



Roj: **SAP IB 411/2021 - ECLI:ES:APIB:2021:411**

Id Cendoj: **07040370032021100066**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2021**

Nº de Recurso: **510/2020**

Nº de Resolución: **82/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS ALBERTO IZQUIERDO TELLEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00082/2021

Modelo: N10250

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

-

Teléfono: 971-71-20-94 **Fax:** 971-22.72.20

Correo electrónico: audiencia.s3.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: MCB

N.I.G. 07040 42 1 2018 0022123

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000510 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000719 /2018

Recurrente: Juan Antonio

Procurador: ANA DIEZ BLANCO

Abogado: CARLOS ZAMBRANO GARCIA-RAEZ

Recurrido: CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, Pedro Enrique , Agapito

Procurador: JUAN JOSE PASCUAL FIOL, CONCEPCION ZAFORTEZA GUASP , MAGDALENA CUART JANER

Abogado: , BENJAMIN GIGANTE LOPEZ , CARLOS VAZQUEZ SARAZA

Rollo núm.: 510/20

S E N T E N C I A Nº 82/21

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Miguel-Álvaro Artola Fernández

MAGISTRADO/A/S:

Don Carlos Izquierdo Téllez

Doña Ana Calado Orejas



En Palma de Mallorca a 23 de febrero de dos mil veintiuno.

Esta Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación los presentes autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Quince de Palma bajo el número 719/18, Rollo de Sala número 510/20, entre:

D. Juan Antonio , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Díez Blanco, y dirigido por el Letrado D. Carlos Ramírez Zambrano, como actor apelante e impugnado; y

D. Agapito , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cuat Janer, y dirigido por el Letrado D. Carlos Vázquez Sarazá, D. Pedro Enrique , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Zaforteza Guasp, y dirigido por el Letrado D. Benjamín Gigante López, y la entidad "CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, S.A." (CASER), representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Pascual Fiol, y dirigida por la Letrada D^a Celia Pita Piñón, como demandados apelados, y el primero de ellos, además, como impugnante.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Don Carlos Izquierdo Téllez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número Quince de esta capital, en el Juicio Ordinario número 719/18, sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual, se dictó sentencia el 28 de abril de 2020, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

" Que, *DESESTIMANDO íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Díez Blanco, en nombre y representación de D. Juan Antonio , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados D. Agapito , D. Pedro Enrique , Y "CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, S.A." (CASER), de las pretensiones deducidas de contrario frente a cada uno de ellos, sin hacer expresa condena a ninguna de las partes al pago de las costas causadas en este procedimiento "*.

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido, dándose los oportunos traslados y formulándose por uno codemandado apelado impugnación, siguiéndose todo ello por sus trámites, y señalándose finalmente fecha para votación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- D. Juan Antonio formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual interesando que se dictara sentencia acordando los siguientes pronunciamientos: 1.- Que los demandados D. Agapito y Pedro Enrique habrán de indemnizar al actor con la cantidad de 34.814, 11 euros por los recargos por extemporaneidad, interés de demora y sanción que el actor ha tenido que abonar a la Agencia Tributaria, y ello con la responsabilidad civil directa de la entidad Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., más sus correspondientes intereses legales de dicha cantidad hasta el pago de la misma; 2.- Que D. Agapito , deberá abonar al actor la cantidad de 5.042,60 euros, importe de la factura indebidamente cobrada, más los intereses legales de dicha cantidad hasta su pago; 3.- La expresa condena en costas de los codemandados.

Los demandados, bajo su propia y respectiva representación procesal y dirección letrada, se opusieron a la demanda, interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la actora.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Tras considerar no suficientemente acreditado el contenido y vigencia del derecho alemán cuya aplicación invocaba la representación del codemandado D. Agapito , apreció falta de legitimación *ad causam* por no existir relación contractual entre el actor y los demandados (y, en cuanto a la aseguradora codemandada, de forma derivada); si bien, respecto a las costas, resolvió su no imposición.

Frente a dicha resolución se alza ahora en apelación la representación actora, interesando que se dicte sentencia por la que, revocando la de primer grado jurisdiccional, se estime íntegramente la demanda, con imposición de costas a las demandadas.

Los demandados apelados se han opuesto al recurso, interesando su íntegra desestimación, con imposición de costas a la parte apelante. La representación de D. Agapito ha formulado, además, impugnación de la sentencia, concretamente en cuanto a la desestimación de falta de legitimación pasiva conforme al derecho



alemán, entendiendo suficientemente acreditado el derecho extranjero e interesando su aplicación, así como en relación a la no imposición de costas a la parte actora.

A dicha impugnación se ha opuesto la parte apelante, interesando su desestimación, con imposición de costas al impugnante.

SEGUNDO.- La disconformidad de la parte apelante con el pronunciamiento desestimatorio de su demanda en la primera instancia se centra, de entrada, en la conclusión valorativa expresada por el juzgador *a quo* sobre la ausencia de relación contractual entre el actor y los letrados codemandados.

I.-/ La sentencia establece al respecto que *" si bien obran en autos, aportadas como documentos números 3 y 4 de la demanda, las minutas de honorarios reclamadas por el Sr. Agapito a nombre del demandante Sr. Juan Antonio , por importes de 5.538,19 euros y 5.402,60 euros, por la "aceptación" de las dos herencias encargadas por el albacea Sr. Grubner, y pagadas por el actor Sr. Juan Antonio , ello no supone que la relación contractual se hubiera entablado entre el demandante Sr. Juan Antonio y el co-demandado Sr. Agapito , sino que ello obedeció al hecho de que, en la fecha de emisión de las facturas, el albacea Sr. Grubner ya había fallecido, y, a que uno de los herederos del albacea, su hijo Robert Grubner, que estaba en contacto con el Sr. Juan Antonio , le comentó a éste último que iba a terminar el caso en nombre de su padre, y que faltaba pagar al Sr. Agapito , y si él tenía que pagarlo iba a pagarlo o si bien el Sr. Agapito le mandaba la "demanda" al actor, y el Sr. Juan Antonio le dijo al hijo del Sr. Grubner que, si al final él tenía que pagarlo todo, que el Sr. Agapito podía mandarle la factura directamente a él (Sr. Juan Antonio) "*. Añade la sentencia que tales hechos fueron *" reconocidos por el Sr. Juan Antonio en el acto del juicio en la prueba de interrogatorio practicada "*, y concluye de ello que *" la facturación directa al actor vino motivada por el fallecimiento del albacea Sr. Grubner, y por la decisión del propio demandante en connivencia con el heredero del albacea, pero no porque existiera relación contractual alguna entre el demandante Sr. Juan Antonio y el co-demandado D. Agapito ", ya que la relación contractual lo fue con el albacea Sr. Grubner, el cual (...), en su condición de albacea, no actúa en nombre y representación del heredero Sr. Juan Antonio , sino en cumplimiento del deber jurídico del cargo de albacea, de carácter personalísimo, lo que no es óbice a que no pueda encomendar a otra u otras personas la colaboración, auxilio o cooperación material o jurídica para gestiones concretas y singulares, como ocurrió en el presente caso, siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares "*.

II.-/ Frente a tal entendimiento de la sentencia, la parte apelante sostiene, en primer lugar, que su representado, en el interrogatorio practicado, *"no dijo que se ofrecía a pagar las facturas", sino que lo que dijo fue que Robert -el hijo de Grübner - le dijo que se pondría en contacto con el Sr. Agapito diciéndole que debería mandar la "demanda" -las facturas- directamente al propio Sr. Juan Antonio "*; y, en segundo lugar, que el albacea Sr. Grübner *"representó los intereses de Don Juan Antonio "*, al punto que el sr. Juan Antonio *" entendía perfectamente que se le enviaran los honorarios a él y no a Robert dado que su padre había actuado siempre representándole frente a los abogados en todo este asunto. (No había otros herederos más que él)"*. A lo que añade que el albacea era *" su representante en todo momento"*.

III.-/ No obstante, constatamos que en las alegaciones formuladas en el escrito de demanda no se mencionó la supuesta condición de *"representante de Don Juan Antonio "* que pudiera ostentar el Sr. Grübner. Así:

-En la demanda se dice que el albacea apoderó a los letrados Don Agapito y Don Pedro Enrique y les encomendó, en su calidad de abogados, el trabajo profesional de gestionar las herencias. Y que " los letrados codemandados se encargaron profesionalmente del asunto que les había encomendado el citado albacea y, finalmente, mi mandante les abonó las cantidades que le fueron reclamadas por escrito por el letrado Agapito , concretamente 5.538,19 € por las gestiones para regularizar la herencia que el fallecido Francisco recibió de Mariana (ya que Francisco no había declarado dicha herencia ante la Agencia Tributaria), y, además, la cantidad de 5.402,60 €, por tramitar la herencia aceptada por mi mandante del fallecido Francisco". Vemos, pues, que nada se dice acerca de que el albacea actuó en nombre y representación del demandante.

-Sin embargo, en el recurso de apelación se dice que en el presente caso, hay un solo heredero que no prescinde del albacea, sino que de común acuerdo con éste, incluidos préstamos personales, proceden a encargar a profesionales la realización de las gestiones necesarias para el pago de los impuestos, no teniendo que realizar el albacea ninguna otra actuación (...) y que "sus actos lo son de común acuerdo y en representación del único interesado, Sr. Juan Antonio ".

La cuestión ha quedado, además, expresamente planteada por la parte apelante al decirnos en su escrito de recurso que será esta Sala *"la que habrá de valorar la relación que unía al el Sr. Grubner y Don Juan Antonio y el encargo que el primero hizo en nombre del segundo a los letrados (...)"*.

IV.-/ Pues bien. La sentencia de primera instancia resolvía la cuestión planteada argumentando que *" no podría exigirse contractualmente frente a los aquí codemandados D. Agapito y D. Pedro Enrique por parte del*



demandante D. Juan Antonio , el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de un cumplimiento defectuoso de la gestión y liquidación impositiva de las dos herencias recibidas por el actor, al no haber contratado este último sus servicios, ni haber actuado el albacea testamentario Sr. Grubner designado como tal en el testamento de D. Francisco , otorgado en fecha 15 de febrero de 2013, en nombre y representación del heredero al contratar con los demandados "; a lo que añadía " sin perjuicio de la responsabilidad de quién les contrató (el albacea Sr. Grubner) frente al demandante por los daños y perjuicios que hubieran podido irrogar al actor la actuación de los colaboradores o auxiliares contratados por el albacea, el cual asume directamente la responsabilidad en que hubieran podido incurrir los mismos (...)".

Tal entendimiento encuentra su fundamento en el hecho de que el albacea, en tanto que encargado de ejecutar la voluntad del testador en interés de las personas favorecidas por éste, actúa en nombre propio y no en representación del heredero, a quien deberá rendir cuenta ex art. 907 CC. Se trata de un cargo de carácter personalísimo (en razón a la relación de confianza con el testador para ejecutar su última voluntad), sin perjuicio de lo cual puede en su ejercicio actuar por medio de auxiliares, ya sea para realizar actos de carácter material, ya sea para llevar a cabo actos de carácter jurídico, como cabría entender en el caso planteado, en el que el albacea testamentario contrata en el marco del art. 1544 CC -arrendamiento de obra o servicios-, en su propio nombre (ya que su "mandante" sería el testador cuyo fallecimiento propicia su actuación) y no en el del heredero, y es responsable no sólo de los actos propios sino también de los realizados por las personas de las que se auxilia para dar cumplimiento y ejecución a las disposiciones testamentarias. No es el heredero quien contrata con ellas, sino el albacea, como así lo indicó el propio demandante en su escrito de demanda, al decir, en el Hecho Segundo de la misma, que " *el citado albacea apoderó a los letrados DON Agapito Y DON Pedro Enrique , y les encomendó, en su calidad de abogados, el trabajo profesional de gestionar las herencias recibidas por mi representado* "-sic-. En consecuencia, es el albacea quien tiene acción para la reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual frente a aquellos a quienes contrató la prestación de sus servicios profesionales.

TERCERO.- Ahora bien. Sin perjuicio de lo acabado de exponer, en el caso que se nos plantea tuvo lugar una circunstancia sobrevenida durante la vigencia del encargo del albacea, cual fue el fallecimiento de éste antes de concluirse el encargo contratado, siendo que el importe de los servicios que aquéllos prestaron fue finalmente facturado al único heredero, esto es, el demandante, quien satisfizo su importe. Los efectos de ese pago por el actor, que por su condición de único heredero había de afrontar no sólo el pago de los impuestos (el obligado tributario era él, no el albacea, ex art. 5 de la Ley 29/1987, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones), sino también la deuda contraída por el albacea frente a las personas a quien contrató, como aceptó el codemandado Sr. Agapito al remitirle la cuenta de los honorarios profesionales, determina el traslado de los efectos negativos o perjuicios directamente al demandante por la gestión de los demandados.

Es evidente que la actuación del albacea para ejecutar la voluntad del testador ha de serlo en beneficio de la herencia. De ahí que tenga la obligación de rendir cuentas. En esa rendición podrá, por ejemplo, recobrar de ella las cantidades satisfechas anticipadamente en la gestión de la herencia, lo cual, si ésta pertenece a un único heredero, como es el caso, comportará que sea éste quien deba abonarle dichas cantidades. Y en ese régimen, el fallecimiento del albacea, en tanto que cargo personalísimo, comporta que sea el propio heredero único quien tenga que asumir y finalizar las gestiones desplegadas en torno a la herencia por el albacea (el cual, repetimos, tiene el deber de actuar en beneficio de la herencia -en interés de los herederos, en suma, aunque no como su representante-), de modo que estará legitimado para ejercitar las acciones correspondientes contra las personas con quien el albacea contrató; máxime cuando, como aquí acontece, la factura por los servicios prestados por encargo del albacea le ha sido girada a él como heredero (y, repetimos, obligado tributario en el Impuesto de Sucesiones, tanto en el efectivamente gestionado como en el que finalmente no lo fue, pues el albacea no estaba obligado, en nuestro caso, al pago de los impuestos ante la Agencia Tributaria de Illes Balears).

Consecuencia de lo expuesto es que las acciones que pudieran nacer por una deficiente ejecución o cumplimiento de las gestiones encargadas por el albacea en su cometido de realizar la voluntad testamentaria en interés de los herederos, pero que el propio albacea no haya podido ejercitar por haber fallecido, podrán ser ejercitadas por la herencia, personificada en nuestro caso en un heredero único, que es el demandante. Tales acciones no se pierden o extinguen por el fallecimiento del albacea, pues precisamente este hecho es el que determina que sean los propios herederos los encargados de ejecutar desde entonces la voluntad del testador (y de ahí que puedan ejercitar las acciones que en dicha función incumbían al albacea).

CUARTO.- A partir de la premisa expuesta (traducida, en definitiva, en la legitimación activa que ostenta el Sr. Juan Antonio), debemos examinar a continuación los hechos de los que, en su caso, podría derivarse la responsabilidad que se reclama a los demandados.



I.-/ El hecho generador de responsabilidad se relata por el actor del siguiente modo: En el año 2017, la Agencia Tributaria de las Islas Baleares inició un expediente de reclamación de pago de impuesto contra el actor indicando que tras la presentación de la escritura de fecha 26 de junio del 2014 (doc. nº 2 de la demanda), mediante la que se manifestó la herencia de los causantes, Doña Mariana y Don Francisco, no se confeccionó la autoliquidación de la herencia recibida del segundo causante (Francisco), procediendo la Agencia Tributaria a descontar como deuda deducible, las cantidades ingresadas por el actor correspondientes a la autoliquidación de la herencia de Mariana. La cuota pendiente de abonar resultó ser de 60.483,62 €, pero el impago derivó automáticamente en un recargo por extemporaneidad de 9.072,54 €, más unos intereses de demora de 5.927,19 €, lo que sumó un importe total de 75.483,35 €. A ello hay que sumar la apertura de un expediente sancionador como consecuencia de la omisión de la declaración, que dio lugar a una sanción de 19.814,38 € (se acompaña la comunicación de la Agencia Tributaria de 15 de marzo del 2017, a la que va unida la liquidación efectuada por la misma, por importe de 75.483,35 €, como documento nº 7. Y de documento nº 8 se aporta la notificación de la Agencia Tributaria de 10.07.17, imponiendo una sanción de 19.814 € por no liquidar el impuesto de la herencia de Francisco, y se aporta el justificante de ingreso bancario del pago de la sanción.

Se alega que los letrados codemandados realizaron la gestión de la herencia de la causante Mariana a través de la entidad Fidutia et Ensis Asesores S.L. (docs. 9 y 10 de la demanda). Sin embargo, y a pesar de cobrar los honorarios correspondientes por la tramitación de ambas herencias y el pago de los impuestos correspondientes, no informaron al actor de que quedaba por pagar el impuesto de la herencia de Doña Mariana, sino que sólo tramitaron una herencia (la herencia no declarada en su día y recibida por Francisco de la difunta Mariana), pero no tramitaron ante Hacienda la herencia recibida por el actor de Francisco tras el fallecimiento de éste. La consecuencia fue que el actor tuvo que abonar (además de la cuota correspondiente por la herencia no tramitada, de 60.483,62 €, que había de satisfacer en cualquier caso) los recargos por extemporaneidad, los intereses de demora y la sanción por no liquidar la herencia, lo que asciende a 34.814,11 euros, y una factura por un trabajo profesional no realizado pero que le cobró el codemandado Sr. Agapito, por importe de 5.042,60 euros.

II.-/ La representación actora centra su reclamación frente a los codemandados Sres. Agapito y Pedro Enrique a partir del apoderamiento que para la tramitación de las herencias les confirió el albacea Sr. Grübner.

Dicho apoderamiento se contiene en la cláusula Sexta de la escritura notarial de 26.06.14, por la que el Sr. Grübner acepta el cargo de albacea testamentario dispuesto por el testador Don Francisco. Dicha cláusula, denominada "Apoderamiento", es del siguiente tenor:

*"Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 de la ley del Notariado modificada por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, los comparecientes, Don Klaus-Peter Michael Grübner manifiesta que carecen en este momento del Número de identificación Fiscal, si bien se obligan a tramitarlo a la mayor urgencia posible, por lo que en este acto los otorgantes, autorizando expresamente la multirepresentación, confieren poder especial tan amplio como en derecho se requiera a favor de Don Agapito, mayor de edad, de **nacionalidad** alemana, residente en España, Abogado, casado, vecino de Palma de Mallorca, con domicilio en CALLE000, NUM000 y titular del NIE número NUM001 y con carta de identidad vigente en su país, número NUM002 y Don Pedro Enrique, Abogado, mayor de edad, soltero, vecino de Palma de Mallorca, con domicilio en PASEO000, NUM003 y con DNI y NIF número NUM004, para que cualquiera de ellos, con facultad de solicitar el NIE en nombre de los compradores, acompañando los documentos precisos, recogerlo, hacer cuantas declaraciones se precisen y, en su día otorgar en nombre de sus representados la pertinente escritura de subsanación, que acompañará a la presente, haciendo yo el Notario la advertencia de que hasta que se obtenga el Número de Identificación Fiscal y sea aportado para la subsanación, la presente escritura no podrá ser inscrita en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, donde proceda su inscripción. Los citados otorgantes, a quienes leo expresamente lo que antecede, se ratifican en lo que queda consignado y firman conmigo, el Notario, de lo que DY FE.*

Del mismo modo, faculta a los mismos, Don Agapito y Don Pedro Enrique, para que cualquiera de ellos pueda otorgar cualquier documento público o privado destinado a subsanar, complementar o aclarar la presente escritura, hasta lograr la plena inscripción en el Registro de la Propiedad, incluso solicitando, en su caso, la inscripción parcial, en el supuesto de que alguna de sus cláusulas o de los hechos, actos o negocios jurídicos contenidos en ella y susceptibles de inscripción, adoleciese de algún defecto, a juicio del Registrador, que impida la práctica de la misma. Cumplido dicho trámite, este poder referido a la aclaración, rectificación o subsanación de la escritura, quedará ineficaz de modo automático y sin necesidad de revocación expresa".

Ha sido objeto de controversia si el apoderamiento en cuestión comportaba el encargo del Sr. Grübner al Sr. Agapito y al Sr. Pedro Enrique no sólo para tramitar las herencias, sino que incluía también el encargo de liquidarlas. Mientras el actor apelante así lo entiende, atribuyéndoles de ese modo legitimación pasiva frente a la acción ejercitada y salvando que las actuaciones materiales en relación a la liquidación se hicieran en



nombre de la mercantil "Fidutia et Sensis Asesores SL" por su carácter instrumental dado que el Sr. Pedro Enrique es su administrador único, los demandados han sostenido, por el contrario, que el apoderamiento se limitó a la tramitación (obtención) del NIE -del que el albacea carecía, como se advirtió por el Notario en la escritura-, a fin de poder inscribir la escritura de aceptación en el Registro de la Propiedad; encargo que fue efectivamente cumplido por ambos -el Sr. Pedro Enrique portó materialmente el NIE a la Notaría, según ha manifestado-, de modo que, cumplimentada la gestión, finalizaba el apoderamiento.

La lectura de la cláusula de apoderamiento, como ha puesto de relieve de manera explícita la representación de CASER, sugiere en efecto que el encargo del albacea a los codemandados Sres. Agapito y Pedro Enrique se refería a la concreta gestión mencionada en torno a la obtención del NIE y que, una vez cumplimentada, determinaba la extinción automática del apoderamiento conferido.

Ahora bien. También observamos que la relación entre el albacea Sr. Grübner y el codemandado Sr. Agapito no se limitó al apoderamiento referido para subsanar la falta de NIE. Como ha quedado probado a través de los interrogatorios practicados, el Sr. Grübner era cliente del abogado Sr. Agapito y no sólo le encargó la cuestión del NIE, sino que contrató sus servicios también para la tramitación de la herencia, justificando el Sr. Agapito sus honorarios profesionales en la realización de todo el trabajo necesario para llegar a la aceptación (se ha referido a la tramitación y obtención de la certificación de herederos en Alemania, certificados de defunción, libro de familia, traducciones, "mucho papeleo", dice...). En cuanto a la liquidación de los impuestos de las herencias, el Sr. Agapito explica en el interrogatorio que siempre informa de ello a sus clientes -y por tanto también al Sr. Grübner-, y les pregunta si tienen su propia asesoría fiscal o si prefieren que lo haga la entidad "Fidutia et Sensis Asesores SL" (cuyo administrador único es el Sr. Pedro Enrique), que es con la que contacta el propio Sr. Agapito.

A partir de aquí, y como quiera que el Sr. Grübner se mostró conforme con que la tramitación de la cuestión fiscal se hiciera a través de "Fidutia et Sensis Asesores SL", el Sr. Agapito explica en el interrogatorio que él actuaba entre ellos (albacea-Fidutia et Sensis SL) como traductor e intermediario, ya que el albacea no hablaba español y el Sr. Pedro Enrique habla poco alemán. No obstante, debe matizarse que el codemandado Sr. Pedro Enrique ha explicado en el interrogatorio que fue el Sr. Agapito quien le encargó -se refiere a "Fidutia et Sensis Asesores SL"- la gestión de pago de impuestos (de hecho el Sr. Pedro Enrique reconoce que entregó su factura en el despacho del Sr. Agapito), concretamente liquidar las dos herencias, al punto que el propio Sr. Agapito llegó a pedirle expresamente (petición que no puede entenderse sino por cuenta e interés de su cliente el Sr. Grübner) que adelantara cierta cantidad (unos 5.000 euros) para cubrir el importe correspondiente a la liquidación de una de las herencias (la única que finalmente se liquidó), como efectivamente hizo entonces; como ha explicado también que, ante la falta de fondos para liquidar las dos herencias, el Sr. Agapito le transmitió la decisión (como decisión del albacea) de liquidar sólo una de ellas.

QUINTO.- Llegados a este punto, vemos que la prueba practicada acredita que la intervención del codemandado Sr. Agapito no quedaba reducida, pues, a las gestiones para la subsanación de la falta de NIE que advirtió el Notario, ni a ser un mero traductor o transmisor entre el albacea Sr. Grübner y la asesoría "Fidutia et Sensis Asesores SL". Su actuación fue en todo momento como abogado de su cliente, el Sr. Grübner, realizando acciones concretas que no se limitaban a obtener documentos para la tramitación de las herencias y obtener finalmente la inscripción registral, sino también otras acciones relacionadas con la liquidación de las herencias ante la Hacienda Pública. Así, además de lo expresado en el Fundamento precedente, vemos que:

-Ya en la misma escritura notarial de aceptación de 26.06.14 antes referida, vemos que en su apartado "manifestación fiscal", consta lo que sigue:

" El sr. Compareciente acredita mediante copia del Burofax dirigido a la Agencia Tributaria en fecha 12 de julio de 2013, por el que fue solicitado la petición de prórroga de plazo para la presente sucesión relativo a la documentación para la liquidación del impuesto de sucesiones, no habiendo obtenido respuesta de la Agencia Tributaria, Departamento de Gestión Tributaria, lo cual hace constar a los efectos de evitar el correspondiente recargo del impuesto de Sucesiones. Exhibe la prueba de entrega de la oficina de correos admitido el día 15 de julio del año 2013 con el resultado de entrega a su destinatario el día 16 de julio de 2013, todo lo cual dejo unido a esta matriz, mediante copia".

Y vemos que ese documento unido, aportado a la Notaría por el compareciente -el albacea Sr. Grübner-, consiste en la solicitud firmada por el Sr. Agapito en representación, se dice, de los Sres. Yolanda y Juan Antonio; lo cual permite inferir racionalmente, cuanto menos, que el Sr. Agapito participaba en la gestión en cuestión ante la Hacienda Pública (y que su intervención no quedaba por tanto limitada, como decimos, a una labor de traducción o puesta en contacto entre el albacea y la asesoría fiscal).

-Del correo electrónico dirigido el 09.03.17 por el Sr. Agapito al codemandado Sr. Pedro Enrique y a una mujer llamada Dolores (empleada, al parecer, de una gestoría de Sanlúcar de Barrameda asesora fiscal del



demandante -doc. 11 de la demanda-), a consecuencia de que le había llegado al Sr. Juan Antonio "una complementaria de unos 70.000 euros dado que se ve, que se había pagado solo los IS en la relación Mariana - Francisco pero no en la relación Francisco - Juan Antonio ?" -sic-, resulta que el Sr. Agapito manifiesta, sobre la falta de pago de la segunda herencia, lo siguiente: " *creo que lo hicimos a sabiendas y con la ayuda del albacea sr. Grübner (ahora también fallecido). Y si fue así, la complementaria está correcta y justificada*". Y añade " *Pero también podría ser que yo no tengo toda la documentación!*"

-Del interrogatorio practicado al Sr. Pedro Enrique resulta que éste tuvo que explicar al Sr. Agapito que la tributación por el impuesto de sucesiones no era al tipo del 1 %, como Agapito creía erróneamente, ya que dicho tipo del 1 % era aplicable en las herencias de padres a hijos, lo que aquí no ocurría. Esta información fue transmitida por el Sr. Agapito al Sr. Grübner, tal y como resulta de la carta que aquél le remitió a éste, fechada el 07.07.14 (doc. 4 de la contestación a la demanda del Sr. Agapito), en la que hizo constar lo siguiente: " *Advertencia: ¡La regulación del 1 % relativa al impuesto de sucesiones solamente es aplicable entre padres e hijos!*". Y a continuación concluía con " *Estoy a su disposición para cualquier pregunta*".

Es más. La referida carta incorpora el presupuesto cuyo pago debía abonar por transferencia el Sr. Grübner, detallándose entre las diversas partidas que se mencionan, una correspondiente a "Impuestos. Impuesto de Sucesiones (152.238,74 euros)". Ni esa partida ni ninguna otra diferencia entre las dos herencias que habían de liquidarse, ni se menciona ni se informa al destinatario que con dicho importe sólo se pagará una de ellas, ni que se va a intentar la prescripción de la otra. Y pese a que en el escrito de contestación a la demanda la representación del Sr. Agapito expone (Hecho Cuarto, propio) que " *ante la falta de fondos y con conveniencia del albacea se intentó buscar la prescripción de una de ellas*", lo cierto es que esta alegación no puede entenderse acreditada, ya que: a) en la herencia había fondos suficientes para afrontar el pago del impuesto no liquidado (así resulta de la lectura de la escritura de aceptación de 26.06.14, en la que figura suficiente dinero en cuentas -saldo de 45.000 euros en plazo fijo, y otro saldo de 137.026'28 euros en valores-, además de un inmueble, según el expositivo "Quinto. Inventario"), y b) no hay ninguna constancia documental de que el albacea Sr. Grübner conviniera con el Sr. Agapito la decisión de intentar evitar el pago del impuesto de una de las herencias a través del mecanismo de la prescripción.

Así, además de que no puede ignorarse que el obligado en el pago del impuesto de sucesiones es el heredero, no el albacea (art. 5 de la ley del Impuesto, ya citada -Ley 29/1987-), resulta que, independientemente de que el albacea Sr. Grübner hubiera adelantado dinero propio para el pago del impuesto de una de las herencias (luego reintegrado por el actor a la herencia del Sr. Grübner), lo que no podía desconocer ni dejar de informar el Sr. Agapito al Sr. Grübner era la posibilidad de abonar el impuesto con dinero de la herencia; posibilidad que resulta del art. 8, a, de la Ley del Impuesto de Sucesiones, cuando se refiere a " *el libramiento de cheques bancarios con cargo a los depósitos, garantías o al resultado de la venta de los valores que sea necesario, que tenga como exclusivo fin el pago del propio Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que grave la transmisión "mortis causa", siempre que el cheque sea expedido a nombre de la Administración acreedora del impuesto*". La parte actora hablaba en la demanda de que los demandados se olvidaron de liquidar uno de los dos impuestos, si bien posteriormente, ya en el informe final del acto del juicio y una vez acreditado que sí había dinero suficiente en la herencia para pagar los dos impuestos (cuando los demandados lo habían negado, lo que obligó a la parte demandante especialmente a realizar tal acreditación), expuso que los demandados no habían informado o asesorado al albacea Sr. Grübner sobre la posibilidad de utilizar fondos de la herencia para pagarla. Y, de hecho, el Sr. Pedro Enrique ha explicado que sólo presentó la liquidación de una herencia, y que si hubiera recibido los fondos para liquidar la segunda también la habría liquidado, pero no los recibió y carecía de mandato o poder para obtener el importe de la propia herencia.

La conclusión que de ello resulta es doble. Primera, que los demandados no han acreditado que el fallecido Sr. Grübner decidió que se dejara de pagar la segunda herencia procurando su prescripción; y, segunda, que el Sr. Agapito , siendo su abogado, no informó a su cliente Sr. Grübner, acaso por desconocimiento, o bien porque la empresa que propuso a su cliente para su tramitación -Fidutia et Ensis SL, que no ha sido demandada- no se lo dijo al propio Sr. Agapito (el Sr. Pedro Enrique y el Sr. Grübner no mantenían comunicación y no trataron entre ellos la cuestión), de que podía abonar el impuesto correspondiente a la segunda herencia con fondos de la propia herencia, sin necesidad, por tanto, de abonarlo con dinero propio. Es en este punto que entendemos justificada la acción de responsabilidad contractual del demandante Sr. Juan Antonio frente al codemandado Sr. Agapito por deficiente asesoramiento para la liquidación de la herencia, siendo clara la relación de causalidad entre dicha omisión o deficiencia y el resultado producido en cuanto a sanción, intereses y recargo en relación a la declaración del impuesto de la segunda herencia ante la Hacienda Pública que han sido objeto de reclamación y cuyas cantidades, que representan el daño indemnizable, han resultado documentalmente acreditadas, a saber: 9.072,54 € (recargo por extemporaneidad en la presentación de la declaración), 5.927,19 € (intereses de demora) y 19.814,38 € (por la sanción impuesta). A ello se añade el



importe correspondiente a la factura de 5.042,60 €, girada por la actuación profesional del Sr. Agapito en relación a la herencia no liquidada.

La Sala, sin embargo, no comparte la pretensión de la parte actora apelante en cuanto a la condena del codemandado Sr. Pedro Enrique. Fuera del encargo de apoderamiento a título particular, en virtud de la escritura notarial de aceptación de 26.06.14 (encargo que cumplimentó efectivamente con la obtención y entrega del NIE), ni él ni "Fidutia et Ensis SL" mantuvieron relación con el Sr. Grübner en relación a la liquidación de los impuestos de sucesiones, sino que en todo momento se mantuvo bajo las instrucciones del Sr. Agapito, con quien se comunicaba. De modo que la cuestión ya no es si el Sr. Pedro Enrique se valió de una sociedad mercantil como instrumento para cumplir el encargo del albacea y debe responder, como sostiene el apelante, o si su mercantil pretendía facturar al Sr. Juan Antonio, sino si la relación con el Sr. Agapito fue a título personal del Sr. Pedro Enrique o si quien actuó en el tráfico fue propiamente y desde el primer momento "Fidutia et Ensis SL", quien no ha sido demandada, sin que la cuestión de su responsabilidad pueda ser objeto de nuestro examen, pues ya se ha descartado la instrumentalidad de su intervención.

SEXTO.- Determinada la responsabilidad civil en cuanto al codemandado Sr. Agapito por resultar concurrentes los elementos que la integran, conforme resulta de lo expuesto y la aplicación de los arts. 1544 y 1.100 y 1.101 del Código Civil, corresponde analizar la responsabilidad de la entidad aseguradora CASER, contra quien se entabla la acción directa conforme al art. 76 LCS.

Examinada la póliza suscrita, aportada como documento núm. 1 de su escrito de contestación a la demanda, y sin perjuicio de la aplicación de la franquicia estipulada -franquicia fija por importe de 300 euros-, al tiempo de los hechos garantizaba el pago de las "indemnizaciones pecuniarias de que pudiese resultar civilmente responsable el asegurado por los daños patrimoniales que sufran sus clientes o terceros, derivados de errores profesionales en los que pudiese incurrir en el ejercicio de la Abogacía".

Acreditada la condición de abogado ejerciente en Mallorca del Sr. Agapito al tiempo de los hechos, y considerando que la razón por la que la emisión de las facturas ("demandas") como despacho alemán, según ha explicado el propio Sr. Agapito, vino motivada por la intención de favorecer al Sr. Juan Antonio en cuanto al IVA, ya que en Alemania el tipo aplicable era el 19 %, mientras que en España era el 21 % (y no porque el servicio de asesoramiento jurídico no fuera prestado como Abogado ejerciente en Mallorca, donde además se hallaban los bienes de las herencias y donde se habían de realizar las gestiones apoderadas y pago de los impuestos según su asesoramiento), concluimos que la entidad aseguradora viene obligada a responder solidariamente de la obligación de pago de la indemnización de daños y perjuicios derivados del error profesional en el asesoramiento jurídico que ha propiciado que el heredero venga obligado a afrontar frente a la Hacienda Pública el pago de las cantidades reclamadas y documentalmente acreditadas, en tanto representan el daño indemnizable, y que hemos concretado en el Fundamento precedente, ascendiendo su importe total a 34.814,11 euros; suma a la que habrá de restarse la cantidad de 300 euros, correspondiente a la franquicia.

SÉPTIMO.- La impugnación planteada por la representación del codemandado Sr. Agapito versa sobre dos aspectos de la sentencia. El primero denuncia la indebida inaplicación del derecho alemán. El segundo ataca el pronunciamiento sobre las costas procesales.

I.-/ Considera la representación del Sr. Agapito que se ha aportado a los autos suficiente prueba sobre el derecho alemán aplicable en relación a la figura del albacea y su naturaleza jurídica y que, pese a ello, el juzgador a quo no se ha pronunciado en cuanto a la valoración de la misma. Añade que la Ley 29/2015 y el art. 281.2 LEC permitían al juzgador solicitar de oficio ampliaciones a las autoridades correspondientes si le quedara alguna duda sobre la interpretación del derecho extranjero. Entiende, además, que no se formuló oposición al dictamen sobre derecho extranjero presentado por la propia representación, siendo innecesaria su ratificación en juicio. Concluye su alegación señalando que ya debería haber alegado y probado el derecho alemán la propia parte actora para fundamentar su demanda, pero no lo hizo, por lo que lo aportó la representación impugnante a fin de acreditar la falta de legitimación que resulta conforme al derecho alemán; siendo además posible la ampliación de la prueba del derecho extranjero en la segunda instancia, lo que ha intentado aportando un documento al efecto, que designa como "*ampliación de informe de derecho extranjero suscrita por el abogado alemán D. Eufemio Cascón, a los efectos de subsanar las deficiencias o posibles dudas detectadas por el juzgador a quo en la resolución de su informe inicial, y que en consecuencia deberán conllevar la aplicación del derecho alemán en la línea defendida por esta parte*".

La primera cuestión que se plantea en la sentencia apelada se refiere a la determinación de ley aplicable, toda vez que el procedimiento versa sobre el encargo efectuado a los demandados por el albacea testamentario D. Peter Michael Grubner, de **nacionalidad** alemana, el cual fue designado por D. Francisco, fallecido en fecha 17 de marzo de 2013, también de **nacionalidad** alemana, en el testamento otorgado en fecha 15 de



febrero de 2013, y el albaceazgo es una institución testamentaria típica de la sucesión, rigiéndose por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, conforme prevé el art. 9.8 Código Civil, esto es, por el Derecho alemán, en relación con el artículo 12.1 del Código Civil. Esto obligaba a establecer si había quedado debidamente acreditado el contenido y la vigencia del derecho alemán respecto a la figura en cuestión conforme al art. 281.2 de la LEC, correspondiendo la prueba del mismo al codemandado Sr. Agapito, que invocó su aplicación.

El juzgador explica en la sentencia por qué no estima cumplidamente acreditado el contenido, vigencia y autorizada interpretación del derecho alemán alegado, sin que lo allí expuesto, de manera amplia y razonada, haya resultado desvirtuado en esta alzada (la parte interesó la práctica de prueba en esta alzada sobre este extremo, resolviendo la Sala en sentido desestimatorio mediante su auto de 16.10.20). Es por ello que, de conformidad con lo previsto en el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, al no haberse acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero, el juzgador a quo -y esta Sala- resulta aplicable al caso el Derecho español, donde el albacea, como hemos relacionado en fundamentos precedentes de esta misma resolución, tampoco tiene la condición de representante de los herederos.

II.-/ En cuando al pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia que establece la sentencia apelada, la representación impugnante alega la indebida aplicación por el juzgador a quo del criterio de no imposición por la existencia de dudas de hecho o derecho previsto en el art. 394 LEC. A su criterio, no había dudas sobre la fijación de los hechos -concretamente la inexistencia de encargo del actor a los demandados sres. Agapito y Pedro Enrique - y, en cuanto a las dudas de derecho, la sentencia no refiere "jurisprudencia contradictoria sobre casos similares que permitiera despertar dudas sobre el carácter personalísimo del cargo de albacea".

La Sala no comparte el planteamiento del impugnante. El juzgador a quo motivó las dudas jurídicas respecto a la naturaleza jurídica del cargo de albacea testamentario en relación con el heredero y la relación de éste último con terceros que hubieren recibido encargos por el albacea. Es verdad, como sostiene el impugnante, que la sentencia no refiere la jurisprudencia contradictoria a que alude el art. 394.1 LEC, así como que está fuera de duda que el cargo de albacea es personalísimo. Sin embargo, en la exposición del juzgador a quo las dudas jurídicas se extendían a la relación del heredero con los terceros con quienes el albacea fallecido contrató. Y es evidente que sobre este punto ha recaído una parte significativa de la controversia, pues la falta de legitimación apreciada en la instancia ha precisado de un nuevo pronunciamiento en esta segunda que, revocando parcialmente aquél, lleva a concluir la misma en cuanto al impugnante pese a que no fuera representante del heredero.

Consecuentemente, la impugnación se desestima.

OCTAVO.- Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución parcialmente estimatoria del recurso de apelación, no procede condena en costas en esta alzada respecto al mismo.

En cuanto a las costas de la impugnación, y toda vez que la misma se desestima, procede la condena del impugnante al pago de las generadas en dicha impugnación.

En cuanto a las costas de la primera instancia, como quiera que en virtud de la estimación parcial del recurso la demanda queda sólo parcialmente estimada, debe estarse a la norma del art. 394 LEC, de cuya previsión resulta la no imposición de costas a ninguna de las partes.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de 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, se acuerda la devolución del depósito consignado para recurrir.

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de apelación y se desestima la impugnación contra la sentencia de primera instancia, la cual se revoca parcialmente. En su virtud, estimando parcialmente la demanda, se acuerdan los siguientes pronunciamientos:

1.-/ Que D. Agapito habrá de indemnizar al actor con la cantidad de 34.814, 11 euros que el actor ha tenido que abonar a la Agencia Tributaria, declarando la responsabilidad civil directa de la entidad Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., excepto en cuanto a la franquicia por importe de 300 euros, más sus correspondientes intereses legales de dicha cantidad hasta el pago de la misma.

2.-/ Que D. Agapito, deberá reintegrar al actor la cantidad de 5.042,60 euros, más los intereses legales de dicha cantidad hasta su pago.



3.-/ Absolvemos a D. Pedro Enrique de las pretensiones contra el mismo deducidas en este juicio.

4.-/ No se hace condena en costas de la primera instancia a ninguna de las partes.

5.-/ No se hace condena en costas del recurso de apelación.

6.-/ Se imponen a la parte impugnante las costas de la impugnación.

Procedase a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Recursos. - Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso **extraordinario por infracción procesal** o el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. **Órgano competente.** - Es órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. **Plazo y forma para interponerlos.** - Ambos recursos deberán interponerse ante este tribunal, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, mediante escrito firmado por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal. **Aclaración y subsanación de defectos.** - Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días. No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. **Depósito.** - En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, ha de aportar la parte el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección tercera de la Audiencia Provincial (0450), debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados indicados en el encabezamiento, procedase a su **notificación** y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.