

LOS PAGOS A CUENTA DEL I.R.P.F.

Ramón FALCON Y TELLA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

1. Distintos supuestos de ingreso a cuenta; naturaleza jurídica.

Aunque el artículo 98 de la nueva Ley del IRPF únicamente se refiere a las retenciones «en concepto de pago a cuenta» (apartados uno y dos) y a la periodificación y fraccionamiento del pago (apartado tres), el Reglamento, en su artículo 40, distingue tres categorías de «pagos a cuenta»: las retenciones, los ingresos a cuenta y los pagos fraccionados.

Esta terminología no es muy afortunada. Por un lado, porque ninguna de las tres categorías mencionadas constituye en realidad un supuesto de pago *a cuenta*, sino que se trata en todos los casos de pagos definitivos de una *obligación a cuenta*. Por otro lado, porque la expresión ingreso a cuenta abarca en realidad también las retenciones y los pagos fraccionados, y normalmente se ha venido utilizando en este sentido amplio. El Reglamento, en cambio, la utiliza para referirse a las «retenciones» que proceda practicar en los supuestos de rendimientos en especie, dadas las peculiares características de las mismas.

Como acaba de decirse, las tres categorías de ingreso a cuenta –o «pago a cuenta», en la terminología reglamentaria– tienen en común que el pago se produce en cumplimiento de una obligación tributaria distinta de la principal y a cuenta de esta última en el sentido de que las cantidades entregadas se deducen posteriormente de la cuota, determinando en su caso el nacimiento de un derecho a la devolución.

En los dos primeros casos (retenciones e ingresos a cuenta) la obligación se establece a cargo de un tercero, es decir de una persona distinta del sujeto pasivo de la obligación tributaria que eventualmente pueda surgir y a cuenta de la cual

estudios

se realiza el ingreso. Algún autor (Ferreiro) considera que la retención es reconducible a la sustitución, pero en cualquier caso no se trataría de la sustitución prevista en la Ley General Tributaria (pues ésta se refiere únicamente a la sustitución en la totalidad de la cuota correspondiente a una obligación tributaria ya nacida), por lo que carece de consecuencias prácticas dicha equiparación. Sobre todo una vez que ha desaparecido del nuevo Reglamento General de Recaudación el régimen general del sustituto.

Los llamados pagos fraccionados son, en cambio, obligaciones a cuenta del propio sujeto pasivo de la eventual obligación tributaria principal. También aquí la terminología, que proviene de la Ley anterior, resulta desafortunada pues no se trata de fraccionamiento alguno sino del pago o cumplimiento íntegro de la obligación a cuenta en que el llamado pago fraccionado consiste.

2. Alcance objetivo y subjetivo de la obligación de retener y realizar ingresos a cuenta.

La nueva Ley resulta en gran medida coincidente con la anterior, en cuanto al alcance objetivo y subjetivo de la obligación de retener, aunque recoge precisiones que antes se habían efectuado sólo por vía reglamentaria o jurisprudencial y amplía en cierta medida el ámbito de actuación del Reglamento.

Respecto al alcance objetivo de la obligación de retener, lo primero que destaca en la nueva ley es que la misma se refiere a las «rentas» abonadas, en lugar de a los «rendimientos procedentes del trabajo personal y del capital», como hacía el art. 36 de la Ley 44/1978. Pero, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de esta última, y pese a algunas discusiones doctrinales pronto aclaradas por la jurisprudencia (SSTS de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1986, entre otras), ya bajo la vigencia del antiguo impuesto, las retenciones se extendían también a los rendimientos de actividades profesionales, y por la misma razón hay que entender que este precepto habilitaba al Reglamento –aunque no se haya hecho uso de dicha posibilidad– a extender el ámbito de las retenciones a cualesquiera otros rendimientos, como los derivados de actividades empresariales o del capital inmobiliario. Ello aparte de la regulación específica en materia de activos financieros. De manera que la única novedad consiste en que, con arreglo a la nueva Ley, las retenciones pueden extenderse a los incrementos de patrimonio¹.

Ahora bien, el nuevo Reglamento se ha mantenido relativamente fiel a los precedentes, al prever (art. 43.1) la retención únicamente sobre los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital mobiliario, incluidos los derivados del afecto a actividades empresariales, los rendimientos profesionales y los premios que se entreguen como consecuencia de juegos, concursos, rifas o combinaciones

1. Este es el caso de la retención del 10 por 100 establecida directamente en el art. 19.1.b) de la propia Ley, en los supuestos de incrementos de patrimonio por transmisión de inmuebles por parte de no residentes.

aleatorias salvo que su cuantía o coste de adquisición no exceda las 100.000 pesetas. Esto último sí constituye una novedad, así como la práctica de retenciones –o en la terminología reglamentaria «ingresos a cuenta»– aunque se trate de retribuciones en especie, de lo que sólo existía el precedente de la Ley de Activos Financieros respecto a determinados rendimientos del capital mobiliario.

En cuanto a los sujetos obligados a retener, el art. 98 de la Ley se refiere a las personas jurídicas y entidades², a los empresarios individuales y profesionales respecto de las rentas que satisfagan en el ejercicio de su actividad empresarial y profesional, y a las personas y entidades no residentes en territorio español que operen en él mediante establecimiento permanente. El art. 42.1.d) del reglamento menciona además, con dudosa base legal, a los sujetos pasivos por obligación real que operen en España sin mediación de establecimiento permanente respecto a los rendimientos del trabajo que satisfagan.

En todo caso, la obligación de retener sólo alcanza a las personas y entidades mencionadas que efectivamente abonan los rendimientos. El Reglamento precisa, en contra del criterio administrativo seguido hasta ahora³, que no abona el rendimiento quien se limita a efectuar una simple mediación en el pago, es decir quien actúa por cuenta y orden de un tercero, como ocurre por ejemplo en los supuestos de abono al personal de prestaciones por cuenta de la Seguridad Social, o de cantidades desembolsadas por terceros en concepto de propinas.

Hay que tener en cuenta además la regulación específica de las retenciones sobre rendimientos implícitos del capital mobiliario⁴, así como el caso de la adquisición de inmuebles a no residentes, previsto en el art. 19.1.b) de la Ley, precepto que señala la obligación del adquirente, cualquiera que éste sea, de practicar una retención del 10 por 100 del precio acordado a cuenta del eventual incremento de patrimonio.

2. Sobre la extensión de la obligación de retener a las entidades de hecho en la anterior normativa del impuesto, Res. DGT de 2 de abril de 1985.

3. Res. DGT de 9 de mayo de 1979 y Res. TEAC de 3 de octubre de 1989.

4. En las operaciones de transmisión de activos financieros con rendimiento implícito están obligados a retener e ingresar en el Tesoro:

a) La persona o Entidad emisora en el caso de rendimientos obtenidos en la amortización o reembolso de estos activos financieros. En su caso, estarán obligados a retener quienes deban efectuar dicha amortización o reembolso en defecto de la persona o Entidad emisora. En el caso de que se encomiende a una Entidad financiera la materialización de esa operación será ésta la encargada de practicar e ingresar la retención que proceda. Cuando se trate de instrumentos de giro convertidos después de su emisión en activos financieros, a su vencimiento o transmisión deberá practicar la retención el fedatario o institución financiera que intervenga en la operación conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo séptimo del Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre, que desarrolla la Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros.

b) El Banco, Caja o entidad financiera que actúe por cuenta del transmitente, en el caso de rendimientos obtenidos en transmisiones relativas a estos activos, cuando tales transmisiones se canalicen a través de una o varias instituciones financieras. Se incluyen en este caso las operaciones que no se documenten en títulos. A efectos de lo dispuesto en esta letra, se entenderá que actúa por cuenta del transmitente el Banco, Caja o Entidad financiera que reciba de aquél la orden de venta de los activos financieros con rendimiento implícito.

c) El fedatario público que obligatoriamente deberá intervenir en los demás casos no contemplados en las letras precedentes (art. 50.4 del Reglamento del IRPF).

estudios

3. Especial referencia a los distintos tipos de renta sujetos a retención o ingreso a cuenta.

a) Rendimientos del trabajo.

Las retenciones sobre rendimientos del trabajo personal aparecen específicamente reguladas en los artículos 45 a 47 del Reglamento del Impuesto. Con carácter general, el porcentaje de retención se determina, por un lado, en función del rendimiento íntegro anual previsible⁵, con la cautela de que no puede ser inferior al del año anterior salvo que concurren circunstancias especiales que hagan presumir una «notoria reducción», y por otro lado, en función del número de descendientes con derecho a deducción, circunstancia ésta que deben acreditar los sujetos pasivos ante el pagador. Tanto uno como otro parámetro se determinan el día primero del año, o en el momento de inicio de la relación laboral si es posterior, y el porcentaje resultante es el que se aplica aunque dichos parámetros varíen posteriormente, salvo en caso de aumento de las retribuciones como consecuencia de una norma general o de un Convenio Colectivo, en cuyo caso se calculará un nuevo porcentaje aplicable a partir de ese momento. Nada se dice, como tampoco lo hacía el anterior Reglamento, sobre los supuestos de reducción salarial o aumentos que no afecten a la totalidad del colectivo, que por lo tanto no implican modificaciones en el porcentaje aplicable. El porcentaje de retención no puede ser inferior al 15 por 100, cuando los rendimientos se deriven de relaciones laborales especiales de carácter dependiente.

En el caso de relaciones de duración inferior al año, el Reglamento recoge los criterios del RD 1009/1990, de 27 de julio, en el sentido de ordenar la aplicación de la tabla general y no el 5 por 100 como ocurría anteriormente. Ahora bien, en todo caso el porcentaje será como mínimo del 2 por 100 y si al concluir el período inicialmente previsto el trabajador continuase prestando servicios al mismo empleador, o volviese a hacerlo dentro del año natural, se calculará un nuevo porcentaje teniendo en cuenta las retribuciones ya percibidas y las que normalmente se vayan a percibir.

Cuando se trate de retribuciones de los miembros de Consejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces el porcentaje de retención continúa siendo del 30 por 100.

El Reglamento contiene además normas especiales sobre los pensionistas y perceptores de haberes pasivos, trabajadores manuales que perciban sus retribuciones por peonadas o jornales diarios y tripulaciones de embarcaciones de pesca cuya retribución consista, en todo o en parte, en una participación en el valor de las capturas. Nada se dice, sin embargo, de los atrasos, que conforme a los criterios administrativos, discutibles, quedan sujetos al porcentaje aplicable en el momento en que se abonan o, si la relación laboral ya se ha extinguido, al que resulte de las tablas (Resolución de la DGT de 24 de febrero de 1989).

5. En el rendimiento íntegro previsible se incluyen, según el Reglamento, las retribuciones fijas y las variables previsibles, así como la parte «anualizada» correspondiente de los rendimientos irregulares. En cambio, no se tienen en cuenta las retribuciones en especie.

Como en la anterior normativa, los sujetos pasivos pueden solicitar la aplicación de un porcentaje de retención superior, surtiendo necesariamente efectos la opción durante el resto del año, y entendiéndose prorrogada, salvo manifestación en contrario, durante los ejercicios sucesivos, salvo lógicamente que se produzcan circunstancias en cuya virtud proceda la aplicación de un tipo superior de retención.

Tratándose de retribuciones en especie del trabajo, el art. 53 del Reglamento establece que el «ingreso a cuenta» se determinará aplicando el porcentaje que corresponda según los criterios que acaban de exponerse al valor de la retribución, determinado conforme al art. 27 de la Ley, sin que en ningún caso el porcentaje resultante puede ser inferior al 15 por 100⁶. El mayor problema que se plantea en estos supuestos es el de si el ingreso a cuenta ha de soportarlo quien abona el rendimiento sobre su propio patrimonio, o puede exigir la cantidad correspondiente al perceptor de la retribución. Esta última es la solución más coherente con la naturaleza de los ingresos a cuenta, aunque del art. 27.3 de la Ley parece deducirse lo contrario. En efecto, este último precepto ordena incluir en la base, como *rendimiento neto* del trabajo personal las retribuciones en especie «y, caso de efectuarse, el ingreso a cuenta», lo que supone que en caso de retribución en especie la ley presume *iuris et de iure* que tal retribución consiste no sólo en una retribución *in natura* sino también en la cantidad de dinero adicional necesaria para efectuar el pago a cuenta. Se trata, en mi opinión, de una norma poco meditada, difícilmente compatible con la libertad de pactos que inspira nuestro ordenamiento, y que puede suponer un incremento retroactivo de los salarios al margen de los convenios colectivos en vigor, si se lleva a sus últimas consecuencias.

Quizás debido a estos inconvenientes, en la nueva redacción dada al art. 53 del Reglamento por el RD 753/1992, de 26 de junio, se excluye la obligación de efectuar ingresos a cuenta por las retribuciones en especie del trabajo cuyo valor previsible no exceda las 50.000 pesetas anuales por perceptor, con la cautela de que dicho valor no podrá ser inferior al de las retribuciones obtenidas el año anterior salvo circunstancias excepcionales que hagan presumir una notoria reducción de las mismas. Con ello quedan excluidas la mayoría de las retribuciones en especie abonadas con carácter general a toda la plantilla, confiando probablemente el Reglamento en que los supuestos individuales, normalmente en el caso de ejecutivos, serán solucionados mediante negociaciones entre las partes⁷.

También queda excluida la práctica de ingresos a cuenta respecto a las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones así como las cantidades que, satisfechas por empresarios para sistemas de previsión social alternativo, hayan sido objeto de imputación a las personas a quienes se vinculen las prestaciones.

6. Dicho mínimo es del 7'5 por 100 para las retribuciones obtenidas en Ceuta o Melilla.

7. Por ello resulta criticable el art. 60.2 del Reglamento, que generaliza el criterio implícito en el art. 27.3 de la Ley a la totalidad de las retribuciones en especie. Sin embargo, como iremos viendo en los epígrafes siguientes, respecto a las retribuciones del capital y de actividades profesionales, así como respecto a los premios, el carácter meramente reglamentario de la norma permite defender una solución distinta, más coherente con la naturaleza de los ingresos a cuenta.

estudios

b) Rendimientos del capital mobiliario.

En los rendimientos del capital mobiliario el porcentaje de retención es del 25 por 100 (si bien previsiblemente será necesaria su reducción para evitar consecuencias negativas de la libre circulación de capitales), con las dos únicas excepciones de los supuestos de retención a no residentes previstos en los convenios de doble imposición, y de los rendimientos de determinados activos emitidos por compañías eléctricas, en los que normalmente se aplican porcentajes más bajos.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en los rendimientos del capital existen numerosas excepciones a la obligación de retener: dividendos de sociedades transparentes, Letras del Tesoro, rendimientos de depósitos en moneda extranjera y de cuentas extranjeras en pesetas satisfechos a no residentes por el Banco de España y Bancos, Cajas o Cooperativas de crédito, dividendos distribuidos por Sociedades de Inversión Mobiliaria que coticen en Bolsa en cuanto sean percibidos por residentes en otros países comunitarios, resultados distribuidos por los Fondos de Inversión Mobiliaria en las mismas condiciones, intereses abonados a Bancos y Cajas por los préstamos concedidos, rendimientos derivados de los planes de ahorro popular (exentos del impuesto en las condiciones del art. 37.2 de la Ley), excesos de devolución sobre el valor de las aportaciones en los supuestos de reducción del capital (art. 44.4.d de la Ley), primas de conversión de obligaciones en acciones, etc.

Desde el punto de vista subjetivo, para que la retención se produzca es necesario que el rendimiento sea abonado por alguna de las personas obligadas a retener, si bien tratándose de rendimientos implícitos del capital existen normas especiales, ya aludidas, que en la práctica suponen una generalización casi absoluta de la obligación de retener.

Respecto al devengo de la obligación de retener, el Reglamento distingue según se trate de rendimientos explícitos (art. 49) o implícitos (art. 50). En el primer caso la obligación nace en el momento en que los rendimientos resulten exigibles por el perceptor, lo que se entiende que ocurre en las fechas de vencimiento pactadas o cuando de otra forma se reconozcan en cuenta, aunque cuando el perceptor no reclame el cobro o los rendimientos se acumulen al principal de la operación⁸. El devengo de la retención determina el tipo aplicable a la misma.

Lamentablemente, el Reglamento mantiene para los rendimientos explícitos que se liquiden con una frecuencia superior a los doce meses el confuso criterio introducido por el art. 4.2 del RD 2027/1985, según el cual debe realizarse un ingreso a cuenta de la retención (un ingreso a cuenta de otro ingreso a cuenta),

8. Cuando los intereses son consecuencia de un aplazamiento del pago, instrumentado en una letra de cambio, el TEAC entendía que «es en el momento de creación de la letra cuando surge la obligación fiscal de retener» (Res. de 3 de julio de 1990). Entendemos, sin embargo, que en base a lo dispuesto en el art. 38 de la nueva Ley del Impuesto estos «intereses» no tienen la condición de rendimientos del capital mobiliario, y por lo tanto no procede ninguna retención sobre los mismos, y mucho menos en el momento de creación de la letra. Dichos intereses se acumulan al principal, a efectos de «la retribución que proceda» según reza la Ley, por ejemplo a efectos de determinar el correspondiente incremento o disminución de patrimonio, o bien como parte de los rendimientos íntegros de una actividad empresarial o profesional, etc.

la cual se practica después al tipo vigente en el momento de su exigibilidad y se regulariza en función de los ingresos a cuenta efectuados. El Reglamento precisa, a través de un curioso juego de remisiones⁹, que el ingreso a cuenta de la retención se calculará tomando como base el interés legal del dinero¹⁰.

Tratándose de rendimientos implícitos, la obligación de retener nace en el momento en que los mismos se materializan, es decir en el momento de transmisión del activo, amortización o reembolso del mismo. La retención se practica cuando se formaliza la operación, cualesquiera que sean las condiciones de cobro pactadas, sobre la diferencia positiva entre el importe obtenido en la transmisión, amortización o reembolso y el de adquisición o suscripción.

Tratándose de retribuciones en especie del capital mobiliario, el «ingreso a cuenta» se determinará aplicando el porcentaje que corresponda según los criterios que acaban de exponerse –y no un porcentaje fijo como ocurría en la Ley de Activos Financieros– al valor de mercado de la retribución, según el apartado uno del art. 54 del Reglamento. El número dos de este precepto establece que a estos efectos «se tomará como valor de mercado de la retribución en especie el resultado de incrementar en un 25 por 100 el valor de la adquisición o coste para el pagador». Esta solución proviene de la normativa específica sobre activos financieros, en la que tienen su origen las retenciones sobre prestaciones en especie, pero en mi opinión resulta totalmente inadecuada, pues obliga arbitrariamente a un incremento de la retribución, completando la parte en especie –que puede ser la única que existe voluntad de entregar o la única pactada– con una parte en metálico, para poder con esta última realizar el ingreso a cuenta¹¹. Lo cual resulta difícilmente compatible con la naturaleza misma del ingreso a cuenta, pues como se afirmaba en el R.D. 2027/1985, «la obligación de efectuar un ingreso a cuenta del IRPF o del IS se configura como idéntica a la de practicar la retención sobre un rendimiento del capital mobiliario». Si esto es así (aunque más que de identidad debería hablarse de una mera similitud o paralelismo) no se ve la razón por la que el Reglamento –que además carece de rango suficiente para ello– obliga a elevar la retribución en especie con una cantidad adicional, que se tiene en cuenta tanto para calcular el ingreso a cuenta del pagador (art. 54.2), como posteriormente al determinar la base imponible del perceptor (art. 60.2).

9. El art. 49.2 del Reglamento (normas específicas de retención sobre rendimientos explícitos) se remite al 57 (estimación de rendimientos y valoración de operaciones vinculadas), el cual a su vez se remite a lo previsto en esta materia en el art. 44.3 respecto a los rendimientos del trabajo, previsión que consiste en una nueva remisión, esta vez a los artículos 7 (que es el que aquí nos interesa) y 8 de la Ley.

10. Nada se dice sobre lo que ocurre si el titular del activo en el momento de la retención, es decir cuando se abonan efectivamente los intereses, no es ya el mismo que cuando se practicó el ingreso a cuenta. Entendemos que aún así es procedente regularizar la retención en función del ingreso a cuenta, ya que el Reglamento no limita esta regularización en ningún caso.

11. Este incremento del 25 por 100 parece destinado a cubrir el importe del ingreso a cuenta que ha de efectuar el pagador de la retribución y que, posteriormente podrá deducir de la cuota el perceptor. Pero el mecanismo resulta absurdo en cuanto supone una elevación artificial e injustificada de la retribución a efectos tributarios, que además se encuentra técnicamente mal articulada. Por ejemplo, en una retribución de 1 millón de pesetas de coste para quien lo otorga, la solución reglamentaria parece ser el ingreso a cuenta a cargo del pagador de 312.500 pesetas (25 por 100 de 1.250.000). Es decir que el coste total de la retribución, incluido el coste final, ascendería para el pagador a 1.312.500 pesetas, incremento de coste que difícilmente puede admitirse que una norma reglamentaria esté habilitada para efectuar.

— estudios —

En este sentido, dado el principio de libertad de pactos que inspira nuestro ordenamiento –que sólo por ley y de forma clara podría excepcionarse para algún supuesto concreto–, entiendo que es necesaria una interpretación correctiva de las normas reglamentarias.

En efecto, en mi opinión, lo procedente es tomar como base del ingreso a cuenta el valor de mercado de la retribución en especie, aplicando por analogía, en su caso, las normas contenidas en el art. 27 de la Ley sobre la valoración de las retribuciones en especie del trabajo, y desconociendo por tanto lo dispuesto en el art. 54.2 del Reglamento. Así, por ejemplo, si se entrega un vehículo como retribución del capital, se valorará por el precio de adquisición, incluidos los tributos que graven la misma, por aplicación analógica del artículo 27.1.b), y sobre dicho valor se calculará el ingreso a cuenta. En mi opinión también es dicho valor, sin elevación alguna, el que el sujeto pasivo ha de integrar en su base imponible, elemento del tributo reservado a Ley y que por tanto el Reglamento no está habilitado para incrementar arbitrariamente. Lógicamente, dado que el sujeto pasivo puede deducirse el ingreso efectuado (a cuenta de su obligación) por el pagador de la retribución, este último podrá reclamar a aquél la cantidad correspondiente a dicho ingreso.

En caso de que la retribución del capital se efectúe en parte en especie y en parte en metálico, sería aplicable una solución similar con la diferencia de que el derecho a reembolso que el pagador ostenta frente al perceptor, por el importe del ingreso a cuenta, podría hacerse efectivo –por compensación– sobre la parte en metálico de la retribución.

c) Rendimientos profesionales.

Tratándose de rendimientos profesionales –incluidos derechos de autor, comisiones (salvo que el comisionista asuma el riesgo y ventura de la operación), remuneraciones de clases particulares, conferencias, ponencias y actuaciones análogas–, el porcentaje de retención aplicable será del 15 por ciento¹² sobre los ingresos íntegros satisfechos, según el art. 51 del Reglamento. Como ya se ha afirmado, la retención sólo procede cuando los rendimientos son satisfechos por una persona jurídica o entidad o por una persona física en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. No, por ejemplo, cuando un empresario o profesional abona la minuta de un abogado que ha tramitado su separación.

Aunque no se diga expresamente, entiendo que el profesional puede solicitar al pagador la aplicación de un tipo más elevado¹³. También es aplicable por analogía, en mi opinión, lo dispuesto respecto a los rendimientos del trabajo en materia

12. Este porcentaje se reduce al 8 por 100 cuando se trate de rendimientos satisfechos a representantes garantizados de «Tabacalera, S.A.».

13. Esta solución, que se puede justificar en una aplicación analógica de lo dispuesto respecto a las retenciones sobre rendimientos del trabajo personal, se aceptaba bajo la vigencia de la anterior normativa de la DGT (Res. de 16 de abril de 1984).

de dietas por desplazamiento y gastos de viaje, que dentro de los límites reglamentarios no están sujetas a gravamen y por tanto, tampoco a retención, aunque se abonen a profesionales. Respecto a los suplidos, parece también clara la no procedencia de retención, puesto que no son ingresos para el profesional¹⁴, mientras que sobre las provisiones de fondos debe practicarse retención en la medida en que supongan anticipos de los honorarios¹⁵.

En cuanto a las retribuciones en especie de actividades profesionales, el correspondiente ingreso a cuenta se calcula aplicando el porcentaje antes señalado –el 15 por 100– sobre el valor de mercado de la retribución. Valor de mercado que, a diferencia de lo que ocurre con las retribuciones en especie del capital, el art. 55.2 del Reglamento reconoce que ha de ser «el que resulte de las normas contenidas en el apartado uno del art. 27 de la Ley del Impuesto», es decir el previsto legalmente para las retribuciones en especie del trabajo. Aunque luego el art. 60.2 del Reglamento –común para todos los supuestos de ingreso a cuenta– ordena, sin ningún fundamento legal, incluir en la base imponible tanto el valor de la retribución como el ingreso a cuenta efectuado. En mi opinión, al igual que en las retribuciones del capital, y dado el carácter meramente reglamentario de la norma, el ingreso a cuenta no debe incluirse en la base, sino que da lugar a una obligación extratributaria de reembolso entre el pagador del rendimiento y el profesional.

d) Premios.

Sobre los premios en metálico se aplicará un porcentaje de retención del 25 por 100 de su importe (art. 52 del Reglamento), porcentaje que es también aplicable para determinar el ingreso a cuenta en los premios satisfechos en especie. En estos últimos casos el Reglamento también establece, de forma similar a lo que según hemos visto ocurre con los ingresos a cuenta sobre las retribuciones en especie del capital mobiliario, que el porcentaje se aplicará al valor de mercado, resultante «de incrementar en un 25 por 100 el valor de adquisición o coste para el pagador» (art. 58.2, lo cual pone una vez más de relieve la poca meditación con que se han elaborado las reglas relativas a los ingresos a cuenta sobre prestaciones en especie. Con el agravante de que los premios en muchos casos no representan para el pagador coste alguno, por ejemplo cuando le son proporcionados gratuitamente por el fabricante a efectos publicitarios, en cuyo caso una aplicación literal del Reglamento llevaría a sostener la improcedencia del pago a cuenta.

En todo caso, como se trata de normas puramente reglamentarias, entiendo que muy bien puede sostenerse la tributación del premio como incremento de patrimonio por su valor de mercado, que puede no ser superior al precio de adquisición¹⁶, y la posibilidad de que el pagador exija al premiado el importe del

14. Resoluciones de la DGT de 12 de noviembre de 1979 y 11 de julio de 1983.

15. Resolución de la DGT de 8 de septiembre de 1988.

estudios

correspondiente ingreso a cuenta. Esto último sobre la base de que la Ley no puede –y mucho menos el Reglamento– establecer un gasto adicional que quede definitivamente a cargo del pagador, pues resultaría contrario al principio de capacidad contributiva.

e) Operaciones vinculadas.

En los supuestos de presunción de remuneración contemplados en el art. 7 de la Ley así como en las operaciones vinculadas a que se refiere el art. 8, la retención o –en caso de que no exista retribución en metálico suficiente para practicar sobre la misma la retención– el ingreso a cuenta no podrá ser inferior al calculado sobre el rendimiento mínimo fijado conforme a los citados preceptos legales¹⁷, es decir sobre el valor de la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes, que tratándose de préstamos o cesiones de capital se calcula aplicando el tipo de interés legal del dinero¹⁸.

El artículo 44.3 del Reglamento, aplicable a todo tipo de rentas en virtud de la remisión al mismo del art. 57, establece en estos casos que en ausencia de rendimiento o retribución efectiva «procederá exclusivamente ingreso a cuenta sobre el rendimiento mínimo»; y si existe una contraprestación efectiva inferior al rendimiento mínimo «el deudor retendrá sobre el rendimiento efectivo» y adicionalmente «efectuará un ingreso a cuenta calculado sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo», ingreso a cuenta que «no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible para el pagador».

Esta solución parte, sin embargo, de la idea de que en la base imponible del sujeto pasivo se integra no sólo el rendimiento mínimo (o el rendimiento efectivo más la diferencia entre éste y el rendimiento mínimo) sino también el ingreso a cuenta efectuado, según el discutible criterio que sienta con carácter general el art. 60.2 del Reglamento, el cual he tenido ocasión de criticar. En mi opinión lo

16. Como ocurría respecto a las retribuciones en especie del capital, también en los premios, respecto a la valoración del incremento de patrimonio que supone para el sujeto pasivo, puede defenderse –incluso en el contexto del Reglamento– el criterio del precio de mercado pura y simplemente, con absoluta independencia del valor de adquisición o coste para el pagador, ya que la definición del valor de mercado como el resultado de incrementar en un 25 por 100 el precio de coste, que se sostiene en el apartado dos del art. 58 únicamente es «a efectos de lo previsto en el apartado anterior», es decir a efectos de determinar la base del ingreso a cuenta, no a efectos de integrar la base imponible del sujeto pasivo.

17. Art. 57 del Reglamento en relación con el 44.3. En el RD 2027/1985, esta norma sobre rendimiento mínimo aparecía, pese a la generalidad del art. 5.2, limitada a las operaciones vinculadas, o a los rendimientos presuntos en operaciones vinculadas, según podía deducirse de los artículos 4.4 y 11.4. En el nuevo Reglamento la norma se extiende también a las prestaciones de trabajo y cesiones de capital entre partes no vinculadas, lo que obliga a una interpretación restrictiva para no desvirtuar el carácter *iuris tantum* de la presunción contenida en el art. 7 de la Ley. Es decir, en caso de operaciones vinculadas procederá siempre la retención o ingreso a cuenta sobre el valor de mercado, mientras que en las prestaciones de trabajo y cesiones de capital, si se demuestra el carácter gratuito de la prestación o cesión no habrá de procederse a retención ni ingreso a cuenta alguno, y si se demuestra una remuneración inferior a la de mercado únicamente se practicará retención sobre la misma. El criterio del rendimiento mínimo como base de cálculo del ingreso a cuenta sólo juega, por tanto, si no se puede desvirtuar la presunción contenida en el art. 7 de la Ley.

18. Aunque el art. 7 de la Ley, al que en última instancia se remite el art. 57 del Reglamento, se refiere al interés legal del dinero «vigente el último día del período impositivo», es claro que tratándose de retenciones o ingresos a cuenta ha de partir del tipo vigente en el momento en que la retención o ingreso a cuenta se devenga.

más adecuado resulta –y no hay precepto alguno en la Ley que pueda esgrimirse en contrario–, por un lado, reconocer en todo caso el derecho a reembolso de quien ingresa cantidades a cuenta de la obligación tributaria de un tercero, derecho a reembolso que en la medida de lo posible se hará efectivo por compensación sobre los rendimientos efectivamente satisfechos. Es decir, que si existe una contraprestación efectiva inferior al rendimiento mínimo, se retiene sobre dicha contraprestación la cantidad que resulte de aplicar el porcentaje de retención al rendimiento mínimo (y no sólo al rendimiento efectivo), y únicamente si la contraprestación efectiva no es suficiente para compensar la mencionada cuantía se realiza un ingreso a cuenta adicional. O lo que es lo mismo, no se retiene sobre el rendimiento efectivo y se ingresa a cuenta por la diferencia hasta el rendimiento mínimo, como indica el Reglamento, sino que se retiene –en la medida en que sea posible– por la totalidad del pago a cuenta que existe la obligación de efectuar. Naturalmente si todo el pago a cuenta, incluida la parte correspondiente al exceso del rendimiento mínimo sobre la contraprestación efectiva, no puede hacerse efectivo sobre esta última mediante retención, por insuficiencia de la contraprestación efectiva, surgirá el derecho a un reembolso adicional frente al sujeto pasivo.

Por otro lado, la tesis que defiende e implica que el sujeto pasivo sólo ha de integrar en su base imponible el valor de mercado de la contraprestación presumida, el llamado valor mínimo, que es precisamente lo que ordenan los artículos 7 y 8 de la Ley. En efecto, no hay ninguna base legal para que, en el caso de un préstamo por ejemplo, el sujeto pasivo tribute por una cantidad superior al interés legal, aunque pueda luego deducirse lo ingresado a cuenta¹⁹.

En cuanto a la previsión reglamentaria de que el ingreso a cuenta, en los supuestos que nos ocupan, no constituye un gasto deducible para el obligado a dicho ingreso, conviene precisar que, de aceptarse la opinión según la cual el obligado a realizar el ingreso a cuenta puede siempre trasladar la carga del mismo al sujeto pasivo (bien mediante retención, bien exigiéndole un reembolso adicional, si no hay rendimiento efectivo suficiente para practicar la retención) es claro que en ningún caso se trata de un gasto deducible, pues no se soporta definitivamente en su patrimonio por el obligado a ingresar a cuenta. Y si no se acepta la opinión mantenida en el texto, la previsión reglamentaria aludida –que en el fondo encierra una especie de «ajuste unilateral» habría de matizarse en el sentido de que, tratándose de operaciones vinculadas²⁰, la no deducibilidad como gasto por quien efectúa el ingreso sólo procede cuando el ajuste se realiza por la Administración.

19. La solución reglamentaria implica que, en el supuesto de un préstamo no remunerado de 100.000 pesetas, cuyo carácter gratuito no puede probarse, el prestatario está obligado a realizar un ingreso a cuenta de 2.500 pesetas (el 25 por 100 de 10.000 pesetas, remuneración presumida al interés legal vigente en 1992), que no puede deducirse como gasto ni exigir al prestamista. El prestamista, a su vez, incluirá en su base imponible un rendimiento presunto de 12.500 (art. 60.2 del Reglamento), lo que choca frontalmente con lo dispuesto en el art. 7 de la Ley, en el que la presunción de onerosidad se cifra exclusivamente en el interés legal, es decir, en el ejemplo propuesto, en 10.000 pesetas. Según la interpretación que creo más respetuosa con el tenor de la Ley y con la naturaleza de los ingresos a cuenta, el prestatario ingresaría a cuenta 2.500 pesetas, que podría trasladar al prestamista (por ejemplo, mediante compensación, reduciendo el principal al devolver) y el prestamista tributaría únicamente por 10.000 pesetas, aplicando una deducción en cuota de 2.500.

20. Tratándose de los supuestos de presunción de remuneración contemplados en el art. 7 de la Ley del IRPF, obligar al tercero a un pago a cuenta que según el criterio reglamentario no es repercutible sobre el sujeto pasivo a quien beneficia, ni siquiera deducible como gasto, podría estimarse contrario a la capacidad contributiva.

— estudios —

Si el ajuste se realiza por las partes en período voluntario, la bilateralidad del mismo que permite la Ley del Impuesto sobre Sociedades aconsejaría la deducción del ingreso a cuenta como gasto de quien lo realiza.

4. La presunción de retención y la pretendida elevación al íntegro.

El número dos del artículo 98 de la Ley establece una presunción prácticamente idéntica a la contenida en el art. 36 de la Ley 44/78, según la cual las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entienden percibidas en todo caso con deducción del importe de la retención correspondiente. La única diferencia radica en que la nueva Ley recoge de forma expresa (lo que como veremos resulta criticable) la salvedad –antes meramente reglamentaria y ceñida a los rendimientos profesionales– de que la presunción no se aplica cuando se trata de «retribuciones legalmente establecidas». Pero quedan numerosos problemas por resolver, pues la práctica administrativa y jurisprudencial han venido ofreciendo hasta ahora muy diversas interpretaciones de la presunción que nos ocupa, problemas que la nueva Ley deja planteados casi en los mismos términos.

Ante todo, se plantea la opción entre el carácter absoluto o relativo de la presunción. El TEAC²¹ y los Tribunales Superiores de Justicia²² muy a menudo se han inclinado por considerar que la presunción tiene un carácter *iuris tantum*, si bien el Tribunal Supremo²³ parece partir de su carácter absoluto, lo que en mi opinión resulta claramente de la expresión «en todo caso» que emplea la Ley.

Uno de los argumentos en favor del carácter relativo de la presunción más frecuentemente utilizados, bajo la anterior normativa, era el de que la misma no se aplicaba a los «rendimientos de actividades profesionales, cuyos derechos se determinen conforme a tarifas, aranceles o derechos de obligado cumplimiento y aprobados por disposiciones legales o reglamentarias» (art. 151.4 del Reglamento de 1982), limitación que, como he dicho, la nueva Ley extiende a todas las «retribuciones legalmente establecidas». Ahora bien, esta restricción, en la anterior normativa tenía un rango meramente reglamentario, sin apoyo alguno en la ley, y por lo tanto en mi opinión debía considerarse nula de pleno derecho. Desgraciadamente la nueva Ley la recoge e incluso la amplía, de manera que ya no queda excluida la presunción de retención sólo en los rendimientos profesionales sino en todas las retribuciones legalmente establecidas, incluyendo por ejemplo las remuneraciones de los funcionarios públicos. Como inmediatamente veremos, se trata de una

21. Según la Res. de 2 de noviembre de 1989 la presunción sólo se aplica «a aquellos casos en que no resulta acreditada la remuneración íntegra y ésta deba deducirse por vía de presunciones».

22. Así, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 1990 afirma que la presunción no puede considerarse absoluta, pese al empleo de la expresión «en todo caso» «por las consecuencias contradictorias con la regulación legal del impuesto a que tal equiparación conduciría...».

23. Sentencias de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1986, 16 de noviembre de 1987 y 22 de febrero de 1989, todas ellas sobre retenciones a profesionales.

limitación que distorsiona el normal funcionamiento de la presunción de retención, y que sólo se explica por un defectuoso entendimiento de dicha presunción que se había impuesto en la práctica y que por simple inercia se incorpora a la nueva ley.

Este defectuoso entendimiento también explica diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han venido limitando la posibilidad de aplicar la presunción a aquellos supuestos en que no se ha practicado retención alguna²⁴, cuando el tenor de la ley –«...con deducción del importe de la retención *correspondiente*»– claramente indica que también debe entrar en juego cuando se ha practicado la retención pero a un tipo inferior al establecido.

En definitiva, la práctica ha venido imponiendo una serie de limitaciones al normal juego de la presunción de retención que carecen de fundamento legal (salvo, en la nueva ley, la restricción relativa a las retribuciones legalmente establecidas), lo que, como he dicho, sólo se explica por una errónea interpretación de dicha presunción, cuyo contenido, tanto en la antigua Ley como en la vigente, *se limita exclusivamente a que la retención se ha practicado en la cuantía correspondiente, mientras que generalmente se ha entendido como una presunción de que –además– se ha percibido una retribución superior*.

Esta errónea interpretación ha sido propiciada por la propia Administración, que mediante Orden de 30 de diciembre de 1980 –que sigue vigente tras la entrada en vigor de la nueva Ley– aclaró «dudas» sobre el modo de practicar las retenciones sobre rendimientos del trabajo defendiendo, para los casos de ausencia de retención o retención insuficiente, la elevación al íntegro, en los siguientes términos: «el perceptor deberá declarar en el Impuesto sobre la Renta una cantidad de la que, restada la correspondiente retención, arroje la efectivamente percibida, deduciendo de la cuota del Impuesto, como retención a cuenta, la diferencia entre lo efectivamente percibido y la cantidad por él consignada en la mencionada declaración».

Términos estos que se recogen, casi literalmente, en el art. 60.1 del nuevo Reglamento del impuesto.

Esta interpretación administrativa supone, aunque no se diga expresamente, una presunción de mayores retribuciones, es decir, el gravamen de una renta ficticia, superior a la renta efectivamente percibida y *a la renta que se tiene derecho a percibir*, lo cual choca con el principio de capacidad contributiva. Esto es obvio al menos en los casos de retención insuficiente por error –y obsérvese que en la Orden que comentamos estos casos no están excluidos de la elevación al íntegro–, en los que obligar a tributar por una renta superior resulta legal e incluso constitucionalmente inadmisibles. Y ello aunque el mecanismo de la elevación al íntegro beneficie en principio al contribuyente, al deducirse una retención que no ha

24. Así ocurre en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de 3 de febrero de 1990, de Galicia de 15 de noviembre de 1989 y, respecto a las retribuciones presupuestadas, en las sentencias de las Audiencias Territoriales de Albacete de 13 de diciembre de 1983 y de La Coruña de 1 de marzo de 1988. En cambio, la Res. del TEAC de 2 de noviembre de 1989 antes citada admite la aplicación de la presunción tanto si no se ha practicado retención alguna como si ésta se ha aplicado a un tipo inferior al debido.

— estudios —

soportado, ya que, o bien se acepta que posteriormente el pagador pueda resarcirse del ingreso a cuenta que ha de efectuar (aunque por error no haya practicado en su momento la retención adecuada), en cuyo caso el beneficio inicial del contribuyente desaparece, o bien se consolida definitivamente dicho beneficio, en cuyo caso se produce un perjuicio patrimonial para el pagador que, al menos no habiendo mediado mala fe, tampoco resulta admisible. Además, en cualquiera de los dos supuestos, la elevación al íntegro provoca un error de salto que conlleva un enriquecimiento sin causa de la Administración, al exigir el tributo sobre una base superior a la que resulta de las normas legales que concretan las exigencias del principio de capacidad contributiva en materia de base imponible.

Dicho en otros términos, la elevación al íntegro ha llevado a referir la presunción —que en la Ley es una presunción de que la retención se ha practicado— a la cuantía de retribución. Esta mutación del sentido de la presunción, que de una presunción de retenciones pasa a convertirse en una presunción de rentas, es claramente apreciable en la Resolución del TEAC de 2 de noviembre, cuyo considerando 10 afirma que la presunción juega a favor de la Administración «correspondiendo, por lo tanto, la carga de la prueba al retenedor, que deberá demostrar fehacientemente la cuantía íntegra de la remuneración satisfecha y en consecuencia *se reduce la cuestión a un problema de prueba* y a la valoración de la aportada, de tal modo de que en aquellos casos en que el retenedor pueda acreditar esta cuantía íntegra, por los medios de prueba admitidos en derecho que se estimen suficientes, esta cifra es la que ha de servir de referencia para aplicar el porcentaje de retención que proceda, *sin que en estos casos deba efectuarse la elevación al íntegro de la cantidad percibida al resultar determinada su cuantía por los medios indicados*».

Estas afirmaciones del TEAC demuestran claramente cómo en la práctica la presunción se ha entendido como un mecanismo para facilitar a la Administración la prueba de la cuantía de los rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo. Naturalmente en el contexto de esta construcción, dados los efectos indeseables que provoca la presunción así entendida, lo adecuado resulta la mayor limitación en la aplicación de la misma. Quizá por ello afirma I. Pérez Royo que comparte en la fundamental la posición del TEAC sobre el carácter relativo de la presunción pues «lo contrario conduciría al establecimiento de una auténtica ficción, difícil de conciliar con los principios constitucionales que informan el derecho tributario, principios que por cierto son generalmente omitidos por los órganos jurisdiccionales al enjuiciar la institución de referencia»²⁵. Y en efecto, si la presunción se entiende como una presunción de rentas debería admitirse siempre la prueba en contrario, y lógicamente el juego de la presunción debería quedar excluido para las retribuciones cuya cuantía pudiera establecerse por otra vía, ya sea la ley, el arancel, el convenio colectivo o incluso el propio contrato de trabajo.

25. I. Pérez Royo, La nueva regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Pons, Madrid, 1991, pág. 267.

Ahora bien, si la presunción se limita a lo que es –una presunción de retenciones y no de rentas– no da lugar a ficción alguna cuyos efectos indeseables deban restringirse por vía interpretativa, ni se vulnera ninguno de los principios propios del orden tributario. Cuestión distinta es que, en caso de duda sobre la cuantía de la retribución percibida, pueda determinarse ésta aplicando presunciones, pero presunciones *hominis*, no presunciones legales. La única presunción legal, en mi opinión, es la relativa a que la retención se ha practicado, tiene carácter absoluto y únicamente puede entrar en juego, como es lógico, una vez conocida la cuantía de la retribución (acudiendo en último extremo a las presunciones *hominis* mencionadas).

Desde esta perspectiva resulta criticable la exclusión de las retribuciones legalmente establecidas. Dicha exclusión, si se trata de una presunción de rentas, debería extenderse a las retribuciones establecidas por otros medios, como el convenio colectivo o el contrato de trabajo. Si, como estimo preferible, la presunción se interpreta como una presunción de retención exclusivamente, no hay por qué limitar su ámbito de aplicación. Tiene carácter absoluto y es aplicable «en todo caso», lo que por cierto resulta mucho más respetuoso con el tenor de la Ley.

Así entendida, la presunción ya no se movería en el terreno de la prueba de la cuantía de las retribuciones, sino que constituiría un mecanismo regulador de las relaciones entre el contribuyente-retenido y la Hacienda Pública. El sentido de la presunción sería permitir en todo caso la deducción de la retención correspondiente y excluir la necesidad de prueba de la misma a efectos de la autoliquidación o, en su caso, liquidación del tributo. Se trataría, en definitiva, de una presunción absoluta en favor del sujeto pasivo que impediría la aplicación del tradicional régimen de la sustitución con retención, en cuya virtud la Hacienda Pública podía dirigirse frente al contribuyente, en caso de falta de pago por el sustituto, salvo aquél que pudiera demostrar que ha soportado efectivamente la retención. O lo que es lo mismo, la presunción de retención *obliga en todo caso a exigir las cantidades correspondientes a la retención debida al retenedor, aunque no haya practicado la retención, y nunca al sustituto; pero las cantidades correspondientes a la retención debida, no una cantidad superior resultante de la pretendida elevación al íntegro*.

Esta es, en mi opinión, la interpretación más adecuada. Aunque hay que precisar que la presunción sólo juega en relación entre el contribuyente y la Hacienda, es decir a efectos de la obligación tributaria principal. No es aplicable a la relación extratributaria entre el retenedor y el contribuyente, por lo que, pese a alguna opinión en contrario, el empresario puede, por ejemplo, reclamar *a posteriori* cantidades adicionales en los supuestos de retención insuficiente o ausencia de retención, todo ello con las limitaciones que en casos extremos pudieran resultar de principios generales del Derecho, como los de enriquecimiento sin causa o buena fe, y lógicamente sin perjuicio de la prescripción.

estudios

La presunción tampoco juega a efectos de devoluciones, respecto a las que hay que acreditar la efectividad de la retención²⁶, sino sólo –insistimos– en el marco de la obligación tributaria principal.

El número dos del art. 60 del Reglamento extiende la presunción legal a las retribuciones en especie, respecto a las que se presume efectuado el ingreso a cuenta, computándose en la base imponible la valoración de la retribución y el ingreso a cuenta y –aunque no se diga expresamente– deduciendo de la cuota la cantidad correspondiente a dicho ingreso. Obsérvese que en estos casos la elevación al íntegro lleva a integrar en la base la misma cantidad que según el Reglamento ha de computarse cuando el ingreso a cuenta se realiza efectivamente. Es decir, que en estos casos la elevación al íntegro no es sólo una consecuencia de la presunción de retenciones (entendida erróneamente como una presunción de rentas), sino también una consecuencia de la discutible fórmula que emplea el Reglamento para determinar el ingreso a cuenta en las retribuciones en especie. Por las razones expuestas anteriormente, bajo cualquiera de estas dos perspectivas la solución es criticable.

5. Los pagos fraccionados y la periodificación del impuesto.

El último apartado del art. 98 de la Ley habilita al Reglamento para «periodificar y fraccionar» el pago del impuesto, quedando obligados los sujetos pasivos o, en su caso, los retenedores, a presentar las correspondientes declaraciones y realizar su ingreso en el Tesoro. Dicha habilitación cubre, desde luego, la posibilidad de fraccionar el pago de la deuda resultante de la liquidación en dos plazos, específica del Impuesto sobre la Renta, aparte de los fraccionamientos y aplazamientos que en este tributo puedan concederse conforme a las normas generales contenidas en el Reglamento General de recaudación, para lo que ya existía apoyo suficiente en la Ley General Tributaria.

Además, el precepto sirve de base a los impropriamente denominados «pagos fraccionados», es decir al establecimiento de obligaciones a cuenta del propio sujeto pasivo. El Reglamento desarrolla esta materia en los artículos 61 a 64 con una importante novedad: en estimación directa y en estimación objetiva por coeficientes el pago fraccionado ha de ser como mínimo del 6 por ciento de los rendimientos netos empresariales o profesionales *del penúltimo año anterior*.

Esta referencia al penúltimo año anterior resulta difícilmente admisible, pues una cosa es periodificar el pago del impuesto, como dice la ley, y otra cosa muy distinta realizar ingresos a cuenta en función del penúltimo año, en que la renta obtenida puede haber sido muy superior. Un sistema de este tipo, sobre todo en una norma reglamentaria, parece chocar con la capacidad contributiva, entendida como

26. En este sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 1989, antes citada.

capacidad actual, y en todo caso son evidentes los problemas que puede originar, sobre todo en contribuyentes con ingresos concentrados en la última parte del año, que cambian o cesan en la actividad, o con un descenso de beneficios respecto al último ejercicio. Para paliar estos problemas, el art. 62 del Reglamento ha sido objeto de nueva regulación a través del RD 753/1992, de 26 de junio, introduciendo la posibilidad de optar por ingresar el 20 por ciento de los rendimientos netos del trimestre, cuando el volumen de ventas sea inferior al 50 por ciento del mismo trimestre del penúltimo año anterior. Con todo, es claro que la norma únicamente soluciona los casos más graves, y por tanto deja pendiente la posible inconstitucionalidad del sistema de pagos fraccionados por atender arbitrariamente al penúltimo ejercicio, desconociendo las exigencias del principio de capacidad económica.

6. Obligaciones formales del retenedor.

a) Obligaciones respecto a la Administración tributaria.

El art. 102 de la Ley del IRPF enumera las obligaciones formales de las personas obligadas a retener –o realizar ingresos a cuenta sobre retenciones en especie–, tanto respecto a la Administración tributaria como respecto a la persona obligada a soportar la retención, habilitando en este último caso al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar los correspondientes modelos.

Las obligaciones o deberes del retenedor frente a la Hacienda pública son los tres siguientes:

a') Presentar declaración de las cantidades retenidas, en caso de que se hayan abonado rentas sometidas a retención. Estas declaraciones –en realidad autoliquidaciones– deben ir acompañadas del correspondiente ingreso, según señala expresamente el art. 98 de la Ley. Las declaraciones han de presentarse en principio, según el art. 59 del Reglamento, en los veinte días naturales siguientes a cada trimestre, salvo las grandes empresas que han de presentarlas en los veinte primeros días naturales de cada mes, en relación con las retenciones e ingresos a cuenta correspondientes al mes anterior (salvo los correspondientes al mes de julio, que excepcionalmente pueden declararse en los veinte primeros días de septiembre).

b') Presentar declaración negativa cuando no hubiera procedido la práctica de retenciones. El Reglamento limita esta obligación a los casos en que, a pesar de haber satisfecho rentas sometidas a retención, ésta no hubiera sido procedente. Aunque en la práctica es también frecuente la presentación de declaraciones negativas durante un determinado período, excepcionalmente, no se ha satisfecho renta alguna, importa señalar que del Reglamento se deduce claramente que no existe ninguna obligación de presentar declaración de retenciones respecto a estos períodos que podríamos denominar «sin actividad», aunque en la declaración censal se haya indicado que normalmente se satisfacen rendimientos sujetos a retención.

estudios

c') Presentar una declaración-resumen anual, lo que deberá hacerse según el art. 59 del Reglamento, en el mismo plazo de la última declaración de cada año, o entre el 1 de enero y el 20 de enero siguiente si la declaración se presenta por soporte directamente legible por ordenador. El Reglamento habilita para que, además de identificación, se exija una relación nominativa de los perceptores con indicación de las retenciones e ingresos a cuenta e incluso rendimiento obtenido y concepto del mismo incluidas dietas exceptuadas de gravamen y rendimientos exentos; lo que, si al aprobar los modelos se llevara a sus últimas consecuencias, dudosamente podría apoyarse en la Ley, que únicamente se refiere a un «resumen».

b) Obligaciones respecto al sujeto pasivo de la obligación de retener.

Respecto a la persona obligada a soportar la retención la única obligación formal que establece la ley es la de expedir certificación acreditativa de la retención efectuada o, en su caso, del pago a cuenta realizado. El art. 59 del Reglamento desdobra esta obligación en el deber de comunicar al sujeto pasivo la retención o ingreso a cuenta y el porcentaje aplicado, en el momento en que se satisfagan las rentas, por un lado, y en la obligación de expedir una certificación de los datos referidos a cada sujeto pasivo contenidos en la declaración anual antes mencionada.

Esta certificación debe «ponerse a disposición» –según el tenor literal del Reglamento– del sujeto pasivo con anterioridad a la apertura del plazo de declaración del impuesto. Al tratarse de una mera puesta a disposición hay que entender que no existe propiamente una obligación de entregar la certificación, cuyo incumplimiento pueda ser sancionado como infracción simple, sino únicamente el deber de entregar dicha certificación al sujeto pasivo en caso de que la reclame. Se trata, en definitiva, de una fórmula para facilitar la prueba de las retenciones soportadas, a efectos de las correspondientes deducciones de la cuota o del eventual derecho a devolución, que no excluye la posible utilización de otros medios de prueba por parte del sujeto pasivo en caso de inexistencia o insuficiencia de la certificación. Téngase en cuenta que la efectividad de las retenciones se presume únicamente por la cuantía obligatoria de las mismas (puede haber aplicado un porcentaje superior), y que dicha presunción sólo juega en la obligación tributaria principal, y no a efectos de devolución.

Por otro, parece claro que la certificación, como mero medio de prueba, no es título suficiente para la deducción de las retenciones, si no se corresponde con la realidad, por ejemplo si en ella figura por error una cantidad superior a la retenida (y a la cantidad que existía obligación de retener e ingresar). Ello sin perjuicio de que la ausencia de culpa por parte del sujeto pasivo que utiliza dicha certificación pueda llevar a excluir la aplicación de sanciones.

7. Devolución de oficio.

Desde el punto de vista sustantivo, el art. 100 de la Ley reconoce el derecho de devolución que puede surgir en favor del contribuyente en los supuestos de exceso de ingresos –o «pagos» en la terminología reglamentaria– a cuenta. Dicho derecho a devolución o reembolso, que claramente debe distinguirse de la devolución de ingresos indebidos, es consecuencia de la naturaleza misma de las obligaciones a cuenta, que se imputan a la obligación principal. Téngase en cuenta que el derecho a la devolución sólo surge respecto a las cantidades efectivamente retenidas o ingresadas a cuenta²⁷, pues la presunción de retenciones contenida en el art. 98.dos únicamente afecta a la obligación tributaria principal. De ahí que, en caso de autoliquidación a devolver, el sujeto pasivo haya de acompañar a la misma la prueba documental de las retenciones y otros pagos a cuenta²⁸.

Desde el punto de vista procedimental, del precepto citado resulta que cuando la autoliquidación arroja una cantidad a devolver, por exceso de ingresos a cuenta, la liquidación provisional a que se refiere el art. 99 de la Ley no es sólo una potestad de la Administración sino un deber, cuyo cumplimiento impone el art. 100 en el plazo de seis meses a contar desde la finalización del plazo para declarar. En mi opinión, el plazo es exclusivamente para practicar la liquidación, pudiéndose notificar –con la devolución efectiva de las cantidades correspondientes, en su caso– a lo largo del mes siguiente.

El transcurso de dicho plazo de seis meses sin practicar la liquidación provisional no implica la caducidad de la potestad administrativa, de acuerdo con las reglas generales, sino únicamente la obligación de proceder a la devolución de la cantidad que resulte de la autoliquidación, sin perjuicio de la ulterior comprobación administrativa.

De lo anterior resulta que no existe mora o retraso de la Administración hasta que transcurren siete meses desde la finalización del plazo para declarar, momento a partir del cual el sujeto pasivo puede denunciar la mora y solicitar el abono de intereses de acuerdo con lo dispuesto en el art. 45 de la Ley General Tributaria.

El interés aplicable será el interés legal, lo que unido al largo período de tiempo que transcurre hasta que se inicia su devengo, supone una carga financiera para

27. Si se acepta la posibilidad de efectuar en determinados casos la retención o el ingreso a cuenta con posterioridad al abono de la retribución (véase el comentario al art. 98) habrá que aceptar paralelamente la posibilidad de que el contribuyente solicite la devolución con posterioridad a la presentación de la autoliquidación negativa, o lo que es lo mismo, que complete ésta con los correspondientes justificantes en cualquier momento dentro del plazo de prescripción. En todo caso, la necesidad de coordinación entre la relación extratributaria entre retenedor y retenido, la obligación del primero de ingresar las cantidades retenidas aunque no haya procedido a la retención, y la eventual obligación de devolución en favor del segundo, es evidente. Lo que en modo alguno resulta admisible, dado el enriquecimiento sin causa que conlleva, es que la Administración pueda exigir al retenedor las cantidades correspondientes y no reconozca paralelamente el pleno derecho a su reembolso del retenido. Y dicho enriquecimiento sin causa no se soluciona negando al retenedor la posibilidad de obtener *a posteriori* el reembolso a cargo del sujeto pasivo, al menos en los supuestos en que la inexistencia o insuficiencia de la retención se deben a un error sobre la procedencia de la misma o su cuantía.

28. Respecto a los pagos fraccionados, la «copia para el sobre anual» únicamente se explica por razones de comodidad administrativa, que no debieran impedir proceder a la devolución en función de los antecedentes que obran en poder de la Administración.

estudios

el sujeto pasivo difícilmente justificable. Pese a la jurisprudencia constitucional en materia de intereses, entiendo que debería meditar-se la posibilidad de equiparar el interés que se abona en estos supuestos de devolución con el interés de demora tributario, y al mismo tiempo adelantar su devengo al momento del nacimiento de la obligación tributaria o, al menos, al momento de finalización del plazo para declarar.