía toma a su cargo la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivarse para el Asegurado, de acuerdo con los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, como consecuencia de los daños y perjuicios causados involuntariamente a terceros por hechos que deriven del riesgo especificado en la presente póliza.*"

Se invocó por la aseguradora demandada que este hecho no estaba cubierto por el seguro por ser riesgo expresamente excluido en el apartado 32, punto 4, de las condiciones especiales, al tratarse de " *daños o perjuicios por retrasos, demoras o incumplimientos de los plazos previstos o pactados para la ejecución de los trabajos o servicios contratados a realizar por el asegurado*", exclusión que tiene carácter de condición limitativa de los derechos del asegurado en tanto que restringe, condiciona o modifica el derecho del asegurado a la indemnización, una vez que se ha producido el riesgo ( STS, Pleno, de 14 de julio de 2015, rec. 1241/2013, y STS 27 de septiembre de 2023, rec. 4117/2019), y limita sorprendentemente el riesgo ( STS de 25 de noviembre de 2013, RC 2187/2011) o, en palabras de la STS 953/2006, de 9 de octubre " *empeora la situación negocial del asegurado*" y que por ello ha de estar sometidas a los requisitos de incorporación previstos en el art. 3 LCS; esto es, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito, formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto ( SSTS 516/2009, de 15 de julio; 268/2011, de 20 de abril; 541/2016, de 14 de septiembre; 234/2018, de 23 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 418/2019, de 15 de julio), y que además han de concurrir conjuntamente ( SSTS 676/2008, de 15 de julio; 402/2015, de 14 de julio; 76/2017, de 9 de febrero y 661/2019, de 12 de diciembre), lo que no acontece en el caso de autos.

Todo lo anterior, sin embargo, no puede determinar la estimación íntegra de la demanda pues el demandante no ataca uno de los fundamentos de la desestimación, así que " *Por último, pese a que se aporta por la demandante documento de reclamación por la entidad MOTAL (documento nº 12) de los 14.045,17 euros que según la actora ha tenido que abonar en exceso, no consta que la demandante le haya abonado dicho importe a su cliente, o que éste le haya reclamado nuevamente el mismo*".

Llegados a este punto, y siguiendo la SAP de la Coruña de 3 de diciembre de 1999 (ponente Sr. Seoane Spiegelberg), la cuestión que se suscita es la de determinar si el actor está legitimado activamente, en su condición de asegurado, para reclamar, en nombre propio y para su patrimonio, que la compañía aseguradora le indemnice cuando no ha sido judicialmente demandado en tal sentido, ni condenado a satisfacer tal suma, ni abonado su importe a la víctima, careciendo de la representación de la misma, y no ejercitando una pretensión declarativa dirigida a la obtención de un pronunciamiento judicial, que proclamase la obligación de la compañía de seguros de hacerse cargo del daño causado a tercero, pues sólo en el supuesto de que el asegurado se vea en la precisión de abonar el importe de la indemnización correspondiente podrán proceder a su repetición contra el asegurado. Luego, de no haberse verificado el pago, lo que en ningún momento se ha alegado en la demanda, no podrá reclamar para sí la condena al pago de esa cantidad puesto que, en primer lugar, no ostenta la condición de perjudicado y, en segundo lugar, dejaría a la aseguradora expuesta a una nueva acción posterior del perjudicado, dados los términos en que se ha formulado la pretensión; y en el presente caso y tal y como aparece redactado el suplico del escrito de demanda, lo que se postula en él, y vincula al Tribunal, es que se declare la existencia de la Responsabilidad Civil por el perjuicio ocasionado a su cliente Motal Servicios Auxiliares SL en la cantidad de 14.047,17 euros; que se declare que dicha responsabilidad civil se encuentra cubierta por la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional nº NUM000 de la demandada y que se le abone directamente la suma reclamada. Luego, de no haberse verificado el pago, lo que en ningún momento se ha alegado en la demanda, no podrá reclamar para sí la condena al pago de esa cantidad.



En esa misma línea jurisprudencial, la STS de 16 de abril de 2008 señala que " *siendo riesgo asegurado mediante el seguro de responsabilidad civil el "del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho" ( art. 73 LCS ), un adecuado equilibrio entre el legítimo interés del asegurado en no adelantar su pérdida patrimonial, es decir aquello contra lo que precisamente se aseguró, y el interés no menos legítimo del asegurador en no verse expuesto a una acción directa del perjudicado fundada en el art. 76 de la misma ley tras haber pagado a su asegurado, aconseja la solución de que el asegurador habrá de pagar la indemnización a su asegurado no sólo cuando éste haya indemnizado a su vez al perjudicado sino también cuando hubiera sido requerido por éste a tal efecto y, como en el caso, el asegurado hubiera trasladado el requerimiento al asegurador y, ante la pasividad de éste, hubiera comenzado a cumplir su deuda para con el perjudicado, tal y como se desprende de las sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 1992 (recurso nº 137/90 ), 30 de enero de 1996 (recurso nº 2238/92 ), 26 de abril de 2001 (recurso nº 1072/96 ), 19 de mayo de 2005 (recurso nº 4438/98, referida a un seguro de defensa jurídica ) y 12 de diciembre de 2006 (recurso nº 641/00 )"*.

En consecuencia, si bien consta en el procedimiento que Motal formuló a la demandante reclamación extrajudicial (doc. 12 demanda) el 9 de marzo de 2020 y que la actora trasladó dicha reclamación a la aseguradora, sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido hasta la interposición de la demanda el 13 de abril de 2021, no consta que la demandante hubiera comenzado a cumplir su deuda para con el tercero perjudicado ya que ni en la demanda ni en el propio recurso se afirma que se haya indemnizado al perjudicado con cantidad alguna.

Por tanto, a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, no concurrirían en este caso los presupuestos necesarios para que el demandante, en su condición de asegurado, pudiera reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su cliente y que se derivaron de su negligente actuación profesional.

En consecuencia, aun considerando que la responsabilidad civil de Estudio Tributario García, S.L. por el perjuicio ocasionado a su cliente Motal Servicios Auxiliares SL se encuentra cubierta por la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional nº NUM000 concertada con la demandada, ésta no puede ser condenada al pago del importe reclamado en sentencia.

Como última cuestión, relevante en orden a resolver sobre la estimación o no parcial del recurso y de la demanda, y sobre la condena en costas, hemos de abordar si las pretensiones declarativas articuladas en los apartados a y b) del suplico, por los que se interesa que se declare la existencia de la responsabilidad civil de la demandante por el perjuicio ocasionado a su cliente y se declare que dicha responsabilidad civil se encuentra cubierta por la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional concertada con la demandada, constituyen una pretensión autónoma o si el ejercicio de las mismas debe considerarse un prius o simple antecedente del pronunciamiento condenatorio.

Como razona la STS 9 de mayo de 2016, rec Recurso 122/2014: "El art. 5 LEC establece que se puede pretender de los tribunales: 1. La condena a determinadas prestaciones. 2. La declaración de existencia de derechos y de situaciones jurídicas. 3. La constitución, modificación o extinción de estas últimas. 4. La ejecución. 5. La adopción de medidas cautelares. 6. Cualquier otra clase de tutela expresamente prevista en la ley. Por tanto, el litigante puede pretender la declaración de derechos o la condena al pago de prestaciones; en este segundo caso, la condena incluye dentro de su objeto, una previa declaración de derechos, que posibilite el pronunciamiento condenatorio. Nuestra jurisprudencia ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho, sin pronunciamiento condenatorio alguno, bien porque así considere restituida la paz jurídica o porque el pronunciamiento declarativo pretenda hacerlo valer prejudicialmente en otro proceso, o bien en otro proceso de nuevo cuño, que tan solo pretenda la condena ( sentencias de esta Sala de 8 de noviembre de 1994, 667/1997, de 18 de julio, 19 de noviembre de 2012 y 13 de junio de 2013). No obstante, el ámbito de estas acciones es restringido, pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica. Asimismo, toda acción declarativa ha de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita ( sentencias de esta Sala 64/1999, de 5 de febrero, y 661/2005, de 19 de julio, entre otras). La sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992, proclama al respecto que: "La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa". Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada



a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado".

De su aplicación al caso se sigue que la acción declarativa articulada en la demanda sí es autónoma de la condena al pago de cantidad y no tan solo un prius o antecedente de esta pues, como se desprende del escrito de contestación, el demandado sí se opuso a la declaración pretendida pues negó que la demandante hubiese incurrido en responsabilidad civil y que los hechos estuvieran cubiertos por el seguro concertado. Y porque dada la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes y la condición de asegurado del demandante, es evidente el interés de este, por la responsabilidad que su cliente pudiera exigirle, en que se declare que los hechos sí están cubiertos por el seguro de responsabilidad profesional concertado por la demandada.

Lo anterior determina que el recurso y la demanda sean parcialmente estimados.

#### **QUINTO.- Costas.**

La estimación parcial del recurso y de la demanda determina que no se haga expresa imposición de costas en ninguna de las instancias conforme a los arts. 398 y 394 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **III.- FALLAMOS**

**1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación** interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosa Rivero Ortiz, en nombre y representación de Estudio Tributario García, S.L., frente a la Sentencia número 105/2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid con fecha 10 de marzo de 2022 en su procedimiento Ordinario número 743/2021.

**2º REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia dictando otra por la que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda declaramos que la responsabilidad Civil de Estudio Tributario García S.L por el perjuicio ocasionado a su cliente Motal Servicios Auxiliares SL se encuentra cubierta por la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional nº NUM000 concertada con WR. Berkley Europe AG Sucursal en España, desestimando el resto de las pretensiones, sin expresa condena en costas.

**3º.-** No hacer pronunciamiento de las costas del recurso.

La estimación parcial del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma pueda interponerse recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.