

La responsabilidad civil de los asesores fiscales y laborales

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

EXTRACTO

Los asesores fiscales, y en menor medida los laborales, constituyen una profesión carente de regulación específica y estatutaria en nuestro país, de modo que ninguna norma exige que hayan de tener una determinada titulación o tengan que estar colegiados en este o aquel colegio profesional. Ahora bien, este hecho no exime a estos profesionales de ser objeto de una reclamación en materia de responsabilidad civil, y si bien existen muchas similitudes con los supuestos de responsabilidad civil de los abogados, la realidad es que tienen también sus propias peculiaridades en la materia que este caso se intenta abordar. Sobre todo debe prestarse atención a la dificultad de delimitar el campo objetivo de conocimientos de los cuales deberá responder un asesor fiscal.

Palabras clave: responsabilidad civil contractual; responsabilidad civil de los asesores fiscales y laborales.

Fecha de entrada: 15-11-2018 / Fecha de aceptación: 29-11-2018

ENUNCIADO

Ana es una médica jubilada que, por su cargo profesional desempeñado durante años, depende a efectos de su jubilación de Clases Pasivas; lleva desde noviembre de 2010 jubilada, pero tiene varios locales en Madrid recibidos por herencia, y los tiene todos alquilados, percibiendo sus rentas puntualmente. Desde hace más de 20 años, la asesoría fiscal de Ana lleva todas las cuestiones fiscales y tributarias de la misma, presenta sus declaraciones de la renta y resto de cometidos propios de esta actividad, incluyendo los arrendamientos de los locales. Por supuesto, su asesoría conoce todo lo referido a la jubilación de Ana.

El hijo de Ana es quien desde hace años está encargado de todas las gestiones no fiscales referidas a los locales, y Ana se ha planteado la posibilidad de realizar un contrato de trabajo a su hijo como asalariado suyo, de modo que ella se pueda desgravar el gasto de salario de su hijo ante Hacienda y así le saldría más ventajoso desde el punto de vista fiscal. Ha acudido a su asesor fiscal en junio de 2015, para exponerle esta consulta, y el mismo le ha indicado que se trata de una cuestión sobre todo laboral, y que ellos no trabajan esa área de consultas, ante lo cual ha remitido a su cliente a otro asesor laboral suyo de confianza para que la aconseje adecuadamente.

Ana acude al asesor laboral y este le indica que lo único que tiene que hacer es darse de alta en el Registro Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), y esta asesoría le da de alta y le hace todas las gestiones.

Un año después, Ana recibe una notificación de Clases Pasivas poniendo en su conocimiento que le ha quedado suspendida el pago de su pensión de jubilación pues al estar de alta en el RETA, está realizando una actividad incompatible y además se le inicia un expediente de reintegro para que devuelva los importes de las pensiones de ese año.

Ana ha presentado una demanda por responsabilidad civil contractual contra los dos asesores, fiscal y laboral, que no la aconsejaron adecuadamente y que no fueron capaces de apercibirse de esta incompatibilidad, exigiéndoles a ambos solidariamente el importe que a ella se le reclama por parte de la Administración pagadora de su pensión. Por parte del asesor laboral se manifiesta que ninguna responsabilidad puede tener, ya que el asesor fiscal nunca le dio el dato de que Ana estaba jubilada. Ana ya había estado dada de alta por medio del modelo 036 en el Censo de Em-

presarios, pero ello no era incompatible con su pensión al carecer de asalariados. Igualmente por ambos asesores se manifiesta que la consulta de Ana era de pura gestión de trámites, pues ella ya sabía que tenía que estar dada de alta en el RETA y por lo tanto no buscaba una asesoría verdadera.

Informemos sobre la responsabilidad de ambos asesores y si la misma puede concurrir.

Cuestiones planteadas:

- Régimen jurídico de los asesores fiscales.
- Responsabilidad civil contractual y ámbitos de conocimiento de los asesores.
- Jurisprudencia actual en la materia.

SOLUCIÓN

Necesariamente debemos referirnos al régimen general de los asesores fiscales y de su responsabilidad civil (igualmente aplicable a los asesores laborales), al objeto de delimitar el contexto en el que se desarrolla la actividad asesora de las codemandadas.

El derecho positivo no ha definido en España la figura del asesor fiscal (SAP de Madrid de 3 de julio de 2000), lo que obliga necesariamente a delimitar sus perfiles con base en las decisiones que sobre sus responsabilidades civiles se han dictado de forma abundante por nuestros tribunales. Son sus principales funciones la de asesoramiento o consultoría, asistencia técnica en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y la defensa del cliente, no ante los tribunales, al ser ello competencia exclusiva del abogado.

El asesoramiento consiste en orientar al cliente mediante el consejo sobre los distintos beneficios fiscales en la adopción de decisiones económicas; dice la STS de 22 de enero de 2003, que «el asesor es tan solo quien aconseja, quien ilustra el parecer o, si se quiere, quien con sus conocimientos especializados completa la formación del recto criterio ajeno, sin el más mínimo atributo de suplencia en la manifestación de voluntad del asesorado». Y por su parte, la STS de 4 de abril de 2002, destacando la faceta puramente gestora del trámite, nos dice que «una vertiente es la de carácter predominantemente mecánico, adjetivo, burocrático y otra consiste en el asesoramiento jurídico o económico y contable que pueda necesitar el contribuyente para el correcto cumplimiento de sus deberes fiscales».

La falta de una normativa acerca de la profesión de asesor fiscal hace que se tenga que acudir a los preceptos de la teoría general de las obligaciones y los usos profesionales para integrar

el necesario contenido contractual. No hay en España una regulación que fije los requisitos para el desempeño de esta profesión, no hay un reconocimiento normativo ni una delimitación legal del contenido de misma, como sí se da para otras profesiones que también ejercen la asesoría fiscal, como es el caso de los auditores, abogados o economistas.

Concluyendo, el único requisito exigido actualmente para ejercer como asesor fiscal es darse de alta en el epígrafe correspondiente del impuesto sobre actividades económicas, no está sometido a ningún control de organización profesional y no existe ninguna regulación ni estatuto profesional de carácter general. De hecho, la plena vigencia de todo lo precitado se pone de manifiesto en las propias fundamentaciones jurídicas de fondo de la demanda y de las dos contestaciones a la misma, en las cuales se articula la existencia o no de responsabilidad civil de este profesional con base en los preceptos del Código Civil.

Ahora bien, nuestros tribunales de manera uniforme estiman que la naturaleza de esta relación, del cliente con su asesor, es una obligación de medios, no de resultado, y, por lo tanto, una actuación de este ignorando los conocimientos técnicos que se le suponen, o si no lleva a cabo los tendentes a procurárselos, generaran responsabilidad civil (SAP de Las Palmas de 20 de mayo de 2007). En consecuencia, la responsabilidad existirá no si no se consigue el resultado perseguido, sino si en esa actividad no se ha prestado la diligencia profesional debida, a no ser que pruebe que actuó con criterios razonables y defendibles desde y dentro del marco jurídico (SAP de Valencia de 23 de abril de 1998) y con diligencia, ajustándose a las posibilidades del ordenamiento y a criterios doctrinales y jurisprudenciales (SAP de Las Palmas de 20 de mayo de 2007).

Dentro de las obligaciones esenciales e imprescindibles que son exigibles al asesor, y cuyo incumplimiento ha sido generador de numerosas condenas, se halla el deber de información al cliente, ya que de una información adecuada y completa deriva la correcta formación de su voluntad a la hora de adoptar la mejor decisión para sus intereses. Bien por desconocimiento de la normativa, o por negligencia en sus funciones, hay ocasiones en que el asesor incurre en la falta de información pertinente a su cliente; la SAP de Salamanca de 5 de diciembre de 2002 señala, en relación con el incumplimiento de información propia de un contrato de prestación de servicios de un asesor fiscal, que «la obligación de información que en estos contratos *intuitu personae* deriva del deber genérico de fidelidad con el cliente, impuesto a su vez por la buena fe como elemento integrador del contenido normativo del contrato, *ex art.* 1258 CC (SSTS de 28 de enero de 1998, 25 de marzo de 1998 y 14 de mayo de 1999). Surge entonces un deber de informar según criterios (nuevamente) de la *lex artis ad hoc*, como consecuencia del juego integrador de la buena fe en el contenido normativo de los contratos que converge en el deber genérico de fidelidad y que puede tener también sustento normativo en la obligación de información a consumidores y usuarios prevista con carácter general en el artículo 13.1 LGDCU, a la vista de la tendencia a la ampliación del concepto de consumidor operada tras la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (*cf.* arts. 1.2 LGDCU y art. 2 LCGC) (STS de 14 de mayo de 1999). Ese deber genérico de información al cliente debe ser adecuado en extensión, contenido y forma y debe extenderse al suministro puntual de consejos sobre po-

sibilidades y a la advertencia de posibles consecuencias negativas en atención a determinadas maniobras contable-fiscales a iniciativa del cliente».

La SAP de Badajoz de 9 de enero de 2007 condena a un asesor fiscal por «inobservancia del deber de información, deber que, cada día más, y cada vez en mayor número de sectores de la vida jurídica, económica y de relación, se revela como esencialmente relevante y que forma parte, al menos implícitamente, de determinada clase de obligaciones». La SAP de Castellón de 21 de enero de 2004 condena a un asesor que incurrió en una falta de diligencia debida, consistente en omitir a su cliente toda consideración o asesoramiento sobre el riesgo de caducidad del derecho a compensar un crédito tributario. La SAP de Barcelona de 24 de marzo de 2010 condena a un asesor que no advirtió a su cliente de la obligación de tributar en estimación directa.

Igualmente es sencillo hallar en nuestra jurisprudencia de casos de incumplimiento por parte del asesor en su deber de informar adecuadamente a su cliente, ante los requerimientos de la Administración tributaria. La conclusión de todo ello solo puede ser una: resulta constitutivo de una grave negligencia por parte de los asesores hacia sus clientes el defecto de información consistente en omitir al mismo, ya sea por desconocimiento o por otros motivos, toda aquella que fuere relevante para permitir la formación de su voluntad a la hora de decidir, y ello es lo que precisamente acaeció en nuestro caso, como se razonará.

Descrito con cierto grado de detalle este régimen, la aplicación de la anterior doctrina a nuestro caso solo puede llevarnos a una íntegra condena a las dos asesorías codemandadas. Como indica la SAP de Barcelona de 9 de junio de 2005, «la culpa contractual implicaría una actitud negligente y descuidada en la realización del servicio contratado, pues no cabe desconocer que el demandado es contratado por poseer unos especiales conocimientos contables y financieros, que pone a disposición del demandante, siendo la actuación contraria a la praxis profesional que se le presupone, lo que justificaría la responsabilidad que se le reclama».

La culpa profesional es la imprudencia del profesional en el ejercicio de su específica actividad técnica o facultativa, y en la que el soporte está constituido precisamente por lo específico de la profesión. «En todo caso es exigible que tal actuación de encauzamiento de la pretensión del cliente se efectúe con rigor y fundamento, pues cuando se obvian y prescinden de tales pautas da lugar a comportamientos graves y palmarios significativos de tal negligencia (SAP de Valencia de 23 de abril de 2008)».

Ana disfrutaba desde noviembre del año 2010 de una pensión de jubilación voluntaria que le era abonada en régimen de Clases Pasivas, al ser la misma funcionaria perteneciente a uno de los colectivos que gestionan sus jubilaciones de acuerdo con el citado régimen. Este dato era plenamente conocido por su asesor fiscal desde hace 20 años y le presentaba las declaraciones de renta, pero, además, la demandante poseía un cierto patrimonio personal de inmuebles que explotaba en régimen de alquiler, encargándose su hijo desde hacía un tiempo de todo lo referido a los citados arrendamientos. En el año 2012, ya estuvo la actora dada de alta en el registro de empresarios, al que se accede por medio del llamado modelo 036, si bien este dato carece de la trascendencia jurídica a la hora de valorar la negligencia profesional objeto de estos autos.

En junio de 2015 la señora Díez acude a quien era su asesor fiscal desde hace más de 20 años, para exponerle las posibilidades de que «la tributación de los rendimientos de esos bienes inmuebles se hiciera bajo una actividad económica conjunta, en vez de como renta de capital inmobiliario, pues tenía oído que podría ser más ventajoso y, además, podía cumplir la expectativa de que su mentado hijo percibiera una remuneración desgravable por la dedicación que prestaba desde siempre a esa tarea de gestión de los alquileres». Ninguna duda cabe abrigar sobre que estamos ante una cuestión de asesoría fiscal y tributaria en toda regla que tenía que haber sido atendida con el rigor adecuado por quien acredita ser un profesional de este tipo de asesoría desde hace mucho tiempo.

Ante la ausencia de marco normativo alguno, recordemos que nuestro Tribunal Supremo ha destacado que la actividad asesora tiene dos vertientes: la faceta asesora encaminada a aconsejar a su cliente sobre la mejor solución para lo que se le expone, y la puramente gestora encargada de la verificación del simple trámite ante la Administración correspondiente en ejecución de la decisión que el cliente adopta tras la adecuada asesoría.

Nuestras codemandadas, en su legítimo derecho de defensa, han tratado de simplificar y reducir la cuestión a que la actora les exponía a una vulgar consulta de trámite de naturaleza laboral, perfectamente incardinable en la faceta gestora y no en la vertiente asesora, acudiendo al fácil argumento de que ya Ana había estado de alta en el modelo 036 en el año 2012. El legítimo derecho a defenderse en ningún caso puede desviarnos de la realidad descrita en la consulta, siendo el planteamiento pretendido por las codemandadas completamente inaceptable, pues es fruto de quienes están ya tácitamente reconociendo que, ante tal consulta, no hubo asesoría alguna, lo que ya se apunta como la principal negligencia profesional.

La consulta que la actora exponía a su asesor en junio de 2015 (objeto de estos autos) no era la misma que pudo plantear a su asesor en 2012 y que en tal año llevó a Ana a estar de alta en el Censo de Empresarios, ya que la que ahora se planteaba ante el asesor tenía como hecho nuevo el deseo de Ana de tener un asalariado que sería su propio hijo, y lo que la demandante buscaba era la asesoría experta de su consejero fiscal en el que confiaba plenamente, para saber las consecuencias que para ella podían derivarse (tanto en el plano fiscal como laboral) si, como sucedió, se decidía a verificar lo planteado. No sabemos si la parte fiscal de su consulta fue adecuadamente asesorada por su asesor, ya que ello carece de consecuencias en su pensión y por ello mismo resulta ajeno a este pleito.

Ahora bien, es más que evidente que el asesor percibió que lo novedoso de la consulta era la intención de la actora de tener a su hijo como asalariado, y por ello, en lugar de estudiarse en profundidad el asunto para dar la adecuada respuesta y explorar las opciones viables analizando las posibles consecuencias para su pensión, se limitó a obviar la consulta planteada para remitir a su cliente a otro asesor laboral de su confianza, pero, al parecer, sin aportar al asesor laboral todos los datos que a este le eran necesarios para poder realizar su asesoría en esta otra materia. El hecho de que el asesor se apercibiera del aspecto novedoso de la consulta que se le exponía deja completamente inútil su argumento pretendidamente exculpatorio, consistente en el fácil recurso

de acudir al modelo 036 del año 2012, y todo ello reconociendo en Sala su absoluta ignorancia en la materia, como reiteradamente nos confirma.

Esta es la principal negligencia del asesor, integradora de una culpa contractual evidente; recordemos lo que reza una de las sentencias antes citadas: «La culpa contractual implicaría una actitud negligente y descuidada en la realización del servicio contratado, pues no cabe desconocer que el demandado es contratado por poseer unos especiales conocimientos contables y financieros, que pone a disposición del demandante, siendo la actuación contraria a la praxis profesional que se le presupone, lo que justificaría la responsabilidad que se le reclama». La desidia a la hora de asesorar por parte del asesor se nos ha hecho patente en tres manifestaciones: ignora por completo la materia a que se le somete, carece de la más mínima intención de estudiarse la cuestión para dar una primera respuesta a su cliente y de esa forma detectar la incompatibilidad que no detectó, y ni se plantea si ello puede afectar a su pensión de jubilación.

Esta ignorancia es constitutiva de una negligencia profesional, la cual se ve agravada al haber actuado ante la persona que en él depositaba su confianza en la materia, sin la más mínima intención de estudiarse el asunto, cuando era perfectamente conocedor de que la actora percibía una pensión de jubilación, siendo así que debería haberse representado que lo consultado podría generarle incompatibilidad respecto de su pensión, y en mayor medida si pensamos que la normativa en materia de clases pasivas que debería haberse estudiado con rigor y profesionalidad, eran normas propias del ámbito tributario y que son aplicadas y gestionadas por órganos del Ministerio de Hacienda.

Por público y notorio, y por hallarse en nuestro acervo cultural medio de conocimientos, no es necesario probar que cuando una persona pasa a la situación de jubilación (con independencia de que sea voluntaria o forzosa), su régimen habitual es el de vivir solo de esa pensión de jubilación, y también dentro de ese mismo acervo, nuestra diligencia media de conocimientos tiene asumido que percibir cantidades de otra actividad, simultaneando estas con la percepción de la pensión de jubilación, puede afectar a esta última. Si se nos permite la coloquialidad, todos sabemos que recibir cantidades en una actividad legal estando jubilado puede traernos problemas en la pensión, precisamente por su incompatibilidad, pues el temor a la incompatibilidad se nos representa de forma inmediata.

Concurre en el caso una acción u omisión negligente en ambos asesores, que carecieron de la más mínima diligencia a la hora de estudiar con el rigor preciso aquello que la cliente les expuso, prescindiendo del estudio adecuado del caso planteado, y acreditando una incapacidad manifiesta para percibir una incompatibilidad con su pensión de jubilación, que hubiera sido inmediatamente detectable con una somera lectura de los preceptos adecuados, que fue precisamente lo que ninguno de ambos verificó; pero a ello se añade una descoordinación entre ambos que les lleva a reprocharse la responsabilidad de uno a otro sin que ninguno de los dos haya sido capaz de acreditar haber cumplido con sus normas propias de la *lex artis*. La negligencia fue grave y la infracción del deber de información hacia el cliente palmaria, pues ambos se limitaron a ejecutar el alta en el modelo 036 en el RETA sin valorar las consecuencias de su proceder respecto

del resto de variables que en la actora concurrían: este es el deficitario asesoramiento que origina los daños, y habiendo estado en su mano evitarlo con el adecuado estudio que a todo asesor se le debe exigir, no obraron con la diligencia necesaria.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- SSTS de 22 de enero de 2003 y de 4 de abril de 2002.
- SSAP de Madrid de 3 de julio de 2000, de Salamanca de 5 de noviembre de 2002, de Las Palmas de 20 de mayo de 2007 y de Barcelona de 24 de marzo de 2010.