



Roj: **SAP V 1412/2018** - ECLI: **ES:APV:2018:1412**

Id Cendoj: **46250370062018100119**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2018**

Nº de Recurso: **888/2018**

Nº de Resolución: **195/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICENTE ORTEGA LLORCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

PODER JUDICIAL

Audiencia Provincial

de Valencia

Sección Sexta

ROLLO nº **888/2018**

SENTENCIA n.º 195

Presidente

Don VICENTE ORTEGA LLORCA

Magistradas

Doña María Mestre Ramos

Doña M^a Eugenia Ferragut Pérez

En la ciudad de Valencia, a 24 de abril de 2018.

La sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por el señor y las señoras del margen, ha visto el presente recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2017 y auto aclaratorio de 4 de octubre de 2017, recaídos en el juicio ordinario nº 478/2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Picassent (Valencia), sobre responsabilidad de asesor fiscal.

Han sido partes en el recurso, como apelante, el demandado **D. Ismael**, representado por el procurador D. Miguel Javier Castelló Merinoy defendido por el abogado D. Vicente Portales de Nalda, y como apelado, el demandante **D. Laureano**, representado por la procuradora D^a Vicenta Navarro Simóy defendido por el abogado D. Salvador Fort Iborra.

Es ponente don VICENTE ORTEGA LLORCA, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada, integrada con el auto aclaratorio, dice:

«Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D^a. Vicenta

Navarro Simó en nombre y representación de D. Laureano contra D. Ismael representado por el Procurador de los Tribunales D. Jaime Castelló Merino, debo condenar y condeno a D. Ismael a abonar a D. Laureano la suma de 27.445,79 euros, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, así como el pago de las costas.»

SEGUNDO.- La defensa del demandado interpuso recurso de apelación, solicitando sentencia que lo estime y revoque la del Juzgado conforme a lo interesado, con condena en costas de la contraria si se opusiera.

TERCERO.- La defensa del demandante presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la desestimación de todos sus motivos, confirmando íntegramente la sentencia por ser ajustada a derecho, y condenando al recurrente al pago de las costas procesales.

CUARTO.- Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló para la deliberación y votación el día 23 de abril de 2018, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución impugnada, sólo en cuanto no se opongan a los de ésta.

PRIMERO.- El recurso se plantea en el ámbito de la responsabilidad derivada de una relación contractual, que ambas partes aceptan, por virtud de la cual el demandado prestaba al actor servicios de asesoramiento fiscal.

Son hechos no controvertidos que:

El 3 de enero de 2007, el demandado dio de alta al actor y a su socio ante la Administración Tributaria mediante la presentación del modelo 036 en el que se hacía constar el inicio de la actividad profesional de *"albañilería y pequeños trabajos de construcción, epígrafe 501.3"*, cuando la actividad que desarrollaban era la de *chapadores*.

Tras darse de baja el actor en abril de 2009, la Agencia Tributaria comprobó las autoliquidaciones de los impuestos de IRPF e IVA presentados a nombre de él, y constató que en los impuestos de IRPF de 2007 e IVA de 2007 y 2008, a consecuencia de una incorrecta calificación de la actividad económica, de la declaración de unidades de módulo y de la minoración por incentivos declaradas, se habían dejado de ingresar determinadas sumas de dinero.

La Agencia Tributaria inició un procedimiento para regularizar y liquidar las sumas adeudadas que incluían el principal debido, más intereses de demora, y paralelamente inició un procedimiento sancionador dirigido contra el hoy actor, que se saldó con la imposición al mismo de una sanción.

La Agencia Tributaria impuso un recargo del 20% sobre la cuantía debida en concepto de principal e intereses de demora, al no haber ingresado el actor, dentro de plazo, la suma de esos conceptos.

El asesor fiscal demandado reconoció su negligencia al haber efectuado un incorrecto encaje de la actividad económica desarrollada por el actor al liquidar los impuestos en cuestión, y se allanó a pagar al actor solo 10.784,15 euros correspondientes a la sanción impuesta por esta circunstancia.

El objeto del pleito se centró en determinar quién debe asumir el pago de los intereses de demora exigidos por la Agencia Tributaria, el recargo impuesto por ésta derivado de la falta de pago en el plazo comprometido del principal y los intereses en las actas de conformidad, así como los intereses derivados del aplazamiento de pago debido a la Agencia Tributaria, y los gastos de ampliación de un préstamo bancario.

De todos esos conceptos, respecto de los cuales la sentencia recurrida estimó la responsabilidad del asesor fiscal demandado, su defensa no recurrió la condena al pago de la cantidad de 3.954,71 euros en concepto de intereses de demora.

Su recurso impugna la estimación de la demanda en relación a:

- La condena al pago del recargo de apremio.
- La condena a los intereses por el aplazamiento del pago de la sanción.
- La condena al pago de los gastos de constitución del préstamo hipotecario.
- La condena en costas.

SEGUNDO.- Respecto de **la condena al pago de 6.379,20 euros por el recargo de apremio**, dijola sentencia recurrida:

«... Respecto al recargo de apremio impuesto por la Agencia Tributaria al actor en sus providencias de apremio de fecha 27 de enero de 2011, que asciende a un total de 6.379,20 euros por todos los impuestos que nos ocupan y que fueron objeto de regularización e inspección por parte de aquélla, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de fecha 14 de noviembre de 2016 declaró que *"Respecto del recargo de la sanción también debe imputarse a la indemnización, pues el letrado- asesor fiscal debió advertir*

a su cliente que de no pagarse antes del 22 de junio de 2009 (folio 135), y al no haberse formulado recurso, la misma era ejecutiva con el correspondiente recargo."

En el supuesto que nos ocupa, el citado recargo se impuso en las providencias de apremio notificadas personalmente por la Agencia Tributaria a D. Laureano en fecha 27 de enero de 2011, y las mismas traen causa del hecho de no abonar en plazo la suma correspondiente a la cuota tributaria correspondiente al IRPF de 2007 e IVA de 2007 y 2008, según el pacto alcanzado con la Agencia Tributaria, según las actas de conformidad suscritas entre ambas partes en fecha 27 de octubre de 2010 y que se incorporan como documentos nº 38-21 a 38-42 de los acompañados a la demanda. De un análisis de estos documentos resulta que los mismos aparecen firmados por D. Ismael en representación del obligado tributario D. Laureano, de manera que ninguna certeza existe de que el actor, obligado tributario, se encontrara al corriente del compromiso adquirido en su nombre por D. Ismael, de abonar en el plazo de un mes el importe correspondiente al principal y a los intereses de demora, porque ninguna prueba se ha practicado a instancia del demandado sobre esta circunstancia, siendo que el actor lo niega. Recordemos que este plazo finalizaba en fecha 5 de enero de 2011 y dado que el ingreso correspondiente a dichas cantidades no se produjo, tal circunstancia determinó la extensión de las providencias de apremio que sí fueron notificadas personalmente al actor.

En este sentido, de un examen de la documentación obrante en autos únicamente resulta la certeza de que D. Laureano fue notificado personalmente del requerimiento de documentación en relación con los impuestos que nos ocupan, y que dirigió en fecha 29 de diciembre de 2009 la Agencia Tributaria al hoy actor. A partir de aquí, la prueba documental practicada pone de manifiesto que la presentación de la documentación requerida por la Agencia Tributaria, la comunicación de las actuaciones de comprobación por parte de aquélla, la comparecencia ante al Agencia Tributaria quedando enterado de la apertura de plazo para alegaciones y propuesta de liquidación, la renuncia a formularlas y el emplazamiento ante la Agencia para suscribir, en su caso, las actas de conformidad, fueron realizadas por D. Ismael actuando por cuenta de D. Laureano, sin que se haya practicado prueba alguna por parte de éste de que el mismo recibió instrucciones precisas para actuar en el sentido en el que lo hizo por parte de su asesorado, resultando más bien de lo actuado que el asesor actuó por su cuenta y riesgo y que su asesorado no tuvo conocimiento del alcance de las responsabilidades tributarias que le competían frente a la Agencia Tributaria hasta que se le notificaron personalmente las providencias de apremio de fecha 27 de enero de 2011 en las que ya se le imponía el recargo de apremio por falta de pago en plazo del impuesto y los intereses de demora.

Esta conclusión viene abonada por el hecho de que el asesor tributario accediera a suscribir el documento aportado como documento n.º 31 de la demanda en el que reconocía expresamente que las diligencias y las actas de inspección fueron comunicadas y entregadas a los clientes con fecha 18 de febrero de 2011, circunstancia que vendría además corroborada por el testimonio ofrecido por D^a. Rocío, quien como amiga del actor y empleada en otra asesoría fiscal y contable, manifestó que el actor compareció en las dependencias de aquélla en fecha 18 de febrero de 2011 cuando le mostró el citado documento así como las providencias de apremio remitidas por la Agencia Tributaria.

Asimismo, el socio del hoy actor, D. Victorio, quien también depuso como testigo, manifestó que no firmó apoderamiento para la inspección, que el asesor no les llamó para decirles que había llegado a un acuerdo con Agencia Tributaria y que en noviembre de 2010 sí les notificó la Agencia Tributaria un requerimiento para pagar.

Con independencia de cuál fuera el preciso momento en que los asesorados conocieron el compromiso de pago por conformidad con la Agencia Tributaria, de lo que no existe demasiadas dudas es que dicho conocimiento fue posterior a la fecha de la celebración de las conformidades con la Agencia Tributaria, y que, al tiempo de alcanzar dicho compromiso de pago, 27 de octubre de 2010, los representados no se encontraban al corriente de dicha actuación y por lo tanto el asesor no actuaba siguiendo las instrucciones de sus representados. Esta circunstancia determina una omisión en el actuar del asesor que no se encuentra a la altura de las exigencias de diligencia propias de un asesor tributario, a los efectos del artículo 1.104 del Código Civil.

La consecuencia de esta circunstancia ha de ser que, de conformidad con los artículos 1.714, 1.717, 1.719, 1.726 y concordantes del Código Civil, el asesor ha de responder de las consecuencias de la falta de cumplimiento del compromiso de pago en plazo adquirido en nombre del actor, al haberlo efectuado sin conocimiento de éste y, por consiguiente, deberá quedar condenado a atender el recargo de apremio impuesto por importe de 6.379,20 euros.»

TERCERO.- El recurso sostiene que, con tal razonamiento, la juez de la primera instancia erró en la valoración de la prueba.

Por ello, debemos resaltar que la facultad revisora del tribunal de apelación es total y no está limitada por las valoraciones efectuadas en la primera instancia, porque se trata de una segunda instancia, con plenas

competencias para ello, de acuerdo con lo establecido en el art. 465 LEC [STS, Civil sección 1 del 27 de junio del 2012 (ROJ: STS 4473/2012) Recurso: 748/2011]. Pero, como dijimos en nuestra SAP, Civil sección 6 del 04 de noviembre del 2011 (ROJ: SAP V 6944/2011), el Tribunal Supremo tiene declarado también que:

«... la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación- pero en forma alguna tratar de imponerlas a los juzgadores (STS. 23-9-96) pues no puede sustituirse la valoración que hizo el Juzgador de toda la prueba practicada por la que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador "a quo" y no a las partes (STS. 7- 10-97) y aún dictadas las anteriores prevenciones a efectos de casación, también serían predicables del recurso de apelación, porque el Juzgador que recibe la prueba puede valorar la misma de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al tribunal de la segunda instancia el pleno conocimiento de la cuestión, pudiéndose en la alzada verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En esta dirección, la jurisprudencia es constante en señalar como la especial naturaleza del recurso de apelación permite al Tribunal conocer "íntegramente" la cuestión resuelta en primera instancia, pudiendo no sólo revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, por lo que es factible en esta alzada examinar de nuevo todo el material probatorio y la actividad jurídico- procesal desarrollada en primera instancia y, en definitiva, resolver si el pronunciamiento de la resolución impugnada ha sido o no correcto en atención a las diligencias de hecho y resultados probatorios de la causa (STS. 19-2 y 19-11-91 y 4-2-93).

Ahora bien, se añade que la valoración es una cuestión que nuestro ordenamiento deja al libre arbitrio del Juez de Instancia, en cuanto que la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del juzgador, de tal suerte que, cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, sin que por lo demás resulte lícito sustituir el criterio independiente y objetivo del Juez de Instancia por el criterio personal e interesado de la parte recurrente.»

Desde esa perspectiva jurisprudencial, la revisión de las pruebas practicadas nos conduce a confirmar el criterio de la juez de la primera instancia, pues el recargo del 20% se produjo porque el demandado no notificó a su clientelas actas de conformidad que había firmado el 27 de octubre de 2010 (folios 118 a 139) sin que conste que el hoy demandante tuviera conocimiento de ello hasta que, el 18 de febrero de 2011, se lo comunicó el asesor fiscal (folio 96), así lo corroboró el testigo D. Victorio , socio del actor, quien manifestó que el demandado decía que todo iba bien, y que tuvo conocimiento cuando recibió las providencias de apremio. Ese mismo día 18 de febrero de 2011, el demandante y su mujer se personaron a consultar en la asesoría donde trabajaba la testigo D^a Rocío , quien manifestó en el acto del juicio, que ya no cabía recurso alguno, y solo podía pedirse de la AEAT un aplazamiento de pago para evitar el embargo.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Respecto de **la condena al pago de los intereses derivados del aplazamiento de pago, y los gastos de ampliación de un préstamo hipotecario** , dijola sentencia recurrida:

«... Finalmente y por cuanto se refiere a los intereses derivados del aplazamiento de pago de 10.000 euros solicitado a la Agencia Tributaria así como los gastos de ampliación de un préstamo hipotecario para atender la deuda con la Agencia Tributaria, en aplicación del artículo 1.107 del Código Civil que dispone que "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación", consideramos que los gastos derivados del aplazamiento de pago y de la ampliación del préstamo hipotecario constituyen gastos de consecuencia necesaria del cumplimiento defectuoso por el asesor tributario de sus obligaciones profesionales.

Y ello porque se entiende que tanto la petición de aplazamiento de pago ante la Agencia Tributaria, con los consiguientes intereses, como la petición de un préstamo a una entidad financiera, mediante la ampliación de un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual del actor, no se efectuaron por capricho del actor, sino por la necesidad de atender un pago por un total de 49.059,30 euros ante la Agencia Tributaria, de los que sólo 27.941,24 euros se correspondían con el principal (y que en cualquier caso hubieran debido ser abonados por el actor a la Hacienda Pública), mientras que 21.118,06 euros eran intereses, recargos y sanciones y estricta consecuencia del error del asesor.

Es decir, la necesidad de atender un pago inmediato, en el plazo convenido con la Agencia Tributaria, de casi el doble de la suma adeudada a la Agencia Tributaria por razón estricta de los impuestos, debe entenderse consecuencia de la negligencia del actor, toda vez que de haberse realizado correctamente las autoliquidaciones, la suma de 27.941,24 euros de principal habría debido ser atendida por el actor en diversos ejercicios.

A lo anterior debemos unir que al tiempo de formalizar el actor tanto la petición de aplazamiento de pago ante la Agencia Tributaria como la ampliación del préstamo hipotecario, éste no tenía la certeza de que recuperaría los gastos derivados de tales operaciones, toda vez que, de hecho, ha tenido que recurrir a un procedimiento judicial para obtenerlos y, en consecuencia, consideramos que la asunción de dichos gastos responden a una auténtica necesidad de obtener financiación para poder hacer frente a las sumas adeudadas y no a otras motivaciones o intereses.»

QUINTO.- Que la sentencia no cuantifique los intereses derivados del aplazamiento de pago, no significa que haya indeterminación del fallo, ni falta de seguridad jurídica. Hasta tal punto es así, que la propia parte recurrente reconoce " *que se pueden deducir restando del resto de conceptos establecidos en la sentencia*".

Los intereses del aplazamiento de pago concedido por la Agencia Tributaria fueron puestos de manifiesto en la demanda, aportando la liquidación de intereses de demora a fecha 19 de abril de 2011 (folios 164 a 167) y el certificado de ingresos hasta el 21 de marzo de 2016 (folios 168 a 170) en cuyos documentos constan las fechas de aplazamiento con sus correspondientes intereses, pero como el pago final se produjo con posterioridad a la demanda, no pudo determinar entonces el importe definitivo de los intereses abonados.

Por ello, en la audiencia previa celebrada el 19 de diciembre de 2016 (folio 208) en el trámite de exposición de hechos nuevos o de nueva noticia, el abogado de la parte actora concretó que el importe de los intereses ascendía a 631,17 €, y aportó en el mismo acto el certificado expedido por la Agencia Tributaria el 13 de octubre de 2016, acreditativo de tal extremo (folios 211 y 212) del que se dio traslado al abogado del demandado, que no lo impugnó, ni formuló objeción ninguna.

La juez de la primera instancia aplicó el artículo 1107 CC por los intereses de los 10.000 € cuyo pago aplazó la Agencia Tributaria, fueron consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de sus obligaciones profesionales por el demandado. Nosotros confirmamos que así fue, pues su economía no le permitía hacer frente al elevado importe de la deuda (49.059,30 €) que, por causa de la impericia o negligencia de su asesor fiscal, contrajo con la Agencia Tributaria, por lo que se vio obligado a:

Vender en 21 de febrero de 2011, un vehículo a motor por 11.800 €.

Convenir con la AEAT, el 18 de abril siguiente, un aplazamiento del pago 10.000 € de aquella deuda (folios 164 a 167), y

Ampliar, dos días después, un préstamo hipotecario sobre su vivienda habitual (folios 171 a 173).

Tales actuaciones, realizadas en tan breve espacio de tiempo por el demandante en defensa de su patrimonio, comprometido por la reacción de la AEAT frente a la infracción tributaria cometida, evidencian que son imputables a la imprudencia profesional del asesor fiscal demandado los intereses de la cantidad aplazada, y también los intereses y gastos del otorgamiento de ese préstamo hipotecario, que ascienden a un total de 5.800'39 € [intereses, 3.507'51 € (folios 171 a 173), comisiones, 703'50 € (folios 171 a 173), notaría, 574'60 € (folio 177), impuesto 478'80 € (folio 176), gestoría 371'70 € (folio 174), y registro de la propiedad, 164'28 € (folio 178)].

Desde luego, todos esos conceptos son indemnizables, sin que, en el ámbito de este proceso, tenga ninguna relevancia la doctrina jurisprudencial sobre la abusividad de cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con los consumidores.

El recurso se desestima.

SEXTO.- La defensa del recurrente sostiene que al imponerle las costas, la sentencia olvida que extrajudicialmente, en 2011, la compañía Zurich le había ofrecido 10.784,15 euros, que fue el importe de las sanciones (folios 200 y 201), y que se allanó a la demanda respecto de esa cantidad. Por ello pretende que la condena en costas de esta parte debe ser parcial, en relación con los pedimentos a que finalmente fuere condenado, y no sobre los que se efectuó de forma extrajudicial ofrecimiento de pago, que se reprodujeron en la demanda y por los esta parte se allanó.

En SAP, Civil sección 6 del 11 de septiembre de 2007 (ROJ: SAP V 3974/2007 - ECLI:ES:APV:2007:3974) mantuvimos que "El **allanamiento parcial** a la demanda no altera el régimen del pago de las costas cuando, como sucede en el caso de autos, se produce la íntegra estimación de la demanda y no

concurren serias dudas en la determinación de los hechos controvertidos, pues no cabe confundir las "serias dudas de hecho" con las dificultades del análisis hermenéutico de la relación jurídica, y la necesidad de acudir a diversos medios interpretativos."

Igual criterio sostuvimos en nuestras SAP de Valencia, Sección Sexta, de 21 de mayo de 2013, rollo nº 186/2013, y SAP de Valencia, Sección Sexta, de 24 de febrero de 2015, rollo nº 584/2014, en las que aludimos al "criterio jurisprudencial, recogido en STS, Civil sección 1 del 16 de diciembre de 2003 (ROJ: STS 8147/2003 - ECLI:ES:TS:2003:8147), y del 13 de febrero de 2008 (ROJ: STS 2214/2008 - ECLI:ES:TS:2008:2214), que inspiró el tratamiento de esta materia por la LEC de 2000, conforme al cual procede la imposición de costas en casos de allanamiento parcial, y considerando que la previsión contenida en el apartado 1º del artículo 395 LEC (3º del artículo 523 LEC de 1881), es de aplicación sólo en los supuestos en que el allanamiento es total, y, como se prevé expresamente, previo a la contestación a la demanda. Circunstancias que no concurren en este pleito. Por lo cual, debemos confirmar la sentencia recurrida, y la condena de la demandada al pago de las costas causadas en la primera instancia."

Por iguales razones debemos confirmar, en el caso que estudiamos, la imposición al demandado de las costas causadas en la primera instancia, conforme a lo dispuesto por el 394, 1 LEC, que las pone a cargo de quien haya vistorechazadas todas sus pretensiones.

SÉPTIMO.- Igual suerte desestimatoria merece correr la pretensión del recurrente de que no se le apliquen los intereses del artículo 1108 CC a la cantidad ofrecida de 10.784,15 euros, pues no es causa justificada o no imputable al deudor que le exonere de tales intereses, el mero ofrecimiento de un pago parcial que no llegó a realizarse, ni fue seguido de la pertinente consignación liberatoria.

OCTAVO.- Conforme a lo dispuesto por los artículos 394 y 398 LEC, las costas de este recurso deben ser impuestas al recurrente.

NOVENO.- Conforme a lo dispuesto por la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, confirmada la resolución recurrida, el recurrente pierde el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha disposición.

En nombre del Rey, y por la autoridad que nos confiere la Constitución aprobada por el pueblo español

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto por D. Ismael .

Confirmamos la sentencia apelada.

Imponemos al recurrente las costas de esta alzada.

Dese al depósito constituido para recurrir el destino previsto en la D. A. 15ª de la LOPJ .

Esta sentencia no es firme, y contra ella cabe recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación por interés casacional.

A su tiempo, devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales, con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.