

TRIBUTACIÓN

FICCIÓN DE RETENCIONES Y
ELEVACIÓN AL ÍNTEGRO EN
EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

N.º 319

TRABAJO EFECTUADO POR:

JOSÉ ANDRÉS ROZAS VALDÉS

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Central de Barcelona.*

1.º Premio Revista *Estudios Financieros* 1995.

Modalidad: *Tributación.*

Sumario:

- I. Planteamiento.
 - 1. Posiciones subjetivas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 2. Trascendencia de la cuestión.
 - 3. Precisiones terminológicas.

- II. Ficción de retenciones y elevación al íntegro.
 - 1. Origen y desarrollo del problema.
 - 2. Estado de la cuestión.
 - 3. Ámbito de aplicación de la norma.
 - 4. La ficción de retención.
 - 5. La ficción de renta.

- III. La responsabilidad en caso de impago.
 - 1. En el régimen general.
 - 2. En el régimen especial.

- IV. Propuesta de reforma.

- V. Conclusiones.

- VI. Relación de resoluciones judiciales y administrativas.

I. PLANTEAMIENTO

1. Posiciones subjetivas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El objeto imponible de los impuestos sobre la renta viene constituido, básicamente, por la percepción de rendimientos. Al diseñar el sistema de tributación es posible, pues, dirigirse a quien paga el rendimiento, a quien lo recibe, o a ambos, simultánea o consecutivamente. Normalmente el Derecho hace esto último, y surge así un entramado de relaciones entre los tres sujetos tributariamente ligados -la Hacienda Pública, el pagador y el perceptor- difíciles de regular, y cuyo desenvolvimiento genera innumerables problemas dogmáticos y aplicativos. Para su correcta comprensión no puede nunca olvidarse que, con independencia de cómo se organice el pormenor de las distintas relaciones jurídicas, es la renta del perceptor el objeto propio del gravamen, la manifestación de capacidad económica sujeta a tributación. De modo que el pagador, reteniendo, ingresando, sustituyendo, declarando, o informando, no vendrá sino a desempeñar funciones de mediación en la relación principal, aun cuando su intervención se transforme en definitiva y se le impongan obligaciones a título propio. En un impuesto sobre la renta de las personas físicas la capacidad económica llamada a tributación no puede ser distinta de la que manifiesta el perceptor de dicha renta. Sin venir ello a impedir que otro pueda, o deba, pagar en su lugar, como heredero, empleador, representante, o responsable de aquél. Aunque tal afirmación pudiera reputarse de obviedad, es oportuna su cita al comienzo de un trabajo relativo a las relaciones entre los tres principales protagonistas del vigente IRPF: retenedor, contribuyente y Hacienda Pública (1).

Como es bien sabido, en el sistema tributario español de 1964 la imposición sobre la renta de las personas físicas se articulaba mediante una serie de impuestos reales, denominados de producto o a cuenta, en los que el pagador del rendimiento sustituía al perceptor, ocupando en su lugar la posición de deudor principal. Lo pagado tenía carácter definitivo. Quien percibía la renta, a su vez, debía satisfacer una imposición complementaria, el IGRPF, si lo recibido superaba una determinada cuan-

(1) No es gratuito el que se insista en ello, pues veremos cómo el perderlo de vista conduce a una ordenación e interpretación de las relaciones establecidas entre los tres sujetos mencionados ciertamente incoherente con este postulado básico: «La obligación tributaria nace a cargo del contribuyente, aunque éste no esté obligado en todos los supuestos (así sucede, insistimos, cuando interviene un sustituto) a efectuar el correspondiente pago a la Administración Tributaria.» (J.J. FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho tributario*, 16.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 375).

tía. Así las cosas, en los impuestos de producto que gravaban las rentas del trabajo y del capital debía satisfacer el débito tributario el pagador del rendimiento, en calidad de sustituto. El pago de la deuda lo atendía descontando su cuantía del importe de la prestación acordada. De resultar obligado a satisfacer el tributo complementario, el contribuyente podía deducirse las cuotas tributarias debidas por razón de impuestos de producto. El pago de los mismos habría sido atendido, en la práctica totalidad de los casos y en calidad de sustituto, por quien le había satisfecho los rendimientos sujetos a gravamen.

La reforma operada en el sistema tributario a partir de 1978 trastoca -más formal que materialmente- estas posiciones jurídicas. La imposición sobre la renta de las personas físicas se unifica en un solo tributo, el IRPF, conformado mediante la absorción de buena parte de los impuestos de producto. Al cobro de un rendimiento ya no se devengará ningún impuesto. Ni quien lo satisface ni quien lo recibe, pues, deberán pagar cuota tributaria alguna. Sin embargo, diversas razones concurrían en favor de articular un procedimiento de recaudación que permitiese no diferir la globalidad del pago hasta el momento de la liquidación del impuesto único (2). Se establece así la obligación de pagar una cantidad a cuenta de la obligación principal, en el momento de abonar la generalidad de los rendimientos sujetos. Como en el sistema anterior, será el pagador quien resulte obligado a ingresar en la Hacienda Pública el importe de la prestación debida. Pero no en concepto de impuesto de producto, sino como obligación a cuenta del impuesto único sobre la renta de las personas físicas. A tal efecto se le otorga, por otra parte, un poder-deber de retener una porción del rendimiento satisfecho, con el objeto de atender el pago de la obligación a cuenta. El pago de parte del tributo precede, pues, a su devengo. La concurrencia de hechos premonitorios del nacimiento del débito principal hace surgir la obligación de pagar una cantidad que en su momento se descontará del importe alcanzado por la deuda principal. Más adelante este sistema se enriquecería con otras modalidades de pagos a cuenta destinados a emular el efecto de la retención en los supuestos de impracticable realización de ésta, por ausencia de libramiento monetario -ingresos a cuenta-, o de pagador habilitado para su ejecución -pagos fraccionados-.

- (2) Una gestión razonable de la Tesorería del Estado requiere periodificar el flujo de ingresos en plazos inferiores al año, mensuales y trimestrales; también para el contribuyente es mejor -en términos generales- escalonar el pago de su impuesto sobre la renta; el recaudar el impuesto en la fuente, al pagarse el rendimiento, y responsabilizar del mismo a quien lo satisface es el mejor modo de asegurar el pago; por último, la información que se facilita a la Hacienda Pública con ocasión del pago de las obligaciones a cuenta facilita enormemente la gestión y comprobación de los tributos, además de que, en términos de eficacia, la investigación realizada a una persona obligada a practicar retenciones tiene un importante efecto reflejo respecto de las deudas de quienes estaban obligados a soportar su práctica (Cfr., por todos, sobre las funciones de la retención C. PALAO TABOADA, «Gestión del impuesto», en *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cívitas, Madrid, 1983, pág. 533; L.M. ALONSO GONZÁLEZ, *Sustitutos y retenedores en el ordenamiento tributario español*, IEF, Madrid, 1992, págs. 260-266; y M.A. COLLADO YURRITA, *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Cívitas, col. Estudios de Derecho financiero y tributario, Madrid, 1992, págs. 19-23). Además de las mencionadas, entre las ventajas implícitas en la retención se ha señalado que «dado, en efecto, que el obligado a la retención no es incidido por el impuesto -y no experimenta ninguna ventaja por la evasión- sino que es susceptible de las sanciones conminadas por falta de realización de la retención, es evidente que todo su interés reside en observar rigurosamente la ley...» (A. BERLIRI, *Corso istituzionale di diritto tributario*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1965, pág. 180) de forma y manera que limitando la inclinación al fraude del deudor, el importe defraudado se va a ver normalmente atenuado. Si bien es cierto que, más adelante se verá, en algunas regulaciones de la retención a cuenta no está tan claro que el retenedor no venga «incidido» por el impuesto.

2. Trascendencia de la cuestión.

Aunque el flujo de pagos, los hechos, son prácticamente iguales, la realidad jurídica a que responden, el Derecho, ha cambiado sustancialmente. Y con ello la posición y relación de las partes entre sí como respecto a terceros. Para explicar el vigente entramado de relaciones se han propuesto diferentes construcciones, de dispar elaboración. Tanto nuestra doctrina (3) como la italiana (4) se han ocupado profusamente del particular. El legislador y la jurisprudencia -es continua la sustanciación de recursos al respecto- no han dejado tampoco, con mayor o menor acierto, de realizar sus aportaciones al debate. Como consecuencia de todo ello ciertamente no es nada fácil obtener conclusiones ciertas sobre el particular. En una primera aproximación ya se descubre que ni siquiera están bien definidas cuáles deberían ser las notas características de cada situación subjetiva: sustitución y retención. Así, mientras unos autores entienden que lo característico de la sustitución, cuando se configura como total, es que en ningún caso puede la Administración reclamar del sustituido el importe de la prestación debida (5), otros consideran que sí se puede dirigir la Administración contra el contribuyente, pero sólo con carácter subsidiario, mientras que de estar ante una retención a cuenta debería exigir el pago de la obligación a cuenta directamente del contribuyente (6). Si acudimos a la doctrina italiana encontramos otros modos de entender las relaciones objeto de estudio. Así no falta quien entiende que el sustituido y el sustituto responden solidariamente de la prestación debida (7), ni quien deja de afirmar que del contribuyente, llamado a soportar la retención a cuenta, no se puede reclamar su importe, ni directa ni subsidiariamente (8).

Prescindiendo de innumerables matices, probablemente la piedra de toque de la cuestión radica en definir la responsabilidad que corresponde atribuir al contribuyente respecto de la práctica e ingreso de las retenciones y el consecuente vínculo que une, o separa, las relaciones establecidas

(3) Antes de trasponerse a nuestro ordenamiento la retención a cuenta, y como reflejo de aportaciones venidas de Italia, surgieron en España importantes estudios sobre el particular entre los que destaca el de Palao Taboada (C. PALAO TABOADA, «La retención a cuenta», en *RDFHP*, 1968, pág. 257 y ss.). Al regularse las obligaciones a cuenta en el IRPF surgen los primeros trabajos que plantean el problema de la calificación tributaria de la relación de retención (cfr. por todos J.J. FERREIRO LAPATZA, «La figura del sustituto en las nuevas leyes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades», en *CT*, núm. 28, 1979, págs. 61-68; y J. MARTÍN QUERALT, «Notas en torno a la configuración jurídica de la retención a cuenta en el IRPF», en *HPE*, núm. 82, 1983, págs. 131-148]. Lo cierto y verdad es que transcurridos más de 15 años desde su implantación el debate continúa abierto. Recientemente se ha publicado una tesis dedicada al particular (L.M. ALONSO GONZÁLEZ, *Sustitutos y retenedores...*, ob. cit.), y cuando terminan de escribirse estas líneas aparece otra [P. ALGUACIL MARI, *La Retención a Cuenta en el Ordenamiento Tributario Español*, Aranzadi, Pamplona, 1995] que vendrá seguida de una tercera, elaborada por MARÍA TERESA MORIÉS JIMÉNEZ, en fase de publicación.

(4) Sobre la doctrina italiana debe consultarse J.E. VARONA ALABERN, «La sustitución tributaria en el ordenamiento jurídico italiano», en *REDF*, núm. 79, 1993, págs. 371-430. En dicho trabajo se hace un análisis exhaustivo de las posiciones adoptadas por la doctrina y jurisprudencia italiana en lo relativo a la sustitución tributaria, tanto propia como impropia -de impuesto la primera, de obligación a cuenta la segunda-.

(5) Cfr. en tal sentido J.J. FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho financiero español*, ob. cit., pág. 379.

(6) Cfr. C. PALAO TABOADA, *La retención a cuenta*, ob. cit., pág. 286 y ss.

(7) Cfr. P. RUSSO, *Il nuovo processo tributario*, Giuffrè, Milán, 1974, pág. 272.

(8) Cfr. F. BOSELLO, *Il prelievo alla fonte nel sistema della imposizione diretta*, Cedam, Pádua, 1972, pág. 205.

entre el pagador de los rendimientos y la Hacienda Pública y las que ligan a esta última con el contribuyente. Si el contribuyente ha de responder directamente de la retención impagada, la condición subjetiva del retenedor sería diferenciable de la tradicionalmente atribuida al sustituto, y el pagador de los rendimientos vendría a situarse en el lugar del contribuyente como mero intermediario de la única obligación tributaria patrimonial existente: la que, con carácter de a cuenta, media entre el contribuyente y la Hacienda Pública. Negar la responsabilidad del contribuyente, por contra, conduce necesariamente a afirmar que la satisfacción de los pagos a cuenta, en su modalidad de retenciones, incumbe exclusivamente al retenedor. Actuaría, entonces, el retenedor como obligado a realizar un pago a título propio, que despliega efectos respecto de terceros (9).

De resolver correctamente el dilema propuesto, depende lo que a una y otra parte -retenedor y contribuyente- pueda exigir la tercera en discordia, la Administración Tributaria. Habida cuenta de que en el último período de declaración el importe de las devoluciones ha superado el de los ingresos, parece relevante el intento de clarificar la cuestión propuesta, y justificada la atención dedicada al particular por la doctrina administrativa y científica (10). Definir el régimen jurídico del retenedor en el IRPF no es, pues, una problemática bizantina, mero diletantismo intelectual. Antes bien, se trata de una cuestión dogmática de apreciable trascendencia práctica -regularmente enriquecida por resoluciones normativas y judiciales- que evidencia la transformación operada en la tributación sobre la renta, al pasar de un sistema de impuestos de producto a un sistema -no de impuesto auténticamente personal- sino de retenciones (11).

(9) La profusión de teorías enunciadas al respecto ha terminado por generar una perniciosa paradoja terminológica entre la doctrina italiana y la española. En Italia inicialmente, en línea con los planteamientos de A.D. GIANINNI y A. BERLIRI, la sustitución viene caracterizada por el completo desplazamiento del contribuyente. Poco a poco se van abriendo paso las construcciones dogmáticas que ven en la sustitución una relación instrumental que no trastoca la posición del contribuyente, de modo que éste no queda liberado de su responsabilidad por lo que toca al pago de la obligación en que se le debía haber sustituido. Por contra la caracterización del retenedor propuesta por BOSELLO, al desvincular su obligación de la correspondiente al contribuyente, acerca la relación de retención a cuenta al perfil que inicialmente se atribuía a la de sustitución. En España, por contra, el régimen jurídico de la sustitución sigue ligado a la idea de un desplazamiento total del contribuyente, mientras que se suele vincular la figura de la retención a cuenta a una relación de intermediación que no libera al contribuyente de su responsabilidad. Aunque no falten fundadas críticas a dichas afirmaciones [cfr. al respecto E. SIMÓN ACOSTA, Voz «Sustituto», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Cívitas, Madrid, 1995, pág. 6.459 y ss.).

(10) Siendo así que el sistema no tiene visos de cambiar en un futuro próximo, aun cuando se tenga intención de corregir la desproporción actual entre obligaciones a cuenta y cuotas diferenciales positivas. «Estamos dispuestos a realizar ajustes entre la tabla de retenciones y la tarifa de la renta con el fin de reducir el número de devoluciones. La tabla de retenciones tiene que ajustarse mejor a la tarifa. Pero está claro que la campaña de la renta, pese a su fuerte impacto social, siempre tendrá una importancia recaudatoria baja, ya que las retenciones del trabajo y del capital son el grueso de los ingresos.» (Abelardo Delgado Pacheco, como Director general de la AEAT, en el Diario Expansión, del 13 de octubre de 1993). La aprobación de una nueva tabla de retenciones para el ejercicio de 1995 ha sido el primer paso en tal dirección. Pese a lo cual mucho deben aún cambiar las cosas para que recuperen las obligaciones a cuenta su función natural -«medio de facilitar el pago al sujeto pasivo, y asegurar su cobro a la Hacienda Pública»- para abandonar el incongruente, y desnaturalizado uso que de tal institución se hace como «operación de crédito a interés cero» (A. AGUALLO AVILÉS, «Interés fiscal y Estatuto del contribuyente», en *REDF*, núm. 80, 1994, pág. 591).

(11) En el ejercicio de 1992 el 85,1 por 100 de la recaudación obtenida en concepto de IRPF se ingresó vía retenciones, y el 10,4 por 100 mediante pagos fraccionados (Cfr. Ministerio de Economía y Hacienda, *Memoria de la Administración Tributaria 1992*, Madrid, 1993, pág. 439).

Más arriba se ha citado el excelente trabajo del profesor ALONSO GONZÁLEZ, que trae causa de su tesis doctoral, y en cuyo desarrollo se decanta por considerar al retenedor como sustituto del contribuyente, a ciertos efectos, considerando que intermedia en el pago de una deuda ajena. En su cuidada exposición reconoce la trascendencia del escollo normativo en el que encalla la construcción que propone: el artículo 36 de la Ley de Renta de 1978, hoy sustituido y reformado por el artículo 98.2 de la Ley de 1991. Sorteando la dificultad postulando «la necesaria destrucción de la presunción *iuris et de iure* de las Leyes del IRPF y su sustitución por una presunción que admita prueba en contrario» (12). Hace valer en dicho sentido las resoluciones administrativas y judiciales que, en un ejercicio interpretativo más que forzado, deciden leer «salvo prueba en contrario», donde la ley dice «en todo caso» (13), y las numerosas críticas efectuadas por estudiosos de indudable prestigio al carácter absoluto de la referida presunción (14). Si el análisis es impecable y en conjunto puede compartirse, no cabe sin embargo olvidar su carácter teórico. Que la normativa debiera decir cosa contraria de lo que establece no anula su vigencia. De modo que, hoy por hoy, la retención a cuenta en el IRPF presenta un perfil híbrido que «ni responde al esquema típico de la sustitución ni al de la retención a cuenta típica» (15). Y, como se verá más adelante, desde luego tanto la Administración Tributaria como el Tribunal Supremo en su interpretación de la normativa vigente mantienen una configuración de la relación de retención parecida, aunque sólo en un cierto sentido, a la que inicialmente postulase BOSELLO (16): la obligación de retener e ingresar se considera desvinculada de la obligación principal, no guardan conexión con ella, y no es que no pueda exigirse su pago del contribuyente, es que ni siquiera se admite que éste asuma libremente el mismo.

Esta situación probablemente derive de un confuso esquema de responsabilidades nacido de un equívoco que ha ido en aumento: la interpretación y modificación del artículo 36 de la primera Ley del IRPF. Tal precepto venía a establecer una presunción legal y absoluta de retención, con la loable intención de proteger al contribuyente de la responsabilidad concomitante al precedente régimen de sustitución (17). Apoyándose en la desafortunada dicción literal empleada al efecto, una

(12) Cfr. L.M. ALONSO GONZÁLEZ, *Sustitutos y retenedores...*, *ob. cit.*, pág. 313.

(13) Cfr. RS. del TEAC de 2 de noviembre de 1989 (si bien es cierto que se trata de una Resolución aislada, pues el mismo Tribunal en otras Resoluciones anteriores -9 de febrero, 14 de junio, 13 de octubre y 25 de noviembre de 1988-, y posteriores -5 de junio, 3 y 18 de julio de 1990, 29 de mayo de 1991, y 26 de febrero de 1992- ha rechazado la posibilidad de admitir prueba en contrario); SAT de Barcelona de 12 de diciembre de 1985; STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 1990; y STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1993. En un temprano análisis del precepto legal ya se adelantó por algún autor como solución de compromiso -aun de difícil encaje legal- el entender la presunción como relativa: «La expresión legal (...) debe interpretarse como simple *presunción* que puede destruirse si se justifica realmente la falta de retención, si bien no se nos ocultan los problemas legales de dicha solución.» E.A. ABELLA POBLET, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Publicaciones Abella, Madrid, 1980, pág. 127.

(14) Cfr. por todos C. PALAO TABOADA, «Gestión del impuesto», *ob. cit.*, pág. 561, y J. MARTÍN QUERALT, «Notas en torno...», *ob. cit.*, pág. 144 y ss. que, con su habitual brillantez, ponen de manifiesto cómo la referida presunción viene a desnaturalizar la condición de la retención a cuenta en el IRPF, siendo imprescindible su derogación para lograr una cierta coherencia en el sistema.

(15) J. MARTÍN QUERALT, «Notas en torno...», *ob. cit.*, pág. 145.

(16) Cfr. F. BOSELLO, *Prelevio alla fonte...*, *ob. cit.*, *passim*.

(17) Aun cuando se tachara de ilegal por parte de la doctrina (cfr. J. ARIAS VELASCO y E. GARCÍA BERRO, «Relaciones jurídico-privadas derivadas de la relación tributaria: el derecho de traslación entre el sustituto y el contribuyente», en *Problemas Tributarios Actuales*, IEF, Madrid, 1973, pág. 134) el artículo 9.º 3 del Reglamento de Recaudación de 1968 establecía que «la falta de pago por parte del sustituto no libera al contribuyente del débito para con la Administración, salvo que demuestre haberse realizado retención del tributo por aquél».

desorientada interpretación administrativa transformó la presunción de retención en una ficción de retribución -la «elevación al íntegro»- surgida del afán desmedido por atajar prácticas fraudulentas, sin reparar, o infravalorando, las contradicciones implícitas en las soluciones adoptadas. Finalmente la Ley de 1991 ha limitado, sin fundamento bastante, el ámbito propio de la presunción, y el reglamento ha dado acogida a la ficción de retribución. De todo lo cual se deduce un más que confuso panorama en el que por una parte se establecen dos regímenes distintos de responsabilidad respecto de las retenciones impagadas: uno general, y otro -que termina siendo el común a base de excepcionar la regla- para las retribuciones legalmente establecidas. A lo anterior se superpone una extraña técnica denominada de elevación al íntegro de contradictoria interpretación jurisprudencial y tan difícil para su comprensión como versátil para dar entrada a improcedentes malabarismos liquidatorios de contribuyentes y funcionarios avezados en el empleo de artificios incoherentes. No cabe duda de que finalmente tal situación deteriora el sistema de forma apreciable, perjudicando con ello el interés último y común de quienes debieran aspirar a su correcto funcionamiento: la Hacienda Pública y los contribuyentes.

3. Precisiones terminológicas.

Antes de nada, parece oportuno efectuar unas precisiones terminológicas. Ya se ha mencionado que en la vigente ordenación del IRPF existen otras modalidades de obligaciones a cuenta -pagos fraccionados e ingresos a cuenta- cuya problemática específica no será objeto de atención directa. El legislador ha denominado este género de prestaciones tributarias en el IRPF como «pagos a cuenta» y así son legítimamente designados por algunos autores (18). La misma realidad puede identificarse con otra expresión más atenta a la situación jurídica que a la acción derivada de su cumplimiento: «obligaciones a cuenta» (19). Al menos dos razones concurren en favor de esta última: en el IS se emplea el apelativo «pagos a cuenta» para denominar una modalidad específica de prestaciones a cuenta; en otro orden de ideas se ha discutido por quienes se han ocupado del tema la condición de los ingresos a cuenta como «pagos» en sentido estricto (20). Tal vez la etiqueta más com-

(18) Cfr. R. FALCÓN Y TELLA, «Los pagos a cuenta del IRPF», en *RTT*, núm. 19, 1992. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido haciendo eco de esta terminología (cfr. por todas las STS de 22 de febrero de 1989, F.J. 3.º).

(19) Denominación natural cuando se designa obligación principal la relación a cuyo buen fin está naturalmente ligada. Por ello es también lógico que sea su carácter de obligación el punto de referencia inicial de las principales definiciones que de la retención a cuenta se han dado: «La obligación impuesta por la ley a quienes efectúen determinados pagos de retener e ingresar en el Tesoro cierta fracción de los mismos, adquiriendo el perceptor de dichos pagos el derecho a compensar la suma retenida con la cuota del impuesto sobre la renta, o la devolución, en su caso, del exceso» (C. PALAO TABOADA, «Gestión del impuesto», *ob. cit.*, pág. 532).

(20) Cfr. en tal sentido M.T. MORIÉS JIMÉNEZ, *La retención a cuenta en el IRPF: relaciones entre retenedor y retenido*, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho, tesina de licenciatura inédita, 1993, pág. 536. Sobre el particular muy tempranamente advirtió C. PALAO TABOADA, *La retención a cuenta...*, *ob. cit.*, pág. 278, la dificultad de distinguir entre garantía y pago cuando la primera toma forma monetaria. De todas maneras el debate se planteó en torno a la calificación de «caución» dada a la retención por BOSELLO, y sin que el concepto de obligación a cuenta estuviera asentado en la doctrina. Hoy en día creo que nada impide afirmar que el ingreso de la retención a cuenta se hace a título de pago de la obligación a cuenta, que no anticipo de la deuda tributaria.

pleta y precisa sería «relaciones a cuenta», pero no parece oportuno venir a complicar un discurso nominalista ya de por sí embarullado cuando se dispone de un significante del suficiente rigor y aceptación. En adelante, pues, se empleará la expresión «obligaciones a cuenta», y esporádicamente como sinónimo «prestaciones a cuenta», cuando se ponga el acento en el objeto de la obligación, para designar el conjunto de obligaciones de pago previas y dependientes de la principal establecidas en el IRPF. Siendo así que no son objeto de atención los pagos fraccionados y los ingresos a cuenta en este trabajo la expresión «obligaciones a cuenta» viene a ser sinónima de «retenciones a cuenta», de cuyo empleo se da razón enseguida.

Aun cuando la obligación de retener vaya ligada a la de ingresar lo retenido, siendo esta última la nuclear, la denominación más extendida del binomio retención-ingreso ha quedado ceñida al primer término de la operación, en definitiva el más característico de su configuración. El nombre de la obligación, por extensión, ha terminado afectando a su protagonista, identificado como retenedor. Aun conociendo sus limitaciones, razones de economía del lenguaje y de facilitar el reconocimiento de las realidades, objetivas y subjetivas, a que se aluda en adelante, parecen aconsejar el uso de ambas expresiones -retención y retenedor- para designar la obligación y el obligado, respectivamente. Ciertamente en buena medida la retención no es sino una modalidad de sustitución tal y como ha concebido la mayoría de la doctrina dicha institución. Y sin embargo ya es sintomático que la doctrina italiana la haya denominado sustitución *impropia* para distinguirla de la definitiva o *propia*. Por otra parte el Derecho positivo español ha consagrado, probablemente con carácter definitivo, los términos de retención y retenedor, al mismo tiempo que resulta forzado cohonestar su regulación y contenido con el tenor literal del vigente artículo 32 de la LGT (21).

En igual sentido se ha procurado obviar una denominación tan específica del Derecho Tributario como poco recomendable cuando se están tratando cuestiones inescindibles del elemento subjetivo de las relaciones tributarias. Me estoy refiriendo, es evidente, al concepto de «sujeto pasivo». Se acaba de decir que el obligado a la realización e ingreso de las retenciones a cuenta se identificará con la palabra «retenedor». Quien soporta la detracción del importe de la prestación se habría de designar con la palabra «retenido». Ciertamente el retenido no tiene por qué llegar a adquirir la condición de contribuyente desde el momento en que puede no llegar a realizarse el hecho imponible. No obstante, lo más probable es que así sea, es decir, el retenido está naturalmente llamado a ser contribuyente aun cuando no es seguro que alcance tal condición. En otro sentido no cabe olvidar que es la capacidad económica del contribuyente, en definitiva, la que da razón de la prestación a cuenta. Por estas razones, y al efecto de simplificar la terminología, se ha preferido denominar a quien soporta la retención «contribuyente», prescindiendo de la eventualidad de que no llegue a serlo. También porque, curiosamente, siendo sin duda tan expresivo y de uso tan común y generalizado en otras ramas del Derecho y de ciencias afines, el término «contribuyente», en Derecho Tributario continúa preterido por el influjo del anteriormente citado de «sujeto pasivo» y, recientemente, por el de «obligado al pago».

(21) Aun cuando no se renuncie, claro está, a defender que el régimen jurídico propio de la retención a cuenta no debería ser sino el de la sustitución tal y como viene señalando la doctrina y jurisprudencia italiana más reciente (cfr. J.E. VARONA ALABERN, *La sustitución tributaria...*, ob. cit., pág. 393).

II. FICCIÓN DE RETENCIONES Y ELEVACIÓN AL ÍNTEGRO

1. Origen y desarrollo del problema.

La comprensión de la normativa vigente pasa en este caso indefectiblemente por entender el singular proceso normativo del que deriva. Al transformarse la estructura de la imposición directa, el legislador diseñó una presunción absoluta destinada a garantizar a la Hacienda Pública un flujo constante de ingresos procedentes del recién creado IRPF, al mismo tiempo que se desligaba al contribuyente de responsabilidad alguna respecto de su correcta realización: el artículo 36.1 de la Ley 44/1978. No se acertó sin embargo en la expresión empleada y el intérprete administrativo, inspirado en dos preceptos reguladores de los extintos impuestos de producto pensados para otra finalidad, transformó lo dispuesto en una ficción de retribución: la Orden Ministerial de 30 de octubre de 1980. El redactor del Reglamento de 1981, por último, quiso salvar las contradicciones derivadas de la situación creada dando entrada a una excepción, sin apoyo legal, que sin resolver gran cosa produjo un desconcierto mayor: el artículo 151.4 del Reglamento del IRPF de 1981. Todo lo cual contrasta con lo efectuado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas, el IS, que prescindiendo de todo artificio se inclinó por una ordenación de las relaciones entre retenedor, contribuyente y Administración Tributaria más sencillo y eficaz aun cuando más gravoso para el contribuyente en términos de responsabilidad.

El artículo 36.1 de la Ley de 1978 nació como un precepto destinado a facilitar al contribuyente la prueba de haberse practicado las retenciones, estableciendo en su favor una presunción absoluta. Merced a su defectuoso tenor literal y a una desafortunada interpretación administrativa, desembocó en una ficción de retribución -denominada elevación al íntegro-, cuya función era bien distinta. De esta confusión habría de surgir una notable dificultad aplicativa e interpretativa que desde entonces viene acompañando esta materia. Como consecuencia de haberse mezclado dos técnicas tributarias pensadas para cumplir funciones diversas en sistemas de tributación -real, uno, personal, el otro- también distintos, y con procedimientos de liquidación, a su vez, muy diferentes.

Al intervenir en la aplicación del tributo infinidad de retenedores, contribuyentes y funcionarios, que autoliquidaban sus respectivas obligaciones y liquidaban los hechos presentados a su consideración cada uno a su mejor interés o criterio y desde calificaciones opuestas, se terminó de complicar una normativa de suyo enrevesada. Lo que no permite sorprenderse de que los Tribunales Jurisdiccionales y Económico-Administrativos tampoco hayan acertado a desenredar la madeja.

En el sistema de tributación sobre la renta de las personas físicas implantado a partir de 1978 el eje central del tributo son las obligaciones a cuenta, y en particular las retenciones (22). Prescindiendo aquí de su carácter meramente garantista o definitivamente contributivo, en un modelo de retencio-

(22) Se ha llegado a decir que «lo que funciona en realidad no es el Impuesto sobre la Renta, sino el sistema de retenciones y pagos fraccionados» J. LASARTE ÁLVAREZ, «La compleja realidad del Impuesto sobre la Renta», en *REDF*, núm. 46, 1985, pág. 176.

nes es imprescindible disponer un entramado de responsabilidades que asegure su realización y puntual ingreso. A tal fin obedecía lo que se concibió como presunción absoluta de retención (23). La desafortunada expresión utilizada por el legislador situó el régimen jurídico de la retención a cuenta lejos de lo que hubiera sido procedente. Se interpretó la disposición legal como una ficción de retención escindiendo la obligación tributaria en dos tramos: prestaciones a cuenta y deuda principal. La incongruencia del sistema adoptado se percibe con claridad al examinar sus efectos prácticos. De no autoliquidar el contribuyente su deuda tributaria fingiendo la retención, supuesto frecuente, se hacía cargo de lo, en su caso, dejado de ingresar por el retenedor. Subsumía en la deuda principal las prestaciones a cuenta. No lo entendía así el intérprete administrativo para quien las prestaciones a cuenta por retenciones eran de la exclusiva responsabilidad del retenedor. De modo y manera que, aun habiéndose saldado la deuda por su destinatario último, el contribuyente, no se reconocía a tal pago eficacia extintiva respecto de las prestaciones a cuenta por el retenedor debidas. Quiérese decir pues que la Hacienda Pública conservaba su derecho a reclamar del retenedor el pago omitido. ¿Se producía entonces un enriquecimiento injusto, al cobrarse dos veces por la misma renta? Sí, pero se reconocía al contribuyente un derecho a la devolución de lo ingresado indebidamente: la prestación a cuenta cuya responsabilidad no le correspondía atender. ¿Cómo se resarciría del perjuicio económico el retenedor? Ejercitando frente al contribuyente una acción civil de reembolso.

Cuestión distinta, aunque íntimamente relacionada con la anterior, es el modo de evitar que se concierten retribuciones de las denominadas «libres de impuestos». Por lo que se entiende aquellas contraprestaciones en las que se libra la totalidad de la retribución acordada sin descontar cantidad alguna en concepto de Impuesto sobre la Renta -personal o de producto-. Al objeto de desincentivar tales conductas en el sistema de impuestos directos surgido de la reforma de 1964 se implantó, en rendimientos del trabajo y en rentas del capital, la técnica de elevación al íntegro. Un rudimentario expediente normativo de vocación sancionadora y finalidad preventiva consistente en transformar lo librado como rendimiento bruto en rendimiento neto, haciendo recaer la responsabilidad del pago omitido sobre el entonces sustituto del contribuyente en el pago del impuesto de producto defraudado.

Esta técnica fue concebida y aplicada en un sistema notoriamente diferente del actual. La tributación sobre la renta descansaba sobre impuestos reales, no sobre retenciones. La función de tales disposiciones era reprimir conductas defraudatorias, no ordenar el reparto de responsabilidades entre el retenedor y el contribuyente. La Administración Tributaria estaba apreciablemente peor dotada que la actual. No estaba pensado, y esto se verá que ha sido fundamental en los problemas planteados actualmente, para ser aplicado por los contribuyentes en un sistema de autoliquidaciones en masa, sino para ser utilizado por la Administración en supuestos marginales. Y, sobre todo, no se disponía de un texto constitucional que consagrara con meridiana claridad una serie de principios fundamentales que eleva el listón de justicia del sistema tributario a un nivel ni con mucho alcanza-

(23) «A nuestro juicio, la finalidad de la presunción establecida en los citados preceptos no es otra que compeler al retenedor a practicar la retención en su momento» E. GUERRERO ARIAS, y E. ROSICH ROMEU, «Las retenciones a cuenta como exacción tributaria. Sanciones por su falta de ingreso», en *Impuestos*, t. II, 1985, pág. 956.

do por una técnica de liquidación tan pedestre. A mayor abundamiento, el expediente de elevación al íntegro sería criticable desde muchas perspectivas, pero al menos en el sistema de 1964 se aplicaba sin excepción a todo género de rendimientos... cuando la Administración apreciase estar ante una retribución satisfecha libre de impuesto, cosa que, evidentemente, no ocurría nunca cuando se encontraba con retribuciones legalmente establecidas.

No pervive, en la actualidad, ninguna de las causas y circunstancias que presidieron la adopción del procedimiento de elevación al íntegro. No hay impuestos de producto, sino retenciones. La Administración Tributaria tiene medios, información, medidas preventivas, potestades más que suficientes para combatir la concertación de retribuciones libres de impuestos sin recurrir a expedientes burdos propios de otras épocas. Y no sería esto lo peor si su empleo quedara reservado a las autoridades administrativas. El absurdo en que se ha sumido todo lo relacionado con esta técnica nace de haber quedado su aplicación a disposición de los contribuyentes, como técnica de liquidación que les permite autoliquidar sus obligaciones tributarias a su mejor interés. En el sistema de 1964 el procedimiento de elevación al íntegro estaba destinado a ser aplicado por la Administración con la finalidad de erradicar determinadas conductas fraudulentas. Al ser implantado en un modelo basado en la práctica de autoliquidaciones, el contribuyente lo ha transformado en un ardid rocambolesco para suavizar su carga tributaria revertiéndola sobre el retenedor, a quien, por otra parte, no es fácil que se la llegue a reclamar la Hacienda Pública. Eso sí, no es una técnica generalmente aplicable, pues quedan excluidas de su ámbito las retribuciones legalmente establecidas. Aun cuando, bien es cierto, tampoco es claro lo que pueda entenderse por «legalmente establecidas». No es sencillo, desde luego, acomodar tal cúmulo de incongruencias en un ordenamiento constitucional que exige del sistema tributario que sea justo.

2. Estado de la cuestión.

Lo cierto es que en la normativa actual se ha mezclado una deficiente regulación del esquema de responsabilidad en caso de impago de las retenciones con una denostable técnica de lucha contra el fraude fiscal mediante el empleo de ficciones, cuya comprensión homogénea y coherente es del todo imposible. Obedecen a planteamientos, finalidades y sistemas contrapuestos y no es posible unificar su tratamiento en un solo precepto que pretenda un mínimo de congruencia y justicia. Y sin embargo ahí está el artículo 98.2 de la LIRPF intentándolo. Y es esta situación lo que complica en extremo un análisis homogéneo del particular, pues prevenciones o efectos que resultarían razonables respecto de la elevación al íntegro, no tienen sentido al extenderlas a la ficción de retención, y viceversa. Aplicar la elevación al íntegro a retribuciones fijadas presupuestariamente es casi tan disparatado como aplicar un régimen de responsabilidad por retenciones impagadas específico para determinados rendimientos. Al mismo tiempo la ficción de renta de 1964 sólo se entiende como expediente normativo dispuesto al efecto de facilitar a la Administración la lucha contra el fraude en el ámbito de sus actuaciones de comprobación. El engarzar tal ficción de renta en los procedimientos de autoliquidación del IRPF, convirtiéndola en un recurso del contribuyente para organizar, a su mejor interés, sus relaciones tributarias con la Hacienda Pública y con quien debiera practicar-

le retenciones, altera radicalmente su perfil y contenido. Estas contradicciones están en el origen de las diferentes posiciones adoptadas por la doctrina judicial, o científica, al pronunciarse sobre la naturaleza de la norma, y de los intentos de superar las mismas acudiendo a interpretaciones forzadas que no logran sino agudizar la incoherencia de la normativa (24).

Por eso las opiniones sobre el extraño régimen jurídico en que ha derivado la ordenación de esta cuestión son casi tan variadas como el número de autores que se han pronunciado sobre el mismo. Así unos comentaristas dicen estar ante una presunción absoluta (25), mientras que otros se decantan por la ficción (26). Unos terceros advierten la presencia de dos mandatos de carácter diferente, procesal el primero, y material el segundo, a cuya concurrencia dan soluciones diversas (27). Tampoco faltan, por último, quienes terminan por transformar el tenor de la expresión legal y deciden atribuir a su mandato el carácter de presunción relativa (28). Ya se ha hecho notar que algo semejante ocu-

(24) Es el caso de las resoluciones administrativas y judiciales (*cf.*, por todas, RS. del TEAC de 2 de noviembre de 1989, y STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 1990), secundadas por algún comentarista (*cf.* I. IBÁÑEZ GARCÍA, «Naturaleza y alcance de la presunción de retenciones sobre los rendimientos del trabajo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *Impuestos*, núm. 1, 1991, pág. 121), que pretendieron salvar los absurdos a que conducía el automatismo de la elevación al íntegro en algunos supuestos, argumentando que la presunción absoluta de retención era en realidad *iuris tantum*.

(25) *Cfr.* G. CASADO OLLERO, «De la imposición de producto al sistema de retenciones y fraccionamiento de pago en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I)», en *REDF*, núm. 21, 1979, pág. 78, nota 68; C. ARGÜELLO REGUERA, y J.A. CORTÉS MARTÍNEZ, *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Pirámide, Madrid, 1984, pág. 391; I. MERINO JARA, «Responsabilidad ante el Tesoro de contribuyente y retenedor en el IRPF», en *Impuestos*, t. II, 1985, pág. 174; J.J. FERREIRO LAPATZA, «Los sujetos pasivos...», *ob. cit.*, pág. 481; y R. FALCÓN Y TELLA, «La presunción de retención...», *ob. cit.*, pág. 656.

(26) «La nueva ley confirma el sentido de esta norma como regla de valoración o *factio iuris* y no como mera presunción.» (D. CARBAJO VASCO y L. LÓPEZ-TELLO, *Todo sobre la reforma fiscal. Renta, Patrimonio, Sociedades, y No Residentes*, Praxis, Barcelona, 1991, pág. 434) «...califiqué de presunción lo que no debía ser interpretado más que como una simple norma de valoración, una mera técnica de liquidación.» (J.H. LACASA SALAS y J. DEL PASO BENGÓA, «Comentarios al nuevo Reglamento...», *ob. cit.*, pág. 501) «...la famosa presunción -en realidad, ficción- de práctica de las retenciones...» (I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 354).

(27) Se entienden como mandatos autónomos (C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA y E. FONSECA CAPDEVILLA, *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Deusto, Bilbao, 1992, pág. 215; R. PALACÍN RIBE, y otros, *La reforma de los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio: análisis teórico-práctico de la nueva normativa de ambos impuestos*, Gómez-Trujillo, Madrid, 1993, pág. 241); complementarios, considerando la elevación al íntegro una consecuencia de la presunción (J. BANACLOCHE PÉREZ, «Comentarios al artículo 36 de la Ley del IRPF», en *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, t. III, Edersa, Madrid, 1983, págs. 544-545; J.A. CORTÉS, «Las retenciones en el Impuesto sobre la Renta (I)», en *CaT*, núm. 54, 1987, pág. 7; AA. VV., «Retenciones y pagos fraccionados», en *Cis-fiscal*, vol. I (Renta), 1988, pág. 476/57; M. GORDILLO, y otros, *Las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio*, Arthur Andersen, Madrid, 1991, pág. 505; F. MORENO REYES, «Declaraciones retenciones», en *Los nuevos impuestos sobre la renta y el patrimonio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 275; J. MARTÍN QUERALT, «El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (II)», en *Curso de Derecho tributario*. Parte especial, 8.ª ed., Marcial Pons, 1992, pág. 175; J. BADAS CEREZO y C. LAMOCA PÉREZ, *Guía de los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 510]; o incompatibles, calificando de ilegal -en la normativa precedente- la ficción de retribución (E.A. ABELLA POBLET, «La responsabilidad tributaria del retenedor que no retuvo», en *CT*, núm. 46, 1983, pág. 30; E. GUERRERO ARIAS y E. ROSICH ROMEU, «Las retenciones a cuenta...», *ob. cit.*, pág. 955).

(28) *Cfr.* E.A. ABELLA POBLET, *Manual del Impuesto...*, *ob. cit.*, pág. 127.

re cuando se consultan las resoluciones judiciales recaídas al respecto. Las que se decantan por calificar el precepto de presunción *iuris tantum* (29) son tan abundantes como las que prefieren por dar al precepto el carácter de disposición normativa de obligado cumplimiento (30). El mejor exponente del desconcierto reinante lo facilita el TEAC que aun manteniendo en líneas generales estar ante una ficción (31), no ha cedido a la tentación, si bien aisladamente, de calificar el artículo como presunción relativa (32). Con un aliciente especial: las dos resoluciones de más enjundia, y abiertamente contradictorias entre sí, se dictaron con ocasión del enjuiciamiento consecutivo de un mismo supuesto de hecho, el relativo a los denominados seguros de prima única (33).

3. Ámbito de aplicación de la norma.

En principio el ámbito objetivo de la norma se extiende a todos aquellos componentes de la renta imponible -trabajo, capital, actividades profesionales (34), e incrementos patrimoniales- respecto de los cuales esté establecida la obligación de practicar retención.

- (29) *Cfr.* por todas la STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 1990 y STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1993. A la vista de la jurisprudencia examinada parece clara la disposición de las antiguas Audiencias Territoriales, hoy Tribunales Superiores de Justicia, a admitir la inaplicación de la regla de elevación al íntegro a través de recursos diversos, entre los que destaca el calificar el precepto como presunción relativa.
- (30) El Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente sobre la naturaleza de la disposición, ni sobre la corrección del procedimiento de elevación al íntegro. Sí se ha manifestado sobre la relación de autonomía, accesoriedad, o independencia que media entre las obligaciones del retenedor y las del contribuyente. Como se verá más adelante termina por entender que son independientes considerando el precepto aquí examinado una norma de obligado cumplimiento -sea como presunción absoluta, o como ficción, afectando únicamente a la retención o también a la retribución-. Lo que implica, desde luego, entender la obligación del retenedor como desconectada de la obligación tributaria principal, algo, ciertamente, difícil de aceptar. De modo y manera que está pendiente por parte del Tribunal Supremo el examen completo del particular, si es que a tal Institución, más bien se diría que al Tribunal Constitucional, corresponde tal pronunciamiento. *Cfr.* por todas la Sentencia de 16 de diciembre de 1992 que resuelve un recurso extraordinario de apelación en interés de ley. En igual sentido *cfr.* también SAN de 15 de junio de 1993.
- (31) *Cfr.* por todas la RS. de 26 de febrero de 1992, dictada como consecuencia de un recurso interpuesto por la DGT para unificación de criterio. «...contiene no una verdadera presunción sino una ficción legal o norma de obligada aplicación...» (Considerando 4.º).
- (32) *Cfr.* RS. de 2 de noviembre de 1989.
- (33) *Cfr.* RS. de 2 de noviembre de 1989 y 29 de mayo de 1991.
- (34) En la normativa precedente, y hasta la Ley 5/1983, de 29 de junio, se planteó la falta de cobertura legal de determinadas normas reglamentarias que desarrollaban la obligación de retener en el ámbito de los rendimientos profesionales (*cfr.* en dicho sentido J.J. DÍAZ TOVAR, «Honorarios profesionales: ¿Una retención ilegal?», en *CT*, núm. 28, 1979, págs. 47-56), dictándose alguna resolución judicial en dicho sentido (*cfr.* SAT de Valladolid de 21 de marzo de 1985). No obstante, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo la procedencia de aplicar a tales rendimientos el régimen de retenciones, incluida la presunción [«Luego es incuestionable la obligación de (...), que incumplió, de retener del importe las mencionadas minutas de honorarios profesionales las cantidades que procedieran, en concepto de pago a cuenta del IRPF...» STS de 17 de mayo de 1986; «La estructura de las actividades profesionales es mixta (...) por ello pueden y deben ser incluidos en el ámbito del art. 36, aun cuando allí no se citen *nominatim*...» STS de 29 de septiembre de 1986; *cfr.* en igual sentido, SSTS de 16 de noviembre de 1986, y de 22 de febrero de 1989]. La normativa actual, por otra parte, no ofrece ninguna duda al respecto.

En el IRPF la obligación de retener es prácticamente general, aunque determinados componentes de la renta, como los rendimientos del capital inmobiliario, los dividendos distribuidos por determinadas Sociedades de Inversión Mobiliaria, o los incrementos patrimoniales distintos de los premios, quedan al margen de dicha exigencia. En otro sentido, cuando las prestaciones se satisfacen en especie no es posible retener parte de su importe. Con la finalidad de lograr un efecto similar al de la retención en tales casos, el legislador ha establecido la obligación de practicar un ingreso a cuenta cuya cuantía se calcula a partir del valor atribuido a lo percibido en especie (35). Aunque de idéntica naturaleza, y regulación similar a la de las retenciones, el régimen jurídico particular de los ingresos a cuenta difiere del de aquéllas. En esta materia, concretamente, también se entiende practicado el ingreso a cuenta y si, aparentemente, no se dispone la elevación al íntegro de lo recibido, de hecho éste opera -aunque de distinto modo- al aplicar el sistema de cuantificación del rendimiento: valor de la retribución más ingreso a cuenta (36). Sin embargo, pese a los puntos en común con las retenciones, este ingreso a cuenta ofrece una problemática peculiar de cuyo análisis minucioso se va a prescindir aquí, con el objeto de no introducir un elemento adicional de confusión (37).

3.1. Retención omitida o insuficiente.

Será indiferente que no se haya practicado la retención o que se haya hecho incorrectamente. Así lo expresa con toda claridad el reglamento vigente (38), superando así todas las dudas generadas al respecto. Algunas resoluciones judiciales (39), con la intención de justificar la inaplicación

- (35) En otros supuestos distintos de la satisfacción de retribuciones en especie, y por razones distintas a las que concurren en éste, el legislador también prevé la práctica de ingresos a cuenta: rendimientos del capital mobiliario explícitos cuyo plazo de devengo es superior al año, operaciones vinculadas y presunciones de rendimientos del trabajo.
- (36) La doctrina administrativa se ha referido al contestar alguna consulta a la similitud que media entre el procedimiento de elevación al íntegro y el de cuantificación de los ingresos a cuenta (*cfr.* Contestación de la DGT de 14 de abril de 1992). También en estrecho paralelismo con las retenciones, se ha planteado en materia de ingresos a cuenta el problema de la responsabilidad. Una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de cuyo contenido se dará cumplida cuenta al tratar lo relativo a la responsabilidad, ha puesto de relieve con singular acierto algo que impuesto por la lógica no viene siendo aceptado por la Administración: el IRPF sujeta a tributación la renta de las personas físicas, no la de sus empleadores. Adicionar una cuantía a la renta efectivamente satisfecha equivalente a la retención que debiera haberse practicado, o incrementar el importe de la retribución en especie en la cuantía del ingreso a cuenta debido son sistemas de liquidación equiparables. Responsabilizar de las respectivas prestaciones a cuenta al pagador de los rendimientos supone desvirtuar la naturaleza de lo que en principio parecía un tributo personal sobre la renta de las personas físicas.
- (37) Sobre el concepto y régimen jurídico del ingreso a cuenta puede consultarse P. ALGUACIL MARI, «Breve apunte sobre la figura del ingreso a cuenta: régimen jurídico y relaciones con la retención a cuenta», en *RDFHP*, núms. 231-232, 1994, págs. 749-793. En dicho estudio se argumenta de forma convincente que, constituyendo modalidades de una misma institución -la obligación a cuenta-, la retención a cuenta y el ingreso a cuenta presentan entre sí diferencias sustanciales de régimen jurídico que las convierten en realidades distintas, no prestándose en su globalidad a un tratamiento unitario (*cfr.* en igual sentido I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto...*, *ob. cit.*, pág. 248). En concreto, y en lo que al presente estudio se refiere, la ficción de retención y el procedimiento de elevación al íntegro son incidencias específicas de la retención a cuenta cuyas manifestaciones en materia de ingresos a cuenta presentan un perfil diverso, aunque -ya se ha hecho notar- parejo en sus efectos.
- (38) Artículo 60.2 del RIRPF: «Cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por importe inferior al resultante de las reglas establecidas en este reglamento...».
- (39) *Cfr.* SAT de La Coruña de 1 de marzo de 1988 y STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 1990.

del mecanismo de elevación al íntegro, daban a entender que su ámbito propio se limitaba a los supuestos en que no se hubiera practicado retención alguna, y no a los casos en que se hubiera aplicado un tipo de retención inferior al correspondiente. Ni el TEAC (40), ni la doctrina (41) lo han venido entendiendo así por la sencilla razón de que interpretar así la norma carece de fundamento.

3.2. Retribuciones «legalmente establecidas».

Inicialmente la disposición se extendía a todos los pagos respecto de los cuales estuviese el pagador obligado a la práctica e ingreso de retención, se hubiera o no practicado ésta, total o parcialmente. No podía ser de otro modo. Si con ello se trataba de establecer un escenario de responsabilidades adecuado para el supuesto de impago de la retención, carecía de lógica hacer depender el mismo del modo en que se hubiera concertado la retribución, o de la cuantía de la retención. Por contra, al descubrir el intérprete administrativo la ficción de retribución implícita en la desafortunada literalidad del artículo 36.1 de la precedente Ley de Renta, el supuesto variaba radicalmente de contenido y exigía, entonces, una limitación objetiva. Al derivar su desarrollo hacia la imputación de una mayor base imponible no tenía sentido aplicarlo a retribuciones cuyo importe se conocía con certeza. El Reglamento de 1981, en su artículo 151.4, excluía así del ámbito propio de la ficción «los rendimientos de las actividades profesionales, cuyos ingresos se determinen conforme a tarifas, aranceles o derechos de obligado cumplimiento y aprobados por disposiciones legales o reglamentarias». Pero, evidentemente, no eran éstos los únicos componentes imposables cuya cuantía, por su certeza, debía protegerse del juego de la elevación al íntegro (42). De modo que cierta jurisprudencia se encargaría de hacer una interpretación algo más que extensiva de la disposición reglamentaria (43), hasta lograr su ampliación y transformarla en ley: «...salvo que se trate de retribuciones legalmente establecidas.» (art. 98.2 de la LIRPF).

(40) «Esta norma es de aplicación no sólo a las percepciones a las que no se ha practicado la retención sino también a aquellas en que el tipo de retención aplicado sea inferior al que debía aplicarse...» (RS. de 2 de noviembre de 1989).

(41) Cfr. J. MARTÍN QUERALT, «El Impuesto...», *ob. cit.*, pág. 176; I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto...*, *ob. cit.*, pág. 367; R. FALCÓN Y TELLA, «La presunción de retención...», *ob. cit.*, pág. 654; y P. ALGUACIL MARI, «Presunción de rendimientos...», *ob. cit.*, pág. 20.

(42) «...si la razón justificante de esta excepción es impedir que en virtud de la presunción se incrementen las retribuciones profesionales aprobadas legal o reglamentariamente, ¿por qué no se aprecia idéntica justificación cuando se trata de retribuciones de otra naturaleza (del trabajo o del capital mobiliario) fijadas por mecanismos (convenios colectivos ordenanzas, contratos bancarios, etc.), que son, asimismo, de obligado cumplimiento por las partes? (G. CASADO OLLERO, y J. HERRERO MADARIAGA, *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Supuestos prácticos comentados y Normativa complementaria básicas*, Comares, Granada, 1985, pág. 331).

(43) «...la presunción del artículo 36 es aplicable a aquellos casos en que no resulte acreditada la remuneración íntegra, y ésta deba deducirse por vía de presunciones.» (RS. del TEAC de 2 de noviembre de 1989) «...ya que se trata de retribuciones abonadas por vía de Administración Pública (...); y siendo cierto el importe de la retribución percibida por todos los conceptos, la cantidad a deducir en concepto de retenciones no puede ser otra que la efectivamente practicada...» (SAT de La Coruña de 1 de marzo de 1988) *cfr.* también SSAT de Oviedo de 3 y 15 de diciembre de 1983, y 11 de septiembre de 1985; y SAT de Albacete de 13 de diciembre de 1983. No obstante todo lo cual, y pese a la encomiable intención de las resoluciones citadas, el precepto reglamentario no permitía (ex art. 24 de la LGT) extender el ámbito de la excepción por vía analógica: «Los ingresos de los funcionarios no son derivados de actividades profesionales, sino originadas por el trabajo dependiente... y, por tanto, no se encuentran en el ámbito de la excepción (...), por todo ello este Tribunal no puede ampliar el campo de las excepciones a la ficción legal (...) sin perjuicio de la nueva situación que se produce en la normativa vigente a partir del ejercicio de 1992.» (RS. de 26 de febrero de 1992, Considerando 6.º).

El alcance que, en la vigente redacción del precepto legal, haya de darse al adverbio «legalmente» es cuestión sin duda trascendente (44). Parece claro que la excepción abarcará las retribuciones reflejadas en Leyes de Presupuestos, como son las de los funcionarios, pensionistas, o desempleados (45). Se extendería también a las reconocidas en otra ley cualquiera, como las que regulasen los honorarios de profesionales oficiales. ¿Qué decir de las fijadas en disposiciones reglamentarias? La precedente redacción de esta excepción, contenida en el artículo 151.4 del Reglamento de 1981, se refería también a estas últimas, y no parece que medie razón alguna para considerarlas ahora al margen de la excepción (lo que vendría a excluir del ámbito objetivo de la ficción los intereses de la Deuda Pública, por ejemplo). Se puede ir más lejos y considerar equiparable a la ley lo dispuesto en un convenio colectivo, por cuanto su contenido resulta de obligado cumplimiento (46).

Conviene detenerse un poco en lo atinente a los convenios colectivos. Las relaciones entre legislación y convenio son variables, complejas y controvertidas (47). En el estado actual de la cuestión ni puede predicarse la prevalencia de lo acordado en convenio respecto de lo dispuesto en una ley (preminencia jerárquica), ni cabe atribuir a la legislación una mera función de regulación de mínimos (suplementariedad). Si, con carácter general, la relación entre ley y convenio es de comple-

- (44) Ciertamente condiciona el sentido de la disposición y no es en absoluto despreciable su virtualidad aplicativa, por lo que ha podido afirmarse con razón que «si no hay una norma de rango suficiente que lo aclare, ésta será, sin duda, una fuente de contenciosos entre la Hacienda Pública y los contribuyentes» (J.H. LACASA SALAS y J. DEL PASO BENGÓA, *Comentarios al nuevo Reglamento...*, pág. 502). La DGT en una contestación a una consulta sobre el particular, fechada el 25 de septiembre de 1992 (*cf.* TF, núm. 31, pág. 17), no aclara el sentido que haya de darse a la expresión legal, limitándose a reproducirla. Sí es algo más explícita en algunas contestaciones incluidas en el «Programa INFORMMA de asistencia al contribuyente» con el que, al margen del régimen jurídico del artículo 107 de la LGT, se quiso facilitar al contribuyente una respuesta ágil -a través del servicio IBERTEX de Telefónica- de sus dudas tributarias: «Son retribuciones establecidas legalmente las remuneraciones profesionales determinadas conforme a tarifas, aranceles o derechos de obligado cumplimiento y aprobadas por disposiciones legales (notarios, registradores, corredores de comercio); así como las retribuciones del personal al servicio del sector público (*sic*), cuya relación figure en las correspondientes normas presupuestarias estatales, autonómicas o locales. Tienen la condición de personal al servicio del sector público, además de los funcionarios de carrera e interinos, el personal contratado en régimen laboral.» (J. HERRERO DE MADARIAGA, y otros, *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Patrimonio. Normativa básica y doctrina administrativa concordada*, Comares, Granada, 1994, pág. 504).
- (45) Algún autor llevando la interpretación a un punto que él mismo califica de extremo se plantea que las Leyes de Presupuestos en puridad no fijan retribuciones porque «tratan la materia con generalidad, según categorías, niveles, etc. Y lo que no queda legalmente establecido, es que un funcionario concreto ocupe un puesto de un determinado nivel, ni mucho menos el importe del complemento de productividad que va a percibir.» (J.H. LACASA SALAS y J. DEL PASO BENGÓA, *Comentarios al nuevo Reglamento...*, pág. 501). No obstante lo cual parece innegable que la voluntad del legislador en este caso trasciende los vericuetos gramaticales por los que podría accederse a afirmar la falta de cobertura legal de la retribución de un funcionario, un pensionista, o el perceptor de una prestación de desempleo. Y sin embargo sí conviene destacar algo en lo que luego se insistirá. No importa tanto la forma en que se exteriorice la fijación de la retribución sino que por el procedimiento conforme al que se ha concretado su cuantía resulte incontrovertible, cierta, suficientemente acreditada.
- (46) *Cfr.* en tal sentido, respecto de la normativa precedente C. PALAO ARRIETA y J. BANACLOCHE PÉREZ, «Retenciones: naturaleza e incumplimientos», en *Impuestos*, núm. 2, 1987, pág. 96; J.J. FERREIRO LAPATZA, «Los sujetos pasivos...», *ob. cit.*, pág. 481, y R. FALCÓN Y TELLA, «La presunción de retención...», *ob. cit.*, pág. 656, por lo que a la vigente atañe.
- (47) Sobre el particular puede consultarse GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, col. tesis doctorales, Madrid, 1987.

mentariedad (48), en algunos casos la supremacía de la ley puede llevar consigo la exclusión de lo acordado en negociación colectiva. Con todo y con ello lo que no puede negarse es el relevante papel atribuido a la autonomía colectiva en nuestro modelo constitucional, de donde puede defenderse, con fundamento, que una retribución fijada mediante convenio ha sido establecida «legalmente». Además no puede dudarse de que el sentido de la excepción diseñada por la norma tributaria radica en preservar del juego de una ficción de mayor rendimiento aquellas contraprestaciones cuyo importe resulta incontrovertible. A tales efectos parece razonable la equiparación de ley y convenio. El convenio en última instancia tiene fuerza de ley entre las partes y goza de publicidad en cuanto a su contenido. Nuevamente aquí se pone de manifiesto el anacronismo de la prescripción legal. El procedimiento de elevación al íntegro nace en los años sesenta cuando la fijación de las retribuciones salariales poco tenía que ver con la realidad actual. Hoy en día no puede negarse que exista una diferencia sustancial entre las retribuciones de los funcionarios plasmadas en una ley -previa negociación entre sus representantes sindicales y las autoridades administrativas- y las de los empleados de cualquier empresa pública o privada contenidas en un convenio cuya publicidad en diarios oficiales es más que suficiente. Al menos a efectos tributarios. Carecería pues de toda justificación, en términos de igualdad, una discriminación en el régimen tributario de ambas retribuciones por razón de la forma en que se han establecido.

Sin embargo, no puede olvidarse que el origen, para algunos, de la regla de elevación al íntegro está en tratar de «evitar una cláusula que se había hecho habitual en los convenios colectivos y que consistía en pactar retribuciones netas» (49). Con todo, tales cláusulas no plantean un problema irresoluble, pues puede concluirse que la retribución pactada en convenio colectivo ha de considerarse excluida del ámbito de aplicación del artículo 98.2 de la LIRPF, siempre que en el convenio «no existan retribuciones libres de impuestos» (50). Es decir, que tal apreciación no se opone a la eficacia general de los convenios por cuanto no constituye sino la excepción que confirma la regla: lo pactado en negociación colectiva se entiende «legalmente» establecido, salvo cuando su contenido contravenga la normativa vigente. Éste sería el caso de los convenios que dispusieran la satisfacción de rendimientos libres de impuestos. No vendrían amparados por la exclusión legal, pero no por fijarse el acuerdo en un convenio, sino por ser tal convención *contra legem*. Por ser nula de pleno Derecho la cláusula relativa a la elusión del tributo.

Con carácter general, pues, las retribuciones pactadas mediante convenio colectivo quedarían al margen del artículo 98.2 de la LIRPF (51). Salvo en el caso de haberse incluido en el convenio una cláusula de fijación de retribuciones libres de impuestos, que no podría oponerse a la aplicación

(48) Cfr. «...la relación ley/convenio no es una relación concurrencial y de subordinación, sino institucional y de complementariedad.» (L.E. DE LA VILLA y G. GARCÍA BECEDAS: «Limitaciones salariales y negociación colectiva...», en *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1985, pág. 452). Cfr. también F. PEREZ-ESPINOSA: «La relación ley y convenio colectivo...», en *Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 16, 1983.

(49) I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto...*, *ob. cit.*, pág. 367.

(50) AA. VV., «Retenciones y pagos fraccionados», *ob. cit.*, pág. 476/60.

(51) Una respuesta del mencionado programa INFORMA afirmaba lo contrario: «Las retribuciones reguladas en los convenios colectivos son un resultado de la negociación desarrollada en cada momento por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyendo acuerdo libremente adoptado por ellos. Por tanto, no pueden considerarse

de la regla tributaria -prescindiendo aquí de otras consideraciones sobre su legalidad- sencillamente porque, pese a revestir forma de convenio colectivo, sería nula de pleno Derecho, por ser *contra legem*, y consecuentemente al margen de lo «legalmente establecido».

¿Se puede afirmar, a mayor abundamiento, que no son retribuciones «legalmente establecidas» las pactadas en un contrato administrativo conforme a lo establecido en la legislación administrativa y presupuestaria? ¿y el importe de un premio convocado por una entidad de Derecho público? Los ejemplos podrían multiplicarse contraponiendo la virtualidad de dos retribuciones: la surgida de aplicar una ficción tributaria, y la fijada en una ley, un convenio, un contrato, o lo que se quiera que ampare la palabra «legalmente».

Con ser importante el alcance que haya de darse al adverbio «legalmente», y con independencia de la solución que prefiera darse al particular, pone de relieve lo insostenible del planteamiento adoptado. ¿Por qué el régimen de responsabilidad en caso de impago de la retención ha de ser distinto para unos rendimientos? Ninguna razón justifica tal discriminación, que, no se olvide, incide directamente en la configuración de los elementos esenciales del tributo: en la posición de las partes, y en el importe de la deuda tributaria. Por eso, para superar las evidentes contradicciones en que incide la construcción adoptada, algunos autores optan por obviar su tenor literal y, mediante una interpretación correctiva, entender el artículo 98.2 como una mera presunción de retención cuyo ámbito de aplicación alcanzaría también el ámbito de las retribuciones «legalmente establecidas» (52).

En definitiva todo lo anterior vuelve a poner de relieve la deficiente mezcla de cuestiones diversas que confluye en la regulación otorgada al particular. El régimen de responsabilidad en materia de retenciones debe ser el mismo para todos los componentes imponibles en cualquiera de sus manifestaciones. Parece además razonable que se concrete en una presunción relativa, que preserve la capacidad de prueba del contribuyente. Con independencia de lo anterior, y con la finalidad de facilitar a la Administración, en un procedimiento de comprobación, la prueba de haberse satisfecho rendimientos «libres de impuestos», podría articularse en su favor una presunción *iuris tantum* de que el importe del rendimiento pactado, y por tanto imponible, se eleva a «aquella cifra de la que, deducida la deuda tributaria (léase retención), resultase la remuneración realmente pagada» (arts. 18

retribuciones fijadas por la ley.» (J. HERRERO DE MADARIAGA, y otros, *Impuesto sobre la Renta...*, *ob. cit.*, pág. 506). No puede dejar de sorprender en extremo las afirmaciones contenidas en tan curioso criterio, máxime cuando en otra respuesta más arriba reproducida se afirmaba que las retribuciones de un empleado del *sector público* (¿qué es jurídicamente sector público?) sí se habrían de considerar legalmente establecidas. En resumen, que según dicho programa INFORMA (?), las retribuciones de un trabajador de CORREOS, por ejemplo, como *sector público* que es, no se elevarían al íntegro, pero las de un empleado de SEUR sí.

- (52) «Si, como estimo preferible, la presunción se interpreta como una presunción de retención exclusivamente, no hay por qué limitar su ámbito de aplicación.» (R. FALCÓN Y TELLA, «La presunción de retención...», *ob. cit.*, pág. 656) «...dadas las infundadas discriminaciones que su interpretación en otro sentido puede ocasionar, no debe desplegar otros efectos que enervar la carga de la prueba de las retenciones practicadas respecto al contribuyente tanto frente al sustituto retenedor como frente a la Hacienda Pública.» (J.J. FERREIRO LAPATZA, «Los sujetos pasivos...», *ob. cit.*, pág. 481).

del TR del IRT, y 22 del TR del IRC). Lo que resulta insostenible es conjugar ambas cuestiones en un solo precepto que se interpreta como una ficción de retribución y cuyo ámbito de aplicación se limita confusamente (53).

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha percibido con claridad en una de entre sus últimas sentencias relativas al particular la desafortunada confusión en que ha devenido la normativa. Afirma el mencionado Tribunal que las disposiciones en vigor «*propenden* a definir la obligación tributaria del retenedor como obligación tributaria por deuda propia» (54), sin que tal circunstancia «pueda dar base, a modo de ficción tributaria, a alterar la determinación de la base imponible del obligado como contribuyente...» (55). De regular el régimen de responsabilidad en materia de retenciones se ha pasado, a partir de un desgraciado equívoco, a determinar la renta imponible conforme a una ficción de más que dudoso acomodo constitucional.

Mientras perdure la normativa vigente el único modo de interpretarla razonablemente es dando una interpretación extensiva al supuesto de exclusión: «legalmente establecidas» serán todas aquellas retribuciones cuya cuantía haya resultado acreditada por cualquiera de los medios de prueba admisibles en Derecho. De rechazo se priva al contribuyente de presunción alguna por cuanto a la prueba de las retenciones, no pudiendo evitar la responsabilidad respecto de aquellas cuya práctica efectiva no pudiera demostrar. Pero es preferible dicho efecto a dejar abierta la posibilidad de que retribuciones ciertas e irrefutables en su cuantía sean objeto de elevación al íntegro por mor de una deficiente dicción legal corroborada por una rígida y equívoca interpretación administrativa.

4. La ficción de retención.

La mayor parte de los autores que se han ocupado del particular han convenido en afirmar, de un modo u otro, que del régimen jurídico descrito se puede inferir la existencia de una presunción absoluta y de una ficción. Como disposiciones normativas escindibles aun cuando ligadas entre sí. Ésta era también la conclusión a la que se llegaba en una primera fase de elaboración de este trabajo. Del artículo 98.2 de la LIRPF parecía deducirse la concurrencia de dos disposiciones normativas

(53) Es sintomático que el Tribunal Supremo resolviendo un recurso extraordinario de apelación en interés de ley -referido a un supuesto regido por la normativa precedente-, y consciente de que está en juego la consideración de la retención como obligación autónoma, independiente, o accesoria de la principal, al acercarse a lo que denomina presunción del artículo 36 afirma que «no es necesario examinar aquí la nueva redacción del artículo 98.2 de la Ley 18/1991.» Los hechos se referían a una retribución satisfecha a un funcionario local, precisamente afectados por la modificación legislativa. De haber considerado necesario el Alto Tribunal examinar «la nueva redacción» habría topado en su interpretación con inconvenientes difíciles de sortear.

(54) STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 1994. No puede dejarse de señalar en cursiva el verbo empleado en la frase entresacada del cuerpo de la sentencia. Da razón de la indefinición que rodea lo relativo a las retenciones el que el Tribunal no se atreva a calificarlas lisa y llanamente como autónomas de la principal. Probablemente de forma inadvertida emplea un verbo que ciertamente sorprende cuando de una calificación jurídica se trata: «*propender*».

(55) *Ibidem*.

complementarias: una presunción absoluta y una ficción, ambas de retención, que no de renta. Las dos ordenadas a un mismo objetivo: garantizar al contribuyente la prueba de las retenciones que se hubieran debido practicar, liberándole de la responsabilidad de su puntual ingreso.

Analizado el particular con una mayor atención se llega a la conclusión de que en realidad se está ante una simple ficción de retención. Y ello como consecuencia de las distorsiones que introdujera en el particular la Orden Ministerial de 1980 y la transformación inducida en la funcionalidad del precepto al ser aplicado por el contribuyente en fase de autoliquidación. Probablemente el legislador de 1978 estaba pensando en una presunción absoluta destinada a modificar el esquema de relaciones entre el contribuyente y su pagador. Pretendiendo facilitar al contribuyente la prueba de que se le habían practicado las oportunas retenciones se le proveía de una presunción *iures et de iure* de retención (56). Sin embargo, la desafortunada redacción del precepto, el mezclarlo con un sistema ajeno a lo pretendido, y la complejidad de entenderlo como mera presunción en fase de autoliquidación terminaron por transformarlo en una ficción de retención.

La presunción, como norma probatoria, dispuesta al efecto de facilitar a una de las partes la demostración de un determinado hecho, tiene su ámbito propio de aplicación en el entorno de un procedimiento de comprobación, en el que se desarrolle una cierta actividad destinada a fijar los hechos, mediando un elemento de contradicción. Procedimiento que puede desarrollarse respecto de las obligaciones del retenedor o respecto de las del contribuyente. En cualquiera de los dos casos, el contribuyente, y con él la Administración, podría hacer valer lo prevenido en la presunción legal de retención al objeto de hacer recaer la responsabilidad del impago de aquella sobre la persona que debió haberla efectuado debidamente e ingresado en su momento.

El problema surge respecto de la autoliquidación a realizar por el contribuyente. Cuando se le ordena, no ya permite, al contribuyente autoliquidar su deuda tributaria con arreglo a una realidad impuesta por el legislador y que puede ser tan cierta como su contrario, la presunción ya no es tal. No es una norma probatoria dispuesta para ser invocada en una comprobación sino una regla material que rige el procedimiento de liquidación, o de autoliquidación.

Las presunciones absolutas son disposiciones procesales de aplicación eventual destinadas a regir la prueba de los hechos. Las ficciones, por contra, son normas de Derecho material y efecto automático configuradoras del contenido de las relaciones que ordenan. Se han propuesto, básicamente, dos criterios para distinguir unas de otras. El subjetivo: la presunción está al servicio de una de las partes, que podrá o no alegar su existencia; la ficción contiene una equivalencia automática cuya aplicación no está a disposición de una de las partes, sino que resulta de obligado cumplimiento

(56) Ésta es la interpretación que al precepto vigente da FALCÓN Y TELLA. Califica el precepto como presunción absoluta, aunque considera que «no se movería en el terreno de la prueba de la cuantía de las retribuciones, sino que constituiría un *mecanismo regulador de las relaciones* entre el contribuyente-retenido y la Hacienda Pública.» (R. FALCÓN Y TELLA, «Los pagos a cuenta...», *ob. cit.*, pág. 113).

para todas (57). El formal: en una presunción siempre cabe distinguir un hecho base y un hecho consecuencia entre los que media una probabilidad lógica de que lo presumido sea cierto; ninguna de tales características tiene por qué estar presente en una ficción (58).

La contrastación del artículo 98.2 de la LIRPF con ambos criterios conducen a la conclusión de que se está ante una ficción. Al recorrer las características que de la presunción predica el segundo de los criterios, el formal, podría tal vez calificarse el precepto como presunción. El hecho base podría delimitarse como la realización de un pago. El hecho consecuencia sería la práctica de la retención correspondiente a la contraprestación convenida. Ambos elementos vendrían enlazados por un razonamiento lógico de naturaleza puramente jurídica. Parece razonable desligar del buen fin de una obligación a quien no tiene parte activa en su cumplimiento, ni posibilidad proporcionada de contrastar su ejecución. Se muestra equitativo permitir al contribuyente la prueba de la retención a partir del pago, pues únicamente esto último es lo que está en su mano acreditar. Es connatural a la lógica de las relaciones tributarias que el contribuyente induzca del hecho del pago la práctica de la retención correspondiente a la retribución acordada. Pero si el razonamiento es admisible, no resulta del todo convincente. La inducción lógica que ha de unir el hecho base y el hecho consecuencia ha de partir de la realidad material de las cosas, no del discurrir natural de las relaciones jurídicas. Y en tal sentido, la experiencia, la normalidad de las relaciones económicas, la causalidad, no enseñan que de la recepción de un dinero pueda extraerse la conclusión de que se ha practicado la retención correspondiente a la retribución convenida. La probabilidad de que así sea es tan cualificada como su contrario. Que jurídicamente tiene sentido entenderlo así no quiere decir que en el plano de los hechos sea lógico deducir de una cosa la otra. No media, pues, enlace lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia. Luego conforme al criterio formal de caracterización de las presunciones no estaríamos ante tal figura jurídica, sino ante una ficción.

Tomando como criterio de distinción el subjetivo se llega a la misma conclusión. Si fuera una presunción, como norma probatoria se dispondría en favor de una de las partes de la relación tributaria con la finalidad de facilitarle la prueba de los hechos. En este caso el sujeto beneficiado del descargo probatorio sería el contribuyente, no la Administración como en la mayor parte de las presunciones legales. Como mera posibilidad, entonces, el contribuyente podría prescindir de lo dispuesto

(57) «El criterio fundamental para distinguir entre presunciones absolutas establecidas en favor de la Administración y ficciones es, pues, la posibilidad -o incluso la obligación- de atender a la verdad material desconociendo la presunción, posibilidad que no existe en las llamadas ficciones.» R. FALCÓN Y TELLA, «Cuestiones normativas y cuestiones de prueba en el Derecho tributario», en *CT*, núm. 61, 1992, pág. 34.

(58) «Finalmente, la siempre difícil distinción entre presunciones legales absolutas y ficciones, debe resolverse a partir de una consideración fundamental: mientras las presunciones legales absolutas suponen un cambio en el supuesto de hecho ideal, por considerar probable que el hecho legalmente previsto se produce cuando se realiza el hecho base que le sirve de referencia; en la ficción se parte de un hecho que se considera existente a pesar de constar su falsedad. Es decir, la presunción legal absoluta consiste en que la ley atribuye a ciertos hechos jurídicos materiales (A) un efecto dado en correlación a otro hecho (B), que según la experiencia le acompaña. En la ficción, por el contrario, faltan ya una, ya otra, ya ambas características.» E. GONZÁLEZ GARCÍA y J.L. PÉREZ DE AYALA, «Presunciones y ficciones en materia tributaria», en *CT*, núm. 61, 1992, pág. 50.

en la misma. Le garantizaría la prueba, pero no le impondría los hechos. Tal concepción es admisible cuando se considera la liquidación de la deuda tributaria en fase de comprobación, pero se muestra insostenible cuando se recaba en los efectos que produciría en fase de autoliquidación.

De estar ante una presunción, en un procedimiento de comprobación destinado a requerir del retenedor el pago a cuenta omitido, el contribuyente tendría asegurada la prueba de que a él sí le fue practicada la oportuna retención. Pero, eventualmente, podría prescindir de tal recurso. Es decir, podría -por la razón que fuese- no alegar la existencia de la presunción legal y permitir así hacer recaer sobre él la responsabilidad patrimonial de la obligación a cuenta omitida. Aun cuando, en su caso, las consecuencias negativas de su incumplimiento, intereses de demora y sanciones, permanecerían siempre a cargo del retenedor. El retenedor nunca podría -*de lege data*- oponerse a la presunción alegada por el contribuyente, desde el momento en que ésta es absoluta, y no admite en consecuencia prueba en contrario. Pero el contribuyente sí podría hacer valer una verdad material distinta de la presumida legalmente en su descargo. Bien es cierto que tal actitud contravendría sus intereses, pero es pensable que -por cualesquiera circunstancias que afectasen a su relación con el retenedor, por ejemplo- le conviniese renunciar a su derecho, prescindiendo de la presunción absoluta, y admitiendo la omisión de la retención. ¿Qué habría de hacer entonces la Administración Tributaria? ¿Liquidar conforme a la verdad material probada por el contribuyente? Si *de lege ferenda* sería lo razonable, no es así como ordena las relaciones tributarias la norma examinada. Los intereses de la Hacienda Pública están preservados, y le debería resultar indiferente que sean satisfechos por una persona o por otra. Salvo que en la operación se advirtiese una intención fraudulenta, como por ejemplo estar desviando la responsabilidad tributaria hacia el contribuyente por ser éste insolvente, supuesto, en cualquier caso, patológico que de producirse se habría de encauzar por la vía del fraude de ley. No tiene sentido insistir en reclamar del retenedor lo que, en última instancia, debe el contribuyente. Máxime cuando en última instancia el retenedor va a poder resarcirse. En definitiva, la carga tributaria va a recaer finalmente en el contribuyente. Pese a todo ello, no se olvide, tales afirmaciones son de carácter doctrinal. El Derecho positivo y la jurisprudencia (59) discurren por otros derroteros: el pago de las retenciones se exige *siempre* a quien satisface la renta. A los efectos de la relación principal entre el contribuyente y la Hacienda Pública las retenciones debidas se tendrán *siempre* por satisfechas, salvo -como veremos- a ciertos efectos en cuanto al ejercicio del derecho a la devolución. Salvo, claro está, cuando se trate de retribuciones legalmente establecidas o satisfechas o no residentes. Pero entonces por razón distinta: resultar ambas excluidas del ámbito de la ficción.

El razonamiento es aún más claro cuando se considera la relación tributaria en fase de autoliquidación. Hipotéticamente el contribuyente podría prescindir de la presunción legal en un procedimiento de comprobación. ¿Al autoliquidar también? No. Al cuantificar su deuda tributaria el con-

(59) La constancia del Tribunal Supremo en desligar la responsabilidad en materia de retenciones de la concomitante a la deuda principal convierte su posición en doctrina legal. Todas las sentencias del Alto Tribunal relacionadas al final de este trabajo son contundentes al respecto.

tribuyente no es que *podiera* tener por practicadas las retenciones, sino que está obligado a calcular el importe de su deuda «con deducción del importe de la retención correspondiente». Prescindiendo de que se haya practicado o no aquella. En definitiva, conforme a la realidad que le impone el legislador, fingiendo. No tiene la mera posibilidad de tener por probada la práctica de la retención, sino que tiene la obligación de liquidar en consecuencia, aun cuando la verdad material sea otra. Cosa distinta es que los contribuyentes actúen o no así, pero el hecho cierto es que, tratándose de retribuciones afectadas por la ficción, debería deducirse *en todo caso* el importe de la retención correspondiente, aunque no coincida con el de la efectivamente practicada.

La construcción resultando criticable no carece por completo de cierta, aunque extraña, lógica. La consecuencia normal de establecer una presunción absoluta pensada para ser aplicada en fase de comprobación, es obligar al contribuyente a autoliquidar su obligación tributaria en consonancia con lo presumido, aun cuando no sea cierto. Es decir, cuando la presunción absoluta opera en el procedimiento de declaración-liquidación de la deuda tributaria del contribuyente se transforma en una ficción. Si en una hipotética comprobación al contribuyente se le dieran por efectuadas las retenciones correspondientes a su renta, una declaración-liquidación de su deuda tributaria congruente con tal presunción comporta el autoliquidarla, en todo caso, *como si* se hubieran practicado tales retenciones. El contribuyente quedaría así liberado de su responsabilidad respecto del ingreso de las retenciones, pero -declarando su importe precedente- pondría a la Administración en disposición de reclamar del retenedor su oportuno ingreso, en el caso de que éste no lo hubiera efectuado. Si la Administración en fase de comprobación no va a poder dirigirse contra el contribuyente es razonable que éste, dicho en lenguaje cinegético, «levante la liebre» en su autoliquidación. No responde de la retención, pero pone a la Administración en condiciones de exigir la misma de quien el ordenamiento instituye responsable.

El correlato lógico de una presunción absoluta de retención en fase de comprobación es una ficción de retención en fase de autoliquidación. El legislador permite al contribuyente probar la retención recurriendo a la presunción. Le impone, pues, que autoliquide su deuda tributaria en congruencia con lo dispuesto en su descargo: *como si* se hubiera practicado la retención correspondiente a la retribución que pactó. El contribuyente debe ajustar su declaración-liquidación a la realidad teórica: «Se entenderán percibidas, en todo caso, con deducción del importe de la retención correspondiente». Declarará y autoliquidará, en consecuencia: como rendimiento, el pactado; como retención, la correspondiente a dicha cantidad; y como líquido, la diferencia. Con independencia de lo que haya ocurrido. La liquidación que derive de una comprobación también habrá de seguir el mismo camino, aun cuando desemboque, ya se verá, en una ordenación de las relaciones entre Hacienda Pública, contribuyente y retenedor complejas y confusas.

De concurrir los hechos previstos en el artículo 98.2 de la LIRPF, contribuyente y Administración vendrán obligados a ajustar sus liquidaciones a lo descrito en el precepto legal, aun cuando les conste una verdad material diversa. No se está, entonces, ante una simple presunción, sino ante una ficción, eso sí, de retención, que no de retribución. Cosa bien distinta habrá de decirse cuando se trata de aplicar la elevación al íntegro y fingir un rendimiento superior al real.

5. La ficción de renta.

Si la construcción que se acaba de exponer es más que discutible, los resultados a los que conduce el artículo 98.2 de la LIRPF cuando se interpreta como lo hizo la Administración en 1980, y como lo hace el artículo 60 del RIRPF (60) traspasan el límite de lo admisible. Lo que no estaba claro ni en la Ley de 1978, ni en el Reglamento de 1981, ni en la Ley de 1991, queda descrito con total nitidez en el reglamento vigente. Si de lo referido puede deducirse la notoria controversia que preside la ordenación del particular, un aspecto del mismo es difícilmente rebatible: el redactor del reglamento ha interpretado el precepto legal como una ficción de renta. Lo que va mucho más allá de la ficción de retención que, como se razonaba en el epígrafe anterior, a mi entender esconde el artículo examinado.

«El perceptor computará como rendimiento íntegro en su declaración del impuesto una cantidad de la que restada la retención procedente, arroje la efectivamente percibida.» (61) Incluso en las palabras empleadas se pone de manifiesto el carácter de norma automática de liquidación que el reglamento ha querido ver en el texto legal: «computará», «restada», «arroje». Al mismo tiempo que es palmaria su intención de imponer un procedimiento de liquidación que prescinde de la realidad no ya tributaria, sino económica que finge, inventa, el importe de la renta imponible. Es muy sintomático que no se utilicen las fórmulas al uso para delimitar la renta imponible -constituirá, se incluirá, se considerará- y se acuda por contra a verbos y sustantivos más propios de las matemáticas que del Derecho: se *computará* como renta imponible aquella *cantidad* que *restada* de una segunda *arroje* una tercera. Implícitamente se está admitiendo que la renta atribuible al contribuyente pudiera ser otra. No importa. Es indiferente cuál sea la renta del contribuyente: se liquida teniendo por renta imponible el resultado de una resta, y por importe de la retención el sustraendo de dicha operación.

No se está entonces ante una ficción de retención. Se está en presencia de una ficción de renta imponible, que consiste en prescindir de la verdad material, del importe real de la renta, para liquidar la obligación tributaria del contribuyente construyendo su importe a partir de lo que se le ha satisfecho. Nuevamente se ha de destacar que el equívoco surge de una rígida interpretación de un pésimo precepto legal: el artículo 98.2 de la LIRPF. No es casual que este artículo comience aludiendo a «las cantidades efectivamente satisfechas» para delimitar el importe de las retenciones por referencia a aquéllas. El precepto legal da a entender que se debe construir la renta imponible a partir de la satisfecha. El reglamento lo interpreta literalmente sin reparar en las contradicciones que tal calificación lleva consigo.

(60) La Dirección General de Tributos en una contestación fechada el 25 de septiembre de 1992 (*cf.* TF, núm. 31, pág. 17), afirma con rotundidad que el artículo 60 del vigente reglamento no viene sino a dar continuidad a la derogada Orden Ministerial de 30 de octubre de 1980: «... ya sea bajo la vigencia de una u otra norma la mecánica de la "elevación al íntegro" es la misma...»

(61) Artículo 60.1 del RIRPF.

5.1. Adecuación constitucional de la interpretación.

Y es que el artículo 98.2 de la LIRPF requiere una interpretación correctiva que adecue la literalidad de su contenido a las exigencias constitucionales. El artículo es fruto de una confusión, de un error, y no es aceptable agudizar tal desvarío manteniendo una interpretación de su contenido que contraría las más elementales exigencias de la Constitución vigente.

Para examinar la corrección constitucional de la interpretación reglamentaria del artículo 98.2 de la LIRPF es preciso analizar con detalle la ficción que entraña, considerar su fundamento, y ponderar su contenido a la luz de la Constitución. Que lo dispuesto en el precepto citado, interpretado como lo hace el reglamento, es una ficción no requiere mayor desarrollo. Impone liquidar la deuda tributaria *como si* se hubiera convenido una contraprestación cuya cuantía se calcula a partir de lo satisfecho, prescindiendo de la verdad o falsedad de tal aserto. Se toma como renta imponible, no la acordada, sino la equivalente a lo cobrado por el contribuyente más el importe de lo que debiera haberse retenido.

¿Cuál sería el fundamento de tal ficción de renta? Hay que acudir a su origen. Su razón de ser es inseparable de un sistema de tributación sobre la renta de las personas físicas basado en impuestos de producto, con una Administración Tributaria infradotada y sin exigencias constitucionales de carácter tributario. El sistema de 1964 estaba construido desde la imposición en la fuente. Su funcionamiento descansaba sobre el correcto actuar de quien satisfacía las rentas, del sustituto del contribuyente. Al efecto de incentivar su comportamiento regular, con finalidad preventiva, se estableció esta regla de elevación al íntegro, que agravaba considerablemente las consecuencias tributarias de ser sorprendido pagando rentas sujetas sin satisfacer el correspondiente impuesto de producto. De no detraer el tributo y ser descubierto, se liquidaban las obligaciones tributarias derivadas de los hechos advertidos *como si* se hubiera detraído de lo pagado el tributo debido. Su fundamento era pues sancionador.

¿Qué ocurre en la actualidad? Fingir, automática e indefectiblemente, una mayor retribución como consecuencia de una incidencia en el procedimiento de retención, siendo demostrable y cierto el importe exacto de la contraprestación acordada, no tiene justificación ninguna en términos de capacidad económica. Se atribuye una mayor capacidad al contribuyente sin más fundamento que la falta de ingreso o el ingreso insuficiente, voluntario o inadvertido, de las retenciones correspondientes. El Impuesto sobre la Renta ha de buscar la renta en su cuantía cierta y allí donde se encuentra. No por el importe y en la persona que al contribuyente o a la Administración le convenga fingir. No es que resulte una construcción problemática en términos de seguridad jurídica o derecho a la prueba, ni que, además, sea incompatible con las exigencias propias del principio de capacidad económica, entendido de forma rigurosa. Es que infringe manifiestamente el principio de capacidad económica, se mire desde donde se mire el alcance y contenido de dicho principio.

En la configuración y en el proceso de determinación de la renta imponible puede distinguirse una variada gama de ficciones, como la referida a los rendimientos implícitos de los bienes inmuebles no arrendados, o a la estimación indiciaria de ciertos gastos. Supuestos en los que la renta se evalúa acudiendo a signos externos de la misma, como los de estimación objetiva y valoraciones mínimas de algunas transacciones, como es el caso de las operaciones vinculadas (62).

Para enjuiciar la justeza de tales procedimientos de configuración o determinación de la base imponible siempre se ha de acudir, básicamente, a su fundamento. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre alguno de estos supuestos. En su Sentencia de 14 de julio de 1994, al enjuiciar la constitucionalidad del sistema de estimación indiciaria de los gastos derivados de la obtención de rendimientos del trabajo, antes de entrar en el fondo de la cuestión, delimita las coordenadas en las que se ha de situar su resolución. El IRPF grava la renta neta del contribuyente. En el procedimiento de determinación de dicho concepto el legislador puede seguir caminos diversos. El juicio sobre su corrección pasa por evaluar su *razonabilidad* y su *proporcionalidad*, a partir de la finalidad que persigue el procedimiento, los medios que emplea y los resultados a que conduce (63). En dicho sentido se relacionan algunos motivos que pueden fundamentar la decisión del legislador, entre los que se alude a «razones de política financiera o de técnica tributaria» (64). Así las cosas, la limitación de la deducibilidad de los gastos producidos en la obtención de rendi-

(62) La semejanza entre el procedimiento de elevación al íntegro y estas otras disposiciones no ha dejado de ser aducida en alguna resolución administrativa para justificar la razonabilidad del controvertido sistema de liquidación y su compatibilidad con las disposiciones presupuestarias. Al igual, se viene a decir, que en el procedimiento de estimación objetiva se determina la renta imponible prescindiendo del beneficio obtenido, en el procedimiento de elevación al íntegro no se tendría en cuenta lo establecido presupuestariamente, con efectos únicamente en lo laboral, al fijar la renta imponible, en el plano tributario. «...la ley fiscal, aunque se adecue normalmente a una realidad, muchas veces contiene presunciones, ficciones normativas y estimaciones objetivas, que no se ajustan estrictamente a lo dispuesto en otros marcos del Derecho o la realidad, como ocurre en presunciones de rentabilidad en viviendas propias, en estimación objetiva singular, en el no reconocimiento de algunas bases negativas reales, para evitar elusiones del impuesto, etc.» (RS. del TEAC de 25 de marzo de 1992, Considerando 3.º). Aunque ciertamente en tales supuestos ocurre algo parecido, no es comparable a los efectos producidos de aplicarse el procedimiento de elevación al íntegro (*cf.* en sentido contrario P. ALGUACIL MARI, «La presunción de rendimientos...», *ob. cit.*, pág. 22). Como enseguida se razonará en tales casos el recurso a tales métodos de naturaleza ficticia tienen una u otra justificación, más o menos discutible, que no se da en el sistema de liquidación aquí examinado.

(63) El Tribunal Constitucional tiene dicho desde sus primeras resoluciones que al objeto de dirimir una colisión de derechos fundamentales con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos se han de «ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos» (STC 53/1985). El escenario de fondo de toda relación tributaria refleja siempre un conflicto entre el derecho de propiedad (art. 33.1 de la CE) y el deber general de contribuir (art. 31.1 de la CE). Al objeto de evaluar si una determinada norma tributaria es en tal sentido *ponderada*, el Tribunal viene atendiendo a «que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un *juicio de proporcionalidad* en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos» (STC 76/1990, FJ 9.º). Tal modo de razonar se muestra especialmente interesante al efecto de analizar el procedimiento de elevación al íntegro. ¿Superaría semejante sistema de determinación del rendimiento imponible el mencionado juicio de proporcionalidad?, ¿es en tal procedimiento equilibrada la relación entre medios, resultados y fines?

(64) STC 214/1994, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 5.º B).

mientos del trabajo tendría como razón de ser, entre otras, la necesidad de «evitar la complejidad del procedimiento tributario» (65) implícita en una solución diversa: «La comprobación de la realidad y exactitud de tales gastos podría dar lugar a un incremento *desproporcionado* de los costes de gestión del tributo» (66).

Sin entrar en el comentario del razonamiento del Tribunal Constitucional, en el procedimiento de elevación al íntegro ni siquiera podrían argüirse razones de técnica tributaria o exigencias del procedimiento. El fundamento del mismo se ha mencionado ya: desincentivar la concertación de retribuciones libres de impuestos, ligando a su descubrimiento un trato de caracteres sancionadores (67). El resultado de tal proceder también se ha puesto de manifiesto: tener por renta imponible una cantidad superior a la retribución de que se tiene constancia. ¿Es tal procedimiento admisible en términos de capacidad económica? La sentencia del Tribunal Constitucional recién citada parece responder con claridad a este interrogante: «Si se sometiera a tributación una renta que, pese a estar configurada legalmente como el rendimiento neto del sujeto, sólo fuera en realidad una *renta inexistente*, ello podría afectar al principio de capacidad económica» (68).

Si es que en algún momento pudiera haber sido aceptable el procedimiento de elevación al íntegro ¿subsiste hoy en día la realidad jurídica que la amparaba? ¿son aceptables los resultados a que conduce su aplicación en términos de *razonabilidad* y *proporcionalidad*? Entiendo que no. Al menos por cuatro razones:

- a) La transformación de la imposición sobre la renta de las personas físicas que ha evolucionado de un sistema de tributos reales hacia un sistema de retenciones englobadas en un único impuesto de naturaleza personal.
- b) Las limitaciones constitucionales a que debe someterse la ordenación de los tributos, entre las que destaca el principio de capacidad económica.

(65) *Ibidem*, Fundamento Jurídico 5.º B).

(66) *Ibidem*, Fundamento Jurídico 6.º A).

(67) «... parece pensada para casos en que se pactan rendimientos que habrán de ser abonados netos, o libres de impuestos, o, en general, *para salir al paso* de situaciones como las contempladas en el artículo 36 de la LGT...» (SAT de La Coruña, de 1 de marzo de 1988, FJ 6.º). Lo destacado en cursiva es sumamente expresivo del cariz preventivo o disuasorio que el Tribunal advierte en el procedimiento de elevación al íntegro.

(68) *Ibidem* Fundamento Jurídico 5.º C). *Cfr.* también SSTC 27/1981, 37/1987, 150/1990 y 221/1992. El sistema de elevación al íntegro no se muestra conciliable con el principio de capacidad económica ni siquiera en los amplios términos -buscar la riqueza, actual o potencial, allí donde se encuentra- en que viene siendo entendido por nuestro Tribunal Constitucional. En términos de Derecho comparado este principio constitucional de capacidad contributiva tiene un contenido más preciso y limitado. Así en la doctrina italiana más reciente se considera que dicho principio restringe la materia imponible a aquellas manifestaciones ciertas -que no meramente posibles- de riqueza de las que pueda razonablemente deducirse una idoneidad o aptitud del ciudadano para contribuir. La mera percepción de rendimientos, por ejemplo, no constituiría en sí misma manifestación de capacidad contributiva sino en la medida en que su cuantía superase las necesidades personales y familiares de subsistencia de su perceptor (*cf.* en este sentido F. MOSCHETTI, «Profili generale», en *La capacità contributiva*, CEDAM, Pádua, 1993, págs. 24-27). De todas maneras, no es necesario acudir al Derecho comparado: el procedimiento de elevación al íntegro no supera ni siquiera la generosa marca en que nuestro Tribunal Constitucional ha situado el listón de la capacidad económica.

- c) La existencia de recursos contra el fraude fiscal de mejor factura jurídica, en la regulación de las relaciones tributarias -régimen jurídico de infracciones, ordenación de las obligaciones formales de información, registro y declaración-, como en los medios puestos a disposición de la Administración Tributaria -potestades de investigación, sistema informático, personal al servicio de la Hacienda-, y
- d) La innecesaria artificiosidad que incorpora a un tributo de suyo complejo y que complica con facilidad los procedimientos de liquidación e inspección de las obligaciones tributarias, con el consecuente incremento de la litigiosidad y evidente daño de la justicia.

Fingir la *retención* es un sistema de ordenación de las relaciones entre retenedor, contribuyente y Hacienda Pública, discutible, complejo e incongruente. Una ficción de *retribución* estimada a partir de rendimientos satisfechos sencillamente no debería tener cabida en nuestro ordenamiento tributario por carecer de un mínimo fundamento, y contravenir abiertamente las exigencias del Derecho constitucional tributario.

5.2. La ficción de renta como regla subsidiaria de liquidación.

Avanzando en el examen del artículo 98.2 de la LIRPF como ficción de renta, al reparar en la expresión reglamentaria curiosamente es del perceptor del rendimiento de quien se requiere que liquide su deuda tributaria ateniéndose al sistema de elevación al íntegro: «El perceptor computará como rendimiento íntegro en su declaración...» (art. 60 de la LIRPF). A diferencia de lo que ocurría en el sistema precedente, la ley en vigor prevé la aplicación de la peculiar regla de liquidación en fase de autoliquidación, no de comprobación. Sería el contribuyente quien vendría obligado a liquidar su deuda tributaria conforme a las premisas reglamentarias, no la Administración.

Se da entonces la paradoja de que el artículo 98.2 de la LIRPF, tal como lo interpreta el reglamento, en apariencia únicamente obligaría al contribuyente a liquidar conforme al sistema de elevación al íntegro. Mientras que para la Administración no dejaría de ser una regla subsidiaria de liquidación aplicable tan sólo cuando no le constase la cuantía efectiva de la renta acordada. Y si la Administración no debiera aplicar la regla de elevación al íntegro salvo en los casos en que no pudiera darse cuenta del importe real de la renta imponible, sólo en estos últimos supuestos emplearía el contribuyente tal regla de liquidación. ¿Tiene alguna lógica que no estando en condiciones de probar el importe efectivo de la retribución acordada el contribuyente la cuantifique conforme a la regla de elevación al íntegro? No, lo más normal es que en tal caso ni siquiera se declare, y mucho menos que se haga elevando al íntegro lo cobrado. Todo lo anterior reconduce las cosas al origen de esta disposición. Una regla dispuesta al efecto de permitir a la Administración, en fase de comprobación, hacer recaer sobre quienes estipulen retribuciones libres de impuestos consecuencias más que gravosas.

La trascendencia de lo expuesto requiere un desarrollo más detenido. De resultar acreditada y contrastada la cuantía real de una determinada retribución, la verdad material, no es admisible tener por renta imponible la resultante de elevar al íntegro el importe de lo percibido. En la notoria incon-

gruencia que de lo contrario se produce radica la razón de ser de excluir del precepto examinado las retribuciones legalmente establecidas. Pues bien, si en éstas -las «legalmente establecidas»- la inaplicación del sistema de elevación al íntegro se contempla expresamente, respecto de una retribución, cualquiera que sea, de cuantía suficientemente acreditada, la imposibilidad de liquidar con arreglo a tal sistema está implícita en sus efectos y fundamento.

Si en un procedimiento de comprobación la Administración constata la realidad material de la retribución acordada, no puede prescindir de la misma y liquidar con arreglo a una ficción, sencillamente por mediar un defecto u omisión de retención. Deberá regularizar la situación tributaria del contribuyente y del retenedor, pero teniendo como renta imponible aquella cuya cuantía ha resultado probada.

En este sentido son particularmente interesantes diversas sentencias recientes en las que se afirma que el sistema de elevación al íntegro sólo puede aplicarse «a los supuestos en que la remuneración íntegra no es susceptible de ser conocida con certeza» (69). Conclusión que se alcanza a partir de una interpretación lógica del precepto: «Desde el punto de vista de la lógica y la racionalidad la aplicación ciega de una inexistente ficción conduce a desconocer la realidad» (70). A idénticos resultados se llega a través de una interpretación sistemática (71). Desde el punto de vista de la voluntad de la norma puede decirse que si la finalidad del precepto es prevenir la ocultación de ingresos y consecuente defraudación a la Hacienda Pública, pierde su razón de ser cuando se conoce con certeza el importe de la retribución. Y con mayor razón cuando es el propio Estado quien ha fijado el importe de dicha retribución. De su aplicación en tales casos devendría una abierta e inaceptable contradicción entre la liquidación tributaria resultante y las previsiones presupuestarias al respecto (72). Contradicción que se salva expresamente mediante la sujeción de las retribuciones legalmente establecidas a un régimen especial. Pues bien, no puede dejar de hacerse extensivo el ámbito de aplicación de dicho régimen especial -por vía interpretativa- a toda retribución cierta en su cuantía.

Lo que no significa que el precepto pueda considerarse como una presunción absoluta, como una cuestión de prueba. Es, ya se ha explicado suficientemente, una ficción. Porque no está a disposición de las partes su aplicación y porque no puede aislarse un hecho base y otro consecuencia ligados por una inducción lógica. Pero opera, a semejanza de lo que ocurre con el sistema de cálcu-

(69) STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1993, Fundamento Jurídico 3.º E).

(70) *Ibidem*. Cfr. en idéntico sentido, con prácticamente las mismas palabras STSJ de Murcia de 30 de marzo de 1994, Fundamento Jurídico 3.º. En este orden de ideas es particularmente clarividente un trabajo reciente del profesor Tosi. Si en ciertos supuestos puede resultar admisible «costruire normativamente redditi fittizi», se ha de evitar acudir a tales procedimientos cuando se está en condiciones razonables de concretar la cuantía del *reddito reale* (cfr. L. TOSI, «Il requisito di effettività», en *La capacità contributiva*, CEDAM, Pádua, 1993, pág. 119). Con mayor razón se habrá de prescindir de un procedimiento de suyo artificioso cuando no es que se esté en condiciones de fijar la renta real, sino que de hecho se conoce con certeza el importe exacto de dicha magnitud.

(71) «...la disposición que acerca de la actuación del perceptor contiene aquella Orden (...) entra en *contradicción* con los preceptos de la Ley reguladora del Impuesto relativos a la determinación de la base imponible, *desvirtuando* el sistema de fijación de la deuda tributaria» (STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 1990, la cursiva es nuestra).

(72) STSJ de Murcia de 19 de mayo de 1993, Fundamento Jurídico 2.º.

lo del ajuar doméstico en el ISD, como una regla subsidiaria de liquidación, una ficción que prescinde de la realidad y es de aplicación automática, pero que sólo puede utilizarse en determinados supuestos: cuando no pudiera acreditarse el importe efectivo de la retribución acordada. En caso contrario no tendría sentido acudir a un método presuntivo «para averiguar algo que ya es conocido» (73). Vendría a operar en última instancia como el régimen subsidiario de estimación indirecta de bases imponibles. No siendo posible determinar directamente, con los antecedentes de que se dispone, la cuantía de la renta imponible se acude a un sistema alternativo: elevar al íntegro la única cifra de la que se dispone, la renta satisfecha. Sería, pues, una regla subsidiaria de liquidación basada en una ficción cuya incidencia puede enervarse probando que no concurren las circunstancias que constituyen el presupuesto fáctico de aplicación de la misma (74). Dicho de otro modo: únicamente las retribuciones que no sean ciertas en su cuantía pueden elevarse al íntegro al liquidar la correspondiente deuda tributaria (75). En definitiva, considerar que son retribuciones «legalmente establecidas» todas aquellas cuya cuantía sea contrastable, cierta.

Entiendo que no pueden aplicarse de otro modo las disposiciones vigentes, concebidas como ficción de renta. Extraer de su examen la conclusión de que la Administración debe liquidar conforme a tal ficción, aun cuando le conste que el importe de la renta imponible es otro, supone llevar lo de suyo absurdo a un punto del todo inadmisibles. ¿Pero entonces qué virtualidad tendría la elevación al íntegro como ficción de renta? El contribuyente no tendría siempre que acomodar su auto-liquidación a lo dispuesto en el artículo 60 del RIRPF, pero sí debería hacerlo cuando no estuviera en condiciones de demostrar el importe real de la retribución acordada. Lo que por otra parte no tendría relevancia alguna por cuanto pactada una retribución libre de impuestos no es verosímil que se

(73) RS. del TEAC de 2 de noviembre de 1989, Considerando 9.º.

(74) A semejanza de lo que ocurre en las operaciones vinculadas. No podrá discutirse la aplicación del valor de mercado respecto de las mismas, pero siempre podrá aducirse que no se dan los presupuestos legales de vinculación (*cf.* al respecto P.M. HERRERA MOLINA y P. CHICO DE LA CÁMARA, «Los incrementos no justificados de patrimonio: componente imponible presunto del Impuesto sobre la Renta», en *REDF*, núm. 81, 1994, pág. 31, nota 64, a partir de unas apreciaciones del profesor DI PIETRO; *cf.* también, desarrollando el argumento *in extenso* D. MARÍN BARNUEVO y J.J. ZORNOZA PÉREZ, «Los incrementos no justificados de patrimonio», en *CT*, núm. 71, 1994). No se trata, pues, de una presunción relativa que admitiría prueba en contrario -como ha concluido cierta jurisprudencia (*cf.* por todas la STSJ de Murcia de 30 de marzo de 1994)- sino que es una regla subsidiaria de liquidación que sólo se aplica cuando concurren determinados presupuestos fácticos. De probarse la no existencia de tales hechos no se habría destruido la ligazón entre el hecho base y el consecuencia desacreditando la conclusión presunta. Sencillamente no se aplicaría la regla de liquidación porque se habría acreditado que los hechos sometidos a tributación no obedecen al presupuesto de hecho de aplicación de dicha regla.

(75) A idéntica conclusión se terminaba accediendo por otra vía argumental desde ciertas resoluciones administrativas y judiciales. Aduciendo que cuando el contribuyente acreditase el importe íntegro de la retribución «por los medios de prueba admitidos en Derecho, que se estimen suficientes, esta cifra es la que ha de servir de referencia para aplicar el porcentaje de retención que proceda, sin que en estos casos deba efectuarse la elevación al íntegro de la cantidad percibida al resultar determinada su cuantía por los medios indicados» (RS. del TEAC de 2 de noviembre de 1989, Considerando 10). Con un matiz de tipo más dogmático que trascendente. En la construcción aquí defendida la prueba iría destinada a corroborar la inexistencia de los hechos a los que va ligada la aplicación del método subsidiario de liquidación. En el planteamiento de las resoluciones citadas no está claro qué se trataría de demostrar: que no concurre el hecho base del que parte la presunción legal, o que no procede seguir el razonamiento lógico habitual. Y no puede resolverse el dilema por no aparecer con nitidez de qué hecho base partiría la supuesta presunción y cuál sería la argumentación lógica conducente al hecho consecuencia.

declare su percepción. La Administración, por su parte, tampoco tendría por qué atenerse siempre al sistema de elevación al íntegro en los procedimientos de comprobación. Únicamente, como regla subsidiaria, cuando no hubiera podido contrastar la cuantía efectiva de la retribución convenida entre las partes. Así las cosas, y contra lo que pudiera extraerse de una primera lectura del precepto reglamentario, la elevación al íntegro estaría destinada a ser aplicada por la Administración como regla de subsidiaria de liquidación cuando no le constase el importe real de la retribución convenida entre las partes. El contribuyente que está en condiciones de acreditar el importe de su renta no ajustaría su autoliquidación a la prescripción reglamentaria, por cuanto en un eventual procedimiento de comprobación no se le exigiría tal cosa. Quien, por su parte, no pudiera probar la cuantía de la renta acordada, normalmente por haberse pactado libre de impuestos, tampoco vendrá luego a evidenciar su conducta defraudatoria en una autoliquidación al hilo del artículo 60 del RIRPF. Será pues la Administración quien, de no demostrarle el contribuyente el importe de la retribución acordada, acuda al procedimiento de elevación al íntegro y finja una renta imponible extraída a partir de la satisfecha. Finalmente lo expuesto supone reconducir el precepto a lo previsto en el sistema de 1964. Por eso se extraen del mismo las retribuciones legalmente establecidas. Porque siempre será posible acreditar su cuantía exacta (76).

Limitar así el ámbito de aplicación de la elevación al íntegro no subsana sus defectos de constitucionalidad, pero al menos restringe su eficacia de manera apreciable. Lo que no impide que, aun con todas las limitaciones descritas, se siga pensando que la pervivencia del procedimiento de elevación al íntegro como ficción de renta en el sistema tributario actual es un anacronismo impropio llamado a desaparecer, o al menos a reconvertirse en una presunción relativa únicamente aplicable por la Administración.

III. LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE IMPAGO

Detrás de todo ello subyace una cuestión de indudable trascendencia: ¿A quién se exigirá la prestación a cuenta no satisfecha? ¿Al retenedor, al contribuyente o a ambos indistintamente o de acuerdo con un criterio de subsidiariedad?

Se puede considerar al retenedor deudor exclusivo de la prestación a cuenta o bien mero intermediario de su pago. La obligación de pagar a cuenta determinadas cantidades, en el segundo caso, propiamente sería del contribuyente aun cuando la atendiera el retenedor en su nombre. La consecuencia por cuanto a la responsabilidad derivada de su impago es palmaria. Hasta el momento de

(76) Así lo terminaba entendiendo el TEAC en su RS. de 2 de noviembre de 1989, en su Considerando 8.º, cuando calificaba el sistema de elevación al íntegro de «método presuntivo de estimación de bases, aplicable a aquellos supuestos en que la remuneración íntegra no pueda ser conocida por otros medios...». En igual sentido, *cfr.* las ya mencionadas STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1993 y STSJ de Murcia de 30 de marzo de 1994: «Si las pruebas existentes permiten conocer la cuantía íntegra percibida (*sic*) es impropio la elevación al íntegro, sólo reservada para los casos de ausencia de prueba sobre tal extremo.»

finalización del plazo de declaración de la deuda principal el ingreso del pago a cuenta corresponde al retenedor. A partir de ese momento es de la sola responsabilidad del contribuyente al quedar integrada en la deuda principal.

Por contra, de considerar la deuda tributaria escindida en dos tramos independientes, uno a cuenta y otro diferencial, cuya responsabilidad se hace recaer sobre sujetos distintos, el contribuyente únicamente responderá de la deuda principal, quedando, eso sí, obligado a soportar las retenciones correspondientes.

Pues bien, del vigente IRPF se deduce un estado de cosas híbrido que en nada favorece el normal desarrollo de las relaciones tributarias entre la Hacienda Pública, los contribuyentes y los retenedores. Si por una parte se dispone en descargo del contribuyente una ficción de retención que aleja de sí la responsabilidad respecto de su pago, en sentido inverso y con aparente carácter excepcional, excluye del ámbito de la susodicha ficción las «retribuciones legalmente establecidas». La delimitación de dicho concepto no es pacífica y carece de lógica. Por último, en la práctica administrativa no se tiene un actuar coherente y aunque se parte de una concepción independiente de la prestación a cuenta no por ello se desliga totalmente de su responsabilidad al contribuyente.

1. En el régimen general.

Desde el punto en que, con o sin elevación al íntegro, en el contenido del artículo 98.2 de la LIRPF subyace una ficción de retención respecto de aquellas retribuciones cuyo importe no se considere incluido en el régimen de exclusión el contribuyente quedaría relegado de responsabilidad alguna por cuanto a su ingreso. Siempre habrá de reclamarse su importe de quien debió practicarla, pues a los efectos de determinar las obligaciones del contribuyente los pagos a cuenta cuyo ingreso no le corresponda se han de dar por efectuados. Sin que, claro está, ello impida que sean reclamados del retenedor y éste ejercite la acción de reembolso. Pero en el plano tributario la obligación de retención quedaría circunscrita al entorno patrimonial de quien resulta su destinatario último, asumiendo la obligación a título propio por cuenta de otro (77).

La omisión de la retención, obviamente, produce un perjuicio a la Hacienda Pública. Su reparación se atribuye exclusivamente a su causante, el retenedor, sin que puedan trasladarse al contribuyente los efectos perjudiciales de lo realizado por la empresa. Siendo así que la capacidad económica objeto de gravamen es la manifestada por el contribuyente, el retenedor tendrá derecho a una acción de reembolso respecto del pago que le reclame la Hacienda Pública. En un significativo supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo (78) la empresa había ejercitado su derecho de reem-

(77) «El retenedor es deudor de la retención por haber realizado el hecho al que la ley conecta el desencadenamiento del mecanismo de retención; está obligado al pago de la deuda tributaria *como deudor principal* y *actúa en nombre propio*; es deudor de su obligación propia en virtud de la carga personal y patrimonial que le es impuesta, *obligación tributaria* esta que es *autónoma e independiente* de la obligación que corresponde al contribuyente.» (RS. del TEAC de 1 de abril de 1993, Considerando 9.º).

(78) STS de 5 de noviembre de 1991.

bolso a comodidad del empleado permitiéndole abonar lo debido en un solo pago o en 12 plazos. Como se ha examinado con detalle, los hechos descritos son susceptibles de diversas soluciones en razón de la actuación llevada a cabo respecto de la deuda principal por el contribuyente. Pero, en todo caso, la relevancia de la resolución judicial citada a efectos de construir el régimen de responsabilidad vigente radica en excluir al contribuyente de los efectos perjudiciales derivados de la conducta del retenedor, aun cuando no, claro está, de la reposición de los pagos tributarios que por su cuenta hubiera hecho éste. La Hacienda, pues, se habrá de dirigir contra el retenedor, único deudor de la obligación a cuenta (79). Éste en su caso podrá revertir el pago efectuado sobre el contribuyente, pero tan sólo el importe de lo debido a cuenta, sin que pueda trasladarle las obligaciones accesorias derivadas de su improcedente actuar -intereses, recargos y sanciones-.

Mas con todo, se ha de decir que el reglamento vigente omite, y no cabe entenderla sino como omisión expresa, la referencia al particular que en términos suficientemente explícitos (80) contenía el precedente: «Los sujetos pasivos no serán responsables por la falta de ingreso de las retenciones efectuadas por las personas o entidades obligadas a ello.» (art. 151.3 del Reglamento de 1981). Por su parte, el artículo 9.º 3 del Reglamento de Recaudación del año 1968 establecía que «la falta de pago no libera al contribuyente (...) salvo que demuestre haberse realizado retención del tributo por aquél». La omisión de un precepto equivalente en el aprobado en 1990 puede interpretarse de dos modos: es innecesario al haber desaparecido de nuestro ordenamiento el sustituto con retención; o bien, que en adelante el contribuyente, como obligado genérico al pago de deudas tributarias [*ex art. 30 de la LGT y art. 10.1 a) del RGR*], responderá de los pagos a cuenta cuya práctica efectiva no pueda probar que se le ha realizado, cuando el retenedor no efectúe su ingreso. La normativa vigente es, pues, lo suficientemente confusa como para que pueda pensarse en la eventual reclamación de responsabilidad subsidiaria o incluso solidaria al contribuyente que se dedujo la retención no practicada, cuando no llegara a obtenerse su cobro del retenedor (81).

(79) A tal y único objeto, precisamente, servía el artículo 36.1 de la Ley de 1978, y así debiera haberse interpretado, como mera presunción de retención encaminada a facilitar al contribuyente la prueba de haberse efectuado, eludiendo así la responsabilidad respecto de su práctica e ingreso. «Con esta presunción el único sujeto obligado al ingreso de las cantidades retenidas o no es el retenedor.» (M.T. MORIÉS JIMÉNEZ, *La retención a cuenta...*, *ob. cit.*, pág. 469). «En virtud del nexo existente entre retenedor y contribuyente, éste aparece liberado por la cuantía de la retención frente a la Hacienda Pública. Esta liberación del pago es directa y principal; es decir, que si el retenedor resultase insolvente, la Hacienda Pública no podría, por ello, dirigirse contra el sustituido. Esto supone que a diferencia de los supuestos de sustitución en los casos de retención existe un solo deudor, que es el retenedor.» (A. APARICIO PÉREZ, «El retenedor: sujeto pasivo de la obligación tributaria», en *HPE*, núm. 77, 1982, pág. 227).

(80) Aunque se propusiera como interpretación del precepto reglamentario la de entender que exoneraba al contribuyente de la responsabilidad en materia sancionadora, pero no de lo que al pago de la obligación tributaria afectase (*cfr.* H. RODRÍGUEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, pág. 413), no parece que fuera ésta la intención del redactor del reglamento.

(81) *Cfr.* en tal sentido P.M. HERRERA MOLINA, «Obligados» y «legitimados»..., *ob. cit.*, pág. 7. De hecho, como enseña se expondrá, la falta de precisión de la normativa no parece ser fortuita desde el momento en que viene siendo aprovechada por la Administración para aplicar uno u otro criterio a su mejor conveniencia recaudatoria. O mejor aplica ambos indistintamente aun resultando incompatibles entre sí en términos de pura lógica jurídica. Calcula el importe de la prestación a cuenta como si fuera deuda propia del retenedor, por completo independiente de la principal. Pero no le tiembla el pulso al exigir del contribuyente el pago de la retención insatisfecha, en su calidad de responsable solidario -junto al retenedor- de las prestaciones a cuenta de su propia deuda principal.

¿Responde o no el contribuyente de la prestación a cuenta impagada? Pueden definirse tres posturas: la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo; la que subyace en ciertas prácticas administrativas; la que deriva de un entendimiento congruente de la obligación a cuenta como autónoma, que no independiente, de la principal.

1.1. La doctrina legal del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo partiendo del carácter independiente de la prestación a cuenta la lleva a sus últimas consecuencias: nunca será responsable de su pago el contribuyente. Con resultar criticable, al menos, es coherente con los efectos propios del régimen de ficción de retención. En este sentido es particularmente interesante la STS de 27 de mayo de 1988. Su Fundamento Jurídico Quinto justifica que la Administración reclame el pago de la retención de quien estaba obligado a haberla practicado diciendo que su omisión pudo dar lugar a que «por cese en el trabajo de alguno de sus empleados, o incluso por fallecimiento, la Administración -y el resto de los ciudadanos- se vean perjudicados por una conducta solamente imputable a la empresa». Esta afirmación suscita varios comentarios. Merece la pena llamar la atención sobre la apreciable confusión de intereses en que se incurre, aunque se quiera matizar mediante una oportuna referencia a los ciudadanos: una actitud defraudatoria no perjudica tanto a la Administración Tributaria, como a la Hacienda Pública. Como es sabido, son realidades diversas. El único interés de la Administración es servir eficazmente la atención de las funciones que le han sido encomendadas por la comunidad. Por cuanto a la Hacienda Pública -como conjunto de relaciones y normas de naturaleza financiera- el interés común, que no contrapuesto, de ciudadanos y Administración es que esté constituida y funcione de acuerdo con los postulados constitucionales (82). En otro sentido el que no se haya practicado la retención o se haya efectuado en cuantía insuficiente no es necesariamente una infracción *sólo imputable* al retenedor. No hay por qué excluir la posibilidad de que el contribuyente haya consentido o incluso impuesto el cobro de la retribución sin retención alguna.

Entrando ya en lo que constituye el objeto de atención específico de este trabajo, el Tribunal Supremo centra su razonamiento en la trascendencia del deber de retener. El incumplimiento del obligado a retener puede determinar un perjuicio económico grave a la Hacienda Pública. Se afirma que el daño puede ser particularmente grave cuando se hubiera producido el cese en el trabajo del empleado, o su fallecimiento. Si no se ha entendido mal la argumentación, lo que se viene a decir es que de concurrir alguna de dichas circunstancias la obligación principal tal vez no llegue a nacer, por no superarse el mínimo exento; o que sencillamente la Administración Pública no quede en condiciones de dirigirse contra el contribuyente, por incumplir éste su deber de declarar o por ni siquiera haberle alcanzado tal deber a tenor del importe de sus retribuciones. Resulta entonces procedente exigir la responsabilidad de lo ocurrido al retenedor.

(82) Hacer hincapié en que el interés de la Administración y del contribuyente por cuanto a lo que a la Hacienda Pública afecta es concurrente no es cuestión de matiz. No son pocas las disfunciones y equívocos a que viene llevando pensar lo contrario. Así viene siendo señalado en los últimos años por buena parte de la doctrina (*cfr.* por todos A. AGUALLO AVILÉS, «Interés fiscal y Estatuto...», *ob. cit.*, pág. 592).

A mi entender el camino seguido por el Alto Tribunal presenta una falla importante, ya advertida desde el principio de este trabajo. La capacidad económica sujeta a tributación no es otra sino la manifestada por el contribuyente. El retenedor no deja de ser un intermediario, aun asumiendo obligaciones propias, en el correcto discurrir de la relación que da razón del impuesto. Es obvio que habrá de responder de las infracciones que cometa, del perjuicio patrimonial -por lo que a la demora en el cobro de la deuda afecta- que en la Hacienda Pública haya podido producir su omisión. Pero en última instancia, no es ocioso insistir, la capacidad económica sujeta a gravamen no es la suya, sino la del contribuyente. Y en el caso hipotéticamente planteado cuando llega el 31 de diciembre o se produce el fallecimiento del contribuyente éste no manifiesta capacidad económica suficiente, no está sujeto a tributación. ¿Qué perjuicio se ha producido entonces a la Hacienda Pública? ¿el de no disfrutar durante un determinado período de una cantidad ingresada a cuenta de una deuda finalmente inexistente? Pues si se entiende así reclámese del retenedor los, a mi entender más que discutibles, intereses de demora, pero no el pago a cuenta que si existe es en función de una deuda principal, en este caso *nonnata*. Y si el contribuyente ha satisfecho íntegra su deuda tributaria al deducirse únicamente las retenciones practicadas, ¿por qué remover lo ya extinguido sometiendo la relación tributaria a un movimiento disparatado de reclamaciones, restituciones y devoluciones? Podrá quizás admitirse tal proceder en caso de impago de la deuda principal, pero no puede entenderse cuando ésta se ha satisfecho. La responsabilidad del retenedor consiste en practicar la retención e ingresar lo retenido. No le corresponde pagar la deuda tributaria (83). Únicamente lo primero, pues, se le ha de exigir. Imponiéndole las sanciones ligadas a las infracciones advertidas en su actuar y, eventualmente, la reposición de los efectos perjudiciales que la demora en el cobro haya producido a la Hacienda Pública.

Se dice que «no es correcto suponer que la conducta ilícita que significa el incumplimiento de una obligación legal (retener) tenga poder liberatorio respecto de la otra (ingresar su importe)» (84). Ni pensamos que nadie haya dicho tal cosa. Porque no es la omisión de retención lo que libera al retenedor. Es el pago de la deuda principal por el contribuyente, o su extinción por cualquier otra causa de entre las legalmente previstas, lo que deja sin contenido la obligación a cuenta. Sin que ello obste, huelga reiterarlo, el exigir del retenedor cuantas responsabilidades por razón de demora e infracciones le correspondiesen.

(83) En un supuesto particularmente vinculado con el presente -la responsabilidad en materia de ingresos a cuentas derivados de prestaciones laborales en especie- el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha expresado con singular acierto las ideas aquí desarrolladas: «La propia filosofía, naturaleza y finalidad del impuesto hace que quien soporta la deuda tributaria haya de soportar los anticipos provisionales de la misma (...), la propia esencia del impuesto imposibilita que soporte la deuda tributaria quien resulta ajeno a la misma (...). El que legalmente se establezca una obligación legal a cargo del pagador de la percepción en especie, cual es el financiar el anticipo de la deuda tributaria de otro, en absoluto determina, sin más, que también haya de soportarlo (...), se estaría subvirtiendo, al hacer recaer parte de la deuda tributaria en el empleador, el propio impuesto, pues en ningún caso se estaría gravando la percepción de rentas por una persona física, imponiéndose un tributo a cargo del empleador sin apoyo legal alguno...» (*cf.* S. de 13 de febrero de 1995, en *QF*, núm. 4, 1995, FF.JJ. 3.º y 4.º).

(84) STS de 17 de mayo de 1986, Fundamento Jurídico 4.º.

Las sentencias del Tribunal Supremo se construyen a partir de tres postulados: aunque no se haya retenido *siempre* le corresponde al pagador ingresar el importe de la prestación a cuenta; en ningún caso se le puede exigir responsabilidad alguna al contribuyente respecto del mismo; y lo satisfecho se ha de entender siempre percibido con deducción de la retención correspondiente. En ninguna desarrolla las consecuencias de las dos últimas afirmaciones, limitándose a su proclamación, pero sí el de la primera concluyendo que el retenedor deberá ingresar lo debido aun cuando ya lo hubiera hecho el contribuyente. Se entiende que tal interpretación es la más coherente con la estructura de la tributación sobre la renta de las personas físicas, y se considera su aplicación el mejor modo de preservar los intereses de la Hacienda Pública. A mi entender, ya se ha razonado bastante sobre el particular, no es así. El retenedor no siempre tendrá que ingresar el importe de la obligación a cuenta, pues no tiene sentido reclamar lo debido a cuenta cuando se ha extinguido la deuda principal. Lo que no quiere decir que se desproteja con ello el buen fin de la deuda tributaria. Ya queda ésta suficientemente salvaguardada por el régimen de infracciones y sanciones, así como por el conjunto de los deberes de colaboración e información dispuestos al logro de su cobro efectivo. Lo único que le añade la ficción de retención y el procedimiento de elevación al íntegro es una dosis de complejidad y artificiosidad tan innecesaria como contraproducente.

1.2. La práctica administrativa.

La Administración en líneas generales sigue el criterio fijado por el Tribunal Supremo. Pero en ciertos casos lo desvirtúa aplicando una extraña interpretación: la recaudatoriamente más favorable. Aduciendo la condición independiente de las prestaciones a cuenta cuantifica su importe, con o sin elevación al íntegro, prescindiendo del devenir de la deuda principal. Así calculado hacen responsable de su ingreso al retenedor, si el contribuyente había pagado ya la totalidad de la prestación a cuenta calculada junto con la principal, o a este último si no había autoliquidado así su deuda tributaria. La contradicción es notoria. Dogmáticamente se trata la prestación a cuenta como independiente de la principal. Pero desde el punto de vista de la responsabilidad de su impago se exige tanto del retenedor como del contribuyente.

Cuando se actúa así elevando al íntegro la renta imponible, y se reclama del contribuyente el importe de la prestación a cuenta estamos ante una ficción de renta sin ficción de retención. Desde el punto de vista dogmático supone cuantificar el importe de la deuda tributaria a partir de una consideración de la prestación a cuenta como independiente de la principal para luego reclamar su ingreso de quien no es su deudor, el contribuyente. Es decir, situar al contribuyente en la posición de responsable solidario, junto al retenedor, de la prestación a cuenta. No se reconoce su condición de deudor principal legitimado para pagar la prestación a cuenta integrándola en la deuda tributaria. Pero se le considera responsable solidario de su ingreso en caso de impago. El efecto último de dicha interpretación tiene la virtualidad de situar la deuda tributaria en su destinatario último, el contribuyente, titular de la capacidad económica sujeta a gravamen. Pero encierra en sí una notable incongruencia y arbitrariedad. Si el contribuyente ha pagado la prestación a cuenta integrándola en la prin-

cial no deja de exigirse su pago al retenedor aduciendo su carácter independiente. Si el contribuyente no ha actuado así se hace abstracción de la precedente calificación para derivar hacia él la responsabilidad de su impago.

1.3. La congruencia dogmática.

Todo el problema proviene en última instancia de la persistencia del legislador en conducir al contribuyente a una liquidación que dé por practicadas las retenciones correspondientes. De disponerse la deducción exclusiva de las retenciones practicadas y facilitar al contribuyente la prueba de los hechos mediante una presunción *iuris tantum*, el problema desaparecería. En fase de autoliquidación el contribuyente se atendería a las retenciones efectuadas. En fase de comprobación el retenedor respondería del defecto de retención, de haber sido ésta insuficiente. Si la inspección se produce ultimada, por el contribuyente, la declaración-liquidación, dicho defecto habría quedado subsumido en la deuda tributaria. Sólo se exigirían al retenedor los intereses de demora desde que finalizó el plazo de ingreso de las retenciones hasta que ingresó su autoliquidación el contribuyente, y las sanciones que correspondiese imponer. Y ni siquiera los intereses de demora si la cuota diferencial hubiera resultado negativa. ¿Qué papel jugaría entonces la presunción relativa? Liberar al contribuyente de probar que se le han practicado las retenciones correspondientes a la retribución acordada. El retenedor respondería únicamente del ingreso de las retenciones practicadas, cuyo ejercicio se presumiría realizado, salvo prueba en contrario, y de las sanciones concomitantes a su omisión. Lo no retenido se exigiría directamente al contribuyente que, normalmente, ya lo habría pagado al no deducirse en su declaración sino el importe de las retenciones efectuadas.

Si no se quiere desligar del todo al retenedor, devengada la obligación principal, de la responsabilidad concomitante a la prestación a cuenta, podría entenderse que es responsable solidario de su ingreso. Dicha construcción tiene respecto de la sostenida por el Tribunal Supremo la virtualidad de reconocer carácter liberatorio al pago de la prestación a cuenta realizado por el contribuyente. Garantiza mejor el pago de la prestación a cuenta y alivia la responsabilidad del contribuyente. Es la construcción apuntada en la doctrina italiana (85) y en su momento desarrollada en España por ABELLA POBLET que distinguía dos períodos en la vida de la prestación a cuenta, por lo que a su responsabilidad afecta: hasta el devengo de la obligación principal el único responsable del ingreso de la prestación a cuenta es el retenedor; a partir de ese momento el retenedor y el contribuyente son corresponsables solidarios del ingreso de dicha prestación (86).

(85) Cfr. J.E. VARONA ALABERN, «El sustituto...», *ob. cit.*, pág. 402.

(86) Cfr. E.A. ABELLA POBLET, «La responsabilidad tributaria...», *ob. cit.*, pág. 35 y ss.

2. En el régimen especial.

Lo descrito en el párrafo precedente es, justamente, el régimen jurídico aplicable a las retribuciones exceptuadas del ámbito de aplicación del artículo 98.2 de la LIRPF. En claro paralelismo con lo dispuesto en sociedades, la obligación a cuenta permanece en el entorno propio del contribuyente. Bien es cierto que siendo sustituido por el retenedor en su práctica. Pero siendo así que de no resultar desplazado por su sustituto, al no practicarse la retención, el contribuyente no queda al margen de la responsabilidad debida respecto de una obligación que al cabo a él ha sido impuesta. Lo que trae consigo que se le va a poder reclamar, en contraposición directa con lo previamente expuesto, el ingreso de todo pago a cuenta de cuya realización no esté en condiciones de dar descargo. Y desprotegido de toda presunción, aun relativa, que le permitiese trasladar al retenedor -que es quien estaría en mejores condiciones de aportarla- la prueba de lo que se ha hecho o dejado de hacer.

IV. PROPUESTA DE REFORMA

Analizado el origen y fundamento del artículo 98.2 de la LIRPF y normativa de desarrollo puede afirmarse que confluyen en el mismo dos normas de distinta función y características. Por una parte, una ficción de retención cuyo objetivo es relevar al contribuyente de responsabilidad alguna por cuanto al pago de las retenciones. Lo confuso de la expresión a tal efecto empleada condujo al intérprete administrativo primero, y al redactor reglamentario después, a extraer de su contenido una ficción de renta tomada de un sistema de impuestos reales y de naturaleza antielusoria.

En primer lugar es preciso separar definitivamente ambas cuestiones. Por cuanto al régimen de responsabilidad en materia de retenciones una solución correcta podría ser transformar la ficción en una presunción *iuris tantum*. La única virtualidad de dicha presunción consistiría en facilitar al contribuyente la prueba de que se le ha practicado la retención en un eventual procedimiento de comprobación. La presunción, en otro sentido, no incidiría en modo alguno en el normal desarrollo de la liquidación de la deuda principal. El contribuyente al practicar su autoliquidación únicamente se deduciría el importe de las retenciones efectivamente practicadas. Las obligaciones a cuenta quedarían subsumidas en la principal al devengarse ésta. El retenedor sustituiría al contribuyente en el pago de las obligaciones a cuenta. Pero éstas se extinguirían con el pago o, en todo caso, al devengarse la principal. Suscitado un procedimiento de comprobación la única deuda tributaria impagada, la principal, se exigirá del contribuyente. Del retenedor únicamente podrían reclamarse -sanciones aparte- el importe de las retenciones practicadas, respecto de cuya prueba el contribuyente disfrutará de la presunción relativa de realización, y los intereses de demora desde que debió efectuar su ingreso hasta el término del plazo de recaudación voluntaria de la deuda tributaria. La redacción del precepto podría ser la siguiente: «Los contribuyentes no serán responsables del ingreso de

las retenciones, cuya realización efectiva se presumirá practicada, salvo prueba en contrario. De la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sólo se deducirán las retenciones que les hayan sido efectivamente practicadas y otros pagos a cuenta realizados.»

Por cuanto a la ficción de renta ya se han razonado profusamente los problemas de adecuación constitucional que presenta, y las notorias dificultades procedimentales que plantea. En todo caso podría pervivir como una presunción relativa destinada a ser aplicada únicamente por la Administración en el transcurso de un procedimiento de comprobación: «Cuando la retención no se hubiera practicado, o lo hubiera sido por importe inferior al establecido reglamentariamente, la Administración podrá considerar como renta imponible del impuesto aquella cifra de la que restada la retención correspondiente a la cantidad satisfecha, resultase la remuneración realmente pagada. Salvo que las partes prueben que la renta imponible es de cuantía distinta a la resultante de aplicar la regla precedente.»

Por último reconducida la normativa a sus justos términos carecería de sentido preservar cualesquiera rentas de su ámbito de aplicación, siendo lo lógico otorgar idéntico tratamiento a todas ellas.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: el artículo 98.2 de la LIRPF trae causa de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley de Renta del año 1978 y de la interpretación que de la misma realizara la Orden Ministerial de 30 de octubre de 1980. Si el primero de tales artículos únicamente pretendía, con desafortunada expresión, liberar al contribuyente de responsabilidad alguna respecto del importe de las retenciones que se debieran haber efectuado, la interpretación ministerial condujo el tenor de la norma a las reglas de liquidación de carácter sancionador dispuestas en el sistema de 1964 respecto de ciertos impuestos de producto, cuya función era desincentivar el pago de retribuciones libres de impuestos.

SEGUNDA: a tenor de la normativa vigente lo que se pretendió como una presunción se ha transformado en una ficción de retención. No puede decirse que se trate de una disposición probatoria: no facilita a ninguna de las partes la prueba de los hechos sino que se limita a imponer una liquidación que prescinde de la realidad; no cabe escindir en su contenido un hecho base y un hecho consecuencia ligados entre sí por una inducción lógica. No afecta a la cuantía de la renta imponible sino al régimen de responsabilidad respecto de su impago.

TERCERA: el artículo 60 del RIRPF interpreta el precepto legal como una ficción de renta, imponiendo el sistema de elevación al íntegro como regla de liquidación para las retribuciones satisfechas habiéndose omitido la retención, o practicada ésta en cuantía insuficiente. Como tal ficción

de renta sólo tendría sentido como regla subsidiaria de liquidación dispuesta para ser aplicada por la Administración en un procedimiento de comprobación, en el caso de que no resultara probado el importe íntegro de la renta imponible. Incluso así interpretada no encuentra acomodo constitucional bastante en términos de capacidad económica, seguridad jurídica y derecho a la prueba.

CUARTA: las retribuciones legalmente establecidas, término que bien puede englobar la mayoría de los rendimientos del trabajo, y buena parte de los profesionales y del capital mobiliario, no resultan afectadas por ambas ficciones y se rigen en su liquidación por el mismo sistema que el concerniente a las personas jurídicas. En ningún caso se aplicará el sistema de elevación al íntegro y únicamente se tienen en cuenta las retenciones efectivamente practicadas, sin que se presuma ni finja su realización.

QUINTA: *de lege ferenda* deberían separarse la ordenación legal de ambas cuestiones y otorgar una misma regulación, en materia de responsabilidad, a todos los rendimientos e incrementos patrimoniales sujetos a retención. Tal vez lo más adecuado fuera transformar la ficción de retención en una presunción *iuris tantum* y derogar el sistema de elevación al íntegro.

VI. RELACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

1. TRIBUNAL SUPREMO

17-V-1986 (Ar. 2382); 29-IX-1986 (Ar. 4686); 16-XI-1987 (Ar. 7884); 27-V-1988 (Ar. 3997); 22-II-1989 (Ar. 1382); 10-VII-1991 (Sala 4.^a); 5-XI-1991, y 16-XII-1992 (Ar. 9674).

2. AUDIENCIA NACIONAL

15-VI-1993 (*Impuestos*, II/1993); 19-IV-1994 (*JT*, 368), y 20-IX-1994 (*QF*, Noviembre 94-I).

3. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Aragón 1-X-1992. *Castilla y León* 17-I-1990, y 23-VI-1990. *Cataluña* 23-III-1993 (*Impuestos*, II/1993). *Galicia* 15-XI-1989, y 4-II-1993. *Murcia* 19-V-1993 (*JT*, 735), y 30-IV-1994 (*JT*, 311). *País Vasco* 29-VII-1989; 3-II-1990 (*Impuestos*, I/1991); 17-XI-1990; 21-IX-1991; 15-II-1992; 1-XII-1993 (*QF*, Marzo 94-II), y 9-V-1994 (*JT*, 542).

4. AUDIENCIAS TERRITORIALES

Albacete 13-XII-1983. *Barcelona* 12-XII-1985. *La Coruña* 1-III-1988 (*Impuestos*, I/1989).
Oviedo 11-IX-1985. *Valladolid* 21-III-1985 (*CaT*, ref.^a 204), y 26-VII-1986.

5. TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

9-II-1988; 14-VI-1988; 13-X-1988; 25-XI-1988; 9-XII-1988; 2-XI-1989 (*CaT*, ref.^a 2422);
3-IV-1990; 5-VI-1990; 27-VI-1990; 3-VII-1990; 18-VII-1990; 29-V-1991 (*CaT*, ref.^a
4038); 26-II-1992 (*CaT*, ref.^a 4038); 25-III-1992 (*CaT*, ref.^a 4038); 3-XI-1992; 1-IV-1993
(*JT*, 675); 2-VI-1993 (*CaT*, ref.^a 4753); 21-VII-1993 (*Impuestos*, I/1994), y 23-II-1994
(*Impuestos*, núm. 18/1994).

6. TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS REGIONALES

Valencia 13-XI-1992.