

TRIBUTACIÓN

**OBJETIVOS Y CONSECUENCIAS DE  
LA PRESUNCIÓN DE RETENCIÓN:  
UNA PROPUESTA ALTERNATIVA**

N.º 316

TRABAJO EFECTUADO POR:

\_\_\_\_\_  
**LUIS ALBERTO MALVÁREZ PASCUAL  
ANTONIO JOSÉ SÁNCHEZ PINO**  
\_\_\_\_\_

*Profesores de la Universidad de Huelva*  
\_\_\_\_\_

**ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1995**

## *Sumario:*

- I. Introducción.
- II. La retención a cuenta.
- III. Análisis de la presunción de retención.
- IV. La presunción de realización del ingreso a cuenta no efectuado.
- V. La consecuencia de la presunción de retención en relación al perceptor de los rendimientos: la elevación al íntegro.
  - 1. La ausencia de pacto: la negligencia del obligado a retener.

...

...

2. El pacto de la retribución al neto.

3. La retención insuficiente.

VI. Otras consecuencias unidas a la presunción de retención.

VII. La protección del mecanismo de la retención a través del régimen de infracciones y sanciones.

VIII. Conclusiones.

<b>TRIBUTACIÓN</b>	<b>OBJETIVOS Y CONSECUENCIAS DE LA PRESUNCIÓN DE RETENCIÓN: UNA PROPUESTA ALTERNATIVA</b>	<b>N.º 316</b>
--------------------	---	----------------

## I. INTRODUCCIÓN

La presunción de retención es uno de los temas que más interés han despertado en la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (1), suscitando numerosas controversias, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, desde su inclusión en el texto de la Ley 44/1978, en términos similares a los actuales (2). Ahora bien, no por ello se han resuelto todos los problemas que presenta dicha institución, pues la dificultad de los mismos ha hecho que se ofrezcan soluciones diversas, e incluso que en los estudios sobre el tema a veces no se aborden algunas de las principales dificultades que se suscitan.

Consideramos que existen numerosas cuestiones que aun apuntadas en ciertas ocasiones, no han sido resueltas con la suficiente claridad, y otras muchas que ni tan siquiera han merecido la atención de los comentaristas del impuesto. Por ello, vamos a estudiar los aspectos más polémicos de dicha figura, a fin de tratar de resolver algunas de estas «cuestiones pendientes».

(1) Hay que matizar que con anterioridad, la presunción de retención no solamente tenía cabida en relación al IRPF, sino que la misma también se extendía al ámbito del IS, pues se recogía de idéntica forma en el artículo 32.1 de la Ley 61/1978. No obstante, la Ley 18/1991, extrañamente, a pesar de mantenerla en el ámbito del IRPF, elimina la misma del IS, al omitir cualquier referencia en la nueva redacción que la disposición adicional quinta.diezdada al artículo 32.1. En este sentido véase FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso de Derecho Financiero español*, 14.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 379, y NAVAS VÁZQUEZ, R.: *La devolución de los ingresos tributarios*, Cívitas, Madrid, 1992, pág. 162.

(2) La presunción *iuris et de iure* de retención ya se contenía en similares términos en la originaria Ley del IRPF. El artículo 36.Uno, último párrafo, de dicha ley, señalaba que «las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas en todo caso con deducción del importe de la retención correspondiente».

La actual Ley del Impuesto reproduce tal regulación, con la única diferencia de que excluye de su ámbito de aplicación de las retribuciones cuando viniesen legalmente establecidas. No obstante, esta excepción a la presunción no es del todo novedosa. En ese sentido, el Reglamento de 1981, aunque con dudosa cobertura legal, disponía en su artículo 151.4, que la presunción «no se aplicará cuando se trate de rendimientos de actividades profesionales, cuyos ingresos se determinen conformes a tarifas, aranceles o derechos de obligado cumplimiento y aprobados por disposiciones legales o reglamentarias». De modo que con la Ley 18/1991 se corrigen los problemas de ilegalidad que en este aspecto podía tener la anterior normativa del impuesto, pero no se modifica el régimen sustantivo de dicha institución.

No tratamos de analizar de manera exhaustiva cada una de las categorías que se interrelacionan en la denominada «presunción de retención» (teoría general sobre presunciones y ficciones, la retención, la elevación al íntegro ...), pues tan sólo pretendemos poner de manifiesto aquellos caracteres de estas instituciones que nos permitan demostrar el objetivo que pretendemos con el presente trabajo. Por tanto, vamos a analizar de modo selectivo los caracteres que consideramos relevantes a fin de facilitar la comprensión de las conclusiones que proponemos sobre la categoría objeto de análisis: «la presunción de retención».

En este sentido, no vamos a analizar en profundidad el régimen jurídico de la «retención a cuenta», sino tan sólo ciertos aspectos de éste y muy fundamentalmente, su naturaleza jurídica, en la medida en que consideramos que la concreción de tales extremos son necesarios para poder comprender las conclusiones que se realizan sobre la «presunción de retención».

## II. LA RETENCIÓN A CUENTA

Debemos tener presente que la retención cumple una importante y múltiple función en el actual sistema tributario español. Por una parte, supone la anticipación periódica de cuantiosos ingresos a la Hacienda Pública, que garantiza una regularidad recaudatoria con la que cumplir el principio de suficiencia que inspira el sistema tributario (liquidez del sistema). Por otra, permite una «cierta facilidad» al contribuyente en el pago del impuesto, al evitar las dificultades últimas de liquidez que pudieran producirse si fuese un pago único (3). Es el fenómeno comúnmente denominado «de ilusión financiera». Y, por último, obstaculiza la evasión del impuesto (4).

Como ya hemos apuntado, una cuestión fundamental en nuestro trabajo es la concreción de la naturaleza jurídica de la «retención a cuenta», en la medida en que las conclusiones relativas a la «presunción de retención» serán unas u otras en función de dicha naturaleza. En este sentido, hemos de dar respuesta a tres cuestiones fundamentales:

(3) En este sentido, se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, pudiendo leerse en el Fundamento Jurídico 3.º de la Sentencia de 25 de noviembre de 1993: «Suprimidos los impuestos a cuenta a nivel estatal por la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, para evitar un distanciamiento grande entre la percepción del rendimiento y el pago del impuesto, se establecen en la ley dos sistemas o mecanismos de pago, con lo que se disminuye el esfuerzo tributario del contribuyente, graduándolo a lo largo del período en que van produciéndose los rendimientos, evitando los inconvenientes que puedan derivarse de hacer frente al pago del impuesto de una sola vez y, además, se aproxima la detracción impositiva al momento en que se genera la renta, facilitando la recaudación.» (Vid. *Jurisprudencia Tributaria*, 1993, t. III, núm. 1.453, pág. 402).

(4) Justificación en la que incide BERLIRI: *Corso istituzionale di Diritto tributario*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1965, pág. 180. Véase también F. MOSCHETTI: *El principio de capacidad contributiva*, IEF, Madrid, 1980, págs. 383-384 (traducción y notas de CALERO GALLEGU, J. y NAVAS VÁZQUEZ, R.).

1. Opinión sobre el posible encuadramiento de la retención dentro de la categoría de la sustitución.
2. Accesoriedad o autonomía de la obligación de retener.
3. Naturaleza medial o contributiva de dicha obligación.

Parte de la doctrina ha defendido que la figura de la retención ha de encuadrarse dentro del concepto de la sustitución (5). Sin embargo, debemos tener presente que lo definitorio de la sustitución, según se desprende de la propia redacción de la Ley General Tributaria (6), es el desplazamiento del contribuyente de la relación jurídica, cuyo lugar ocupa el sustituto, que se convierte en el deudor de la obligación tributaria, quedando obligado al cumplimiento de todas las prestaciones y deberes (7). Y no parece que la retención respete esta exigencia, en cuanto la misma no conlleva la ruptura de la relación entre el contribuyente y Hacienda, dado que es posible que existan otros componentes de la renta distintos de los sometidos a retención e incluso, y aun cuando no sea éste el caso, es preciso tener en cuenta que el IRPF es un impuesto subjetivo, por lo que hay que tomar en consideración las condiciones personales y familiares de cada contribuyente (8). De esta manera, el sujeto al que se le practica la retención se mantiene como sujeto pasivo del IRPF, debiendo cumplir sus obligaciones ante la Administración, pues debe declarar y autoliquidar su impuesto y, en su caso, pagar el exceso de la cuota sobre las cantidades retenidas (9).

- (5) Véase, por todos, FERREIRO LAPATZA, J. J.: «La figura del sustituto en las nuevas leyes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades», *C.T.*, número 28, 1979.
- (6) El artículo 32 de la LGT define el sustituto del contribuyente como «el sujeto pasivo que por imposición de la ley y en lugar de aquél, está obligado al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria.»
- (7) *Vid.* MARTÍN QUERALT/LOZANO SERRANO: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 2.ª edic., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 352; PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 4.ª edic., Cívitas, Madrid, 1994, pág. 140.
- (8) En este sentido se pronuncia el TSJ de Castilla-La Mancha, en la citada Sentencia de 25 de noviembre de 1993, en la que al plantearse si la figura del retenedor puede ser considerado sustituto del contribuyente, reconoce que «el impuesto pretende gravar toda la renta, cualquiera que sea la fuente, que obtenga el contribuyente, de manera que éste, junto a las rentas sometidas a retención, tendrá normalmente rentas no sometidas a la misma; por otra parte, el impuesto pretende tomar en consideración las circunstancias personales y familiares de contribuyente, por lo que la relación entre el retenido y la Administración Tributaria subsiste, pese a la intervención de la figura del retenedor».
- (9) En este sentido APARICIO PÉREZ, A.: «El retenedor: sujeto pasivo de la obligación tributaria», *H.P.E.*, número 77, 1982, pág. 225; LAMOCA PÉREZ, C.: «El retenedor como sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta», *C.T.*, número 35, 1981, pág. 95; LÓPEZ DE ARRIBA Y GUERRI, A.: «El retenedor y el sustituto», *Imp.*, número 9, mayo 1989, pág. 11; MARTÍN QUERALT/LOZANO SERRANO: *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 354; PALAO TABOADA, C., en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, FERREIRO/LASARTE/MARTÍN QUERALT/PALAO TABOADA, Cívitas, Madrid, 1983, pág. 535; PONS MESTRES, M., *Análisis y aplicación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 6.ª edic., Cívitas, Madrid, 1987, págs. 75, 77 y 78, y más recientemente en su obra *Análisis y aplicación del nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 79-80.

No obstante, se utiliza un argumento ingenioso con objeto de defender la retención como forma de sustitución. Así, se arguye que el retenedor no sustituiría al contribuyente en la obligación tributaria principal, sino en una obligación accesoria a ella de la que sí se desplazaría al contribuyente, o sea, que la sustitución se produciría «sólo en la obligación de realizar ingresos a cuenta de una obligación tributaria principal, futura e incierta: la obligación tributaria que en su caso surja el 31 de diciembre a cargo del contribuyente perceptor de los ingresos sobre los que se ha efectuado las retenciones» (10).

Aunque es admirable el intento de mantener los conceptos jurídicos tradicionales, lo cierto es que la propia legislación, así como la mayor parte de la doctrina (11) y de la jurisprudencia diferencian entre ambas figuras.

En palabras de SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho Financiero*, 5.ª edic., Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid, 1987, pág. 221, no cabe considerarse a los sujetos obligados a retener de rentas de trabajo o capital -se refería a la Ley del 78- sustitutos del contribuyente en sentido técnico-jurídico, pues «faltan, en efecto, todos los requisitos legalmente exigidos para que la sustitución tenga lugar. Así:

- 1.º Al producirse los cobros de rendimientos de capital o de trabajo no se realiza ningún hecho imponible ni surge, por tanto, ninguna obligación tributaria, lo que impide que los retenedores realicen a la Hacienda ninguna prestación material o formal que sea objeto de una obligación tributaria que no existe, y
- 2.º Las cantidades que los pagadores retienen a los perceptores no consisten en cuotas tributarias adeudadas por estos últimos.»

- (10) FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Los sujetos pasivos de la obligación tributaria», *R.E.D.F.*, número 72, octubre-diciembre 1991, págs. 478-479. Este autor partiendo de que el hecho imponible no debe contemplarse estáticamente, pues se realiza a lo largo del período impositivo, señalaba que con el presupuesto de hecho de la obligación accesoria se realizaba parcialmente el hecho imponible al sustituir el retenedor al contribuyente en el ingreso de los pagos anticipados que correspondería a éste. También desarrolla con gran rigor tal argumentación, considerando de igual manera la retención a cuenta como forma especial de sustitución, ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Sustitutos y retenedores en el ordenamiento tributario español*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 291-298, al que nos remitimos.

Coincide en la consideración del retenedor como sustituto COLLADO YURRITA, M.A.: «Configuración jurídica de la retención a cuenta en la ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *C.T.*, número 61, 1992, págs. 12-13, si bien su posición difiere de la anterior, en cuanto no incide en la realización parcial del hecho imponible, sino que acepta que éste todavía no ha nacido, afirmando que «el retenedor lo que hace es sustituir al perceptor de rentas sujetas al Impuesto sobre la Renta en la obligación de realizar un prestación pecuniaria provisional a título de tributo con anterioridad a la realización del hecho imponible, asumiendo el deber de detraer, con ocasión del abono de ciertas rentas, ese gravamen tributario e ingresarlo en el Tesoro, cumpliendo asimismo las prestaciones formales que acompañan a esa particular obligación tributaria». En similar sentido, considerando que la sustitución se produce respecto a la obligación de ingreso anticipado, se pronuncia LEJEUNE VALCARCEL, E.: *La anticipación de ingresos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Edersa, Madrid, 1983, págs. 34-53.

Por su parte GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E.: «Aspectos subjetivos, imputación de rendimientos y deducciones de la cuota», *C.T.*, número 33, 1980, págs. 207-208, apunta que la normativa del impuesto no deja lugar a dudas en la conceptualización del retenedor como sustituto.

- (11) Esta línea argumental que se ratifica en la negación del retenedor como sustituto, con la que coincidimos, ha sido desarrollada por autores como MARTÍN QUERALT, J.: «Notas en torno a la configuración jurídica de la retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *H.P.E.*, número 82, 1983, págs. 136-138. También se recoge en la obra conjunta de CASADO OLLERO/ FALCÓN TELLA/LOZANO SERRANO/SIMÓN ACOSTA: *Cuestiones tributarias prácticas*, 2.ª edic., La Ley, Madrid, 1990, donde se puede leer: «Jurídicamente no puede afirmarse que la obligación del retenedor sustituye a la del contribuyente de anticipar el ingreso futuro

Pese a ser evidente la identidad de objetivos entre ambas instituciones, ha de admitirse que en los impuestos nacidos de la reforma del 64 la figura del sustituto funcionaba con arreglo a los cánones establecidos en la LGT, pues la misma se estructuraba en torno a la obligación tributaria (12).

No obstante, encuentra dificultades insalvables de encaje dentro de la nueva técnica impositiva surgida a partir del año 78, ya que el artículo 32 LGT exige que el reemplazo del contribuyente se produzca no respecto de cualquier obligación, sino precisamente de la deuda tributaria principal. Sólo entendiendo estas obligaciones como un pago a cuenta de la obligación principal, accesoria a la misma y de carácter liberatorio para el sustituido, podrían tener cabida dentro del instituto jurídico del sustituto, pues sólo en ese caso se podría entender que retenedor y obligado a ingresar a cuenta vienen a satisfacer la prestación material derivada del hecho imponible realizado por el contribuyente. Sin embargo, ninguna de estas características puede predicarse de la institución que analizamos (carácter liberatorio y accesoriedad).

En efecto, la obligación del retenedor es una obligación autónoma, ya que el sujeto obligado a retener satisface una deuda propia, que no constituye jurídicamente una obligación accesoria a la principal del contribuyente (13).

e incierto. Aunque en la mente del legislador o en el momento prejurídico se trate de hacer colaborar a una persona en el cumplimiento de los deberes tributarios de otra, no hay jurídicamente hablando sustitución, porque el contribuyente no está obligado a nada» (págs. 217-218). Puede verse, además, CASADO OLLERO, G.: «De la imposición de productos al sistema de retenciones y fraccionamiento de pago en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I). La retención a cuenta», *R.E.D.F.*, número 21, enero-marzo 1979, pág. 79.

Otro motivo argüido desde esta posición es que no se puede ser sustituto de una obligación tributaria que se desconoce incluso si va a producirse. Así, CASADO OLLERO, G.: «La colaboración con la Administración Tributaria. Notas para un nuevo modelo de relaciones con el Fisco», *H.P.E.*, número 68, 1981, págs. 159-161. Igualmente CHECA GONZÁLEZ, C.: *La revisión de los actos tributarios en vía administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1988, págs. 187-190. Niega este autor la subsumición del retenedor en la figura del sustituto del contribuyente ya que la obligación tributaria de éste «aún no existe cuando se verifica el presupuesto de hecho que da nacimiento a la obligación de ingresar en el Tesoro las cantidades retenidas, y difícilmente, por tanto, puede sostenerse que el retenedor sustituya a un contribuyente en el cumplimiento de unas prestaciones de una obligación cuando tanto aquél como éstas son, todavía, inexistentes» (*ibídem*, pág. 188).

- (12) En efecto, en relación con los antiguos impuestos de producto, como señala LÓPEZ DE ARRIBA Y GUERRI (*op. cit.*, pág.11) «la figura del sustituto funcionaba con arreglo a los cánones establecidos en la LGT, ya que:
- a) El IRTP o el IRC se devengan con la exigibilidad de los correspondientes rendimientos, con lo que la sustitución se producía en relación con una obligación ya existente y cuya cuantía, además, era conocida y definitiva, toda vez que el carácter de «a cuenta» del tributo correspondiente no se traducían en devolución de retenciones al aplicar su pago al del Impuesto General ya que la imposición de producto funcionaba con la característica de imposición mínima.
  - b) La intervención del sustituto desplazaba al contribuyente del IRTP o del IRC como sujeto pasivo. El sujeto obligado a retener se colocaba «en lugar del contribuyente» en el cumplimiento de la obligación tributaria, desplazándole en relación con el tributo en que la sustitución se realizaba, si bien se admitía la posibilidad, que no rompe el argumento utilizado, de aplicar la cuota retenida al pago del Impuesto General.»
- (13) Nítidamente lo señala SOLER ROCH, M.T.: «Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *R.E.D.F.*, número 25, enero-marzo 1980, pág. 28, al afirmar que «las obligaciones a cuenta del IRPF tienen un carácter instrumental y dependiente de la obligación tributaria principal, aunque no son obligaciones accesorias en sentido técnico estricto. No hay accesoriedad, porque el supuesto de hecho que las origina no deriva de una obligación preexistente, sino en todo caso futura e incierta».

En este sentido, el ingreso en el Tesoro de las cantidades retenidas únicamente extingue la prestación debida por el obligado a practicar la retención, sin que éste sustituya al contribuyente mismo, sin perjuicio de que para éste sea computable como pago a cuenta de la deuda tributaria resultante de su eventual obligación tributaria. Y así parece reconocerse en la Jurisprudencia (14) y la doctrina administrativa (15), al considerarse a la obligación de retención una obligación directamente impuesta al retenedor, quien satisfecerá con su ingreso una deuda propia.

Ahora bien, en contra de lo que en ocasiones se ha señalado (16), no ha de verse en la nota de la autonomía un problema insalvable para explicar cómo se produce el efecto compensador con la deuda tributaria principal del contribuyente.

El efecto de la compensación es plenamente coherente con el *carácter de mediación en el pago* que deben tener tales instituciones. Como ya hemos puesto de relieve, la finalidad fundamental de las distintas modalidades de pagos anticipados es la recaudatoria. Se adelanta el pago del impuesto al momento de producción de los rendimientos con objeto de facilitar así a la Administración la disponibilidad de medios económicos líquidos y al contribuyente dicho pago.

El sujeto obligado a realizar pagos anticipados actúa como mediador en el pago (17), aunque hay que señalar que su posición no es la de un mero recaudador eventual -en la misma línea que las entidades colaboradoras en la gestión, como bancos e instituciones de crédito- ya que su papel ha adquirido en la actualidad una especial relevancia. Por tanto, no es una simple manifestación del deber de colaboración, sino que es una obligación que por la especial importancia

(14) En este sentido se pronuncian el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de marzo de 1991 (*vid. Ca.T.*, número 210, octubre 1994, pág. 101), el TSJ de Castilla-La Mancha, en Sentencia de 25 de noviembre (*vid. Jurisprudencia Tributaria*, t. III, 1993, pág. 403), y el TEAC, en Resolución de 21 de julio de 1993 (*vid. Jurisprudencia Tributaria*, t. III, 1993, pág. 36) y de 22 de septiembre de 1993 (*vid. Jurisprudencia Tributaria*, número 27, enero 1994, pág. 150).

(15) En este sentido, el TEAC reconoce el carácter autónomo de dicha obligación. Así, en el considerando 8.º de la Resolución del TEAC de 29 de mayo de 1991 se puede leer lo siguiente: «Su aplicación con relación tanto al retenedor como al contribuyente... es el fundamento de la propia estructura que a la obligación de retener da la actual normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... que la constituye como obligación propia del retenedor desvinculada de la que en su día habrá de asumir el perceptor de los rendimientos sujetos a retención» (reproducida en *C.T.* núm. 61, 1992, pág. 156).

(16) La doctrina ha visto en ocasiones en la nota de la autonomía un problema para explicar el efecto compensador con la deuda tributaria principal del contribuyente. En este sentido, PALAO TABOADA, CARLOS: «El ingreso a cuenta por un tercero», *E.F.*, número 121, abril 1993, pág. 8, donde se puede leer lo siguiente:

«Otro grupo de doctrinas, subrayan la autonomía del deber de efectuar el pago anticipado frente a la obligación principal. Estas teorías tienen que explicar, sin embargo, el efecto de compensación con la obligación tributaria principal. Para explicar este efecto se recurre a la noción de "crédito de impuesto"; se incurre así, en realidad, en una tautología, ya que esta expresión, que es traducción del término inglés «tax credit», designa precisamente esta eficacia compensatoria, que se produce *ope legis*».

(17) En este sentido, MORENO FERNÁNDEZ, J. I.: «¿Derecho del Trabajo *versus* Derecho Tributario? La traslación del ingreso a cuenta en las retribuciones en especie», *Impuestos*, número 12/1994, pág. 32, señala que «la única función del empleador es la de actuar como un mero intermediario entre el sujeto pasivo (trabajador) y la Administración de Hacienda, en orden a reducir el número de personas que presentan declaraciones y, además, la de anticipar fondos a aquélla».



que cobra en el actual sistema de gestión de los tributos se le ha dotado de una especial protección. En orden a aprehender su verdadera naturaleza hay que insertar esta obligación en el procedimiento de gestión o de imposición de los tributos. De hecho, en la Ley del Impuesto la regulación de las cuestiones relativas a las retenciones e ingresos a cuenta están incluidas en el Título X de la misma, que se dedica a la gestión del impuesto. Las nuevas técnicas de anticipación del tributo nacidas de la reforma del 78 son «la expresión de una nueva forma de entender el tributo» (18). En el actual sistema de imposición, la recaudación de los tributos se desenvuelve a través de dos instituciones básicas: los pagos anticipados y la autoliquidación.

A través del primer mecanismo aquellos que obtienen ciertas rentas sujetas al impuesto -previsibles contribuyentes- entregan a la Administración cantidades provisionales, a cuenta de una deuda de carácter tributario futura e incierta (19). Posteriormente, en el momento de la autoliquidación del impuesto, dichas cantidades se podrán compensar con la deuda tributaria que, en su caso, surja. Por tanto, los pagos realizados anticipadamente podrán o no convertirse en ingresos tributarios definitivos en el momento de la liquidación del IRPF, de modo que en el actual sistema de imposición el pago anticipado es «uno de los instrumentos que el legislador puede utilizar para que se realice el instituto del tributo; es decir, para que la Administración tributaria adquiera la prestación económica en que se traduce aquél» (20).

Es importante tener en cuenta que las relaciones a que dan lugar la retención son de carácter tripartito, de tal manera que existe un tercero ajeno a la relación entre el contribuyente y la Administración de Hacienda, el sujeto obligado por la ley a realizar dicho pago anticipado, que actúa como mero mediador entre ambas partes de la obligación sustantiva. Dicho sujeto tiene la

(18) COLLADO YURRITA, M.A.: *op. cit.*, pág. 7. En el mismo sentido, MARTÍN QUERALT, J.: «Notas en torno a la configuración...», pág. 148, quien señala lo siguiente: «¿No equivaldría ello a reconocer, en último término, que el actual alejamiento de la Administración por razones perfectamente justificadas, siquiera sea por el espectacular aumento del número de declaraciones presentadas de funciones tan esenciales como las liquidatorias, concebidas a la usanza tradicional, ha comportado, paralelamente, el nacimiento de auténticas obligaciones a cargo de terceros, que se insertan en el procedimiento de aplicación del tributo con una posición absolutamente novedosa e irreconducible al tradicional esquema, no ya sólo de la sustitución tributaria, sino incluso de la retención a cuenta vigente hasta 1978? ¿No estaremos, en definitiva, asistiendo al nacimiento de un nuevo modelo aplicativo de los tributos, en el que, a modo de vicarios, todos estaremos coadyuvando a la realización de unas funciones de imposible realización sólo por la Administración?»

(19) Ahora bien, en todos los casos no es justificable la anticipación del tributo a un momento anterior al nacimiento de la obligación tributaria. Para que esto suceda, es necesario que se considere previsible el nacimiento futuro de dicha obligación, y debe estar, además, previsto en la ley que opere la técnica de la anticipación del tributo en ese caso. Para la determinación de los supuestos en los que deben producirse la anticipación del tributo el legislador tiene un amplio margen. No obstante, la previsibilidad requiere de una conexión lógica entre el presupuesto que genera la obligación de soportar la retención o el ingreso a cuenta y el presupuesto de hecho de la obligación tributaria o hecho imponible. En estos supuestos, existen muchas posibilidades de que la deuda surja finalmente, por lo que se puede afirmar que se cumple la regla de previsibilidad, y por ello es razonable que una parte de los rendimientos que se abonan se ingresen en el Tesoro a cuenta de la previsible obligación futura del perceptor de los mismos. En definitiva, la previsibilidad implica que el presupuesto de hecho de la retención o ingreso a cuenta ha de ser parte del hecho imponible del impuesto. Cuando se obtiene una renta gravada por el IRPF no nace la obligación tributaria, pero es un índice significativo de la posibilidad de que ésta surja.

(20) COLLADO YURRITA, M. A.: *op. cit.*, pág. 10.

obligación de hacer llegar a la Administración tributaria las retenciones e ingresos a cuenta, ya que al ser el pagador de los rendimientos sujetos a gravamen está en mejores condiciones que la propia Administración para llevar a cabo la recaudación anticipada del tributo, pues ésta se adelanta al momento del pago de dichos rendimientos.

Por tanto, como consecuencia de los cambios acaecidos en el proceso de gestión y recaudación de los impuestos, el tributo podrá ser adquirido por la Administración en virtud de dos técnicas, que operan en dos momentos distintos. La primera, antes de que surja la obligación tributaria, como anticipo de la misma -con independencia de que dicho anticipo se entienda que se realiza en concepto de pago de la deuda tributaria o como garantía de la misma- (21). La segunda, que tiene lugar una vez que se devenga la obligación tributaria principal, cuando el contribuyente autoliquida la deuda que surge de la misma (22). Como se puede observar, la función del obligado a realizar pagos anticipados, queda relegada a la primera de estas fases, donde actúa de intermediario entre los sujetos activos y pasivos de la obligación tributaria, como recaudador de las cantidades devengadas como anticipo del impuesto en cumplimiento de una obligación propia. En la segunda de estas fases, dicha relación tripartita ya no existe, ya que el contribuyente se va a relacionar directamente con la Administración Tributaria, aunque también puede hacerlo con las entidades colaboradoras, aunque esta intermediación tiene un carácter muy distinto a la que efectúa el retenedor o el obligado a ingresar a cuenta.

En virtud de la naturaleza de estas instituciones, el efecto de compensación de los pagos anticipados con la deuda tributaria definitiva no tiene explicación si no se ha producido el pago de las retenciones e ingresos a cuenta con cargo al patrimonio del contribuyente. En este sentido, la extinción de la obligación de ingresar las cantidades no retenidas se debería producir, no porque se haya cumplido la obligación principal, sino porque dicha obligación carece de sentido si no lleva a cabo al momento del pago de los correspondientes rendimientos.

### III. ANÁLISIS DE LA PRESUNCIÓN DE RETENCIÓN

En la legislación anterior se discutía el carácter de la presunción de retención. En este sentido, era controvertido su consideración como presunción absoluta o meramente relativa.

(21) Para mayor información sobre la naturaleza última de las técnicas de pagos anticipados, *vid.* PALAO TABOADA, C: «Comentarios...», *cit.*, pág. 533.

(22) En este sentido, COLLADO YURRITA, M. A.: *op. cit.*, págs. 10 y 11 señala que «entendido el tributo como prestación pecuniaria coactiva adquirida a través de diversos mecanismos jurídicos (...), la figura de la retención a cuenta significa la escisión del tributo en dos obligaciones pecuniarias distintas, cada una de las cuales seguirá sus propias vicisitudes, en materia de infracciones, prescripción, etc. De un lado, la obligación de realizar un ingreso anticipado, con carácter provisional, que se produce a través de la detracción llevada a cabo por el retenedor al abonar rentas sujetas a este instituto y su subsiguiente ingreso en el Tesoro, en la cuantía y plazos establecidos normativamente. De otro lado, la obligación que surge al realizarse el hecho imponible».

Esta discusión tenía una enorme trascendencia, ya que en función de la concepción que se acogiese se aceptarían unas u otras consecuencias. En caso de que se entendiese la presunción establecida en la norma como relativa, en cuanto ésta constituye una institución probatoria encaminada a la fijación de los hechos, se circunscribiría la cuestión a un problema de prueba sobre la realidad de la retención. De forma que su aplicación quedaría reducida a los supuestos en que la remuneración íntegra no fuese susceptible de ser conocida con certeza por otros medios distintos a la propia presunción, pues si el retenedor pudiera demostrar por los medios admitidos en derecho esta cuantía íntegra no sería necesario acudir a la presunción, por lo que la única virtualidad de la presunción sería permitir a la Administración dirigirse contra el retenedor si éste careciera de prueba suficiente sobre la efectividad de la retención practicada (23). Por el contrario, si la norma se entendiese como presunción *iuris et de iure* no cabría en modo alguno prueba en contrario, pues constituiría una norma de obligada aplicación a la que habría de someterse tanto el retenedor como el contribuyente.

En la actual normativa no caben dudas, desde nuestro punto de vista, acerca del carácter absoluto de la presunción.

El artículo 98.Dos de la actual ley, a nuestro juicio, no viene encaminado a facilitar la prueba de la realidad de las retenciones practicadas, ni la efectividad de las retribuciones íntegras satisfechas, sino que, por el contrario, se trata de una norma que impone que se tomen las retribuciones recibidas como satisfechas al neto de la retención que les correspondiesen. Es por ello que consideramos que dicho precepto se encuadra en el derecho material y no en el derecho probatorio, por lo que parece consecuente con dicho planteamiento la omisión de referencia a la prueba en contrario. De modo que no cabe calificar al mismo como presunción *iuris tantum*, pues es ésta una institución propia del orden procesal.

Al considerarse norma de derecho material se plantean una serie de problemas. Por ello, entendemos que se hayan querido salvar estas dificultades interpretando que cabe prueba en contrario de lo dispuesto en ella.

En favor de su consideración como presunción *iuris tantum* se ha argumentado, por un lado, que la LGT y el CC exigen que las presunciones absolutas se establezcan de forma expresa, por lo que, no estimando que así venga establecida la presunción de retención, se concluye que admite prueba en contrario (24), y por otro lado, que si la presunción fuera absoluta no admitiría excepciones, como de hecho existen en la Ley del Impuesto (25).

(23) Así se reconoce por el TSJ de Cataluña en Sentencia de 23 de marzo de 1993 (reproducida en *Impuestos*, núm. 18, septiembre 1993, pág. 74) y por el TEAC, en Resolución de 2 de noviembre de 1989 (reproducida en *Ca.T.*, núm. 106, enero 1990).

(24) Vid. IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «Naturaleza y alcance de la presunción de las retenciones sobre los rendimientos del trabajo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Impuestos*, número 1, enero 1991, págs. 121-122.

(25) El propio TEAC incidió en esta idea respecto a la legislación anterior, aduciendo, además, que las presunciones *iuris et de iure* no admitían excepciones, de forma que la exclusión del artículo 151 del Reglamento de 1981 de ciertos supuestos hacía que se debiera calificar a la presunción contenida en el artículo 36 de la Ley del IRPF de 1978 como presunción relativa. Así se expresa en la citada Resolución del TEAC de 2 de noviembre de 1989 en su Considerando 9.º.

Sin embargo, para nosotros el carácter absoluto de la presunción se recoge claramente en la expresión «en todo caso», que no da margen a la inaplicación de la norma. Por ello, creemos innecesario que expresamente se califique como presunción *iuris et de iure*. Por otra parte, la excepción que establece la ley a la presunción (retribuciones legalmente establecidas) tampoco significa que se admita la prueba en contrario, sino simplemente se delimita el ámbito de aplicación de la norma; es decir, no es que siempre quepa desvirtuar la imposición del legislador de que la retribución se ha hecho al neto de la retención, en cuyo caso sí sería presunción *iuris tantum*, sino que el legislador establece los supuestos en los que no juega dicha norma, lo que no obsta para su calificación como norma sustantiva de obligado cumplimiento.

Ha de reseñarse que el TEAC ha rectificado su posición anterior, ya que a partir de la Resolución de 29 de mayo de 1991 ha admitido expresamente que la presunción no tiene carácter relativo o *iuris tantum* (26).

Ahora bien, la consideración de la categoría que estudiamos como una norma de obligado cumplimiento plantea contradicciones sustanciales con el resto de la normativa del impuesto (interpretación sistemática) e, incluso, con la Constitución, por lo que se puede plantear la viabilidad de la presunción en nuestro sistema jurídico.

Ciertamente, en relación a las primeras, cabe entender que la presunción de retención, en cuanto se configura como una presunción de mayores retribuciones, conduce a tomar en consideración ingresos no obtenidos realmente, por lo que parece contradecir los propios preceptos de la ley relativos a la determinación de la base imponible, al incluirse en ésta no los rendimientos íntegros sino una cantidad superior, como es la resultante de sumar a lo efectivamente percibido tanto las retenciones practicadas como las que hubieran debido practicarse -elevación al íntegro-, desvirtuándose el sistema de fijación de la deuda tributaria (27).

(26) Considerando 8.º de la Resolución del TEAC de 29 de mayo de 1991, reproducida en *C.T.*, número 61, 1992, pág. 156. En este sentido, reconoce que el precepto (art. 36 de la anterior normativa) «contiene no una verdadera presunción sino una ficción legal o norma de obligada aplicación establecida para determinar, a efectos de las obligaciones fiscales impuestas al contribuyente y al retenedor, la base imponible para el primero y la base de cálculo de la retención para el segundo, con la única y estricta excepción establecida por el artículo 151.4 del Reglamento del Impuesto». Esta posición se ratifica en la Resolución de 26 de junio de 1991, que se puede encontrar en *Impuestos*, número 2, enero 1992, pág. 73 y ss., así como en la Resolución de 26 de febrero de 1992, que al resolver un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterios, vuelve a insistir en dicha idea:

«Si bien es cierto que este Tribunal Económico-Administrativo Central en Resolución de 2 de noviembre entendió que la expresada norma -art. 36- contenía una presunción *iuris tantum* que no juega cuando se puede conocer fehacientemente la remuneración íntegra abonada, también lo es que este mismo Tribunal en Resolución de 29 de mayo de 1991 consideró más ajustado a Derecho entender, a la vista de la normativa vigente y abundando en lo ya indicado en sus Resoluciones de 5 de junio y 3 y 18 de julio de 1990, que el transcrito párrafo del artículo 36 de la Ley reguladora del Impuesto no es constitutivo de tal presunción *iuris tantum* dirigida a conocer la retribución íntegra satisfecha por el pagador, sino que contiene no una verdadera presunción sino una ficción» (Considerando 4.º). *Vid. E.F.*, número 117, diciembre 1992, pág. 113.

(27) De este modo se pronunciaba el TSJ del País Vasco, pudiéndose leer en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de 3 de febrero de 1990: «la expresión "en todo caso" que tales preceptos utilizan -art. 36.1 ley y art. 151.1 reglamento- no puede entenderse equivalente a una presunción de naturaleza *iuris et de iure* por las consecuencias contradictorias con la regulación legal del impuesto a que tal equivalencia conduciría.» *Vid. Ciss.*, Jurisprudencia Tributaria, págs. 53/B-16 y 53/B-17.

En este sentido, apunta FALCÓN Y TELLA (28), la elevación al íntegro supone un enriquecimiento sin causa para 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.

En consecuencia, y ya entrando en las contradicciones constitucionales, según este autor, al convertirse la presunción de retención en una presunción de mayores rentas por la elevación al íntegro, se produce una clara colisión con el principio de capacidad contributiva, al gravarse una renta ficticia, superior tanto a la efectiva percibida como a la que se tiene derecho a percibir. Y añade que no cabe objetar a esta argumentación el hecho de que el contribuyente pueda deducirse la retención no soportada, pues tal beneficio desaparecería si se acepta que el pagador puede dirigirse posteriormente contra él, y en caso contrario el perjuicio patrimonial lo sufre el pagador de la retribución, lo cual no resulta admisible si no existe mala fe. Y a fin de evitar estas vulneraciones de los principios propios del orden tributario, concluye que se ha de limitar el alcance de la presunción, debiendo entenderse como una «presunción de retención» (29). Esto es, que habría de circunscribirse la actual presunción de retención a una presunción de que la retención se ha practicado y no, como ocurre en la actualidad según el desarrollo reglamentario, a una presunción de renta, según la cual el rendimiento bruto es superior al neto percibido, por lo que no habría de referirse a la cuantía de las retribuciones sino que únicamente habría de constituir un mecanismo regulador de las relaciones entre el contribuyente-retenido y la Hacienda pública (30).

Ahora bien, si se acepta la teoría de que se trata de presunción de retención y no de rentas, en opinión de sus defensores la presunción de retención no vulneraría los principios constitucionales ya reseñados, utilizando como argumento fundamental que el empresario que no retuvo y que, a pesar de todo, tuvo que ingresar las retenciones debidas, tiene la posibilidad de ejercer una acción de regreso frente al contribuyente que debió ser objeto de la retención y que se benefició con esa omisión. Pero hemos de significar que esta acción de regreso tiene un carácter residual, por lo que no podemos salvar la viabilidad de esta construcción doctrinal en función de esta posibilidad cuya relevancia práctica es relativa, y que además puede conllevar, como ya veremos, más problemas de los que pretende solucionar.

En todo caso, lo que se viene a decir es que la presunción de retención tiene consecuencias únicamente unilaterales, sólo para el sujeto obligado a ingresar la retención, para el cual la presunción es plenamente aplicable, por lo cual deberá ingresar dichas cantidades en todo caso. Sin embargo, el receptor de la renta no debe verse afectado por la presunción, pues de lo contrario éste tributaría por encima de las rentas percibidas. En efecto, con la presunción se estarían elevando ficticiamente los rendimientos del sujeto pasivo, lo cual no significa sin más que se esté vulnerando el principio de capacidad contributiva.

(28) «El mito de la elevación al íntegro en materia de retenciones», *Impuestos*, número 21, noviembre 1994, págs. 44 y ss.

(29) Para ALONSO GONZÁLEZ, L.M., en cambio, la única forma de adecuar la presunción al principio de capacidad económica sería mediante la admisión de prueba en contrario. *Vid. op. cit.*, págs. 283-285.

(30) «El mito de la elevación...», *cit.*, pág. 45.

En este sentido, hay que distinguir entre que la retención no se practique porque exista un pacto en tal sentido entre los sujetos obligado a practicar y soportar la retención o que tal pacto no exista, y que la omisión de la retención se deba a un error o a una negligencia del sujeto pagador de las rentas. Sólo en este último caso cabe considerar la posibilidad de que el sujeto se vea gravado por una renta superior a la que ha obtenido efectivamente, porque en el caso de que exista el pacto de que se pague al neto, realmente la renta global del sujeto no es la que efectivamente percibe, sino que a ésta habría que añadir los impuestos del sujeto pasivo que asume el obligado a retener. Por tanto si no se establece un mecanismo para corregir esta situación se estaría vulnerando el principio de capacidad contributiva pero no por exceso sino por defecto, en la medida en que habría sujetos pasivos que podrían obtener una rebaja de sus impuestos pactando con el sujeto obligado a retener el pago de su retribución al neto, con lo cual se estaría favoreciendo a los sectores que puedan tener el suficiente poder para influir en esta decisión.

Desde nuestro punto de vista no es la presunción de retención el mecanismo más coherente para corregir este tipo de situaciones. Bastaría considerar que el pago de los impuestos que asume el empresario es una retribución en especie del que es sujeto pasivo contribuyente, en cuyo caso habría que articular el mecanismo para que el obligado a retener pague los impuestos que asume teniendo en cuenta la retribución total (retribución efectiva + impuestos pagados) y no la renta líquida recibida. Una solución, podría ser realizar una doble tarifa, una para rendimientos con retención y otra para rendimientos pactados al neto. En todo caso, para que esta teoría fuese viable sería necesario modificar el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores. Otra solución sería mantener la elevación al íntegro, pero exclusivamente referida a los efectos de determinar la cantidad debida en concepto de impuesto, sin que tenga consecuencias en relación a la exigencia de retenciones no practicadas.

La teoría de que es presunción de retención y no de rentas se queda a medio camino porque en ella se manifiesta de manera latente el desacuerdo con la institución de la presunción de retención, por las interferencias que supone respecto del mecanismo racional del tributo. Lo que ocurre es que esta teoría, desde nuestro punto de vista, trata de dotar a la institución de consecuencias distintas de las que el ordenamiento establece. Por ello, entendemos que lo que debe ser eliminado del ordenamiento es la figura de la presunción de retención y, como veremos más adelante, existen argumentos suficientes que abonen esta tesis. Pero, como decimos, lo que se debe eliminar es la causa de estas disfunciones (lo cual es lo que nosotros defendemos), que sería la presunción de retención, y no una de las consecuencias unidas en la actual normativa inexorablemente a ella como es la elevación al íntegro, que, en definitiva es lo que proponen quienes ven en la figura una presunción de retención y no de rentas.

Ya tendremos tiempo de establecer los argumentos en función de los cuales entendemos que se debe eliminar la presunción de retención (alteración del mecanismo lógico del sistema, sanción impropia), pero en este momento hemos de decir que consideramos que la presunción está configurada en la actual normativa de manera amplia, como presunción de retención y de rentas, y que lo que podremos hacer es analizar la adecuación de este régimen jurídico a la nor-

mativa del impuesto y a los principios constitucionales a fin de valorar la necesidad de que el régimen sea cambiado, que es precisamente lo que pretendemos hacer en páginas posteriores de este trabajo. En todo caso, mientras no exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en tal sentido se podrá poner de manifiesto la contradicción existente al objeto de criticar la regulación vigente, pero nunca atribuir a la presunción de retención efectos claramente distintos a los que se determinan en la ley.

Una vez puesto de manifiesto que no se trata de una auténtica presunción, sino que estamos ante una norma de derecho material, nos encontramos con la tarea de discernir si se trata de una ficción o una de las denominadas presunciones *iuris et de iure*, pues ambas figuras tienen cabida en aquél. Debemos tener presente que para diferenciar entre ambas se debe atender al momento anterior a su plasmación legislativa, analizando si el legislador prescinde de la realidad al imponer el hecho consecuencia, encontrándonos ante una ficción, o, por el contrario, lo impone al considerar que es práctica habitual que éste acompañe al hecho base, según pone de manifiesto la experiencia, encontrándonos ante una presunción *iuris et de iure* (31).

Es cierto que la norma será de aplicación a supuestos en los que las retribuciones satisfechas no habrán sido objeto de retención o ésta ha podido ser insuficiente, como las controversias jurisprudenciales ponen de manifiesto, pero ello no es suficiente para que sea calificada como ficción. La presunción absoluta también conlleva su aplicación a supuestos en los que por apartarse de la práctica general, según el previo juicio de probabilidad realizado por el legislador, la realidad no concuerda con la imposición normativa a aplicar; aunque éstos deberán ser las excepciones. Pensamos que a este último esquema responde la norma objeto de comentario, por lo que debe ser calificada como presunción *iuris et de iure*, en cuanto el legislador impone que las retribuciones han de tomarse, en todo caso, como satisfechas al neto de la retención, al pensar que es realmente probable que así se haya producido por existir una obligación legal previa en este sentido. Sin perjuicio de que al ser norma de obligada aplicación se haya de imponer en supuestos donde, en realidad, no se ha practicado la retención o ha sido insuficiente, sin que a efectos normativos sea relevante tal excepcionalidad, considerándose como si efectivamente se hubiese producido la correspondiente retención.

Para finalizar con su naturaleza debemos advertir que si bien la no calificación de la norma como auténtica presunción, sino como norma de obligada aplicación, es de trascendental importancia, por las consecuencias que dicha calificación conlleva; por el contrario, la consideración como presunción *iuris et de iure* o como ficción no es excesivamente relevante para el juego de la misma, es más un problema teórico que práctico. Tanto en un caso como otro será de aplica-

(31) Sobre tal diferenciación véase el Capítulo I del estudio de SÁNCHEZ PINO, A.J.: *Presunciones y ficciones en el IRPF*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1995.



ción a todos los supuestos que tengan cabida en su ámbito de aplicación. Por esto y por la consabida dificultad que comporta la distinción entre ambas, no ha de extrañar que a veces se califique indistintamente como presunción absoluta o como ficción (32).

Se nos puede objetar que el TEAC califica a la norma como ficción en la citada Resolución de 29 de mayo de 1991, pero pensamos que no es su intención delimitar entre la ficción y la presunción *iuris et de iure* en esta resolución, sino contraponer el precepto como norma de obligado cumplimiento frente a pronunciamientos anteriores donde se había considerado como presunción *iuris tantum*, o sea norma probatoria. Si el TEAC se refiere a que contiene una ficción legal es simplemente para poner de manifiesto su carácter de norma de derecho material, considerando -pensamos- que si se refiere a ella como presunción absoluta puede dar lugar a un mayor confusiónismo.

Actualmente existe un amplio consenso doctrinal sobre la calificación aquí sostenida, considerando a la misma como presunción absoluta o *iuris et de iure* (33). Y en este sentido se expresa algún reciente pronunciamiento jurisdiccional (34).

Consideramos que el legislador al establecer esta presunción absoluta lo que pretende es reforzar la obligación de retener, impulsar el cumplimiento de ésta, pues las consecuencias del incumplimiento de la obligación de retener se agravan. El retenedor ve como se extiende su responsabilidad no sólo a las cantidades efectivamente retenidas, sino también a las que hubiera

(32) Cabe citar a F. PÉREZ ROYO: *Derecho Financiero y Tributario...*, cit., pág. 140, quien tras considerarla presunción *iuris et de iure*, apostilla, a continuación, que se trata, en realidad, de una ficción. Proceder que ya se constata, respecto al artículo 36 de la ley anterior, en su obra *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, IEF, Madrid, 1986, págs. 94-95. En similar sentido se expresa PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 366-374, utilizando indistintamente ambos términos para referirse al artículo 98.Dos de la ley.

(33) Refiriéndose al artículo 36 de la Ley 44/1978, podemos citar a BANACLOCHE, J.: *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, T. III, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Edersa, Madrid, 1983, pág. 543, también en «Las retenciones», *C.T.*, número 33, 1980, pág. 303; MERINO JARA, I.: «Responsabilidad ante el tesoro de contribuyente y retenedor en el IRPF», *Imp.*, número 9, septiembre 1985, pág. 10; PALAO TABOADA, C.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 548, o RODRÍGUEZ PÉREZ, H.: *Comentarios a la Ley y Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 5.ª edic., Edersa, Madrid, 1982, pág. 412. Igualmente FALCÓN Y TELLA, R.: «Comentario General de Jurisprudencia», *R.E.D.F.*, número 66, abril-junio 90, pág. 307 y «Comentario General de Jurisprudencia», *R.E.D.F.*, número 67, julio-septiembre 90, pág. 438. Respecto al artículo 98.Dos de la Ley 18/1991 reconocen este carácter ALBIÑANA, C. y FONSECA, E.: *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1992, pág. 215; CALERO GALLEGO, J.: *Lecciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Minerva Universidad S.L., Sevilla, 1992, pág. 215, y también en la obra *Manual del sistema tributario español*, JAIME GARCÍA AÑOVEROS Y OTROS, Cívitas, Madrid, 1993, pág. 76; LÓPEZ BERENGUER, J.: *Manual de Derecho Tributario (Parte Especial)*, 4.ª edic., DYKISON, Madrid, 1991, pág. 209, o recientemente FALCÓN Y TELLA: «El mito de la elevación...», cit., pág. 42.

(34) Así, el TSJ de Galicia, en Sentencia de 21 de diciembre de 1992, que reconoce que en la actualidad los artículos 98.2 y 60.1 de la vigente Ley y Reglamento del IRPF contienen la presunción del artículo 36 de la anterior ley, otorgando a la misma carácter imperativo, con la única excepción de las retribuciones legalmente establecidas. *Vid. Q.F.*, número 9, marzo 1993, pág. 51.



debido retener. Es evidente, por tanto, la referida finalidad de la presunción absoluta, en cuanto acrecienta el interés del retenedor en el cumplimiento de la obligación de retener con el objeto de no verse obligado al pago de cantidades no retenidas, amén de los intereses de demora y la sanción (35).

No obstante, ya veremos como la presunción de retención no refuerza el interés de la Hacienda Pública. Antes al contrario, puede llegar a perjudicar gravemente dichos intereses. Desde este punto de vista, desaparecería la única razón que se aduce para defender la existencia de dicha presunción.

En todo caso con la presunción de retención se producen distorsiones notorias en el régimen jurídico de la retención a cuenta sin que, además, se consigan los objetivos que con el establecimiento de dicha presunción *iuris et de iure* se persiguen. Si la presunción se derogara, el obligado a retener se vería compelido a cumplir con su obligación, pues en el caso contrario podría ser sancionado por tal incumplimiento, si bien no respondería de las cantidades que hubieran debido ser retenidas, las cuales, consecuentemente, no podrían ser compensadas por el perceptor en el pago de su deuda.

El antecedente inmediato del mecanismo actual de elevación al íntegro se puede encontrar en los antiguos impuestos de producto, en los que se utilizaba en caso de que una renta se percibiese «libre de impuestos» (36). Posteriormente, la extensión de esta figura a todo pago rea-

(35) Esta finalidad se advierte de forma unánime por la doctrina. De este modo, entre otros, CORTÉS MARTÍNEZ, J.A.: «Las retenciones en el Impuesto sobre la Renta» (II), *Monografía* número 55, septiembre 1987, pág. 7; GUERRERO ARIAS, E. y ROSICH ROMEU, E.: «Las retenciones a cuenta como exacción tributaria. Sanciones por su falta de ingreso», *Impuestos*, número 11, noviembre 1985, pág. 124. Y más recientemente COLLADO YURRITA, M.A.: *op. cit.*, pág. 14, quien afirma que «además, esa regla permite una mejor satisfacción de los intereses de la Administración Tributaria, puesto que si ésta se dirigiera contra el perceptor de las rentas sujetas a retención para reclamarle las cantidades no ingresadas, no podría reclamarles intereses de demora ni, menos aún, imponerle sanción por un comportamiento del que, en principio, no puede reputársele responsable.» La abstracción que supone la desvinculación de la obligación de ingresar la retención de su efectiva realización, tiene como función, según NAVAS VÁZQUEZ, R. (*op. cit.*, pág. 156), «permitir la generalización de las retenciones, prácticamente sin excepciones, sin que el interés de la Hacienda a la obtención del ingreso se viera involucrado en el complejo mundo de las relaciones entre los sujetos pasivos.»

(36) El Decreto 512/1967, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal, establece en el artículo 18 lo siguiente:

«En el caso de que las personas naturales o jurídicas obligadas a declarar remuneraciones por ellas satisfechas y a retener el impuesto correspondiente, abonen dichos rendimientos íntegros, sin deducción del tributo, tendrá la consideración de base imponible aquella cifra de la que, deducida la deuda tributaria, resultase la remuneración realmente pagada».

Este artículo es una transcripción del artículo 45.3 de la Ley 41/1964, de 11 de junio, y de la Orden de 12 de junio de 1964.

El Decreto 3357/1967, de 23 de diciembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre las Rentas del Capital, establece en el artículo 22, encabezado con el título de «Rendimientos libres de impuestos», lo siguiente:

«Cuando las personas o entidades obligadas a retener el impuesto declarasen que los rendimientos han sido abonados sin deducción del tributo, tendrá la consideración de percepción íntegra aquella cifra de la que, deducida la cuota tributaria, resultase el líquido realmente pagado».

lizado por el obligado a retener, tenía como finalidad conseguir atribuir exclusivamente a éste la responsabilidad del ingreso de las retenciones, liberando al trabajador. En este sentido, en el marco del antiguo Reglamento General de Recaudación de 1968 es posible encontrar cierta justificación a la presunción absoluta de retención, siempre que se considere que el legislador, concibiendo al retenedor como un sustituto, se pretendía con esta institución evitar que el contribuyente sometido a retención se encontrase en igual posición que el contribuyente sustituido. En virtud de los artículos 9.3 (37) y 11.3 del antiguo reglamento el contribuyente sustituido era considerado responsable subsidiario y la Administración podría exigirle tal responsabilidad cuando el sustituto no hubiera satisfecho la prestación pecuniaria y fuese declarado insolvente después de agotada la acción de cobro -incluida la ejecución forzosa-, y se hubiera dictado el correspondiente acto de derivación de responsabilidad. En estos casos el contribuyente sólo podía liberarse de dicho débito demostrando que aquél operó la retención del tributo.

A través de la presunción se enervaban los efectos de tal normativa, liberando al contribuyente de responsabilidad, ya que impedía que la Administración pudiera dirigirse contra éste, aun agotada la acción de cobro contra el retenedor, para exigirle el pago de las cantidades que no le hubieran sido retenidas o de aquéllas que, habiéndolo sido, no se hubieran ingresado en Hacienda.

Sin embargo, tampoco nos parece este argumento lo suficientemente sólido para justificar las distorsiones que la presunción absoluta de retención produce en el régimen jurídico de la retención. Ni siquiera tenía sentido en el antiguo reglamento del 68, dado que el retenedor no se puede encuadrar dentro de la figura del sustituto, pero aún tiene menos sentido una vez que el mismo ha desaparecido, dado que el nuevo RGR, aprobado por el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, no reproduce aquella previsión anterior sobre la responsabilidad del contribuyente sustituido.

En efecto, dado el carácter medial y no contributivo de la retención, si dicha obligación de mediación en el pago no tiene lugar, la consecuencia jurídica lógica para el retenedor no debe ser la asunción a su cargo del pago de la retención no efectuada. Por su parte, el contribuyente, no debería deducirse de su cuota líquida unas retenciones de las que no ha sido objeto. Por ello, entendemos que para establecer un régimen jurídico que sea coherente con la naturaleza de estas instituciones es preciso que se derogue la llamada presunción de retención, y las consecuencias jurídicas asociadas a ella (38).

(37) Desarrollado en el mismo sentido por la Regla 4.ª de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad, aprobada por Decreto 2260/1969, de 24 de julio.

(38) Así se apunta por NAVAS VÁZQUEZ, R.: *op. cit.*, pág. 159.

#### IV. LA PRESUNCIÓN DE REALIZACIÓN DEL INGRESO A CUENTA NO EFECTUADO

No resulta claro de la actual normativa que la presunción se aplique en relación a los ingresos a cuenta sobre retribuciones en especie y, en todo caso, se duda de que tenga la suficiente cobertura legal, de manera que se entienda respetado el principio de legalidad tributaria.

En este sentido el artículo 98.2 LIRPF que establece la denominada presunción de retención, no hace ninguna referencia al ingreso a cuenta, a pesar que el artículo se encabeza con el título «Retenciones y *otros pagos a cuenta*». Por su parte el artículo 27.3 de la misma ley establece que se incluirá como rendimiento del trabajo personal la valoración de la percepción «y, en su caso, el ingreso a cuenta *realizado* por quien satisfaga esta modalidad de retribución».

En la medida en que se habla de ingreso a cuenta realizado, no se puede introducir por vía reglamentaria una norma que permita presumir la realización del mismo por el obligado a ello cuando no lo ha efectuado en la realidad.

En todo caso, el artículo 27.3 hace referencia a la presunción desde la perspectiva del sujeto pasivo que percibe la retribución, que en este sentido sólo debe incluir el ingreso a cuenta en su base imponible si su empresa lo ha realizado efectivamente. En otro caso, el sujeto pasivo ni incluirá el ingreso a cuenta en su base imponible ni podrá deducirse ningún pago anticipado de su cuota líquida. No obstante, el artículo 60.2 del reglamento establece la opción contraria, sin ninguna base legal, por supuesto. En este sentido dicho artículo dice que «cuando exista obligación de ingresar a cuenta, se presumirá que dicho ingreso ha sido efectuado. El sujeto pasivo incluirá en la base imponible regular o irregular, según proceda, la valoración resultante de las normas contenidas en la Sección 3.ª de este Capítulo y el ingreso a cuenta». Por tanto, en relación al contribuyente perceptor de los rendimientos en especie hay que significar que aunque la regulación reglamentaria se decanta por la vigencia de la presunción, entendemos que ésta no se puede sustentar por falta de habilitación legal.

Ahora bien, el reglamento no determina de manera precisa si el obligado a efectuar ingresos a cuenta se encuentra afectado por la presunción. El artículo 60.3 establece el deber que incumbe al empresario de ingresar cuando proceda la retención, aunque aquélla no se hubiera producido, de tal forma que por el hecho de que no haya practicado ésta no va a dejar de hacer frente a Hacienda del pago de la misma. Sin embargo, esta norma no se refiere a los casos en que la empresa haya de realizar un ingreso a cuenta (39), aunque hemos de considerar que el artículo

(39) En efecto, aunque el artículo 60 se encabece de manera genérica con el título «Aplicación de retenciones e ingresos a cuenta», lo cierto es que sólo el apartado 2.º se refiere al ingreso a cuenta.

lo 41.Tres del reglamento asimila el obligado a ingresar a cuenta al retenedor siempre que se trate de regulación conjunta de los pagos a cuenta (40). El problema consiste en determinar si en el artículo 60 existe o no esta referencia conjunta que exige el artículo 41.Tres.

Por tanto, aunque el artículo 60.2 establece la presunción del ingreso a cuenta no realizado, no impone al obligado a realizarlo la consecuencia lógica a dicha regla, que es la obligación de ingresar las cantidades debidas, aunque sea fuera de plazo, al igual que en los casos en los que falta la retención. Esta disparidad en el régimen jurídico de ambas modalidades de pagos a cuenta puede deberse o a un descuido del legislador, o a que éste ha considerado que se trata de dos supuestos distintos; en la retención existe una detracción previa por lo que la mera presunción no es suficiente para que se pueda exigir su importe al pagador de los rendimientos. Se precisa, por tanto, una norma que prevea tales efectos. En cambio, en la institución del ingreso a cuenta es el obligado a realizarlo el que, según parece desprenderse de la ley, debe asumir dicho pago. Por ello, basta la presunción para habilitar a Hacienda a exigir del obligado a realizarlo esta cuantía, sin que sea necesaria una precisión adicional, aunque por tradición y en aras a una mayor claridad, hubiera sido preferible que se reprodujese a tales efectos la norma relativa a las retenciones. En todo caso, hubiera sido mejor que esta cuestión hubiera quedado totalmente aclarada en el propio reglamento, (41) pierde importancia si entendemos que el rango de la norma que la establece es claramente insuficiente.

En definitiva, se introduce reglamentariamente una novedosa presunción del ingreso a cuenta, la cual admite prueba en contrario, dado que no contiene exclusión de ella, y que, evidentemente, no cabe asimilar a la presunción absoluta de retención (42). Insistimos, el problema surge por la falta de cobertura legal de la misma, pues en la ley no se encuentra autorización alguna en este sentido.

Ahora bien, si consideramos dicha presunción como meramente relativa, el perjudicado podrá destruirla mediante la aportación de pruebas en contrario. Si tenemos en cuenta que la presunción beneficia al contribuyente, y perjudica los intereses de la Administración, podemos encontrar con una situación absurda, que desde luego entendemos que no ha sido pretendida por la norma, pues iría en contra del propio fundamento de la norma. En efecto, si la razón de ser de la presunción es la protección de los intereses de la Administración, no parece tener mucho sentido que finalmente sea destruida por ésta para evitar que se produzcan perjuicios mayores.

(40) Dicho artículo prescribe que «a efectos de lo previsto en este reglamento, las referencias al retenedor se entenderán efectuadas igualmente al obligado a efectuar ingresos a cuenta, cuando se trate de la regulación conjunta de los pagos a cuenta».

(41) Para ello sólo hubiera sido preciso que el artículo 60.Tres mencionara junto a las retenciones a los ingresos a cuenta, o que hubiera utilizado un concepto comprensivo de ambas figuras, como puede ser el de «pagos anticipados» o el de «pagos a cuenta», que en otras ocasiones utiliza la normativa del impuesto.

(42) Vid. CALERO GALLEGO: *Manual del sistema tributario español*, J. GARCÍA AÑOVEROS y otros, *cit.*, pág. 77, PALAO TABOADA, C.: «El ingreso...», *op. cit.*, págs. 19 y 20, o SÁNCHEZ PINO, A.J.: *Presunciones y ficciones...*, *cit.*, 450.

Por otra parte, el propio PALAO (43) pone de manifiesto un problema práctico de difícil solución, ya que «en el caso de las retribuciones en especie (...) será muy difícil en la generalidad de los casos determinar el importe del ingreso sin contar con la colaboración del pagador de la retribución». Por tanto, en caso de que el empresario no quiera colaborar será difícil conocer la base sobre la que se calcula el ingreso a cuenta -sobre todo cuando se valore en función del coste para el empleador, o en algunos casos de valoraciones administrativas basadas igualmente en dicho coste-. No obstante, el hecho de que el perceptor de la retribución en especie no pueda conocer el importe del ingreso a cuenta no es obstáculo para que éste deba incluirlo en su base imponible, al menos cuando dicho ingreso ha sido efectivamente realizado (44). En todo caso, el problema volvería a suscitarse si el empresario realiza el ingreso a cuenta, pero no lleva a efecto la certificación y la comunicación previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 59 del reglamento. En ese caso, el ingreso a cuenta formará parte de la base imponible del perceptor de los rendimientos en especie, que a su vez podrá deducir dicho importe de su cuota líquida, pudiéndose producir discrepancias entre dicha cuantía y lo ingresado por el pagador de la retribución.

#### **V. LA CONSECUENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE RETENCIÓN EN RELACIÓN AL PERCEPTOR DE LOS RENDIMIENTOS: LA ELEVACIÓN AL ÍNTEGRO**

La elevación al íntegro es la consecuencia inmediata de la presunción de retención para el perceptor de la renta. Dicho efecto se establece en el artículo 98.Dos de la Ley del IRPF, por lo cual no acertamos entender cuál es el apoyo jurídico de la teoría que otorga a la presunción de retención efectos unilaterales, en el sentido de que produce efectos para el pagador de la renta, que en cualquier caso tendrá que ingresar las cantidades que debía retener, pero no para el perceptor de la misma.

En este sentido, dicho artículo establece que el perceptor de rentas sujetas a retención ha de considerar, en todo caso -a salvo las retribuciones legalmente establecidas-, que las cantidades efectivamente recibidas ya han sido objeto de la oportuna retención, con lo que al declarar sus ingresos deberá adicionar a los rendimientos percibidos la cuantía de la retención correspondiente (45).

(43) *Ibidem*, pág. 20.

(44) Ya hemos señalado que aunque el artículo 60.2 establece la presunción del ingreso a cuenta no efectuado, el texto del artículo 27.3 impide que, por efectos de principio de legalidad tributaria, tenga algún valor la presunción en este ámbito.

(45) La propia Administración reconoce que tanto bajo la vigencia de la ya derogada Orden Ministerial de 30 de octubre de 1980 como del actual Reglamento del IRPF es consecuencia necesaria de la presunción de retención la elevación al íntegro (Consulta de 28 de septiembre de 1992).

De este modo, la presunción de retención da lugar, como resultado de la incorrecta práctica de la obligación de retener, a la denominada «elevación al íntegro», regla según la cual se ha de declarar como ingreso una cantidad de la que restada la retención procedente arroje como resultado la efectivamente percibida. Así se reconoce en la actualidad en el artículo 60.Uno del Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre. Se trata, por tanto, de determinar la cuantía íntegra del ingreso que le permite obtener la cantidades recibidas como líquidas, es decir, se ha de calcular el beneficio bruto del que deriva el rendimiento efectivamente percibido, al considerarse éste como cantidad neta. Significa esto que cuando un contribuyente percibe un «importe efectivo», se entiende, tal y como señala expresamente el artículo 98.2 de la LIRPF, con deducción de la retención, de modo que esta cuantía corresponde no al 100 por 100 de su retribución total o íntegra, sino al porcentaje resultante de disminuir este 100 por 100 en el tipo de retención correspondiente (46).

En cuanto al ámbito al que afecta la elevación al íntegro, el artículo 60.Uno, segundo apartado del RIRPF la impone «cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por un importe inferior al resultante de las reglas establecidas en este Reglamento». En definitiva, esta regla no es sino consecuencia del artículo 98.2 de la ley, que obliga a que se deduzca la retención «correspondiente», y significa que en todo caso ha de considerarse que las cantidades recibidas son satisfechas con la pertinente retención realizada. En consecuencia, habrá de entenderse al neto de la retención tanto ésta se haya practicado efectivamente, haya sido insuficiente o no se haya practicado (47).

Realmente otra conclusión no tendría mucho sentido, pues en caso contrario sería muy fácil eludir la norma aplicando una retención meramente simbólica. Sin embargo, no ha sido ésta una conclusión pacífica, al menos durante la vigencia de la normativa anterior del impuesto (48).

(46) Ello es reconocido de forma mayoritaria por la doctrina. Así, respecto a la ley anterior se pronuncian en este sentido, entre otros muchos, CORTÉS MARTÍNEZ, J. A.: «Las retenciones en el Impuesto sobre la Renta» (II), *Ca.T.*, número 55, septiembre 1987, pág. 7; PALAO TABOADA, C.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 553; PONT MESTRES, M.: *Análisis y aplicación del Impuesto...*, cit., pág. 206, o RODRÍGUEZ PÉREZ, H.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 412. También son de este parecer, pero ya respecto a la ley actual, ALBIÑANA, C. y FONSECA, E.: *op. cit.*, pág. 215; ARTHUR ANDERSEN (MIGUEL GORDILLO/ERNESTO JIMÉNEZ/TOMAS LÉRIDA/IÑAQUINÚÑEZ): *Las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio*, Ed. Arthur Andersen-Asesores Legales y Tributarios y Cía., S.R.C., Madrid, 1991, pág. 505; MARTÍN QUERALT, J.: *Curso de Derecho...*, FERREIRO/CLAVIJO/MARTÍN QUERALT/PÉREZ ROYO, cit., pág. 156; FRANCISCO MORENO, en su obra conjunta con SANTIDRIÁN ALEGRE, J.: *Los nuevos Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 276; PALACÍN RIBE, E., ÍÑIGO VEGA, M., MANCHEÑO GARCÍA-LAJARA, S. y DEL HOYO ORTIGOSA, C.: *La Reforma de 1991 de los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio*, Ed. Gómez Trujillo y tres más, C. B., Madrid, 1991, pág. 352, o PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto...*, cit., pág. 374. En contra, FALCÓN y TELLA, R.: «El mito de la elevación...», cit., pág. 44.

(47) Tesis compartida por la práctica unanimidad de los comentaristas de la actual ley. Entre ellos ALBIÑANA, C. y FONSECA, E.: *op. cit.*, pág. 215; MARTÍN QUERALT, J., en la obra *Curso de Derecho Tributario (Parte Especial)*, FERREIRO/CLAVIJO/MARTÍN QUERALT/PÉREZ ROYO, 7.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 156; FRANCISCO MORENO: *op. cit.*, pág. 275; PALACÍN RIBE, R.: *op. cit.*, pág. 352, o PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto...*, cit., págs. 367 y 374.

(48) Jurisprudencialmente no podemos decir precisamente que haya existido uniformidad en relación a la interpretación de la anterior normativa.

Otro aspecto de capital importancia y que, sorprendentemente, es poco tratado por todos (doctrina, Administración y Jurisprudencia), es el procedimiento para efectuar la elevación al íntegro. Hemos señalado que el artículo 98.2 de la LIRPF establece que los rendimientos se entenderán percibidos con la deducción del importe de la retención *correspondiente*. Pues bien, según se entienda esta expresión se pueden producir consecuencias de diversa índole.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1989, se puede leer en su Fundamento Jurídico Tercero lo siguiente:

«En efecto, la presunción por él invocada y que tiene cobertura normativa en los preceptos expuestos, no se refiere al supuesto examinado, atendiendo exclusivamente, en general, a resolver en favor del contribuyente los casos en que el sustituto retenedor no ingrese las cantidades retenidas o no haya practicado en absoluto la retención, deviniendo en insolvente, pero no es de aplicación aquellos en que efectuándose la retención, ésta no alcanza el porcentaje establecido, ya que en tal caso, aparte de que la misma puede elevarse de conformidad con las pretensiones del interesado (art. 149 Reglamento del IRPF), solamente puede deducirse la cantidad realmente retenida en la fuente, en los términos del artículo 131 del Reglamento del IRPF» (reproducida en *R.G.D.*, núm. 548, 1990).

Se observa cómo el Tribunal Supremo considera en esta sentencia que la presunción de retención únicamente procede, al margen de cuándo no se ingresa la retención practicada, cuando el sustituto retenedor no practica retención alguna y deviene insolvente. Resultando, como apunta FALCÓN Y TELLA, R. -si bien en relación a la Sentencia del TSJ de Galicia de 15 de noviembre de 1989 que se expresa en idénticos términos-, que pese a configurar la retención como sustitución llega a una conclusión diversa a la mantenida por los defensores de esta tesis, para los cuales es en esta última hipótesis cuando no se puede oponer la presunción, debiendo dirigirse la Hacienda Pública frente al contribuyente (Comentario General..., *R.E.D.F.*, núm. 66, *cit.*, pág. 307).

Sin embargo, ya decimos que existen pronunciamientos contradictorios. Así, la Sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de octubre de 1989, reconoce en su Considerando 2.º que «no es admisible decir que se aplica una presunción que previamente se ha destruido, y que sólo sería utilizable en caso de falta de retención, pues la presunción por imperativo legal, artículo 151.1 se aplica en todo caso, y así lo especifica además el artículo 3.º de la Orden de 1980, en cuanto al artículo 5.º para el supuesto de retención a un tipo inferior se remite a la actuación del percceptor a las de aquel artículo 3.º, es pues la elevación al íntegro lo que procede, conforme al artículo 151.1 del Reglamento del Impuesto» (*vid. R.G.D.*, núm. 554, 1990, pág. 8.307). En el mismo sentido el TSJ de Galicia, pese a que en Sentencia de 15 de noviembre de 1989 se expresó en términos similares a la sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo (*vid. Ciss., Jurisprudencia Tributaria*, pág. 53/B-10), reconoce, en Sentencia de 21 de diciembre de 1992, que la presunción absoluta de retención tiende a resolver tanto los casos en los que no se practica la retención como en los que se practica por importe inferior al legalmente procedente (*vid. Q.F.*, núm. 9, marzo 1993, pág. 52).

La DOCTRINA ADMINISTRATIVA ha sido homogénea sobre tal cuestión, entendiendo que la norma es de aplicación no sólo a las percepciones a las que no se hubiese practicado retención, sino también a aquellas en las que el tipo de retención fuese inferior al que hubiese debido aplicarse, pues ha reiterado tal parecer tanto cuando la consideraba presunción *iuris tantum*, como cuando, acertadamente, se califica de norma de obligada aplicación.

En este sentido se pronunciaba el TEAC en la citada Resolución de 2 de noviembre de 1989, en su Considerando 8.º, así como en la de 5 de junio de 1990, Considerando 5.º (*vid. Ciss., Jurisprudencia Tributaria*, pág. 53/C-8), en la que considera necesario elevar al íntegro en función del porcentaje que correctamente se hubiera debido aplicar. Ciertamente, estas resoluciones corresponden a la etapa en la que la presunción se entendía por el Tribunal como *iuris tantum*. Sin embargo, en la etapa siguiente tampoco se modifica el ámbito de la presunción. Así, se puede consultar el Considerando 8.º -*ab initio*- de la Resolución de 29 de mayo de 1991; el Considerando 4.º de la Resolución de 22 de junio 1991 (*Ca.T.*, núm. 164, agosto 1992, pág. 54 o en *G.F.*, núm. 100, junio 1992, págs. 50-51), o el Considerando 4.º de la Resolución de 26 de febrero de 1992 (*Impuestos*, núm. 20, octubre 1992, pág. 66).

Cuando el tipo de retención es fijo no existen problemas para determinar qué se entiende por retención correspondiente: será el porcentaje determinado por la normativa. En estos casos no habrá problemas para determinar la cuantía íntegra de la retribución. Será el resultado de hacer una sencilla regla de tres que se concreta en la siguiente fórmula (49):

$$\text{Importe íntegro} = \frac{\text{Importe efectivo} \times 100}{100 - \text{Tipo de retención}}$$

O bien, se podrá aplicar igualmente la siguiente fórmula:

$$I_i = I_e \frac{(1 - T)}{(1 - T_c)}$$

Donde:

$I_i$  = Rendimiento elevado al íntegro que tendrá que consignarse en la declaración.

$I_e$  = Importe íntegro efectivamente percibido.

$T$  = Tipo de retención realmente aplicado.

$T_c$  = Tipo de retención correcto que debería haberse aplicado.

En caso de retención a tipo fijo, no cabe la planificación fiscal, a través, por ejemplo, del pacto de retribución al neto.

(49) Supongamos un profesional, Sr. A, que percibe de una Empresa, ZZ, S.A., 1.000.000 por la prestación de un servicio exento de IVA, sin que se le haya practicado retención alguna. Como es sabido, la sociedad habría debido retener el 15 por 100 de los honorarios, por lo que el Sr. A deberá elevar al íntegro las retribuciones percibidas. En consecuencia, según lo dicho, por dicha operación no deberá declarar unos rendimientos profesionales de 1.000.000 de pesetas, sino que la cifra que deberá consignar en la declaración será de 1.176.470 pesetas, resultante del siguiente cálculo:

$$\text{Importe íntegro} = \frac{1.000.000 \times 100}{100 - 15} = 1.176.470$$



La elevación al íntegro supone un aumento de la base imponible y, dada la progresividad de la tarifa del impuesto, del tipo medio de gravamen (50). Ahora bien, esto no significa que vaya a suponer un perjuicio para el contribuyente, sino exactamente lo contrario, pues, a pesar del aumento de su cuota tributaria, no ha de olvidarse que la no retención supone que obtenga unas percepciones liquidadas superiores, por lo que con el incremento de éstas se compensará el posible aumento que resulte en la cuota diferencial por la elevación al íntegro (51). Por ende, será el retenedor quien, inicialmente al menos, sufrirá el perjuicio que supone la mayor tributación, al desplazarse a éste la responsabilidad del anticipo o ingreso a cuenta (52).

Ahora bien, cuando el tipo es variable, es decir, cuando varía en función de las rentas obtenidas (tipo progresivo), existen problemas para la aplicación de estas fórmulas. El supuesto paradigmático de esta problemática se produce cuando se obtienen rentas que pertenecen al componente imponible de los rendimientos del trabajo personal, que es el que afecta a un mayor número de contribuyentes. De ahí, la importancia de la cuestión que tratamos, pues la cuantía del rendimiento que se ha de declarar variará en función del criterio que se adopte (53).

(50) Para ejemplificar lo expuesto supongamos al Sr. Z, profesional, sometido a coeficientes, cuyos únicos ingresos en el año 1994 procediesen de un trabajo -exento de IVA- realizado a la Empresa Y, por un importe de 2.500.000 pesetas, siendo sus gastos deducibles de 100.000 pesetas. Y añadamos el dato de que no procediese deducción en la cuota íntegra.

- 1.º Caso que la empresa actúe correctamente, al detraer e ingresar la retención correspondiente (15%): el sujeto obtendría un importe efectivo de 2.125.000 pesetas. Según los datos el Sr. Z declararía unos rendimientos netos de 2.160.000 pesetas, siendo la cuota íntegra 390.450 pesetas. Por lo que la cuota diferencial resultante sería de 15.450 pesetas.
- 2.º Caso que la empresa no practique la retención ni la ingrese: el sujeto obtendrá como importe efectivo del trabajo 2.500.000 pesetas. Pero al realizar su declaración deberá declarar como ingreso íntegro de los rendimientos profesionales no la cantidad efectivamente percibida sino:

$$\frac{2.500.000 \times 100}{100 - 15} = 2.941.176 \text{ ptas.}$$

Ello significará para el Sr. Z unos rendimientos netos de 2.557.059 pesetas, cuya cuota íntegra es de 497.655 pesetas. La cuota diferencial resultante sería de 56.479 pesetas, al deducirse la cantidad que hubiera debido retenerse y que ha formado parte del rendimiento íntegro (441.176 ptas.).

- (51) Siguiendo con el ejemplo de la nota anterior, resultaría que el profesional, en caso de ausencia de retención, ve aumentada su cuota tributaria en 41.029 pesetas. Sin embargo, no debemos olvidar que la ausencia de retención también conlleva que el Sr. Z perciba unos ingresos líquidos no de 2.125.000 pesetas, como en el primer supuesto, sino de 2.500.000 pesetas. De modo que con las 375.000 pesetas más que recibe en este supuesto podrá sobradamente compensar la situación, pues aun con el pago de la nueva deuda tributaria resultante el sujeto pasivo saldría favorecido en 333.971 pesetas.
- (52) Para finalizar con el ejemplo, reseñar que será el obligado a retener quien cargará con la obligación del ingreso en la Administración de Hacienda de las 441.176 pesetas que resulta, por la elevación al íntegro, como nuevo importe de la retención. No es sólo que se vea incrementada la cantidad que inicialmente debía ingresar (375.000 ptas.) en 66.176 pesetas, sino que debe proceder al ingreso aun cuando pueda acreditar que efectivamente no retuvo cantidad alguna, además de los intereses de demora y, en su caso, la sanción correspondiente.
- (53) Supongamos un empleado, Sr. A, soltero y sin hijos, que percibe unos rendimientos anuales totales de 2.100.000 pesetas, que no han sido objeto de retención, pese a corresponderle según tablas el 14 por 100. Si procedemos al igual que en el supuesto anterior resulta que obtendrá unos rendimientos íntegros de 2.441.860, resultante de la siguiente operación:

En concreto, se trata de determinar qué se entiende por retención correspondiente. Más concretamente, hemos de determinar si se refiere con ello a la correspondiente a un tramo u otro de la tarifa. Es decir, si se refiere al tipo de retención que le corresponde a la cantidad neta o si, por el contrario, al correspondiente a la cantidad que resulta de la elevación al íntegro. Si se entiende en este último sentido, podrá suceder que no coincidan ambos porcentajes.

Por tanto, cuando el tipo de retención tenido en cuenta en la elevación al bruto no sea el que corresponda al importe íntegro obtenido, habrá de procederse a recalcularse el íntegro, aplicando ya el nuevo tipo de retención. En ese caso, habrá que volver a aplicar la fórmula a la cantidad efectivamente percibida, teniendo en cuenta ahora el porcentaje de retención que le corresponda a la cantidad resultante de la primera elevación al íntegro. Esta operación habrá que hacerla tantas veces hasta que a la cantidad íntegra obtenida le corresponda un porcentaje de retención que coincida con el que se ha aplicado en la fórmula (54). Así, se ha hablado que para determinar el tipo de retención aplicable habrá de procederse por tanteo (55).

$$\text{Importe íntegro} = \frac{2.100.000 \times 100}{100 - 14} = 2.441.860$$

Pero si vamos de nuevo a las tablas donde se fija el tipo de retención para los rendimientos de trabajo, observamos que a 2.441.860 corresponde una retención, no ya del 14 por 100 como se ha aplicado, sino del 15 por 100. ¿Habría de prescindirse de este porcentaje o, por el contrario, habrá de calcularse un nuevo rendimiento atendiendo al mismo?

En función de la respuesta estará el rendimiento que se deba incluir en la base imponible, que será bien de 2.441.860 pesetas, bien de 2.470.588, que resulta de calcular el importe íntegro tomando como tipo de retención no el 14 por 100 inicialmente aplicado, sino el 15 por 100 que efectivamente corresponde con el importe íntegro que definitivamente se declara:

$$\text{Importe íntegro} = \frac{2.100.000 \times 100}{100 - 15} = 2.470.588$$

- (54) Supongamos que las retribuciones percibidas por el Sr. A sean de 9.500.000 pesetas cuantía a la que, pese a que la empresa no le ha efectuado retenciones, tendrían que haberle retenido el 33 por 100. Aplicando la fórmula expuesta, tenemos:

$$\text{Importe íntegro} = \frac{9.500.000 \times 100}{100 - 33} = 14.179.104$$

Al igual que en el caso anterior, como a este importe le corresponde un nuevo tipo de retención, el 41 por 100, habrá de recalcularse el íntegro aplicando este tipo.

$$\text{Importe íntegro} = \frac{9.500.000 \times 100}{100 - 41} = 16.101.694$$

Pero resulta que según las tablas de porcentajes de retención a esta retribución íntegra ya no le corresponde una retención del 41 por 100 sino del 44 por 100, por lo que habrá de volverse a recalcularse tomando en consideración el 44 por 100, pues no se puede elevar al íntegro aplicando un tipo de retención que no es el que corresponde al rendimiento que según esta fórmula ha de declararse. En consecuencia el importe íntegro definitivo será 16.964.285 pesetas, resultante de la siguiente operación:

$$\text{Importe íntegro} = \frac{9.500.000 \times 100}{100 - 44} = 16.964.285$$

- (55) PALAO TABOADA, C.: *Comentarios...*, cit., pág. 554.

Igual proceder se observa en la obra *Comentarios al nuevo Reglamento del IRPF*, AA.VV. (coordinación HER-NANI/LACASA SALAS, J. y DEL PASO ABENGOA, J.M.), Gaceta Fiscal, Madrid, 1992, pág. 499.

Ya decimos que la ley no se pronuncia al respecto, sólo habla de retención correspondiente, pero sin precisar a qué tramo se refiere. Sin embargo, el reglamento sí es claro y no deja opción a la primera interpretación, según la cual sólo habría que elevar una vez con independencia de que el tipo de retención que corresponda a la cantidad bruta coincida con el empleado para obtener dicha cantidad. En este sentido, el artículo 60. Uno del RIRPF establece que «el perceptor computará como rendimiento íntegro en su declaración del impuesto una cantidad de la que restada la retención procedente, arroje la efectivamente percibida.» Parece entender, por tanto, por «retención correspondiente» la que proceda no sobre lo efectivamente percibido, sino sobre la cuantía del rendimiento íntegro. Un problema distinto es que se pueda considerar que esta disposición reglamentaria no tiene la suficiente cobertura legal como para interpretar el artículo 98.2 de la LIRPF en el sentido señalado, que es el que más perjudica a los contribuyentes.

En todo caso, parece que es la solución más razonable, por cuanto que si se entiende que la retención ha sido realizada en todo caso, tomando como líquida la cantidad recibida, no puede sino entenderse que la retención a computar por el perceptor será la resultante de aplicarle el tipo que corresponda a la cantidad que se va a considerar ingreso íntegro, pues toda ella estaría sujeta a la retención.

No obstante, la Administración Tributaria realiza la elevación al bruto sólo una vez, por lo que, desde nuestro punto de vista no estaría cumpliendo con lo establecido en el RIRPF. Además, parte de la doctrina, vigente la legislación anterior, puso ciertos reparos a la solución adoptada en el actual reglamento (56).

En todo caso hay que constatar que, dada esta postura de la Administración Tributaria, el contribuyente tiene una serie de posibilidades de planificación fiscal. En este sentido, hay que analizar la relevancia del supuesto de hecho que provoca la aplicación de la presunción de retención al objeto de estudiar las consecuencias jurídicas aplicables, así como la diferente carga fiscal que puede derivar de que juegue o no la presunción de retención y el procedimiento adoptado para su cálculo:

(56) En este sentido, se ha considerado que la retención que se debería adicionar no sería la resultante de aplicar el tipo al importe bruto resultante de la elevación al íntegro, sino la que inicialmente hubiera debido realizar el pagador. *Vid.* ABELLA POBLET, E.: «La responsabilidad tributaria del retenedor que no retuvo», *C.T.*, número 46, 1983, págs. 37-38, y por LAMOCA PÉREZ, C.: «El retenedor como sujeto...», *cit.*, págs. 99-100. Más recientemente se ha hecho eco de tal opinión FERREIRO LAPATZA, J.J.: «Los sujetos pasivos...», *cit.*, pág. 480. Se argüía que es a ésta a la que remitía la ley al referirse a la «retención correspondiente» (art. 36.1 Ley 44/1978), lo cual -según esta tesis- venía refrendado por el reglamento en su artículo 151.2 que de igual manera imponía la obligación de ingresar únicamente el «importe de la retención que hubieran debido practicar», que no podía ser sino la resultante de aplicar el tipo de retención a la cantidad realmente debida. Sin embargo, no creemos que sea ésta la intención del legislador, pues sí establece la retención como realizada en todo caso, considerando como líquida la cantidad recibida, no puede sino entenderse que la retención a computar por el perceptor será la resultante de aplicarle el tipo a la cantidad que va a considerar ingreso íntegro, pues toda ella estaría sujeta a la retención. Como ya se ha analizado el artículo 60. Uno del reglamento avala esta teoría.

### **1. La ausencia de pacto: la negligencia del obligado a retener.**

En caso de que la empresa no realice la retención de manera correcta, cuando no exista un pacto entre las partes de la relación laboral, el perceptor de las rentas podrá beneficiarse de dicha situación, al menos en primera instancia. Así, las retenciones no practicadas deberá sumarlas a la base imponible y será gravada como máximo al 56 por 100. No obstante, el trabajador podrá deducir dichas retenciones de la cuota líquida en su integridad, salvo que la declaración resulte a devolver.

Ahora bien, si posteriormente al empresario le reclama la Inspección las cantidades que resulten de la elevación al íntegro el trabajador podrá verse perjudicado, salvo que se limite la cantidad que el retenedor pueda repetir contra el trabajador. En cualquier caso, el juego de estas relaciones será analizado con más profundidad en páginas posteriores.

### **2. El pacto de la retribución al neto.**

A finales de los años 70 y principios de los 80 se extendió una práctica que era la asunción por el empresario del pago de las cargas fiscales y de Seguridad Social del trabajador. El empleador, según estos mecanismos, asumía directamente con su patrimonio el pago de aquellos conceptos, aunque el procedimiento seguido para cumplir la obligación tributaria no variaba.

Aunque dentro del supuesto cabe incluir cualquier obligación fiscal de las que derive un pago a Hacienda, con independencia de cuál sea el hecho imponible, y aunque se originen al margen de la relación laboral, el supuesto más frecuente es la no retención por el empresario de las cantidades que el trabajador, de acuerdo con la ley, debe abonar a cuenta de su impuesto y en concepto de cuota a la Seguridad Social.

Esta práctica introducía perturbaciones no sólo en la recaudación del impuesto, sino que fundamentalmente impedía programar adecuadamente la política de rentas y empleo. Además, tenía un efecto perjudicial en relación a las medidas de política económica adoptadas en la lucha contra la inflación, en la medida en que el efecto más notable de esta práctica era el aumento del salario real del trabajador, aunque de manera indirecta.

Con el objetivo de erradicar esta práctica, permitiendo que afloren todas aquellas retribuciones que se pueden encubrir aprovechando los cauces tributarios, el artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores estableció lo siguiente:

«Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario».

El pacto de retribución al neto conlleva para el trabajador un grave peligro, de conformidad con lo que establece la actual normativa laboral: que la Jurisdicción de lo Social anule el contrato al neto en virtud de lo dispuesto en el artículo 26.4, y el trabajador se vea perjudicado por dicha anulación, perdiendo el derecho a que el empresario le pague sus impuestos asumiendo éste el pago de las retenciones (57).

Podría pensarse que tales pactos no tienen trascendencia tributaria, ya que en caso de que el trabajador no sufra la retención, su retribución se entenderá percibida en términos netos, por lo que deberá realizar una operación de elevación al íntegro. No obstante, con la actual interpretación que la Administración realiza en relación al mecanismo para llevar a cabo la elevación al íntegro, el perceptor de rentas al neto puede finalmente pagar menos impuestos que quien cobra la misma retribución de manera íntegra. Esta situación desigual iría en contra de los principios de capacidad, neutralidad, igualdad y progresividad, porque quienes realizan este tipo de pactos son quienes obtienen mayores retribuciones.

El artículo 26.4 es plenamente respetuoso con las normas que definen la estructuración jurídica del IRPF. De acuerdo con este artículo es el patrimonio del trabajador el que debe sufrir la carga económica derivada del impuesto, lo cual casa perfectamente con lo dispuesto en el propio tributo, que considera al trabajador como sujeto pasivo del mismo al recibir rentas del trabajo personal sujetas al impuesto.

La integración del artículo 26.4 en el entorno normativo ofrecido por el Derecho Tributario requiere el análisis del artículo 36 de la LGT, que dispone lo siguiente:

«La posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

Este artículo fija los límites de aplicación del principio de legalidad en las relaciones entre la Administración Tributaria y los contribuyentes, que no debe impedir la actuación práctica del principio de autonomía de la voluntad que preside las relaciones contractuales. Este último inci-

(57) Así ha ocurrido, por ejemplo, en una reciente sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Madrid (S. 118/95), en relación a un contrato de un conocido futbolista mexicano, en el que una parte de las retribuciones se pactaron netas y otra parte brutas. El Juzgado anula las cláusulas de pago al neto basándose en el artículo 26.3 del ET (en la actualidad art. 26.4). En virtud de ello el club de fútbol no tendrá que pagar las cantidades reclamadas, a pesar de que existía un pacto en este sentido.

«Tal cláusula sólo puede entenderse como un traslado al empresario de las cargas que señala el artículo 26.3 del ET, entendiéndose que la liberalización se determina sobre los 60.000.000, sin retención alguna, hecho este que es nulo conforme al tenor de aquel precepto, por lo que al no haber practicado las oportunas retenciones fiscales, la cantidad percibida por el demandante debe considerarse salario íntegro, compensativo de todos los conceptos retributivos que conforme al artículo 26.1 del ET forman la masa salarial y que han venido siendo percibidos en bruto sin deducciones de cargas fiscales ...».

so impediría, pues, la tacha de nulidad que conforme al artículo 1255 CC podría hacerse a tales pactos por ser contrarios a las leyes, salvo evidentemente disposición legal especial y expresa en contrario, que sería el papel que jugaría el artículo 26.4 ET en relación a los pactos que se originan en el seno de una relación laboral.

Como ha señalado GARCÍA MURCIA (58) «el artículo 26.3 (en la actualidad art. 26.4) hace referencia al plano sustancial o material de la obligación tributaria (qué patrimonio debe soportarla), mientras que estos últimos preceptos de la legislación fiscal se refieren al aspecto procedimental o formal de la misma (quién retiene e ingresa la cuantía objeto de esa obligación)». En efecto, a pesar de las convenciones particulares que puedan darse, la Administración deberá exigir el tributo a quien sea sujeto pasivo de acuerdo con la ley, que será constreñido a cumplir la totalidad de las prestaciones materiales y formales que integran su posición, sin que pueda alegar ante la Administración que un tercero ha asumido la obligación de acuerdo con él, tercero este que permanecerá ignorado en la aplicación y el desarrollo del tributo. El artículo 36 LGT provoca una incomunicación jurídica entre Hacienda y la persona que asume la deuda tributaria por actos de naturaleza negocial. En este sentido el artículo 167 LGT determina que tales sujetos no estarán legitimados para efectuar reclamaciones económico-administrativas.

Los pactos que alteran la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria pueden producir efectos prohibidos por el ordenamiento jurídico-tributario. Dichos pactos no están prohibidos por el artículo 36 LGT, que no impide que desplieguen consecuencias en la esfera jurídico-privada. No obstante, ya hemos visto como los pactos de retribución al neto están prohibidos por la normativa laboral.

En todo caso, llegaríamos a la misma conclusión utilizando normas estrictamente tributarias, si a través de tales pactos se vulneran los principios de justicia contenidos en el artículo 31 CE. Si se permite que los sujetos llamados por la ley a soportar el gravamen puedan substraerse a este mandato mediante pactos privados, el sistema se estaría desviando de la consecución de tales objetivos (59). Por ello, alguna doctrina se ha manifestado en contra de ese reconocimiento de efectos -aun limitados a la esfera jurídica-privada- (60). La prohibición de asunción por el empre-

(58) JOAQUÍN GARCÍA MURCIA: «La prohibición de la asunción por el empresario de las obligaciones tributarias y de seguridad social del trabajador», *R.E.D.T.*, número 18, pág. 235.

(59) En este sentido, COLLADO YURRITA, M. A.: «Configuración...», *cit.*, pág. 16, señala lo siguiente: «La relación entre sujeto obligado a retener y sujeto obligado a soportar la retención desborda, pues, el ámbito jurídico-privado y se inserta en una órbita jurídico-pública, pues lo que está en juego es el interés general de que cada persona contribuya a los gastos públicos según su capacidad económica. La plena efectividad del mandato del artículo 31.1 de la Constitución determina que no sea ajeno para el Derecho Tributario que el mecanismo de la retención a cuenta sea utilizado correctamente, pues, en otro caso, pierde su sentido el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en cuanto tributo que pretende gravar la capacidad económica del que ha obtenido unas determinadas rentas».

(60) MARTÍN QUERALT Y LOZANO SERRANO, *op. cit.*, pág. 358. En el mismo sentido, SAINZ DE BUJANDA: «El nacimiento de la obligación tributaria», Hacienda y Derecho, IV, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 174, donde señala que «la naturaleza pública de la relación jurídica impositiva excluye la posibilidad de que ésta aparezca fundada en bases contractuales».

sario de obligaciones tributarias correspondientes a sus trabajadores tiene, pues, por objetivo, conseguir un reparto equitativo de las cargas impositivas, haciendo pagar a cada uno según sus ingresos reales, y que cada cual soporte la carga económica derivada de los impuestos correspondientes. Se evita, de esa forma, que la figura de la retención en la fuente se utilice con fines distintos a los que se le han asignado.

No obstante, la norma que establece la presunción de retención y la responsabilidad patrimonial del retenedor en caso de falta de ingreso de aquella, genera una dificultad añadida, que dificulta en gran medida la efectividad en la aplicación de este conjunto de preceptos. El supuesto que analizamos supondría un compromiso empresarial tácito, sin una manifestación externa, caracterizado por una omisión del deber, en lugar de una conducta activa contraria a la prohibición, y amparándose en lo dispuesto en otra norma de carácter imperativo. En definitiva, la consecuencia es que el empleador podrá cargar a costa de su patrimonio con parte de la deuda tributaria del trabajador. Realmente, con los preceptos previamente mencionados se evita la asunción voluntaria de esta obligación, pero no puede impedir que se deduzcan los mismos efectos de un previo incumplimiento por el retenedor de las obligaciones que le vienen impuesta por la ley. De esta forma, estas previsiones legales pueden amparar una conducta empresarial de omisión en el deber de retención, con los efectos ya comentados.

En el actual sistema, es imposible la neutralización de estos efectos. Si bien desde el punto de vista teórico sería posible la aplicación de la teoría del fraude de ley, tal mecanismo no alcanzaría, en ningún caso, virtualidad práctica alguna. La solución vendría dada por la derogación de las normas que determinan una responsabilidad del retenedor que va más allá de los fines de este instituto, que no olvidemos tiene un carácter instrumental respecto de la gestión del impuesto.

Por tanto, amparándose en la presunción de retención es posible el pago de la retribución al neto, a pesar de que están expresamente prohibidos por la normativa laboral. En cualquier caso, pensamos que no hay motivos para prohibir dichos pactos. Lo mejor es reconocerlos, regularlos y posibilitar que a través de ellos no se puedan conseguir ventajas fiscales o de otro tipo en relación a otros sujetos que no estén en situación de poder realizar tales pactos.

Para nosotros, los impuestos asumidos por el empresario serían una retribución en especie, al igual que si éste le paga la vivienda o el colegio de sus hijos. Las mismas distorsiones produce en la política de rentas unos y otros pactos.

Mediante estas prácticas el empleador se obliga, en realidad, al pago de un salario mayor que el pactado, pues el trabajador percibe una cantidad neta a cambio de la prestación de sus servicios. La carga económica que asume el empresario tiene una naturaleza claramente salarial, a pesar de la forma atípica que adopta esa obligación del empleador, ya que es una percepción de

contenido económico que percibe el trabajador como contraprestación de su trabajo (61). En efecto, en estos casos el trabajador percibiría parte de sus rendimientos en forma de un «crédito de impuesto» frente a la Hacienda Pública, que ejercerá en el momento de la autoliquidación del IRPF deduciendo dichas cantidades de la cuota líquida. El único problema es cuantificar esa mayor retribución y someterla a gravamen por el concepto de retribución en especie.

En realidad lo que habría que cuantificar es el pago anticipado que habría que hacer en caso de retribución al neto. Para nosotros no sería técnicamente una retención, sino un ingreso a cuenta, porque nada se le detrae al trabajador. Es un supuesto en el que es técnicamente inviable la retención, pues en ese caso por la propia naturaleza de las cosas dejaría de ser pago al neto. Es decir, no es una imposibilidad material porque la retribución se satisface en dinero (por lo que en principio se le podría detraer parte de lo que percibe e ingresarlo en Hacienda), pero sí consideramos que es una imposibilidad conceptual o dogmática. Si existe pago al neto no hay retención, sino en todo caso un ingreso por parte de la empresa a cuenta de la obligación tributaria de un tercero (trabajador de la empresa).

Esto abona la teoría de que es posible considerar como retribución en especie la diferencia entre lo que el trabajador percibiría si se le hubiere abonado una cantidad íntegra y lo que efectivamente ha percibido. Dicha cantidad sería por tanto, una retribución en especie que además debería coincidir con el ingreso a cuenta que tendría que ingresar la empresa.

En cuanto al mecanismo para calcular dicho ingreso a cuenta y, correlativamente la cantidad íntegra que debe incluir el trabajador en la base imponible, existen dos posibilidades:

La primera sería que se mantenga la presunción de retención en la formulación del reglamento (se debería aplicar la fórmula tantas veces como sea necesaria para que a la cantidad bruta le resulte aplicable el tipo de retención que se ha aplicado en la fórmula), pero sólo a los exclusivos efectos de calcular el ingreso a cuenta que debería realizar la empresa, y que el trabajador deberá adicionar al rendimiento neto obtenido a los efectos de determinar la cantidad que deberá incluir en la base imponible.

Una segunda opción, mucho más sencilla para los contribuyentes (empresarios y trabajadores), sería establecer reglamentariamente una tabla para calcular el ingreso a cuenta similar a la que existe para el cálculo de la retención en rendimientos del trabajo. La dife-

(61) De hecho el encaje de este elemento retributivo en la estructura salarial es sumamente peculiar. Como ha puesto brillantemente de manifiesto GARCÍA MURCIA «tendremos que calificar la partida salarial que analizamos como salario base y complemento salarial simultáneamente, aunque referida cada una de esas calificaciones a una parte de la cuantía en cuestión, ya que las retenciones que idealmente se han realizado se habrían debido efectuar sobre las dos partes del salario... De la cuantía de cada una de esas partes dependerá el porcentaje perteneciente al salario base o a los complementos» (GARCÍA MURCIA, J.: «La prohibición de la asunción...», *cit.* pág. 226).



rencia fundamental se establecería en el porcentaje que se aplicaría a cada tramo, que evidentemente sería mayor para el caso de que se trate de calcular el ingreso a cuenta correspondiente a retribuciones netas.

En la actualidad, como veremos a continuación, a través de él se pueden conseguir ventajas importantes. Si se modifica la normativa en el sentido propuesto el pacto al neto tendría poco sentido, por lo que su uso se desincentivaría.

### 3. La retención insuficiente.

Cuando existe retención pero ésta es insuficiente también se produce el presupuesto necesario para que opere la presunción de retención y la correspondiente elevación al íntegro. Como dijimos anteriormente, cuando un contribuyente percibe un «importe efectivo», se entiende con deducción de la retención pertinente, de modo que se considera que este importe corresponde al porcentaje resultante de disminuir el 100 por 100 de su retribución total o íntegra no en el porcentaje incorrectamente retenido sino en el porcentaje que hubiese debido retenerse. Por tanto, habrá de elevarse al íntegro aplicando el tipo de retención que legalmente corresponda (62).

- (62) No obstante, tampoco existe acuerdo entre los autores sobre el mecanismo para calcular el rendimiento bruto que ha de someterse a gravamen en caso de retención insuficiente. Supongamos que el Sr. B, empleado, casado y con un hijo, tiene pactada una retribución total de 2.600.000 pesetas. A esta cuantía corresponde según el artículo 46 del Reglamento del IRPF una retención del 15 por 100. La empresa le abona 2.288.000, al retenerle por error únicamente un 12 por 100. El contribuyente deberá elevar al íntegro atendiendo a la conocida fórmula:

$$\text{Importe íntegro} = \frac{2.288.000 \times 100}{100 - 15} = 2.691.764$$

Luego deberá declarar unos rendimientos íntegros del trabajo como consecuencia de la presunción absoluta de retención no de 2.600.000 pesetas sino de 2.691.764 pesetas.

Así lo reconoce mayoritariamente la doctrina. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, M.: «Responsabilidad de la empresa retenedora del IRPF correspondiente a los rendimientos del trabajo», *C.T.*, número 29, 1979, pág. 48; PALAO TABOADA, C.: *Comentarios...*, *cit.*, pág. 554; ALBIÑANA/FONSECA: *op. cit.*, pág. 215, o AA.VV.: *Comentarios al Reglamento...*, *cit.*, pág. 500.

Opinión contraria sostiene, sin embargo, SÁNCHEZ PINILLA, F.: *Notas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 4.ª edic., Instituto de Empresa, Madrid, 1989, pág. 420, al considerar que no se debe elevar al íntegro la totalidad de lo pagado, pues una parte ha soportado la retención, por lo que propone la siguiente fórmula:

$$\text{Base imponible} = \frac{\text{Bruto pactado} \times 100}{100 + \text{Tipo retenido} - \text{Tipo que debió retenerse}}$$

Aplicando esta fórmula el supuesto anterior quedaría resuelto así:

$$\text{Base imponible} = \frac{2.600.000 \times 100}{100 + 12 - 15} = 2.680.412$$

Si se conoce el rendimiento íntegro no hay problemas para saber si el tipo de retención aplicado es el correcto o no. En todo caso, el tipo de retención aplicable es el que corresponde al rendimiento bruto pactado.

Ahora bien, en caso de que exista pacto de retribución al neto, el rendimiento íntegro correspondiente sólo se puede conocer una vez que se haya realizado la pertinente elevación al bruto. Por tanto, el tipo de retención correcto será el que resulte aplicable a la cantidad que resulte de la elevación.

Si la empresa ha ingresado en Hacienda la retención que corresponde a la cantidad neta, el trabajador deberá incluir en la cantidad que resulte de elevar al íntegro el neto percibido, teniendo en cuenta el porcentaje de retención aplicado por la empresa. En definitiva, la elevación se llevará a cabo aplicando la fórmula una sola vez.

En este caso nos podemos plantear si el modo de actuar de la empresa y el trabajador ha sido correcto. El problema surge cuando el porcentaje de retención que corresponde a la cantidad íntegra calculada aplicando una vez la fórmula no coincide con el tipo que se ha utilizado en dicha fórmula. En tal supuesto hemos de plantearnos si habría o no retención insuficiente.

Las consecuencias de que se adopte una u otra postura son muy importantes. Si se considera que no hay retención insuficiente, la empresa habrá actuado correctamente, y el trabajador deberá incluir entre sus ingresos la suma del neto percibido más las retenciones que la empresa haya ingresado en Hacienda.

Si se considera, por el contrario, que existe retención insuficiente, la empresa habrá incurrido en una infracción tributaria grave por las retenciones que se considere que no ha ingresado, y el trabajador deberá incluir entre sus rendimientos una cantidad superior, aunque por otra parte podrá deducirse de su cuota una retención también mayor.

Esta segunda consecuencia, parece que es la que más se adecua al tenor reglamentario. No obstante, ya lo hemos reiterado en varias ocasiones, el artículo 98.2 de la LIRPF sólo habla de retención correspondiente, sin especificar a qué tramo de la tabla se refiere, por lo cual la restricción que se introduce en el artículo 60.Uno del RIRPF se podría considerar como ilegal, aunque en cualquier caso, cabe interpretar también lo contrario.

En cualquier caso, si se adopta la primera solución, se da una opción fiscal de enorme importancia a aquellos contribuyentes que están en situación de negociar determinadas condiciones en su contrato (63). Esto iría en contra del principio de neutralidad, que en definitiva no es sino una versión más actual de los principios de igualdad y capacidad contributiva (64).

(63) Veámoslo a través de un ejemplo:

Un sujeto que cobra 22.000.000 de pesetas brutas, sin hijos, percibiría neto (47% de retención) 11.660.000 pesetas. Si está en condiciones de pactar el pago al neto, vamos a suponer que sigue recibiendo 11.660.000.

a) Primer caso: pacto de retribución al bruto.

Base imponible	22.000.000
Cuota íntegra	10.909.550
Retenciones	10.340.000
Cuota diferencial	569.550

Total pagos a Administraciones Públicas:

10.340.000	(retenciones)
569.550	(cuota diferencial)
<u>10.909.550</u>	

b) Segundo caso: pacto de retribución al neto y asunción por la empresa de todos los impuestos correspondientes al trabajador.

Partimos de que sólo vamos a hacer una sola elevación al íntegro, utilizando el porcentaje de retención correspondiente a la cantidad neta percibida (35%). Con ello, la cantidad íntegra que resultaría sería 17.938.846.

Base imponible	17.938.846
Cuota íntegra	8.075.303
Retenciones	6.278.846
Cuota diferencial	1.796.457

Total pagos a Administraciones Públicas:

6.278.846	(retenciones)
1.796.457	(cuota diferencial)
<u>8.075.303</u>	

Por tanto en el primer supuesto la empresa habrá pagado al trabajador 22.000.000 de pesetas. Mientras tanto, utilizando la técnica de pago al neto, el total de pagos que habrá realizado en relación al trabajo prestado (a la Hacienda Pública y al trabajador) será de 19.735.303:

– Cantidad líquida	11.660.000
– Retenciones ingresadas	6.278.846
– Impuestos del trabajador (cuota diferencial)	1.796.457

El empresario saldrá, pues, beneficiado en 2.264.697.

El trabajador, por su parte, ha conseguido ahorrarse los impuestos que habría pagado si no se hubiera dado el pacto señalado (569.550 ptas.).

(64) Así, ALONSO GONZÁLEZ, L.M. realiza una interpretación correctiva de la presunción de retención, considerando necesario atribuir responsabilidad al contribuyente que no sufrió retención o se le practicó en una cuantía inferior para no vulnerar los principios de capacidad económica y de igualdad, en cuanto en caso contrario «es más afortunado el empleado que tiene un patrón olvidadizo y mal retenedor que aquel que trabaja asalariadamente para un empresario que cumple diligentemente con sus obligaciones fiscales. El primero, en definitiva, viene a abonar a Hacienda menos dinero que el segundo, simplemente porque el azar y el artículo 36 de la Ley 44/1978, de entidad menos volátil, se lo permiten» (*Sustitutos y retenedores...*, cit., págs. 315-316).

En todo caso, hay que tener en cuenta que estas posibilidades de planificación fiscal que la normativa ofrece -o más bien, la interpretación que se hace por la Administración de tal normativa- tiene un límite cuantitativo. La opción fiscal reseñada no opera a partir de retribuciones netas superiores a 20.000.000 de pesetas (65). A partir de esta cantidad el tipo de retención es el mismo cualquiera que sea la cuantía (66).

Por tanto, entre ambas situaciones no existe ninguna diferencia, por lo que el pago al neto no tendría sentido a efectos de conseguir una disminución de los pagos que en concepto de impuesto o pagos a cuenta se realizan a las Administraciones Públicas.

Además hay que tener en cuenta que quien está en condiciones de hacer este tipo de pactos es normalmente quien recibe retribuciones más altas, que son además los que pueden obtener un ahorro de impuesto mayor, ya que son los más beneficiados por la disminución de un tipo de retención progresivo.

Esta opción encierra como hemos puesto de manifiesto un grave peligro para el empresario, ya que éste puede ser sancionado, si Hacienda considera que no ha realizado la retención correspondiente.

En todo caso, en caso de pacto al neto la empresa puede negociar con el trabajador los rendimientos netos que debe percibir.

El trabajador, teniendo en cuenta, que se va a ahorrar una cantidad importante de sus impuestos -o la totalidad- puede conformarse con percibir el mismo importe efectivo que si no hubiera dicho pacto o bien cobrar una cantidad líquida superior, con lo cual estarían aumentando para él esas ventajas. Por su parte, la empresa pagaría una retribución inferior a la que corres-

---

Sin embargo, y pese a no mostrarnos de acuerdo con el sistema que se establece con la presunción de retención, no creemos que el Derecho positivo permita esta interpretación, sin perjuicio de que sí quepa cuestionar la constitucionalidad del precepto.

(65) Veámoslo a través de un ejemplo:

Si se pagan 50.000.000 brutas percibiría netas 26.500.000. El trabajador tendrá que incluir en su base imponible 50.000.000 y el empresario habrá ingresado en concepto de retención 23.500.000.

Si se pagan 26.500.000, la cantidad que resulta de aplicar la fórmula una sola vez son 50.000.000 de pesetas, y la retención que habrá tenido que ingresar la empresa será la diferencia entre ambas cantidades.

(66) Esto nos hace plantearnos que si se reducen los tramos de la tarifa y correlativamente el de las retenciones, tal y como anuncia algún partido hoy en la oposición, se reducirán también las posibilidades de planificación fiscal, aunque el resto de la normativa se mantenga exactamente igual. Al ser los tramos más amplios, normalmente a la retribución neta le correspondería el mismo tipo de retención que a la que resultaría de la elevación al íntegro. Los supuestos en los que no se cumpla esta máxima quedarían reducidos a casos excepcionales, por lo que el pacto de retribución al neto perdería todo el sentido que tiene en la actualidad, y que no es otro que el de disminuir la carga fiscal global de empresarios y trabajadores.

ponderaría si no existiese el pacto del pago al neto, que sería el resultado de sumar el importe efectivo que abona al trabajador más las retenciones que ingresa en Hacienda más, en su caso, los impuestos del trabajador que haya asumido (cuota diferencial). En este sentido, el riesgo que va a asumir la empresa va a ser compensado de forma suficiente.

## VI. OTRAS CONSECUENCIAS UNIDAS A LA PRESUNCIÓN DE RETENCIÓN

Si se tiene en cuenta la retención no practicada a efectos de integrarse en la base imponible, también se deberá tener en consideración a efectos del pago de la deuda, como cantidad ya ingresada. El derecho a la devolución de las retenciones que se han incluido como rendimiento íntegro en la base sería una consecuencia inmediata de la presunción de retención y de la elevación al íntegro.

Esto viene expresamente recogido en el texto reglamentario, al reconocerse en el artículo 60.Uno del RIRPF que el perceptor «deducirá de la cuota del impuesto, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y la cantidad por él consignada en la mencionada declaración» (67).

No obstante, el legislador no es riguroso con este planteamiento, en cuanto que excluye tal retención a efectos de la devolución de oficio. A pesar de establecer que la retención se entienda practicada en todo caso, imponiendo el ingreso al retenedor aun cuando aquélla no se haya realizado, va a exigir la efectividad a la misma para que pueda obtenerse su devolución. Y para que no queden dudas, como ocurría en la legislación anterior, preceptúa expresamente, en su artículo 100.Dos de la ley que «cuando la cuota resultante de la liquidación provisional sea inferior a la suma de las cantidades efectivamente retenidas y los pagos a cuenta realizados, la Administración procederá a devolver de oficio, en el plazo de un mes, el exceso de ingreso sobre la citada cuota.»

(67) Tal y como se pronuncia el TSJ de Andalucía, en la Sentencia de 20 de octubre de 1989 (*R.G.D.*, núm. 554, 1990, pág. 8.307), «se haya practicado o no la retención, aquélla se tiene por hecha en todo caso, y el contribuyente perceptor de los pagos tiene derecho a descontar, en su declaración anual, el importe de las retenciones que legalmente debieron practicarse -en términos del reglamento: la que corresponda-, aunque en la realidad no se haya producido» (Considerando Tercero).

El TEAC también ha venido señalando que la deducción en la cuota del impuesto de la retención que hubiera debido ser realizada es correlativa a la elevación al íntegro de la cantidad líquida percibida por el perceptor del rendimiento. De este modo puede leerse en la reiterada Resolución de 29 de mayo de 1991 (*Ca.T.*, núm. 161, 1992, pág. 156) que la aplicación de la norma incrementa «al rendimiento efectivamente pagado y percibido en el importe de la retención no practicada, en la cuantía en que debió haberlo sido, importe que se deducirá el contribuyente en su cuota» (Considerando 8.º). Véase, además, la Resolución de 22 de julio de 1991 (Considerando 4.º) (*Ca.T.*, núm. 164, agosto 1992).

Desde nuestro punto de vista, esta limitación del derecho a la devolución en caso de retenciones no practicadas resulta en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 98.Dos, por lo que la ley resulta en este punto incoherente (68).

No es difícil advertir que con esta limitación a la devolución de las retenciones se pretende proteger a la Hacienda Pública, evitando que se vea obligada a la devolución de cantidades no ingresadas, y que, incluso gozando de un derecho de crédito frente al retenedor, pudiera no llegar a ingresar, como sucedería si éste resultara insolvente (69).

Sin embargo, no creemos que esta protección del denominado «interés fiscal» sea causa suficiente para limitar el derecho a la devolución de las retenciones no practicadas, ya que éstas se incluyen, en cualquier caso, en la base imponible, como parte del rendimiento obtenido, pues, como sabemos, en virtud del artículo 98.2 éstas se entienden realizadas en todo caso. Por tanto, en el supuesto de que no proceda la devolución, se hace recaer sobre el contribuyente receptor las consecuencias del incumplimiento del retenedor (70).

Además, ni tan siquiera estamos de acuerdo con que la presunción de retención salvaguarde los intereses de la Hacienda Pública. Antes al contrario, puede llegar a ser enormemente perjudicial para ella. Así, aunque el objetivo de la presunción absoluta de retención sea el asegurar el ingreso de la misma, al imponerse la obligación de ingresar del retenedor desvinculada de la práctica efectiva de la retención (71), en realidad, hemos de coincidir con SANZ GADEA en que los efectos de esta construcción jurídica perjudican gravemente los intereses de la Hacienda Pública.

(68) De esta forma se pronuncian respecto a la nueva ley COLLADO YURRITA, M.A.: *op. cit.*, pág. 14, y PÉREZ ROYO, I.: *Manual del...*, *cit.*, pág. 384.

La contradicción ya había sido puesta de manifiesto, vigente la ley anterior, por importante doctrina, como pueden ser PALAO TABOADA, C.: *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, págs. 560-562; RODRÍGUEZ PÉREZ, H.: *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, págs. 412-413; MARTÍN QUERALT, J.: «Notas en...», *cit.*, pág. 146; MERINO JARA, I.: *op. cit.*, págs. 12-13, o CORTÉS MARTÍNEZ, J.A.: «La retención en el Impuesto...», II, *cit.*, pág. 8. En sentido contrario ABELLA POBLET, E.: «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 36; ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Sustitutos y retenedores...*, *cit.*, págs. 281-283; LEJEUNE VALCARCEL, E.: *op. cit.*, págs. 90-91.

(69) *Vid.* LAMOCA PÉREZ, C.: *op. cit.*, pág. 90; COLLADO YURRITA, M.A.: *op. cit.*, pág. 15. PALAO TABOADA, C., aun reconociendo este riesgo de la Administración, afirma -respecto a la ley anterior- que «es una consecuencia ineludible de la presunción del artículo 36.1 de la ley, por virtud de la cual la Hacienda Pública ostenta un crédito por el importe de las cantidades que debieron retenerse únicamente frente al retentor y por consiguiente asume íntegramente el riesgo de la insolvencia de éste» (*Comentarios a la Ley...*, *cit.*, pág. 561). NAVAS VÁZQUEZ, R. considera que el que no se devuelva más que las retenciones ingresadas es relativamente razonable en términos lógicos, pero reconoce que «es más discutible desde una perspectiva jurídica» (*La devolución...*, *cit.*, pág. 155).

(70) Arguye CORTÉS MARTÍNEZ, J.A. que «si la presunción declara que la retención se entiende practicada y la ley añade que el obligado a retener ha de efectuar en todo caso el ingreso de la retención, aquélla ha de darse por hecha por expreso mandato legal y el conseguir el ingreso efectivo de la misma es función de la Administración Tributaria sin que sea lógico, ni menos justo, hacer soportar al propio sujeto pasivo las consecuencias del incumplimiento del obligado a retener e ingresar» («La retención en el Impuesto...», II, *cit.*, pág. 8).

(71) Así lo reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 1992 (*vid. A.T.*, 1993, t. II, pág. 922).

En efecto, como dicho autor señala, ésta soportará, por un lado, «la carga de la insolvencia del retenedor o de una simple desaparición material, [y por otro], el riesgo de un fraude, tal vez importante, consistente en la deducción de retenciones teóricas, no practicadas, que jamás recuperará...Al margen de las controversias doctrinales, no es difícil imaginar los resultados de un cumplimiento patológico de la obligación de retener, habida cuenta que la deducción de la retención no practicada se produce en vía de autoliquidación, en tanto que la exigencia de esa retención se produce en vía de actuación inspectora. ¿Cien a uno? Aquí está la clave.» (72)

En todo caso, para superar la contradicción normativa señalada hemos de coincidir con PALAO TABOADA en que «una de dos: o se entiende, ignorando la presunción de retención, que el sujeto responde directamente frente a la Hacienda por las cantidades no retenidas y en consecuencia sólo podrá deducir de su impuesto las cantidades que efectivamente le retuvieron, en cuyo caso sólo tendrá derecho a la devolución de estas últimas cantidades; o, por el contrario, aceptando las consecuencias de la repetida presunción, se le permite deducir de la cuota las cantidades presuntamente retenidas y, por tanto, se le reconoce, en su caso, el derecho a la devolución de estas últimas cantidades.» (73)

No es sólo un problema de coherencia legislativa, sino que la no devolución de las cantidades presuntamente -o mejor legalmente- retenidas puede dar lugar a una duplicidad de ingresos en favor del Tesoro Público. Se puede producir de esta forma un doble pago. Por una parte, el contribuyente tendría que elevar sus ingresos al íntegro sin que correlativamente pudiese deducir en la cuota la diferencia entre lo percibido y lo consignado como tal en su declaración, y, por otra parte, la Administración podría dirigirse contra el retenedor exigiéndole el ingreso de las cantidades que hubiera debido retener, pese a que no se haya permitido la deducción de las mismas al contribuyente (74).

(72) EDUARDO SANZ GADEA: «Retenciones en el IRPF», *E.F.*, número 113-114, pág. 19.

(73) *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 561.

En esta línea escribía RODRÍGUEZ PÉREZ, H. que el perceptor de rendimientos sometidos a retención debía deducírsela en todo caso de su cuota, pues «otro entendimiento parece que no concordaría con la antes expuesta exigencia del ingreso de la retención al obligado a ella, con independencia que la haya practicado o no, pues si en el supuesto negativo los perceptores debiesen pagar el impuesto -mediante la no deducción-, o habría de investigarse si lo habían hecho (y pueden ser muchos, e incluso no necesariamente conocidos) antes de hacer efectiva aquella exigencia o se produciría un doble pago del impuesto, lo que no es admisible» («La retención en el Impuesto...», cit., pág. 413).

(74) Inciden en esta duplicidad de pagos PALAO TABOADA, C.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 561; MARTÍN QUERALT, J.: «Notas en...», cit., pág. 146; MERINO JARA, I.: *op. cit.*, pág. 13;

Indica BATALLA Y MONTERO DE ESPINOSA: «La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta», *Cuadernos Aragoneses de Economía*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Zaragoza, curso 1979-1980, pág. 122 (citada por PALAO TABOADA, *ibídem*), que en este caso «se haría imposible la exigencia de las cantidades que se hubieran debido retener al "retenedor" y, por tanto, la aplicación del artículo 151.2, en cuanto de efectuarse se produciría una duplicidad de ingresos: el efectuado por el sujeto pasivo al ingresar su cuota por el Impuesto sobre la Renta, sin practicar devolución, y el efectuado por el retenedor en virtud de la acción de la Hacienda Pública».

También BANACLOCHE, J., al comentar el artículo 98 de la Ley 19/1991, apunta que se pueden crear situaciones de enriquecimiento injusto para la Hacienda Pública (*Guía del nuevo Impuesto sobre la Renta*, Ciss, Valencia, 1991, pág. 231).

La propia Administración parecía ser consciente de ello, puesto que poco después de que la Dirección General de Tributos reiterara la improcedencia de devolución por razón de la presunción de retención (75), corrige tal criterio en la Resolución de la Secretaría General de Hacienda de 14 de noviembre de 1989, por la que se dictan instrucciones en relación con las llamadas operaciones de seguro de vida a prima única, al prever que para la devolución de las retenciones no se exigiría acreditación de la efectividad material de la misma, sino únicamente justificación de la realidad de las operaciones de las que procediesen (76).

El TEAC también parece asumir recientemente dicha posición. En este sentido, ha reconocido en reiteradas Resoluciones que la elevación al íntegro, con la deducción de la retención no practicada en la cuota del contribuyente es precisamente lo que evita la duplicidad del pago, «que en caso de no aplicarse tal precepto -art. 36 ley anterior-, produciría la acción administrativa dirigida contra el retenedor que no retuvo o lo hizo insuficientemente, con el fin de exigirle el ingreso de las retenciones no efectuadas, al mismo tiempo que habría de denegarse la posibilidad al perceptor del rendimiento de deducir en su impuesto personal las retenciones que no le fueron practicadas.» (77)

Desgraciadamente, como dijimos, el legislador no asume dicho planteamiento, insistiendo en el artículo 100.2 de la Ley del IRPF en la necesidad de la efectividad de las retenciones para que proceda su devolución (78). No obstante, esta exigencia de efectividad no se reproduce en el reglamento. Por un lado, en el artículo 66.Uno, relativo a la devolución de oficio, no se hace mención alguna a este requisito (79). Por otro lado, el artículo 60.Uno posibilita al sujeto a deducirse en la cuota la diferencia entre lo realmente percibido y la cantidad consignada como rendimiento como consecuencia de la elevación al íntegro.

La redacción reglamentaria puede dar lugar a que se interprete que se ha dulcificado dicho rigor, posibilitando que se deduzca la retención que por ley se tiene por realizada en todo caso (80). Mas dada la elocuencia de la ley pensamos que difícilmente la Administración considerará que dicho desarrollo reglamentario sea suficiente para una interpretación correctiva. Es por

(75) Contestación de la DGT de 23 de febrero de 1989, en *Ca.T.*, núm. 117, junio 1990, pág. 59.

(76) Resolución que se reproduce en *Ca.T.*, número 105, diciembre 1989, pág. 1.

(77) Considerando 8.º de la Resolución de 29 de mayo de 1991. Igualmente en las Resoluciones de 26 de febrero y 25 de marzo de 1992. Véanse todas ellas en *Ca.T.*, número 170, diciembre 1992, pág. 45 y ss.

(78) En palabras de NAVAS VÁZQUEZ, R.: *La devolución...*, *cit.*, pág. 157, «lo que se ha hecho es trasladar el problema desde la Hacienda al sujeto que debe soportar la retención, lo cual es una solución fácil, pero ilegítima, y supone dar nuevamente entrada en el mecanismo a las relaciones efectivas entre los sujetos que intervienen.»

(79) En efecto, este artículo señala que procederá la devolución de oficio «cuando la suma de las cantidades retenidas en la fuente y los ingresos a cuenta, incluidos los pagos fraccionados supere el importe resultante de la autoliquidación».

(80) ALBIÑANA, C.y FONSECA, E. se cuestionan si con el silencio reglamentario respecto al requisito de la efectividad se quiere dulcificar tal requisito o simplemente se elude la cuestión (*op. cit.*, pág. 216).



ello que, en este caso, para evitar un enriquecimiento injusto en favor de la Administración Tributaria, únicamente cabría que el contribuyente, al que se le vede la devolución de las retenciones no efectivamente practicadas, solicite la devolución de las mismas una vez la Administración haya logrado el ingreso de tales cantidades por parte del retenedor, pues el que inicialmente el contribuyente no haya podido deducir tales cantidades en su cuota no es obstáculo para que la Administración exija el ingreso de aquéllas al retenedor (81). No obstante, se ha de reconocer la dificultad práctica de tal solución, dado el desconocimiento por parte del contribuyente del momento en el que se produce dicho ingreso (82).

Hasta ahora hemos analizado algunas de las múltiples distorsiones que la presunción de retención introduce en relación al resto de la normativa del impuesto. Sin embargo, aún nos queda por resolver uno de los interrogantes fundamentales que resultan de un análisis exhaustivo de esta figura: se trata de analizar quién ha de cargar definitivamente con el perjuicio patrimonial que supone la elevación al íntegro. Esto es, dilucidar si el retenedor que se ve obligado a ingresar cantidades que hubiera debido retener dispone de un derecho de crédito frente al contribuyente por dicho importe: si aquél tiene una acción de reembolso contra el perceptor de las rentas.

Ha de partirse de que la elevación al íntegro supone un aumento ficticio de la renta sometida a gravamen. Además, no cabe la inaplicación de la presunción absoluta de retención, ni siquiera en caso de que la ausencia de ésta se deba a error, al configurarse como una norma de obligado e ineludible cumplimiento (83). Es cierto que el error tiene relevancia, en cuanto puede

(81) La Audiencia Nacional, en Sentencia de 26 de julio de 1994, rechaza la duplicidad de pagos por la exigencia al retenedor de cantidades que el retenido no se dedujo, si bien parece admitir esta posibilidad si se prueba por la empresa «que todos y cada uno de sus empleados han formulado sus declaraciones por el impuesto declarando las comisiones y las retenciones en los mismos términos que lo hizo ella y que no se habían amparado en la posibilidad que les permite el artículo 36» (vid. *Q.F.*, núm. 18, octubre 1994, pág. 23). En similar sentido se expresaba el TSJ de Aragón en Sentencia de 12 de enero de 1994, exigiendo a la empresa que acreditase que los trabajadores hubiesen consignado en sus respectivas declaraciones los importes íntegros que se recogiesen en las declaraciones del modelo 190 y, además, que los empleados no se hubieran deducido los importes de las retenciones no practicadas (vid. *J.T.*, núm. 31, marzo 1994).

(82) Ahora bien, como reconoce el TSJ de Castilla y León, en Sentencia de 23 de junio de 1990, el cómputo del plazo de prescripción para solicitar la devolución por duplicidad de pagos, al tratarse de cantidades no retenidas por la empresa y no deducidas por el contribuyente pero que posteriormente son exigidas por la Administración a la empresa en cuestión, se inicia no a partir de la fecha del pago realizado por el contribuyente sino desde la fecha del ingreso realizado por el retenedor (vid. *Impuestos*, 1990, t. II, pág. 683).

(83) Debemos disentir, por tanto, de la opinión de PÉREZ ROYO, F., quien afirma que la elevación al íntegro, consecuencia de la presunción, «debe entenderse que procede sólo en aquellos casos en que el retenedor que conoce (o debe conocer) su deber de retener, no lo cumple. Pero no, en cambio, en aquellos otros en que la ausencia de retención se debe a la consideración, basada en una interpretación no arbitraria de la norma, de que no existe dicho deber» (*Derecho Financiero...*, cit., pág. 139).

ABELLA POBLET, E., consciente de los perjuicios que podía ocasionar no atender al error en la aplicación de la retención avanzaba la idea, para superar éstos, de interpretar la presunción como *iuris tantum*, si bien el propio autor reconocía los problemas legales para ello (*Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Publicaciones Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 1980, págs. 126-127). Pero ya hemos razonado que no ha sido esa la línea seguida por el legislador en la nueva ley.

evitar que el incumplimiento del deber de retención sea conceptualizado como infracción tributaria. Sin embargo, el error no excusa de la necesaria elevación al íntegro (84), por lo que también hemos de plantearnos quién ha de cargar con el referido perjuicio en caso de error.

El empresario que paga los rendimientos sin practicar las correspondientes retenciones está sufriendo una «*sanción impropia*», ya que por el hecho de haber realizado una infracción tributaria, no sólo se le van a imponer las sanciones adecuadas a la naturaleza de la misma después de haber seguido un procedimiento con las suficientes garantías, sino que además se le obliga al pago de unas cuotas tributarias ficticias, que tienen su origen, exclusivamente, en la infracción cometida. La situación es más extraña en el caso de que el no ingreso de las retenciones se deba a error. Como hemos visto, el error, aunque es causa suficiente para que se entienda que no existe responsabilidad por parte del retenedor, no evita, sin embargo, que opere la presunción de retención y la obligación del ingreso de las cantidades que resulten de la consabida elevación al íntegro. Por tanto, una conducta que no es susceptible de calificarse de infracción tributaria genera perjuicios económicos, que pueden llegar a ser graves, para el sujeto que realiza dicha acción típica (85).

Ciertamente si se concede al retenedor una acción de regreso de carácter privado sobre los sujetos a los que debió retener, y no lo hizo al momento del pago de los rendimientos, siempre que los perceptores de las rentas hayan podido deducirse las retenciones presuntamente practicadas en su impuesto personal, se corregirían situaciones injustas que van a producirse como consecuencia del juego de la presunción de retención.

Posición similar a la aquí defendida sostiene COLLADO YURRITA, M.A.: *op. cit.*, pág. 14, nota 20, o PALAO TABOADA, C., quien respondía hábilmente a la interpretación anterior señalando que «equivale, en realidad, a la eliminación de la presunción: ésta sólo se presumiría practicada... cuando efectivamente lo fuese», por lo que habría de considerarse inválida (*Comentarios a la Ley...*, *cit.*, pág. 553).

- (84) De este modo lo ha entendido la Audiencia Nacional, en Sentencia de 20 de septiembre de 1994, donde se sostiene que una errónea interpretación de las normas aplicables supone la ausencia de sanción pero no la no exigencia de las cantidades que resulten de la elevación al íntegro (*vid. Q.F.*, núm. 19, noviembre 1994, pág. 28). De forma similar se expresa el TSJ de Cataluña, en Sentencia de 5 de febrero de 1992, en cuanto únicamente se cuestiona la aplicación incorrecta del tipo de retención a cuenta como «supuesto de error de derecho que excluye el dolo y la culpa y en consecuencia la posibilidad de comisión de la infracción imputada» (Fundamento Jurídico Segundo). *Vid. G.F.*, número 99, mayo 1992, pág. 59.

El TEAC se pronuncia en el mismo sentido, considerando que pese al error de interpretación de la retención procede la elevación al íntegro, si bien la racionalidad de tal interpretación hace que se declare el expediente como de rectificación sin sanción alguna. *Vid.* Resoluciones de 5 de junio de 1990 (*Ciss.*, Jurisprudencia Tributaria, pág. 53/C-8) o de 3 de diciembre de 1991 (*Ca.T.*, núm. 164, agosto 1992, pág. 59).

- (85) Se puede objetar a este planteamiento que la obligación de retener es autónoma y de carácter tributario, por lo que, en caso de incumplimiento, el obligado a ella debe ingresar la cuota adeudada, con independencia de que el mecanismo legislativo del que derive la misma sea presuntivo (o mejor, ficticio). Realmente, si la cuota adeudada fuera real no tendríamos dudas acerca de su obligación de pagar como deuda tributaria, la cantidad debida más los intereses y las sanciones. Sería el caso del retenedor que sí retuvo, pero que no ingresó las cantidades en Hacienda, situación esta que, además, tendría otras implicaciones de carácter penal (delito de apropiación indebida).

Con la acción de regreso se trataría de que sea el titular de la capacidad económica sometida a tributación quien soporte en su patrimonio los pagos a cuenta de la obligación tributaria principal, ya que en caso de que ésta nazca la deuda tributaria le corresponde exclusivamente a él (86).

Dado que el retenedor no ingresa dichos pagos anticipados en función de su propia capacidad económica, su obligación debería limitarse a una transferencia de riqueza ajena. En otro caso, al menos desde el punto de vista económico, es posible afirmar que si no se puede trasladar las retenciones ingresadas y no practicadas al perceptor de las rentas, parte de la carga económica derivada del hecho imponible realizado por éste estaría siendo asumido por el pagador de las mismas. Quizá formalmente, debido a la presunción de retención no cabe otra consecuencia, pero desde el punto de vista sustancial, ya decimos que la solución no parece adecuada a los principios materiales que rigen la imposición.

Por todo ello, se ha indicado que para que opere el mandato contenido en el artículo 31 de la Constitución es necesaria la acción de regreso, de forma que el sujeto incidido por el tributo de un tercero pueda recuperar de éste el importe pagado (87). De otro modo, la norma no se adecuaría a nuestra Constitución. Por una parte, el sujeto pasivo contribuyente en el IRPF no va a tributar de acuerdo a su capacidad económica, ya que el impuesto correspondiente a una parte de las rentas que obtiene no va a ser asumido por su propio patrimonio. Por otra parte, sería el pagador de las rentas objeto de imposición quien asumiría la carga económica de un impuesto que no es manifestación de su propia capacidad económica.

En ese sentido, no se puede decir que el impuesto sobre la renta responda a su objeto de gravar la obtención de renta por los sujetos pasivos, ya que en determinadas ocasiones va a resultar gravado en la realidad un sujeto distinto de aquél. Dado que el IRPF grava una manifestación de riqueza del sujeto que realiza el hecho imponible, en los casos en los que opera esta presun-

(86) En este sentido, COLLADO YURRITA, M. A.: «Configuración...», *op. cit.*, pág. 11, señala lo siguiente: «Cuando la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece el instituto jurídico de la retención a cuenta, pretende que se lleve a cabo una prestación pecuniaria anticipada, como mecanismo de aplicación del tributo que debe soportar aquella persona que previsiblemente va a realizar el hecho imponible, en cuanto que es éste el que legitima la adquisición de esa suma de dinero por la Administración; sin que la obligación de realizar esa prestación anticipada del tributo haya de recaer sobre el retenedor como si se tratara de una deuda propia del mismo. La razón de ello es elemental: si el hecho imponible es el presupuesto de hecho indicativo de capacidad económica, el legislador no puede obligar al pago del tributo más que al sujeto que realiza el hecho imponible».

(87) *Ibidem*, pág. 15:

«En estos supuestos parece claro que hay que reconocer que el retenedor dispondrá de una acción frente al que debió haber soportado la retención, acción que debe basarse no ya solamente en el principio de enriquecimiento injusto, como tradicionalmente ha sostenido la doctrina para encontrar un fundamento a la citada acción ante el silencio del Derecho positivo tributario, sino que esa acción se fundamentaría, ante todo, en el principio de capacidad económica. En efecto, a través de esa acción de repetición que ejercita el obligado a retener se trata de conseguir, desde la óptica del ordenamiento tributario, una finalidad esencialmente fiscal: la efectiva incidencia del gravamen tributario sobre quien ha manifestado una determinada capacidad económica. Un mecanismo técnico como es la retención a cuenta no debe conducir a la alteración de los términos en que, constitucionalmente, se establece el sistema tributario; esto es, la acción de reembolso del retenedor se justifica en que debe ser el perceptor de la renta el que soporte la carga fiscal que grava, a través del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la obtención de esa renta».

ción se desvirtúa la naturaleza y la finalidad del impuesto, pues en su virtud parte de la carga tributaria derivada del hecho imponible va a ser asumida por un sujeto distinto de aquel que lo ha realizado. De esa manera, la imposición no responde al principio de capacidad contributiva, ya que el sujeto finalmente gravado no es aquel en el que se ha manifestado la riqueza. A través de este mecanismo corrector se logra reconducir las cosas a su sitio.

Si la acción de regreso se plantea con fundamento en el principio de capacidad contributiva, dicha acción cabría en cualquier caso, con independencia de que la empresa incumpla las obligaciones de retener de manera consciente o dicha actuación se deba a un error en la interpretación de las normas correspondientes. En ambos casos ya veremos como hay que limitar la cantidad que el retenedor puede repetir contra el perceptor de las rentas.

El problema es articular una pretensión anclada en dicho principio constitucional. En definitiva se trata de determinar la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos y, en función de ello, las normas en virtud de las cuales se deben resolver los conflictos. Parece difícil que en una acción civil de enriquecimiento sin causa se pueda alegar el principio de capacidad contributiva para legitimar las pretensiones de las partes. Sin embargo, si sería un principio claramente aplicable si la reclamación se interpone en la jurisdicción contencioso-administrativa (y previamente en la vía económico-administrativa). Tampoco sería directamente aplicable si la interposición se realiza en la vía laboral, en cuyo caso se resolvería en función de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, fundamentalmente por lo dispuesto en el artículo 26.3 de dicha norma. No obstante, esta problemática inserta en el contexto de una relación laboral requiere de un tratamiento específico.

Dejando a un lado el supuesto de la relación laboral, parece que el resto de casos deberán ir por la vía ordinaria. En efecto, los artículos 121 y ss. del Real Decreto 1999/1981, que aprueba el RPREA establece cuáles son las actuaciones tributarias (88) reclamables por la vía administrativa en los aspectos relacionados con la inspección de los tributos, aunque atañan a relaciones entre particulares. Entre otras, se establecen los procedimientos «de las reclamaciones sobre repercusión tributaria» y «la impugnación de los actos de retención tributaria».

En relación a las reclamaciones sobre repercusión tributaria, no es aplicable el procedimiento establecido en el artículo 122 del RPREA porque por dicho artículo se regirán exclusivamente «las reclamaciones tendentes a hacer efectivos o impugnar actos de *repercusión tributaria obligatoria* o el reembolso de *tributos satisfechos por sustitutos del contribuyente*» (la cursiva es nuestra). En caso de que exista una relación estable entre el retenedor y el pagador (sin tener en cuenta las relaciones laborales) y aquél repercute a éste el importe de las retenciones no practicadas (relación profesional continuada en el tiempo) se podría considerar que existe una repercusión de cuotas tributarias, pero que en ningún caso será obligatoria. A lo sumo podrá considerarse una repercusión económica de dichas cuotas. Por otra parte, ya hemos señalado en un capítulo anterior que no podemos considerar al retenedor como sustituto del contribuyente.

(88) En relación a la delimitación general de los actos impugnables se establece en el artículo 165 de la LGT, el artículo 15 del TAPEA y el artículo 42 del RPREA, que viene a reproducir, actualizándola, la del artículo 165 de la LGT. Aparte, ya decimos que el artículo 121 y ss. añade la impugnabilidad de ciertas «actuaciones tributarias».

En cuanto a la impugnación de actos de retención, dicho procedimiento afecta a los casos de que existan conflictos entre los contribuyentes y la Administración de Hacienda, pero no a disputas entre particulares sobre quién debe soportar el pago de las retenciones cuando opera la presunción de retención. Así, el apartado 4.º del artículo 123 del RPREA establece que «la resolución *confirmará, anulará o modificará* el acto de retención impugnado». Se refiere a los casos en que pretenda la anulación de las retenciones practicadas, o bien que ésta sea declarada excesiva o insuficiente. Por tanto, por esta vía cabría dilucidar si en un caso concreto procede o no la elevación al íntegro, pero no el delimitar quién (retenedor o retenido) debe soportar las retenciones que deriven de la misma.

Por tanto, dado que no cabe que el litigio se sustancie en la vía administrativa, serán los tribunales ordinarios quienes entiendan de dicha cuestión (89). En este sentido, el retenedor que sufrió el perjuicio patrimonial deberá interponer una acción de regreso contra el sujeto que debió ser objeto de la retención correspondiente. Para que dicha acción pueda plantearse el derecho privado exige que haya habido una atribución patrimonial no fundada en causa justa según el ordenamiento jurídico (90). Cabe plantearse, por tanto, si el incumplimiento del retenedor es causa suficiente para justificar que el perceptor se libere de ingreso de las retenciones que le hubieran debido ser practicadas, recayendo el mismo únicamente sobre aquél. En cualquier caso, el principio de capacidad económica puede ser un criterio más, aunque importante al ser un principio constitucional, en orden a interpretar que en la acción de regreso interpuesta existe justa causa con objeto de que la misma pueda llegar a buen fin.

Cuando se ejerza la acción por la vía ordinaria, estimamos que cuando tal incumplimiento es consciente y voluntario, cuyo supuesto típico podría ser la empresa «sumergida» que no practica retención ni realiza declaración alguna, no cabe alegar enriquecimiento sin causa para justificar una posterior acción de reembolso contra el perceptor, en cuanto la existencia de la obligación de retener y el conocimiento de que legalmente se tiene a la retención por practicada en todo caso, imposibilitan el presupuesto de la acción de falta de causa en el desplazamiento patrimonial. Y no es sólo eso, puesto que no debemos olvidar -además de que no nos hallamos ante un supuesto de sustitución- que si se obliga al contribuyente a reembolsar las cantidades ingresadas y no retenidas por el retenedor, hacemos recaer sobre dicho contribuyente las consecuencias del incumplimiento de éste. La relevancia de dicho incumplimiento para el perceptor de la renta sería en este caso notoria, pues no se circunscribiría a los problemas de liquidez que puede

(89) FALCÓN Y TELLA, R.: «Comentario general de jurisprudencia», *R.E.D.F.*, número 73, enero-marzo, 1992, pág. 135: «La posibilidad de que controversias de este tipo se resuelvan por una vía distinta de la económico-administrativa, seguida de la contenciosa, resulta en nuestra opinión del carácter extratributario de las relaciones entre el retenedor y el retenido. Se trata, en definitiva, de relaciones entre particulares, aunque derivadas de la aplicación del tributo, y como tales relaciones privadas las pretensiones relativas a las mismas pueden encauzarse por la vía civil».

En el mismo sentido, NAVAS VÁZQUEZ, R. (*La devolución...*, *cit.*, pág. 158).

(90) *Vid.* DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª edic., Tecnos, Madrid, 1989, pág. 571 y ss.

generar el pago unitario de cantidades que han debido retenerse proporcionalmente, sino que podría ocasionar incluso un perjuicio económico, en cuanto significara cargar con el pago del incremento en la deuda tributaria (91).

Sin embargo, por otra parte, se ha de reconocer que cuando la ausencia o insuficiencia de retención venga motivada por una interpretación razonable de las normas no parece lógico hacer recaer sobre el pagador definitivamente el ingreso de la retenciones no practicadas. En este caso sí que cabe hablar de falta de causa justa del enriquecimiento que pudiese obtener el perceptor contribuyente. Es por ello que en caso de error sí procede la referida acción de enriquecimiento injusto frente al perceptor.

Mas debemos insistir en que dicho error no debe perjudicar al contribuyente perceptor. En consecuencia, como adelantamos, la acción contra éste no será por toda la cantidad que el retenedor hubo de ingresar, sino que deberá reducirse en la cuantía que aumentó la deuda tributaria del contribuyente y que sin mediar culpa suya se vio obligado a satisfacer por el incumplimiento de aquél. Si no fuese así, el contribuyente sería el perjudicado como consecuencia del incumplimiento del retenedor, en la medida en que se hubiese incrementado su deuda tributaria. En consecuencia, a pesar de que se entienda posible la acción de regreso, la elevación al íntegro supone en todo caso un perjuicio patrimonial para el pagador, al entender limitada dicha acción tanto en los supuestos como en la cuantía.

En el contexto de una relación laboral esta cuestión adquiere una dimensión ciertamente distinta al resto de los supuestos. En dicho ámbito la acción de regreso opera de forma muy distinta a como lo hace en el Derecho Civil. Dada la posición de superioridad del empresario y su condición de pagador de unas rentas con cierta periodicidad (normalmente mensual) está en condiciones de ejecutar la acción de manera unilateral, por la vía de los hechos consumados.

Siempre que se trate de una relación laboral, dicha actuación del empresario sería más que una acción de regreso, una forma de repercusión económica de cuotas tributarias, posibilitada por la posición de autoridad del empresario y el pago periódico de rentas entre ambas partes de la relación. La repercusión es una técnica -jurídica o económica, según los casos- que opera cuando alguien paga una deuda que corresponde a otra persona. En efecto, el empresario podrá detraer directamente de la nómina las cantidades que ha tenido que abonar a Hacienda como consecuencia de la presunción de retención.

(91) Recordemos que la elevación al íntegro provocaba ésta, que se veía compensada únicamente por recibir una mayor cantidad líquida (*vid.* notas 51 y 52), pero si resulta que posteriormente se debe reembolsar lo no retenido, al perderse aquel beneficio, el perjuicio económico es manifiesto.

El perjuicio económico, por el aumento de la cuota, para el contribuyente es reconocido incluso por parte de la doctrina que sostiene que siempre cabe la acción de repetición del retenedor, como COLLADO YURRITA, M.A., y es el que hace que se deba limitar el derecho de reembolso sobre el contribuyente a «la diferencia que entre la cifra que éste hubo de ingresar como resultado de la autoliquidación del impuesto y la que hubiera satisfecho en total, mediante la retención a cuenta y la autoliquidación, de haberse practicado correctamente aquélla» (*op. cit.*, págs. 15-16). Criterio que consideramos sería el que debiera que mantenerse en caso de que procediese la acción de repetición.

Si el trabajador no está conforme con esta actuación de su patrono, que será lo más frecuente, sólo le queda el recurso de acudir en defensa de sus derechos a la jurisdicción laboral. Serán, por tanto, los tribunales de este orden jurisdiccional quienes tengan que decidir si procede o no que la empresa repercuta a sus trabajadores las cuotas requeridas por la Administración como consecuencia de una deficiente o inexistente retención.

Por tanto, por más que los tributarios queramos hacer de la cuestión una materia exclusiva de Derecho Financiero, lo que se trata de resolver es la cuantía de la retribución debida. En la realidad el juez de lo social será quien decida cuál de las partes de la relación laboral debe asumir en su patrimonio el perjuicio patrimonial de la elevación al íntegro, que es la pregunta que hacíamos al inicio de estas reflexiones. Aunque formalmente el ingreso de las retenciones es una obligación del retenedor, hay que analizar como afecta desde el punto de vista material a las prestaciones recíprocas que se deben las partes del contrato de trabajo. Para llegar a una solución en este sentido, se tienen que interpretar las normas sobre retenciones y otros pagos a cuenta a la luz de la normativa laboral, y muy especialmente teniendo en cuenta el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual todas las cargas fiscales y de la Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario. En este sentido prohíbe la asunción por el empresario de deudas tributarias del trabajador (92). En este sentido, aunque la obligación formal de ingresar las retenciones es del empresario, la de soportar materialmente dicho pago parece más propia del trabajador, ya que se trata de un pago anticipado de su impuesto personal.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la elevación al íntegro y el ingreso de las cantidades no retenidas, sin posibilidad de que opere la repercusión, supondría una interferencia de la norma fiscal en el régimen jurídico privado de las relaciones laborales, en tanto que significaría un aumento de los costes laborales para el empresario. En este sentido, se puede decir que la norma tributaria no sería respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad, ya que el empresario tendría que pagar efectivamente por encima de la retribución pactada.

Por tanto, a consecuencia de la presunción de retención se puede producir un desequilibrio en las prestaciones que habían acordado cada una de las partes, ya que el empresario debe asumir un coste que no estaba pactado, mientras que los trabajadores obtendrán unos ingresos superiores a los que esperaban recibir, obteniendo un lucro no previsto como consecuencia de una norma tributaria. Por tanto, el empresario será perjudicado pues el coste laboral es mayor

(92) Admitiendo la acción de regreso en caso de error se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de julio de 1991 (*vid. R.J.E.*, la Ley 4/1991, pág. 374). Estimando el derecho de la empresa de obtener el reembolso de las cantidades no retenidas por error a los trabajadores que se ha visto obligada a ingresar, en cuanto «se trata, en fin, de un deber del trabajador de satisfacer las cargas fiscales (art. 26.3 ET; arts. 3.º y 4.º Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF), y de una obligación de la empresa retener y efectuar el correspondiente ingreso en el Tesoro (...). Efectuada la retención, el sujeto pasivo no será responsable por la falta de ingresos de las cantidades retenidas (art. 151.3 del reglamento); pero la retención es previa al ingreso y el error de la empresa no ha perjudicado al trabajador, ni le ha liberado del deber que le incumbe» (Fundamento de Derecho Sexto).

Tal pronunciamiento es poco matizado respecto a la afirmación de la irrelevancia del error del empresario para el trabajador, lo cual como hemos manifestado no es del todo cierto; es por ello que entendemos que la misma yerra en este sentido, debiendo haberse referido a la limitación en la cuantía de tal reembolso.



(por el incremento de las retenciones), en la misma medida que el beneficio que supone para el trabajador (una reducción de la cuota líquida del IRPF). Sin embargo, no parece adecuado que se pueda modificar por esta vía la retribución pactada.

Cuando en el ámbito de un contrato de trabajo se produce un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas por un agente ajeno a las partes de la relación laboral, es posible la revisión de dichas prestaciones para obtener de nuevo el equilibrio originario (93). En todo caso, hemos de tener en cuenta que a partir de que se conozca el error en la aplicación de la retención la situación se habrá subsanado, aunque el empresario pretenderá compensar los pagos realizados con las retribuciones que en un futuro vaya a pagar. Se tratará de equilibrar lo que el empresario ha pagado de más en el pasado con lo que éste pretende pagar de menos en el futuro. Con el objeto de que las prestaciones alcancen de nuevo el equilibrio deseado se podrá disminuir las retribuciones futuras o bien aumentar la calidad o cantidad del trabajo.

Por tanto, el Juzgado de lo Social deberá resolver sobre la cuantía de los rendimientos que debe recibir el trabajador (durante el tiempo en que la retención no fue realizada correctamente).

El trabajador recurrirá con el objetivo de que se le abone la retribución pactada de manera íntegra, sin el descuento de cantidades que derivan de la aplicación de la presunción de retención. El contribuyente ante la acción de repetición del retenedor, que se ve obligado a ingresar en la Hacienda cantidades que hubo de haber retenido previamente, podrá contraponer que legalmente se establece que los ingresos se entienden satisfechos al neto de la retención, máxime cuando se insta al mismo a que efectúe la elevación al íntegro.

El empresario podrá alegar con el objeto de que la repercusión se entienda correcta, ya lo hemos indicado, por un lado el artículo 26.3 ET y por otro, la facultad que le asiste de recomponer los intereses de las partes del contrato de trabajo cuando éstos se han desequilibrado por un hecho externo a la propia relación laboral.

Con esta decisión el Tribunal va a determinar el importe de las contraprestaciones que el empresario debe al empleado por motivo de su trabajo. Por tanto, no resuelve ninguna cuestión de naturaleza tributaria, por mucha que sea la repercusión que pueda tener en dicho ámbito. En efecto, la decisión que se adopte en virtud de normas laborales va a tener una enorme trascendencia tributaria, en tanto que a través de la sentencia el Tribunal va a determinar el importe de las contraprestaciones y utilidades derivadas del trabajo personal y, por tanto, la renta gravable para el trabajador en su impuesto personal, según la definición que de ésta se hace en el artículo 24 de la Ley 18/1991.

(93) A estos efectos, nos parecen particularmente ilustrativas las reflexiones de GARCÍA MURCIA sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo. En este sentido, señala que «...todo negocio jurídico de carácter patrimonial y oneroso, género al que pertenece el contrato de trabajo, se rige por unas reglas generales que van referidas sobre todo a la observancia de una equivalencia constante entre las prestaciones recíprocas (...) [que] tiene por fin la conciliación o composición de los intereses contrapuestos de las partes. Las prestaciones de las partes en ese tipo de negocio son recíprocas y correspondientes, y deben ser equilibradas, de un valor equivalente, a lo largo de la relación jurídica entablada. Cuando la equivalencia en las prestaciones varía por la incidencia



Evidentemente, el empresario puede asumir el coste adicional derivado de la retención defectuosa y la aplicación de la presunción de retención. En ese caso, será para éste gasto deducible. No obstante, se puede plantear si se cumplen los requisitos generales para la deducibilidad del gasto. La contabilización no será posible, aunque entendemos que es suficiente prueba el acta de retenciones que se ha levantado por el inspector actuante. Tendría un tratamiento similar al del interés de demora derivado de una actuación inspectora. Por otra parte, entendemos que el requisito de necesario queda suficientemente acreditado en tanto que la elevación al íntegro opera de manera obligatoria, por aplicación de la normativa del IRPF (94).

## VII. LA PROTECCIÓN DEL MECANISMO DE LA RETENCIÓN A TRAVÉS DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

La consideración como infracción grave del no ingreso de las cantidades que se hubieran debido retener por la Ley 10/1985, de Modificación Parcial de la LGT, es el mecanismo compulsivo adecuado y suficiente para el cumplimiento de la obligación (95). En este sentido, la obligación de retener quedaría protegida a través del régimen de infracciones y sanciones. A estos efectos, el artículo 79 LGT contempla una sanción específica para el caso del incumplimiento de tales obligaciones, señalando lo siguiente:

«Constituyen infracciones graves las siguientes conductas:

- a) Dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria, de los pagos a cuenta o fraccionados, así como de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener».

Las consecuencias de este régimen jurídico serían claras. Por un lado, el empresario no deberá asumir el pago de las retenciones (96) o de los ingresos a cuenta si no ha ingresado las cantidades correspondientes en plazo y forma (97). Por su parte, el perceptor de los rendimientos no podrá deducirse una retención o un ingreso a cuenta que no haya sido practicada.

---

de un factor ajeno a la voluntad de las partes que no tiene finalidad provocar esa modificación, los contratantes están legitimados para solicitar un nuevo punto de equilibrio y para exigir la recomposición de los intereses ajustados en el contrato» (GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN: «La prohibición de la asunción...», *cit.*, págs. 257 y 258).

(94) *Vid.* Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias, de 26 de octubre de 1994, publicada en *Estudios Financieros*, número 144, pág. 117.

(95) En este sentido GUERRERO ARIAS/ROSICH ROMEU (*op. cit.*, pág. 127) y ALONSO GONZÁLEZ, L.M. (*Sustitutos y retenedores ...*, *cit.*, pág. 285).

(96) En caso de que haya practicado las retenciones, pero no ingrese las cantidades retenidas en Hacienda, el empresario o profesional podrá haber incurrido en el delito de apropiación indebida (art. 535 del Código Penal).

(97) En relación a los plazos de ingreso de las cantidades retenidas a los trabajadores o de los ingresos a cuenta que, en su caso, deban realizar, así como las obligaciones formales aparejadas a estos deberes, véase el artículo 59 del Reglamento del IRPF.

En contra de la opinión de MARTÍN QUERALT (98), entendemos que al configurarse la obligación de pago a cuenta de forma autónoma, sí es posible, en el régimen actual, la sanción de la omisión de la obligación de retención, incluso después del ingreso de la deuda definitiva. No sólo sería posible una sanción autónoma del deber de retención, sino que mientras subsista la presunción de retención son exigibles al sujeto retenedor las cantidades que debió retener e ingresar en su momento, dado que el contribuyente podrá deducir dichas cantidades de su cuota líquida, con independencia de que el empresario cuenta con una acción privada de resarcimiento frente a sus trabajadores.

Por tanto, la omisión del deber de retención y de ingreso a cuenta, debiera sancionarse, exclusivamente, a través de la tipificación de una infracción en este sentido. Ahora bien, la doctrina viene criticando el hecho de que esta infracción pueda recibir idéntica sanción que cuando lo que se deja de ingresar es la deuda definitiva, ya que el perjuicio económico que se deriva de ambas conductas es distinto. No obstante, entendemos que tal identidad es razonable en el actual sistema de gestión de los impuestos, en el que a través de diversas técnicas (99) la percepción de los impuestos sobre la renta se ha trasladado al momento de la producción de los rendimientos. Por tanto, el sistema de pagos a cuenta es hoy una pieza vital del sistema impositivo actual, tanto es así que se ha llegado a calificar a nuestro sistema tributario como «sistema de retenciones» (100), ya que la mayor parte de lo ingresado por Hacienda se obtiene a través de dichos pagos anticipados, y no al momento de la liquidación. Por tanto, entendemos que los distintos mecanismos de pagos anticipados son técnicas esenciales en nuestro actual sistema tributario y, por tanto, dignas de una especial protección. Para ello es necesario que dichas obligaciones de pagos anticipados sean consideradas como obligaciones autónomas que, por tanto, se podrán sancionar de manera idéntica a si lo que se deja de ingresar es la deuda tributaria principal. En este sentido, el artículo 88.3 LGT establece la obligación legal de imponer una sanción mínima del 150 por 100 para todas aquellas «infracciones graves consistentes en la falta de ingresos de tributos repercutidos o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener a cuenta de cualquier impuesto...».

Por otra parte, si la cuantía de lo que se ha dejado de ingresar supera los 5.000.000 de pesetas en un ejercicio se podría llegar a realizar el tipo previsto en el artículo 349 del Código Penal, incurriéndose en delito fiscal. La acción que constituye el tipo objetivo del delito consiste en defraudar, es decir, «en incumplir las prestaciones jurídico-tributarias a las que se está obligado. La expresión "defraudar" tiene además una connotación de "engaño".» (101). La acción de defraudar se

(98) MARTÍN QUERALT/LOZANO SERRANO: «Curso de Derecho Financiero...», *cit.*, pág. 502: «Sólo cuando la Administración descubra la omisión del pago a cuenta antes del momento en que debiera ingresarse la deuda definitiva, habrá lugar a considerar que existe infracción grave, puesto que si la omisión del pago a cuenta o fraccionado se descubre al descubrirse la omisión de la deuda definitiva, habrá que entender que sólo se castiga ésta, pues de lo contrario se estaría sancionando dos veces una misma conducta omisiva, sancionando así doblemente la omisión del todo y de cada una de las partes que integran aquél».

(99) Estas técnicas se suelen designar en la doctrina anglosajona como PAYE, que son las siglas de la expresión inglesa *pay as you earn*.

(100) DE JUAN, J.L.: «Respuestas a una encuesta sobre la liberalización de movimientos de capitales», en *Suplementos sobre el sistema financiero de PEE*, número 38, pág. 167 (citado por PALAO TABOADA, CARLOS: «El ingreso...», *cit.*, pág. 5).

(101) MÚÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal. Parte especial*, 8.ª edición, Tirant lo Blanch, pág. 795.

puede realizar, bien «disfrutando indebidamente de los beneficios fiscales», bien «eludiendo el pago de tributos». El problema consiste en determinar si la omisión del ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta puede incluirse dentro de la acción típica consistente en la elusión del pago de tributos. La doctrina más autorizada responde afirmativamente a esta cuestión (102).

En todo caso, hemos de tener en cuenta que para que la infracción cometida sea sancionable, tanto en el orden administrativo como en el penal, es necesario el elemento intencional. A pesar de que no se cite en el artículo de la LGT que enumera las circunstancias eximentes de la responsabilidad (art. 77.4), el error es una de las causas más importantes de exclusión de la misma, ya que el artículo 77.1 LGT exige al menos «una simple negligencia» como elemento subjetivo. En esta misma línea, también hemos de entender que una razonable interpretación de las normas relativas a los pagos anticipados excluye la responsabilidad, aunque dicha interpretación sea incorrecta (103).

## VIII. CONCLUSIONES

El legislador con esta norma lo que pretende es reforzar la obligación de retener, pues, al establecerse que los ingresos recibidos sometidos a retención tendrán la consideración de líquidos, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de retener se ven tremendamente agravadas. Además, al derivarse de la misma la obligación de ingresar del retenedor desvinculada de la práctica efectiva de la retención, la Administración pretende asegurarse tal ingreso, prescindiendo de las circunstancias particulares de cada caso en cuestión. En definitiva, con la presunción absoluta se acrecienta el interés del retenedor en el cumplimiento de la obligación de retener con el objeto de no verse obligado al pago de cantidades no retenidas.

Dado el carácter medial y no contributivo de la obligación de retención, el mecanismo lógico es que el sujeto pasivo que no ha sido objeto de la retención integre en la base imponible el rendimiento real, y que se pueda deducir exclusivamente las retenciones practicadas. En ausencia de la presunción la persona obligada a retener que no realiza la misma podría ser sancionada por tal incumplimiento, si bien no respondería de las cantidades que hubieran debido ser retenidas, las cuales, consecuentemente, no podrían ser compensadas por el perceptor en el pago de su deuda, por lo que en definitiva habrían de ser satisfechas por éste, que es, quien realiza el hecho

(102) En este sentido, PÉREZ ROYO, F: *Derecho Financiero...*, cit., pág. 260: «El concepto de elusión del pago de tributos debe considerarse, en el contexto del artículo 349 CP, sinónimo del de evasión tributaria (...) En el presente caso, como decimos, la elusión se entiende en el sentido de omisión del pago de ingresos tributarios. La citada omisión puede referirse a la cuota o a las retenciones».

Igualmente, MARTÍN QUERALT, J. y LOZANO SERRANO. C: *Curso de...*, cit., pág. 521, quienes señalan que «dentro de esta conducta -elusión del pago de tributos- cabe situar no sólo a quien resulta obligado en concepto de contribuyente de un determinado tributo, derivado de su propia capacidad económica, sino también a quien resulta obligado al ingreso de cantidades en concepto de retención a cuenta».

(103) En este sentido, *vid.* Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de febrero de 1992, publicada en *G.F.*, número 99, mayo 1992 y Resolución del TEAC de 5 de junio de 1990 (*vid.* Ciss Jurisprudencia Tributaria, pág. 53/C-8).

imponible que se pretende gravar, y, además, la imposición se acomodaría mejor al principio de capacidad contributiva, al exigírsele el tributo al contribuyente conforme a su retribución efectiva. Para evitar las distorsiones al mecanismo racional que hemos señalado la única solución es la derogación de la presunción de retención (104).

No obstante, el mecanismo de la retención debe ser especialmente protegido, dada la enorme relevancia que ha adquirido en el actual sistema de gestión de los tributos. Estimamos que la consideración como infracción grave del no ingreso de las cantidades que se hubieran debido retener es un mecanismo compulsivo suficiente para el cumplimiento de la obligación, pudiendo haberse prescindido de la perturbadora presunción *iuris et de iure*, dadas las distorsiones que hemos visto que produce en el régimen de la retención.

Debe establecerse un mecanismo de pago fraccionado, a través del cual los contribuyentes que no sean objeto de retención -por incumplimiento de su obligación por el sujeto obligado a ello- puedan anticipar el pago de su impuesto, para evitar que el mismo se abone a través de un pago único, dada las dificultades de liquidez que ello puede producir, en cuyo caso se reducirían las posibilidades de cobro de la Administración de Hacienda.

Por otra parte, en relación al pago al neto, los impuestos pagados por el empresario deben considerarse como retribución en especie, aunque excluida del preceptivo ingreso a cuenta. El importe de dicha retribución será igual al total de los pagos anticipados que el empresario haya ingresado más las cuotas impositivas que, correspondientes al trabajador, haya pagado el empresario. El cálculo de dichos pagos anticipados sería sumamente sencillo de realizar si junto a la tabla de retenciones para ingresos brutos del trabajo se establece otra para cuando el rendimiento se percibe al neto.

(104) En favor de la supresión se manifiesta PALAO TABOADA, C.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pág. 536, donde escribe que «el mecanismo racional de la retención a cuenta sería el siguiente: las cantidades que indebidamente no hayan sido retenidas no podrán compensarse por el contribuyente al pagar su impuesto y serán, por tanto, satisfechas por éste, que sigue siendo, no se olvide, el deudor del impuesto. El obligado a retener que incumplió su deber sería adecuadamente sancionado. El sistema anterior, que es el adecuado a la naturaleza de la retención a cuenta (...) resulta, sin embargo, profundamente perturbado (...) por virtud de la presunción de haber tenido lugar la retención». Avanzando en la lectura de esta obra, PALAO se muestra mucho más rotundo en la pág. 554, donde señala lo siguiente: «La exposición anterior pone de manifiesto con absoluta claridad, a nuestro juicio, las consecuencias irracionales a que conduce la presunción de retención que establece la ley y las complicaciones prácticas que se derivan de la misma. Pensamos, en conclusión, que tal presunción debe ser derogada, restituyendo a la retención a cuenta el sistema de relaciones jurídicas inherentes a su naturaleza, que más atrás quedó expuesto».

De la misma opinión es MARTÍN QUERALT, J.: «Notas en torno...», *op. cit.*, pág. 144 y ss.: «Si se hubiera sido consecuente con el esquema jurídicamente atribuible a la retención a cuenta, en el supuesto de que la misma no se hubiera practicado no se produciría ninguna anotación en cuenta a favor del sujeto pasivo contribuyente y, en consecuencia, el mismo no podría practicar y dar por retenido lo que efectivamente no se hubiese retenido. La Hacienda Pública podría exigir del retentor una sanción y unos intereses de demora practicados sobre la cuota que debió retener e ingresar teniendo en cuenta el momento en que debió hacerlo, pero el importe de la cuota tributaria correspondiente a los rendimientos por él satisfechos debía exigírsele en tal caso al contribuyente, que es el verdadero configurador del elemento subjetivo del hecho imponible (...) ;No será mejor, en definitiva, abolir tal presunción? Por lo demás, su derogación en nada obsta a la configuración clara de unas fuertes sanciones en la materia...».