

Concurrencia de culpas entre el asesor fiscal y su cliente

Análisis de la [SAP de Navarra de 17 de marzo de 2021, rec. núm. 341/2019](#)

Alberto Muñoz Villarreal

*Profesor contratado doctor (acr.) de la Universidad Autónoma de Madrid
Socio de Muñoz Arribas Abogados, SLP*

Extracto

El objeto de este comentario es analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 222/2021, de 17 de marzo, rec. núm. 341/2019, pronunciamiento importante no solo en el ámbito de la distinción entre culpa exclusiva de la víctima o concurrencia de culpas, sino también en el concepto del deber de diligencia de los asesores fiscales como elemento esencial de la responsabilidad civil.

1. Supuesto de hecho

Doña Amelia resultó heredera universal de su tía doña Belinda, y contrató los servicios de la entidad demandada para tramitar las gestiones de aceptación de herencia y liquidación de impuestos, facilitó la documentación requerida siendo la gestoría quien elaboró los documentos de aceptación y de liquidación tributaria, aplicando para ello un tipo fiscal reducido del 0,80 % para un edificio heredado de la causante y el tipo fiscal del 26 % para el resto de los bienes.

La Hacienda Tributaria de Navarra formuló posteriormente corrección de la liquidación, aplicando para todos los bienes heredados el tipo del 34 % correspondiente a la relación de parentesco entre la causante y la heredera, además se inició un expediente sancionador administrativo por falta de pago del impuesto sobre sucesiones en su integridad, del que derivó una sanción, siendo la sanción lo que reclama la demandante imputando para ello responsabilidad contractual a la demandada por incumplimiento de sus deberes contractuales como asesora.

La entidad demandada se opuso a la demanda negando prestar servicios de asesoría, sino por el contrario de mera gestión, cobrando en proporción a tal servicio y no al volumen del caudal hereditario. Destacaba además que la demandante actuó en todo momento asesorada por otra persona, doña Camila, siendo esta última la que tomó la decisión de presentar la liquidación tributaria conforme a los parámetros del tipo beneficiado (previsto para la relación entre hermanos respecto de viviendas en las que hubieren venido conviviendo) asumiendo que en caso de no aceptarlo Hacienda pagarían la diferencia conforme a la liquidación precedente. Negaba así la demandada haber incurrido en responsabilidad por razón de no haber prestado asesoría y haberse limitado a ejecutar los requerimientos de su cliente.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 estimó parcialmente la demanda, condenando a la entidad demandada a resarcir a la demandante el 50 % de la cantidad reclamada.

2. Doctrina del tribunal

La Audiencia Provincial (AP) de Navarra considera que sí queda probado que la señora Amelia contrató a la demandada para tramitar las gestiones relacionadas con la herencia de su tía doña Belinda, con la que convivía y de la que heredó un edificio en la CALLE000 de Pamplona y varios saldos en cuentas bancarias. E igualmente es indiscutido que, dentro de tales gestiones prestadas por la entidad demandada, se llevó a cabo la liquidación del impuesto sobre sucesiones, presentándose ante la Hacienda Tributaria de Navarra una autoliquidación aplicando el tipo beneficiado del 0,80 % al edificio sito en la CALLE000 de Pamplona y un tipo del 26 % para el resto de los bienes del caudal relicto (saldos bancarios).

Así indica en su fundamento jurídico tercero que:

el punto nuclear de la controversia es el relativo a la identificación de quién decidió presentar esa autoliquidación tributaria declarando con respecto de todo el edificio heredado el tipo beneficiado del 0,80 %, a todas luces improcedente porque: 1) la relación entre causante y heredera era la de tía y sobrina, y no la de hermanas; y 2) la convivencia entre ambas se produjo en una sola de las viviendas y no en todo el conjunto del inmueble (respecto de cuyo valor total se pretendió aplicar ese tipo beneficiado).

Pues bien, la prueba no acredita, como pretende la parte recurrente, que fuese la demandante ni por sí ni a través de su amiga Sra. Camila quien tomó aquella decisión. Por el contrario, la declaración testifical de la citada amiga de la demandante evidencia que la iniciativa de intentar esa liquidación surgió de la entidad demandada. Y ello en una declaración que resulta convincente porque, en igual sentido, ninguna prueba ha demostrado que la Sra. Camila ejerciese de asesora de la demandante ni que tuviese cualificación o conocimientos particulares como para ejercer tal asesoramiento y, más particularmente, como para conocer la existencia del tipo beneficiado en la legislación fiscal. El único hecho verdaderamente probado es que la Sra. Camila trabajó como empleada de banca en ventanilla, de lo que no cabe extraer un singular conocimiento de la normativa tributaria navarra, pues quedó claro, revisado su interrogatorio, que en tal condición profesional no se encargaba de elaborar documentación fiscal, sino por el contrario únicamente de tenerla a la vista para ejecutar el ingreso bancario de la liquidación correspondiente.

El testimonio de la Sra. Camila dejó claro que esa iniciativa de declarar el impuesto respecto del edificio a un tipo beneficiado y no correspondiente partió de la entidad demandada. Y este hecho permite por sí solo dirimir una de las controversias suscitadas en el pleito y traída a esta segunda instancia: con independencia de que Testamentos de Navarra no se publicitase en el año 2015 (en que sucedió la contratación que nos ocupa) como asesoría y con independencia de que fuese una mera gestoría, es notorio que en este caso concreto, y con respecto de la elaboración de la autoliquidación del impuesto en particular, la entidad demandada sí brindó de manera material, real y efectiva una labor de asesoría, más allá de

la mera gestión del interés de su cliente, por cuanto no se limitó a ejecutar dicho interés sino que determinó específicamente cómo articular el mismo en cuanto a su contenido. La decisión de liquidar en un determinado tipo que no es el común y ordinario correspondiente, sino que es uno singular y especial previsto en la legislación tributaria para unas determinadas circunstancias, trasciende claramente de lo que es una mera labor de llevanza y gestión del asunto del cliente y alcanza materialmente a una labor de asesoramiento dado el conocimiento previo de la legislación fiscal que comporta y la consideración de que se podía intentar ajustar a tal previsión legal el supuesto de hecho del cliente (cuando por el contrario, como hemos indicado y evidenció posteriormente la Administración tributaria, ello no era factible). La actuación de la demandada incidió determinadamente en los términos en que fue presentada la declaración ante Hacienda, no solo gestionando o tramitando la misma sino determinando materialmente su concreto contenido.

No consta acreditado ningún conocimiento particular en la materia ni de la demandante ni de su amiga Sra. Camila, por lo que, al contrario, la contratación de los servicios de la entidad demandada se efectuó en la confianza en su profesionalidad y conocimiento del ramo, servicios entre los que prestó, como decimos, una forma de asesoramiento real y material a la hora de determinar el tipo impositivo bajo el cual presentar la autoliquidación del impuesto de sucesiones.

De manera que desestima el recurso de apelación interpuesto por la gestoría y confirma la sentencia de primera instancia, que condenaba a la gestoría al 50 % de la cantidad reclamada.

Pero la sentencia aquí analizada va más allá, y citando la Sentencia de la AP de Cádiz 197/2015, de 29 de septiembre (rec. núm. 36/2014 –NFJ083868–), considera, fundamento jurídico tercero, que:

la eventual aceptación por parte de la cliente de una propuesta de declaración tributaria irregular, propuesta efectuada por el profesional gestor o asesor que contrata para realizar todos los trámites hereditarios, no es un hecho que exima por completo de toda responsabilidad a dicho profesional, puesto que por el contrario la prestación de sus servicios requiere, en unos servicios como los que nos ocupan, que los mismos se ajusten materialmente a la validez legal de la propuesta de liquidación tributaria [...]

Adicionalmente, en la hipótesis planteada por la recurrente (y que no consta acreditada como ha quedado dicho), en la que habría sido la cliente la que directa o indirectamente decidió presentar la liquidación tributaria incorrecta, la diligencia exigible a su labor, incluso como mera gestora de sus intereses, habría conllevado la necesidad de consignar de modo expreso esa irregularidad, su improcedencia y sus posibles consecuencias. No consta sin embargo en el caso que nos ocupa ninguna salvedad ni advertencia documentada. Antes, al contrario, una vez incoado el expediente administrativo de regularización consta aportado en el mismo un

documento de alegaciones a la propuesta de liquidación en la que es la entidad demandada, en primera persona, la que reconoce que cometió un error.

3. Comentario crítico

Desde hace tiempo hay numerosas sentencias de diversas AP que, en los supuestos en los que procede, aplica la concurrencia de culpas entre el obligado tributario y su asesor cuantificada en un 50 %, así por ejemplo cuando se orquesta una presentación de tributos tendente a disminuir la tributación de su cliente conllevando una indebida tributación, tanto en los casos en que hay connivencia entre asesor y cliente como en los supuestos que sea ideada por el asesor fiscal pero con conocimiento de su cliente (Sentencia de la AP de Huelva 553/2017, de 6 de octubre [rec. núm. 87/2017 –NFJ083869–]).

También es aplicable la concurrencia de culpas en supuestos tales como el analizado en la Sentencia de la AP de Huelva 582/2017, de 25 de octubre (rec. núm. 179/2017 –NFJ083871–), en la que el juzgador razona que, fundamento jurídico tercero, dado que

no se considera acreditado por el actor, a quien corresponde la carga de la prueba, que la demandada se ocupara de la totalidad de la contabilidad de la empresa del actor, pues no existe ninguna prueba documental que lo corrobore, la demandada lo ha negado y las declaraciones de los testigos resultan insuficientes al efecto. Tampoco se ha acreditado si el actor facilitó o no a la demandada toda la información relativa a sus ingresos y gastos.

Así las cosas, y al margen de que el actor facilitara o no a la demandada toda la información relativa a sus ingresos y gastos, este Tribunal considera que existe concurrencia de culpas en un 50 % en la actuación de don Millán y doña Valle. En cuanto al primero, porque no es lógico que un comerciante se desentienda del aspecto fiscal hasta el extremo de no darse cuenta de que se están declarando menos ingresos de los habidos y efectuando deducciones improcedentes, cuando a la postre el beneficiario del ahorro fiscal es él. En cuanto a la segunda, porque debió exigir al cliente que le facilitara toda la información necesaria para la correcta confección de las declaraciones tributarias y cerciorarse antes de presentarlas que los ingresos eran los realmente existentes y que las deducciones efectuadas eran procedentes, cosa que evidentemente y a tenor de los resultados no hizo. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en la sentencia de 6 de octubre 2017 (Recurso de Apelación 87/2017), la sentencia de la Sec. 3.^a de la AP de Valladolid de 22 de septiembre de 2016 (ROJ: SAP VA 911/2016) y la de la Sec. 5.^a de la AP de Zaragoza de 22 de abril de 2015 (ROJ: SAP Z 912/2015), entre otras muchas.

En este sentido, la Sentencia de la AP de La Rioja 40/2018, de 8 de febrero (rec. núm. 845/2016 –NFJ083872–), fundamentos jurídicos tercero y quinto, indica que:

no puede escudarse la demandada en el pretendido desconocimiento de la situación real de la actividad de los actores, cuando no acredita tal desconocimiento, y, además, pudo y debió conocer con exactitud la situación real de la actividad desarrollada por los actores, a los que debió indicar la necesidad de tributación [...],

es más, la Sentencia de la AP de Zaragoza 142/2017, de 21 de abril (rec. núm. 16/2017 –NFJ068550–), fundamento jurídico quinto,

ello supone que no pueda exigirse al demandante que esté pendiente del contenido de sus declaraciones fiscales, dado que, como ya ha dejado sentado, el alcance de los deberes de un asesor fiscal comporta que el cliente pueda desentenderse de sus obligaciones en esta materia, en la confianza de que el profesional prestará sus servicios con la diligencia debida.

Así pues, nos encontramos ante las siguientes situaciones:

1. Hay convivencia entre el asesor fiscal y su cliente, o al menos este consiente, siendo ambos conscientes de que el tributo no se liquida de acuerdo con la normativa vigente

En tales supuestos el legislador podría optar por imponer una sanción al asesor fiscal que, sin hacer una interpretación razonable de la norma sino siendo plenamente consciente de que la declaración tributaria no se ajusta a derecho, presenta la misma con el conocimiento y visto bueno de su cliente, pero no procede, entendemos, considerar que haya incurrido en responsabilidad civil.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) 52/2018, de 1 de febrero (rec. núm. 2073/2015 –NJC063053–), indica en sus fundamentos jurídicos noveno y décimo, que:

como resulta de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial y que hemos declarado lógica y ajustada a derecho, el representante de la asesoría fiscal (Serfín) no engañó ni actuó a espaldas de su cliente (demandante), sino en connivencia con el mismo, resultando beneficios económicos tanto para el cliente como para la asesoría fiscal.

Por lo tanto, la sociedad demandada no ha incurrido en dolo ni en negligencia, razón por la que se ha de desestimar la demanda interpuesta contra ella y también contra D. Mateo, como persona física, pues no se ha ejercido violencia ni intimidación, tampoco engaño pues la práctica elusoria de impuestos efectuada por las partes, se desarrolló con la necesaria colaboración de ambos, de común acuerdo, y sin inducción o imposición.

[...]

1. El demandante no es perjudicado, por lo que no puede ampararse en el ejercicio de la acción del art. 76 de la LCS.

El demandante no puede pretender repercutir sobre la aseguradora de su asesoría fiscal, los pretendidos perjuicios que le ha irrogado su propia conducta elusoria, comprando facturas, que no se corresponden con bienes o servicios reales, para reducir la carga tributaria.

Es perjudicado, quien sufre daños en su persona o patrimonio por la acción intencionada o negligente de otra persona, y ello no acaece en este caso, pues el pretendido perjuicio padecido se debe a la propia conducta consciente de la parte demandante.

2. La mala fe (que no culpa) contractual que se puede apreciar en el demandante es compartida con su asesoría fiscal, de forma que los dos operaron en unidad de acto e intención, no degradando o moderando, la una la del otro, sino siendo las dos de inescindible importancia, en orden a provocar el resultado elusorio apetecido.

Por ello, procede desestimar el motivo, dado que en la sentencia recurrida se interpreta la normativa legal con arreglo a derecho y en base a la jurisprudencia que analiza el art. 76 de la LCS, sin que concurra en la sentencia la pretendida desviación que inexplicablemente articula la parte recurrente.

2. El cliente aporta datos inexactos o falsos a su asesor fiscal y este no se percató de ello

En el segundo supuesto, estamos exigiendo un deber de diligencia al asesor fiscal mayor, por ejemplo, que el que se exige al auditor de cuentas de una empresa que cotiza en bolsa, pues la obligación del auditor no alcanza a detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores o directivos, sino solo aquellos que una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto. El TS especifica que debe darse la concurrencia del presupuesto «efecto significativo», que pudiera tener el incumplimiento de normas de auditoría sobre el resultado de su trabajo, es decir, el requisito del «efecto significativo» debe contextualizarse considerando la naturaleza y fin que caracteriza a la auditoría puesto que se trata de otorgar el máximo grado de confianza, transparencia y fiabilidad a la información auditable, en cuanto representativa de la situación patrimonial, financiera y económica de la entidad auditada. En definitiva, el Alto Tribunal considera que el auditor no es el vigilante o garante último de la transparencia de la información económico-contable de la empresa auditada, y solo les es exigible que detecten los errores o fraudes, que se pudieran haber cometido en la elaboración de las cuentas anuales, que deben descubrirse mediante una ejecución correcta y diligente de su trabajo.

A nivel personal considero excesivo el deber de diligencia que en virtud de las más recientes sentencias de las audiencias se está exigiendo a los asesores fiscales, pues estos no son garantes *ex lege* de la realidad de las afirmaciones de sus clientes, sin olvidar que

la relación entre este profesional y su cliente se basa en un principio de confianza (como en tantos otros profesionales, como por ejemplo los abogados), pero no ya solo del cliente a su asesor sino también del asesor a su cliente.

En estos supuestos no hay (o no debería) responsabilidad civil alguna del profesional pues este actúa de acuerdo con la *lex artis* y su error (no percatarse del engaño) no genera el daño (sanción tributaria e intereses de demora) pues se ha roto el nexo causal por culpa exclusiva de la víctima (el cliente) que asumió el riesgo de la sanción e intereses y una vez materializados pretende que lo asuma la compañía de seguros del profesional, ejercitando una acción de responsabilidad civil contra el profesional, en lo que podemos denominar abuso de derecho o fraude procesal.

Bibliografía

Muñoz Villarreal, A. (2010). La responsabilidad civil del asesor fiscal: estudio jurisprudencial. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 55(10), 6-26.

Sánchez Pedroche, J.A. (2007). *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*. CEF.