

TRIBUTACION	LEY 18/1991, DEL IRPF	N.º 200
--------------------	------------------------------	----------------



Trabajo efectuado por:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Naturaleza y objeto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- III. Ambito de aplicación.
- IV. Tratados y Convenios Internacionales.
- V. El hecho imponible.
- VI. Estimación de rendimientos.



TRIBUTACION**LEY 18/1991, DEL IRPF****N.º 200**

I. INTRODUCCION

La sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 7, apartado tercero, 31, apartado segundo, y 34, apartados tercero y sexto, de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La expulsión del ordenamiento del IRPF de los preceptos citados, desbarató radicalmente la estructura de la sujeción pasiva, basada técnicamente en el principio de acumulación de rentas, en sede de la unidad familiar.

La Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, estableció para los períodos impositivos comprendidos entre el 1 de enero de 1988 y el 31 de diciembre de 1989 un conjunto de normas al objeto de ajustar la tributación por el IRPF y por el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio a la sentencia del Tribunal Constitucional. Esta ley, de clara vocación transitoria, ha estado vigente también en los años 1990 y 1991. Finalmente, en el BOE del día 7 de junio de 1991, se publicó la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que entrará en vigor el día 1 de enero de 1992.

La Ley 18/1991, cuyo Proyecto apareció publicado en el BOC de 4 de agosto de 1990, tiene su causa inmediata en la sentencia del Tribunal Constitucional. Es cierto que aborda otras cuestiones además de la concerniente al sujeto pasivo, pero, con toda probabilidad, en el ánimo del Ministerio de Hacienda no se hallaba a comienzos del año 1989 realizar una reforma de la imposición personal sobre la renta. El Ministerio de Hacienda emprendió la reforma forzado por la precaria situación en que la sentencia del Tribunal Constitucional había dejado a la Ley 44/1978, del IRPF, cuyos planteamientos técnicos y ortodoxos habían sido removidos por la Ley 48/1985, de reforma del IRPF.

Desde el día en que se dicta la sentencia del Tribunal Constitucional (20 de febrero de 1989), hasta aquel en que se publica en el BOC el Proyecto de Ley del IRPF (4 de agosto de 1990), transcurren dieciocho meses en los que se produce una intensa polémica acerca del papel y funciones de la imposición personal sobre la renta, que luego se prolongaría en un larguísimo debate parlamentario, a lo largo del cual fue ganando constantemente fuerza la idea de eficiencia económica a la par que la iban perdiendo las ideas de equidad y progresividad.

El texto resultante es hijo de fuerzas contradictorias; por una parte, las que en su día animaron la férrea Ley 48/1985, claramente concebida como una restricción a la pureza técnica de la Ley 44/1978, tachada de ingenua, tal vez injustamente, por quienes no supieron o no pudieron gestionar adecuadamente un sistema de imposición personal sobre la renta basado en una definición sintética de la misma y adobado con exquisitos refinamientos técnicos como es la transparencia fiscal; y por otro, las que toman su inspiración en las doctrinas de la imposición proporcional o escasamente progresiva sobre la renta, buscando la atenuación del «efecto sustitución» propio de la imposición sobre la renta.

En medio de ambas visiones de la tributación podemos situar el cúmulo de intereses particulares de aquellas capas sociales emergentes que, a lo largo de los cinco años anteriores, habían realizado importantes procesos de acumulación de rentas merced a plusvalías bursátiles e inmobiliarias; su objetivo, conseguir una fiscalidad benévola para este tipo de rentas.

Y, finalmente, en el horizonte del año 1993, la cuestión de la localización del abono, poco estudiada técnicamente, pero esgrimida como arma contundente contra la tributación severa de los rendimientos del capital mobiliario.

Difícilmente podrán encontrarse juntas tantas circunstancias adversas para llevar a cabo una reforma bajo el imperio de la reflexión sosegada.

De rechazo, el Impuesto sobre Sociedades sufrirá el impacto de la agitación padecida por el sistema tributario a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, pues la disposición adicional 20.ª de la Ley 18/1991, del IRPF, ordena al Gobierno presentar un Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades antes de que finalice el año 1992. ¿Otros dieciocho meses de intenso debate?

El gran tema de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, es el tratamiento de la unidad familiar o, si se quiere, la regulación del sujeto pasivo. Pero, a un nivel de relevancia sin duda menor, han sido abordadas, con mayor o menor acierto, otras cuestiones:

- Valoración de operaciones realizadas entre la sociedad y los socios.
- Regulación cerrada de unos supuestos de exención.
- Clarificación de la tributación de las sociedades civiles.
- Introducción de la noción de centro vital de intereses.
- Remodelación de la obligación real de contribuir.

- Regulación de las retribuciones en especie.
- Adopción de conceptos procedentes de la Ley 14/1985.
- Establecimiento de los planes de abono popular.
- Remisión al Impuesto sobre Sociedades para la determinación del beneficio empresarial, profesional y artístico.
- Nueva regulación de la estimación objetiva singular.
- Sistema de coeficientes para reducir el importe gravable de los incrementos y disminuciones de patrimonio.
- Desaparición de la «plusvalía del muerto».
- Regulación de los incrementos de patrimonio no justificados.
- Modificación del régimen de transparencia fiscal.
- Establecimiento de un nuevo esquema de relaciones entre las rentas regulares y las irregulares.

II. NATURALEZA Y OBJETO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

A. Naturaleza (art. 1.º).

Tres notas predica el artículo 1.º de la Ley 18/1991, del IRPF, del tributo que regula:

- Directo.
- Personal y subjetivo.
- Incide sobre la renta de las personas físicas.

a) Impuesto directo.

Entre las múltiples clasificaciones que, del conjunto de tributos existentes en un determinado momento histórico, se han venido formulando por los hacendistas destaca por su antigüedad y persistencia aquella que distingue entre impuestos directos e indirectos. Pese a ello este criterio clasificatorio admite, por lo menos, cuatro versiones.

La clásica fue formulada por Stuart Mill: Un impuesto directo es el que se exige de las mismas personas que se pretende o desea que lo paguen; un impuesto es indirecto cuando se exige a una persona con la esperanza y la intención de que ésta se resarza de su pago a expensas de alguna otra.

Enlaza la doctrina de Stuart Mill con la versión de la técnica recaudatoria empleada por la Administración Tributaria: Un impuesto directo es el que se exige ajustándose a listas nominativas de contribuyentes (censos, padrones, matrículas ...) o a declaraciones particulares de éstos; un impuesto indirecto es el que se exige con ocasión de determinados actos realizados por los contribuyentes (consumo, transferencias de bienes ...).

La tercera versión se fundamenta en la forma de medir la capacidad de pago de los diferentes tributos: Son directos los que recaen sobre la renta e indirectos el resto.

La cuarta versión se aparta, en cierto modo, del campo del tributo. Se trata de la que utiliza la Contabilidad Nacional: Son directos los impuestos que recaen sobre la renta percibida por los factores de la producción y son indirectos los impuestos que deben pagarse en el momento o con ocasión de la adquisición de bienes y servicios.

La clasificación impuestos directos *versus* impuestos indirectos se utiliza primordialmente como criterio de ordenación de los diferentes tributos, por ejemplo, en las Leyes de Presupuestos, pero también en algunas ocasiones surte un efecto jurídico: Determinación de la base de deducción por inversiones, de la cual se excluyen los impuestos indirectos (art. 62 Ley de Presupuestos para 1991).

b) Personal y subjetivo.

Ambas notas se predicán por excelencia del Impuesto sobre la Renta, desde que la historia registra, en las Haciendas más avanzadas, el tránsito de un sistema de distribución real de los impuestos a un sistema de distribución personal. Y esto sucede porque, como dice Einaudi, los impuestos no se pagan por las cosas sino por las personas.

El Impuesto sobre la Renta resume y condensa las características de un sistema de distribución de los impuestos personal, de aquí que el legislador lo califique de personal y subjetivo. ¿Cuáles son esas características? Para Einaudi, clásico de la Hacienda Pública, son las siguientes:

- La imposición personal es una imposición sobre la suma algebraica de las rentas que corresponden a cada persona.
- Las rentas mínimas están exentas.
- La alícuota es progresiva.
- Se grava la renta neta.
- Toma en cuenta las condiciones personales (edad, estado civil, enfermedad ...).
- Sigue a la persona y no a la cosa.
- No goza de garantías reales para su exacción.
- El lugar de la imposición es el de la residencia del contribuyente.

Podremos comprobar que, en buena medida, todas las características citadas son predicables del IRPF, aunque no desde luego en toda su pureza e intensidad.

c) Renta de las personas físicas.

La existencia del Impuesto sobre Sociedades obliga a dividir la imposición sobre la renta entre este tributo y el IRPF. Mas si no existiera el Impuesto sobre Sociedades, no por ello habría un vacío, ya que, en definitiva, las sociedades son propiedad de personas y por tanto éstas tienen la titularidad mediata de las rentas que en aquéllas se remansan.

La imposición sobre la renta puede prescindir del Impuesto sobre Sociedades, mas no del IRPF. Ahora bien, en la práctica tributaria de todas las Haciendas más avanzadas ambos tributos coexisten, si bien con un apreciable grado de integración que tiende a convertir al Impuesto sobre Sociedades, salvo excepciones señaladas, en un tributo previo al IRPF y, en parte, a cuenta del mismo.

B. Objeto (art. 2.º).

Por objeto del impuesto se entiende «la realidad material y económica que se grava» (Sáinz de Bujanda).

Así pues, el objeto del IRPF es la renta, y el artículo 2.º se ocupa de anticipar que está constituida por la totalidad de los rendimientos netos e incrementos de patrimonio.

En realidad, los dos primeros artículos que venimos analizando no ordenan nada, ni contienen definiciones útiles para la correcta aplicación de otros preceptos. Diríase que el legislador se recrea en una aventura doctrinal.

III. AMBITO DE APLICACION

A. Territorialidad del IRPF.

El IRPF se exigirá en todo el territorio español (art. 3. uno). No debe confundirse el ámbito de aplicación del tributo con el aspecto espacial del hecho imponible.

Las normas del IRPF rigen en todo el territorio español (art. 3 uno) y originan la relación jurídica tributaria cuando el sujeto pasivo tiene en ese territorio su residencia habitual [art. 11. uno a)] o bien cuando, sin tenerla, obtenga rentas que se consideran producidas en él [art. 11. uno b)].

De modo que definido el ámbito territorial en que se aplicará la norma tributaria (eficacia de la norma financiera en el espacio), es necesario, además, establecer los criterios o puntos conexión de la renta a gravar en ese territorio (aspecto espacial del hecho imponible). En definitiva, las normas que regulan ambas cuestiones permiten determinar las personas a las que se extiende el poder tributario del Estado.

El IRPF se aplica en función del principio de territorialidad, a diferencia del principio de nacionalidad, ya que la residencia habitual se define en base a la relación fáctica del sujeto pasivo con un determinado lugar geográfico.

El artículo 3.º no define el perímetro del territorio español, de aquí que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.º de la Ley 10/1977, de 4 de enero, entendamos que está integrado por:

- Los territorios, aguas interiores e islas.
- El mar territorial, cuyo límite exterior está delimitado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas base.
- El espacio aéreo correspondiente.

La plataforma continental y la zona marítima exclusiva, entendemos que no forman parte del territorio español a efectos de la aplicación del espacial del IRPF.

B. Regímenes tributarios forales.

Tanto las Diputaciones Forales vascas como la Comunidad Foral de Navarra pueden «mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario» (art. 1.º Ley 12/1981 del Concierto y art. 1.º Ley 28/1990 del Convenio). Por esta razón, las leyes tributarias del Estado contienen una cláusula de estilo: «Sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio Económico».

Las normas de armonización establecidas en el Concierto y en el Convenio impiden diferencias apreciables entre las normas comunes y las forales. Es más, el artículo 7.º seis de la Ley 12/1981 establece que las Diputaciones Forales aplicarán durante la vigencia del Concierto (hasta el 31 de diciembre del año 2001) las normas reguladoras del IRPF en territorio común. Esta norma armonizadora no ha sido alterada por la Ley 27/1990, de modificación parcial del Concierto, de modo que las únicas diferencias que pueden mediar entre las normas forales vascas y las normas comunes son:

- Tablas de amortización.
- Signos, índices, módulos de estimación objetiva singular.
- Dedución por inversiones respecto de actividades empresariales realizadas en el País Vasco.
- Modelos de declaración-liquidación y modalidades de ingreso.
- Deduciones por donativos de específica aplicación al País Vasco.
- Gastos personales (art. 7.º cinco del Concierto).

Las normas forales se aplican en función del criterio de la residencia habitual (art. 7.º del Concuerdo y art. 8.º del Convenio Económico con Navarra).

Es de advertir que los residentes en el extranjero que conserven la condición política de navarros con arreglo al artículo 5.º de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra, están sujetos a las normas forales navarras del IRPF, a saber:

- Quienes hayan tenido su última vecindad administrativa en Navarra.
- Los descendientes de éstos, en cuanto tuvieren la nacionalidad española y así lo socilitaren.

La sujeción a las normas forales navarras será, para estos sujetos pasivos, por obligación real de contribuir.

IV. TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

El artículo 4.º de la Ley 18/1991, del IRPF, establece la prioridad de las normas convenidas respecto de las normas internas. En realidad se trata de un precepto innecesario, aunque correcto, porque los tratados internacionales en materia fiscal están sometidos a las reglas generales establecidas por la Constitución acerca de los tratados.

Estas reglas son:

- Los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en España (art. 96. 1 de la Constitución). Hasta ese momento los tratados no son eficaces, aun cuando hayan sido celebrados de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. En este sentido, el artículo 1. 5 del Código Civil, cuya vigencia después de la Constitución está fuera de toda duda, establece que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».

Se observa el perfecto engarce entre el Código Civil y la Constitución, pues ambos textos legales se basan en el mismo principio: El de incorporación al ordenamiento interno del tratado a través de su publicación oficial.

- Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (art. 96. 1 de la Constitución).

Recibe así el texto constitucional el principio de supremacía del Derecho convenido sobre el Derecho interno, ampliamente proclamado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Y también por nuestro Tribunal Supremo en sentencias tanto pre como post constitucionales. A este respecto, cabe citar las sentencias de 27 de febrero de 1979, 17 de julio de 1971 y 17 de junio de 1974, las cuales afirman que «los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado».

Las normas generales del Derecho internacional relativas a la derogación, modificación o suspensión de tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de fecha 23 de mayo de 1969, a la que España se adhirió en el año 1972.

- La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales cuando impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública (art. 94 de la Constitución).

Así pues, el interés para el tributarista de la materia de los tratados internacionales reside en el momento de su eficacia y en los modos de su derogación, suspensión o modificación, porque ello determinará el perfecto conocimiento del Derecho vigente y aplicable al caso de que se trate. Conviene, no obstante, ofrecer un breve detalle del proceso de elaboración de un tratado internacional:

- Autorización para negociar el tratado, concedida por el Consejo de Ministros (art. 10. 5 Ley de Régimen Jurídico).
- Suscripción del texto del tratado por la autoridad administrativa competente.
- Autorización por las Cortes Generales del tratado suscrito.
- Manifestación del consentimiento del Estado por el Rey (art. 63. 2 de la Constitución).
- Publicación íntegra en el BOE. A partir del día siguiente el tratado tiene plena eficacia.

Un cuestión de superlativa importancia, no abordada por la Ley 18/1991, es la concierne a las relaciones entre el Derecho comunitario y los tratados internacionales bilaterales y, en particular, los que tienen por objeto materias tributarias. Ciertamente que en el campo del IRPF la acción de las normas comunitarias es, hasta ahora, desconocida, pero como en el futuro puede no ser así, debemos tratar brevemente la cuestión.

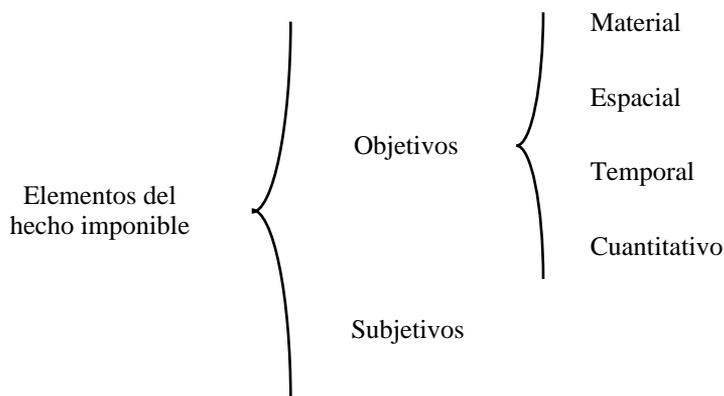
A nuestro entender, una interpretación extensiva del artículo 234 del Tratado de Roma, ha de llevarnos a concluir que los tratados bilaterales no pueden prevalecer sobre el Tratado de Roma. En virtud del principio de supremacía del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia podrá condenar a un Estado miembro por razón de la suscripción de un tratado incompatible con aquél, obligándole, en su caso, a adoptar la medida de denuncia.

V. EL HECHO IMPONIBLE

A. Elementos y naturaleza.

En un Estado de Derecho el tributo se exige a través de una obligación jurídica a cargo del sujeto pasivo. Pues bien, esta obligación jurídica nace cuando se realiza el hecho previsto por la ley. Este hecho es el hecho imponible, cuya naturaleza fáctica es indisputable, aun cuando se configure, en algunos tributos, por medio de un negocio jurídico.

La doctrina ha estudiado con detenimiento el hecho imponible y, partiendo de la definición contenida en el artículo 28 de la Ley General Tributaria, ha desvelado sus elementos:



En la imposición sobre la renta de las personas físicas, el aspecto material del hecho imponible es la obtención de renta. Se trata de un hecho imponible, por consiguiente, complejo ya que, como dice Sáinz Bujanda, se integra progresivamente en el tiempo.

La doctrina ha disputado vivamente acerca de la naturaleza jurídica o económica del hecho imponible, controversia que, a mi parecer, es de todo punto estéril.

El hecho imponible es creación de la ley y en cuanto tal tiene naturaleza jurídica, pero el legislador extrae el presupuesto de hecho de la realidad social y ésta puede consistir en una magnitud económica o física, o en la realización de una actividad o en un negocio jurídico

El hecho imponible tiene naturaleza jurídica y por lo tanto el impuesto habrá de exigirse conforme a la verdadera naturaleza jurídica del mismo, pero para precisar ésta no ha de perderse de vista su contextura.

Tiene razón la doctrina que critica el artículo 25. 1 de la Ley General Tributaria cuando afirma que «el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible», pues el hecho imponible no tiene otra naturaleza que la jurídica, pero, una vez reconocido y aceptado este dato de partida, ha de entenderse que el aspecto material del hecho imponible puede consistir en un negocio jurídico o en una realidad económica, de tal suerte que el artículo 25 números 2 y 3 de la Ley General Tributaria convoca al intérprete a tener en cuenta, simplemente, la verdadera realidad o esencia de ambos aspectos materiales.

Y así, cuando el aspecto material del hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, el legislador ordena que se califique «conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados», en tanto que cuando consista en «conceptos económicos el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen».

Sea el elemento material del hecho imponible un negocio jurídico o sea una realidad económica, el legislador ordena que el impuesto se exija sobre y en función de la realidad de una u otra, cualquiera que sean las formas o apariencias.

La experiencia demuestra que la Administración Tributaria, presa del respeto reverencial a la doctrina que predica la naturaleza jurídica del hecho imponible a modo de dogma fundamental, rara vez ha enderezado las situaciones tributarias en base a lo establecido en el artículo 25 de la Ley General Tributaria, como sí éste fuera un dislate contra la ciencia jurídica, abandonándose así a los manejos de la «ingeniería fiscal».

Nada más desacertado que este proceder, contrario a la misma esencia de nuestro sistema jurídico-privado, basado en la noción de causa, contrario también a las reglas civiles de interpretación (art. 3.º del Código Civil), y contrario, en fin, a la mejor doctrina tributaria que viene insistiendo, desde posiciones nada sospechosas por cierto, que «el empleo del método jurídico para la calificación del hecho imponible no supone la eliminación de la consideración de cualquier elemento de naturaleza extrajurídica ... (y que) es de esencia al propio método jurídico la necesidad de que las normas se interpretan con un conocimiento exacto de las realidades sobre las que proyectan sus efectos» (Sáinz de Bujanda).

En el IRPF el aspecto o elemento material del hecho imponible se delimita atendiendo a un concepto económico: La renta. Habrá pues de exigirse el impuesto en razón a la obtención de renta, por más que bajo determinadas formas jurídicas pretenda desfigurarse la realidad económica.

B. El hecho imponible en el IRPF.

Constituye el hecho imponible la obtención de renta por el sujeto pasivo (art. 5.º uno Ley 18/1991).

La renta es el aspecto material del hecho imponible, y el único elemento del mismo que se halla en la definición. Los restantes elementos están dispersos a lo largo del articulado.

El legislador no define lo que entiende por renta aunque la clasifica en cinco categorías. Sin embargo, el concepto de renta no es pacífico en la teoría de la Hacienda Pública. En efecto, dos teorías se han enfrentado -la de la periodicidad o de la fuente y la del incremento neto de riqueza-, pudiendo afirmarse que es esta última la predominante en la actualidad.

La teoría del incremento neto de riqueza tiene su formulación más clásica en Simons: «Suma algebraica del consumo de una persona y el cambio de valor de su patrimonio»; y su desarrollo más señero en los informes Carter, Bradford y Meade. Finalmente, el economista Musgrave pone en circulación un amplísimo concepto de renta: Afluencia total de riqueza a una persona.

Los sistemas fiscales modernos adoptan un concepto amplio de renta, pero no, desde luego, en los términos que formulan los economistas, debido a la existencia de problemas prácticos: ¿Cómo determinar el consumo?, ¿cómo gravar el incremento de valor no realizado?, ¿cómo moderar el efecto de irregularidad en los acrecentamientos patrimoniales en vistas a la aplicación de una tarifa progresiva?

Por todas las razones expuestas, partiendo de un concepto implícito de la renta extensiva, no se ha renunciado a especificar sus fuentes, a suspender el gravamen de los incrementos de valor no realizados, y a establecer un Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para gravar las afluencias de valor a título gratuito.

En esta línea se mueve el legislador español, ya que:

- Enumera las fuentes de renta.
- No grava las ganancias de capital tácitas.

- Deslinda los incrementos de patrimonio lucrativos para ubicarlos en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

C. Fuentes de renta.

Una persona física puede participar en el mercado de bienes y servicios ofreciendo su trabajo, otros factores productivos de que disponga o, finalmente, organizando unos y otros. No hay otra posibilidad de obtención de renta mediante comportamientos productivos. Los tres comportamientos son recogidos por el artículo 5.º cuatro de la ley:

- Rendimientos del trabajo: Precio del factor trabajo.
- Rendimientos de elementos patrimoniales aislados: Precio del factor capital.
- Rendimiento de actividades empresariales o profesionales: Excedente del empresario.

Pero junto a la renta que deriva de comportamientos productivos como los citados, hay otra que procede de la variación relativa de los precios de los diversos bienes: Las ganancias de capital. Bien se comprende que las ganancias de capital son consecuencia de comportamientos apropiativos y que aun cuando no integran la producción nacional deben ser objeto de gravamen en cuanto que sus titulares aumentan su poder adquisitivo y, por tanto, su capacidad económica.

También el artículo 5.º de la ley recoge este componente de la renta -incremento de patrimonio- pero, como más adelante veremos, la determinación de la base imponible se hace de tal manera que en muchos casos no habrá tributación efectiva, y en otros se gravarán rentas inexistentes en cuanto que no serán debidas a la variación de los precios relativos sino a una variación absoluta de los mismos.

El artículo 5.º cuatro d) se refiere a los incrementos de patrimonio, pero no a las disminuciones. ¿Es que no es posible la renta negativa?

Una explotación económica puede arrojar resultados positivos y negativos, luego puede haber renta negativa. ¿No puede haber pérdidas de capital? Desde luego que sí, pero, ¿podemos considerarlas como renta negativa? En la medida que el incremento es renta positiva, evidentemente, sí.

Hay en la omisión de las disminuciones de patrimonio, a nuestro entender, un error conceptual. Si por renta se entiende el fruto del trabajo o de las cosas, así como el excedente em-

presarial, la disminución de patrimonio no es renta negativa, pero si por renta entendemos todo acrecentamiento patrimonial que proporciona un correlativo aumento de la capacidad adquisitiva, la disminución de patrimonio es renta negativa. Ahora bien, cuando se convoca al incremento de patrimonio como componente de la renta es porque se acepta esta última noción de renta, de aquí que, en nuestro criterio, la disminución de patrimonio debería incorporarse al hecho imponible.

La fuerza de la lógica acaba por imponerse y las disminuciones de patrimonio aparecen en el artículo 44, en paridad con los incrementos, a los efectos de su consideración como importe integrante de la base imponible. ¿Es que puede incorporarse a la base imponible algún componente que previamente no tenga cabida en el hecho imponible?

Hay un quinto componente del hecho imponible: las imputaciones de bases imponibles positivas de las sociedades en régimen de transparencia fiscal.

En realidad no estamos ante una fuente de renta sino ante la modificación, con efectos fiscales, del titular jurídico de unos determinados componentes de la renta.

Civilmente unas determinadas rentas -pasivas o de tenencia, profesionales y de artistas y deportistas- son obtenidas por personas jurídicas, pero el legislador fiscal, en legítimo uso de la autonomía de que disfruta el Derecho Financiero en paridad con cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, las imputa a los socios de las mismas, exclusivamente, a efectos fiscales.

Una construcción sistemática del tributo aconsejaría definir los diversos componentes de la renta a continuación del hecho imponible, pero el legislador no lo ha hecho así y ha relegado las definiciones al título destinado a la «determinación de la renta», lo que no es técnicamente correcto, pues en tal título únicamente deberían tener cabida las reglas de cálculo para la medición de aquéllos.

Un atisbo de lo que debió ser lo hallamos en el artículo 6.º que contiene las reglas que han de aplicarse para dilucidar cuando un elemento se encuentra, o no, afecto a una actividad empresarial. Este precepto sí está sistemáticamente bien colocado, pero, por lo mismo, se echan en falta otros dedicados a la función de definición.

En el IRPF es importante determinar en qué casos determinados elementos patrimoniales se hallan afectos a la actividad empresarial o profesional y en qué casos no, porque de ello depende la correcta determinación de la renta. En efecto, los bienes de consumo privado del empresario no deben gravar a la explotación económica.

El artículo 6.º de la Ley 18/1991, del IRPF, proviene, en lo esencial, del artículo 12 del Real Decreto 2384/1981, de 3 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento del IRPF.

Todo el contenido del precepto puede resumirse en una sola idea: Están afectos a la actividad empresarial aquellos elementos cuyo concurso es necesario para la obtención de los rendimientos empresariales.

En efecto, el número uno del artículo 6.º, se refiere, en primer lugar, a los inmuebles, después a los bienes «destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad», y, por último, a «cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos». No hay otro criterio válido que la relación del activo con el rendimiento, relación que viene dada, para la generalidad de los activos, por la correlación del gasto que su consumo origina con los ingresos de la actividad empresarial. Así pues, elemento patrimonial afecto a una actividad empresarial será aquel cuyo consumo genera un gasto necesario para la obtención de los ingresos.

Bien se comprende que, siendo esto así, en el Impuesto sobre Sociedades podría prescindirse de un precepto similar, ya que en él rige el concepto de gasto necesario para la dotación de los ingresos, de tal suerte que, una vez delimitado éste, el activo que lo genera queda automáticamente calificado como afecto o no a la actividad empresarial. Lo problemático no es la afectación a la actividad empresarial, sino el concepto de esta última.

También podría prescindirse en el IRPF del artículo 6.º, habida cuenta que el artículo 42 de la Ley 18/1991, del IRPF, declina en el Impuesto sobre Sociedades la tarea de la determinación del rendimiento neto de las actividades empresariales.

Pero el artículo 6.º ha ido más allá de la estricta relación lógica descrita: Elemento afecto es aquel cuyo concurso, a través de su consumo (excepto terrenos), es necesario para la obtención de los ingresos. En efecto, hay un conjunto de elementos que por su naturaleza son susceptibles de usos alternativos: Inmuebles, vehículos En tal caso, la lógica aconseja estar al uso o aplicación efectiva, y si ésta fuere mixta establecer una regla de afectación parcial, y así lo hace el artículo 6.º, excepto para los elementos patrimoniales indivisibles, que en ningún caso serán susceptibles de afectación parcial.

Esta regla de exclusión de la afectación parcial, en unión a la que habilita a un reglamento para considerar afectos a la actividad empresarial bienes utilizados para el consumo privado de «forma accesoria y notoriamente irrelevante», tendrá por efecto que los bienes susceptibles de usos alternativos nunca, o casi nunca, serán considerados como afectos a la actividad empresarial, por más que, en la parte que sea, contribuyan a la obtención de los ingresos.

El legislador ha deseado evitar polémicas, y ha optado por una solución radical. Desde luego se evitarán los conflictos, que en muchos casos eran más bien amigables composiciones, pero a costa de forzar la realidad de los hechos que, objetivamente considerados, no revisten

gran importancia, excepto para algunas profesiones, como la de agente comercial en la que el vehículo es elemento indispensable.

D. Ganancias de capital no realizadas.

El artículo 44 de la Ley 18/1991 define los incrementos y las disminuciones de patrimonio como «las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél».

Se advierte que solamente se gravan las ganancias de capital realizadas. No basta el incremento de valor, es preciso que se produzca una alteración en la composición del patrimonio, expresión de amplio contenido, pero que descarta la inclusión en la base imponible de las ganancias de capital no realizadas.

E. Deslinde con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Determinados incrementos de patrimonio escapan del IRPF y quedan alojados en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:

- Los obtenidos mediante sucesión mortis causa: Herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.
- Los obtenidos mediante transmisión gratuita inter vivos: Donación.
- Los obtenidos por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario (art. 3.º Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

Fuera de los casos citados, la totalidad de los incrementos de patrimonio tributan en el IRPF.

Sin duda es la fiscalidad del seguro de vida la que ofrece mayores dificultades debido, principalmente, a la interferencia de la Ley 8/1987, de Planes y Fondos de Pensiones. De esta cuestión nos ocuparemos en epígrafes posteriores, baste ahora con conocer las líneas generales de repartición de la materia tributaria entre ambos tributos, y advertir que:

- El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones grava únicamente los incrementos de patrimonio expresamente tipificados en su artículo 3.º.

- El IRPF grava el resto de los incrementos de patrimonio operando, por consiguiente, a modo de «cajón de sastre» donde caben todos los incrementos de patrimonio, cualquiera que sea la forma de obtención y su naturaleza.
- Ningún incremento de patrimonio estará simultáneamente sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y al IRPF.

VI. ESTIMACION DE RENDIMIENTOS

A. Presunción de rendimientos. Naturaleza de las presunciones.

Bajo el título de estimación de rendimientos, el artículo 7.º de la Ley 18/1991, del IRPF, recoge una presunción de rendimientos.

La presunción es un medio de prueba en cuya virtud, demostrado un determinado hecho (hecho-base), se da por probado otro hecho (hecho-consecuencia), a menos que se pruebe lo contrario. Las presunciones se fundamentan en la existencia de un enlace preciso y directo entre ambos hechos construido según la lógica del raciocinio humano. Cuando la lógica del enlace preciso y directo es desplegada por las partes en un proceso estamos ante las presunciones judiciales, en tanto que cuando es establecida por el legislador, probablemente en base a la experiencia, nos hallamos ante las presunciones legales.

Pues bien, el artículo 7.º de la Ley 18/1991 establece una presunción legal.

Antes de pasar a estudiar su contenido, se advierte que su colocación sistemática es inadecuada. En efecto, la presunción de rendimientos no es materia del hecho imponible, sino más bien del denominado Derecho Tributario Formal cuyo contenido se nutre de los preceptos necesarios para aplicar un tributo previamente establecido. De la presunción no puede derivar ni deriva un nuevo hecho integrante del presupuesto fáctico del hecho imponible. No es la presunción, indisputablemente, materia a incluir en un título dedicada al hecho imponible.

B. Examen de la fórmula legal.

a) Antecedentes.

Hay preceptos que nacen de la reflexión acerca de la realidad, en tanto que otros discurren por las aguas de los precedentes. Pues bien, la formulación de la presunción de rendimientos es hija de los precedentes.

En efecto, el artículo 3.º 3 de la Ley 44/1978, del IRPF, decía: «Las prestaciones de trabajo personal y las de bienes en sus distintas modalidades se presumirán retribuidas, salvo prueba en contrario».

El artículo 7.º uno se expresa en términos idénticos, si exceptuamos la introducción de la mención a los derechos y el término cesión que, en realidad, nada nuevo añade.

A su vez, el artículo 3.º 3 de la Ley 44/1978 recogió la tradición de las presunciones contenidas en los impuestos a cuenta.

La presunción de retribución de las prestaciones de trabajo personal procede del artículo 4.º del Decreto 512/1967, del Impuesto sobre los Rendimientos de Trabajo Personal, y la presunción de retribución de las cesiones de bienes y derechos tal vez podría entroncarse con la establecida en el artículo 19 del Decreto 3357/1967, del Impuesto sobre las Rentas del Capital; y decimos tal vez porque, como seguidamente hemos de ver, no está claro el ámbito de aplicación de la presunción.

b) Ambito de la presunción.

La presunción se proyecta sobre dos hechos:

- Prestaciones de trabajo personal.
- Cesiones de bienes y derechos en sus distintas modalidades.

El primer hecho (hecho-base) determinará otro hecho (hecho-consecuencia), que consiste en un rendimiento del trabajo.

Obsérvese que la presunción ha de determinar un hecho comprendido en el círculo del hecho imponible. Pues bien, en el caso que nos ocupa ese hecho es un rendimiento del trabajo [art. 5. cuarto a)], no debiendo ser motivo de duda la incorporación del calificativo personal, ya que no se trata más que de una reminiscencia del pasado.

El segundo hecho (hecho-base) determinará otro hecho (hecho-consecuencia), que consiste, simplemente, en que dichas cesiones son retribuidas. Ahora bien, ¿qué concepto o componente de la renta en cuanto hecho integrante del hecho imponible se da por probado en razón a la presunción?

La formulación legal de la presunción impide conectar el hecho-consecuencia o hecho probado vía presunción con algún componente específico de la renta. En rigor pueden ser todos.

Un bien se puede ceder bajo diversos títulos (arrendamiento, compraventa, usufructo ...), en tanto que por cesión de derecho se entiende en el ámbito civil la compraventa que tiene a aquél por objeto. El arrendamiento, la compraventa o la constitución de un usufructo sobre un bien puede hacerse en el desarrollo de una actividad empresarial, o bien aisladamente, o, finalmente, como acto de mera administración en el caso de arrendamiento. Si a esto añadimos la enigmática expresión «en cualquiera de sus modalidades», debemos confesar que no somos capaces de subsumir el hecho probado o hecho consecuencia bajo un componente determinado de la renta, y que la conclusión a la que llegamos, por desoladora que pueda parecer, es que la presunción versa sobre la totalidad de los componentes de la renta, por más que la lógica y los precedentes nos invite a pensar que el hecho probado será la obtención de un rendimiento derivado de la cesión de elementos patrimoniales no afectos a actividades empresariales o profesionales [art. 5. cuatro b)].

Debemos acudir a otros preceptos del texto legal para intentar reconducir la presunción a sus verdaderos límites, a cuyo efecto observamos que cuando una regla especial cumpla la función de la presunción, esto es, la determinación de la renta, ésta deberá ceder ante aquélla.

En esta línea de razonamiento advertimos que:

- Los bienes o servicios entregados, cedidos o prestados en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional de forma gratuita o mediante contraprestación notoriamente inferior al valor de mercado se valorarán, a los efectos de determinar el rendimiento de las actividades empresariales o profesionales, por su valor de mercado (art. 41. cinco, Ley 18/1991).
- A efectos de la determinación de los incrementos y disminuciones de patrimonio, se toma como valor real de enajenación el efectivamente satisfecho, siempre que no difiera del normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste (art. 46. tres Ley, 18/1991).

Puesto que la aplicación de la presunción conduce, al precio o valor de mercado (art. 7.º Ley 18/1991), y las dos reglas contenidas en los artículos 41. cinco y 46. tres hacen lo propio, parece que éstas excluirán la aplicación de aquélla.

La conclusión es que la presunción se aplica exclusivamente a los hechos comprendidos en los apartados a) y b) del artículo 5.º cuatro de la Ley 18/1991, o, de otra manera, que de su ejercicio únicamente derivarán rendimientos del trabajo personal y de elementos no afectos a actividades empresariales o profesionales.

Ahora bien, el camino seguido para reconducir la presunción a los límites que señala la tradición legislativa, nacida de los impuestos a cuenta, pone de manifiesto aspectos inquietantes del tributo nacido de la Ley 18/1991, del IRPF. En efecto, sea por obra de la presunción de rendimientos o por causa de las reglas de valoración, lo cierto es que, en todo caso, prevalecerá el valor de mercado sobre el efectivamente declarado por el sujeto pasivo. Recuérdese que:

- Las prestaciones de trabajo personal se presumen retribuidas por su valor normal en el mercado (art. 7. uno, Ley 18/1991).
- Las cesiones de bienes y derechos no afectos a actividades empresariales y profesionales también se presumen retribuidas por su valor normal en el mercado (art. 7. uno, Ley 18/1991).
- Las entregas de bienes o las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales se valorarán por su valor normal en el mercado (art. 41. cinco, Ley 18/1991).
- La transmisión de bienes se valorará por su valor normal en el mercado (art. 46. tres, Ley 18/1991).

Queda pues demostrado que, en todo caso, frente al valor declarado por el sujeto pasivo se impone el «valor normal en el mercado», con lo cual, en pura teoría, el tributo declina el gravamen de las rentas efectivas para gravar rentas medias.

En la práctica, sin embargo, no es así, al menos en la generalidad de los casos, porque los valores declarados por los sujetos pasivos no son discutidos por la Inspección de los Tributos, salvo en supuestos excepcionales, generalmente en el ámbito de los incrementos y disminuciones de patrimonio.

Sin embargo, el reproche teórico es inevitable porque el gravamen de rentas medias, que son a las que conduce la aplicación del valor normal en el mercado, pugna frontalmente con los siguientes aspectos del tributo:

- La nota de gravamen personal y subjetivo (art. 1.º uno, Ley 18/1991).
- La estimación directa de la base imponible [art. 68 a) Ley 18/1991].
- El gravamen de los incrementos no justificados (art. 49, Ley 18/1991).

c) Valoración del hecho probado.

La presunción contenida en el artículo 7.º de la Ley 18/1991, es hija del artículo 3.3 de la Ley 44/1978, pero aventaja claramente al precedente en cuanto que valora la retribución presumida por su valor normal en el mercado.

Se entiende por valor normal en el mercado la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes.

La definición de valor normal en el mercado conduce al precio de mercado, pues éste representa la contraprestación que se acuerda entre sujetos independientes.

El texto legal, sin embargo, contiene ciertas dosis de equivocidad que es preciso eliminar. En efecto, el referirse a «sujetos independientes» podría pensarse que la presunción sólo opera respecto de relaciones trabadas entre sujetos vinculados, lo que evidentemente no es así; la presunción opera en todo tipo de relaciones, aun cuando más adelante hemos de ver que, juntamente, resulta inaplicable en el caso de operaciones vinculadas.

Cuando el hecho-base consista en una operación financiera a través de la cual se cede un capital a terceros, el hecho-consecuencia, esto es, la retribución, se valora en función del interés legal del dinero que se halle en vigor el último día del período impositivo.

El interés legal del dinero es el básico del Banco de España, salvo que la Ley de Presupuestos hubiere establecido otro diferente (Ley 24/1984).

d) Procedimiento para la determinación del valor normal en el mercado.

El ejercicio de la presunción obliga a la Administración Tributaria a fijar el valor normal en el mercado de la prestación, en base al criterio de «la contraprestación que se acordaría entre partes independientes». ¿Deberá la Administración Tributaria abrir al efecto un procedimiento de estimación indirecta?

Según el artículo 50 de la Ley General Tributaria el procedimiento de estimación indirecta debe aplicarse en los siguientes casos:

- Cuando la falta de presentación de declaración o las presentadas por los sujetos pasivos no permiten a la Administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos.

- Cuando los sujetos pasivos ofrezcan excusa o negativa a la actuación inspectora.
- Cuando los sujetos pasivos incumplan sustancialmente sus obligaciones contables.

A nuestro entender, en ninguno de los casos citados puede subsumirse el ejercicio de la presunción de onerosidad. El procedimiento de estimación indirecta se abre cuando no existen pruebas bastantes para determinar la base imponible por causas imputables al sujeto pasivo, en cuyo caso se autoriza a la Administración Tributaria para que cuantifique la obligación tributaria en base a meras estimaciones. Para decirlo en dos palabras, en el procedimiento de estimación indirecta la Administración Tributaria «estima porque el sujeto pasivo impide que pruebe».

También para calcular el valor de mercado de una prestación de trabajo o de una cesión de bienes y derechos la Administración Tributaria debe estimar, pero no porque el sujeto impida la práctica de la prueba, sino porque ha decidido ejercitar la presunción de onerosidad.

La Administración Tributaria estimará el valor de la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes, pero en el seno de un procedimiento de estimación directa.

El artículo 65 del Real Decreto 939/1986, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, distingue perfectamente entre actividad administrativa de estimación y régimen de estimación de bases imponibles. En efecto, este precepto autoriza la utilización de métodos indiciarios para la determinación de la base imponible *en los regímenes de estimación directa* u objetiva cuando las normas de los distintos tributos establezcan presunciones.

Obsérvese que el método indiciario se subsume en el seno de un procedimiento de estimación directa. Sucede, que el método indiciario cabe tanto en el procedimiento de estimación directa como en el de estimación indirecta, pues, en efecto, el método indiciario es una técnica de valoración que ha de realizarse con harta frecuencia, aun cuando el sujeto pasivo haya declarado fielmente su situación tributaria, colabore exquisitamente con la Inspección de los Tributos y, finalmente, lleve rigurosamente su contabilidad. Así sucede, por ejemplo, cuando la ley sustituye el importe real de una operación por otro valor (ej.: El teórico corregido en el caso de enajenación de acciones de sociedades de mera tenencia de bienes: Artículo 48. uno c), Ley 18/1991), o bien, cuando es preciso calcular el importe de una corrección valorativa, o el de una amortización ...).

En suma, la Administración Tributaria al ejercitar la presunción debe realizar una actividad técnica de valoración, a cuyo efecto deberá aplicar los medios de valoración contenidos en el artículo 52 de la Ley General Tributaria, pudiendo, consecuentemente, el sujeto pasivo solicitar la tasación pericial contradictoria.

e) Efectos secundarios de la presunción.

La presunción da por probado el hecho de que toda prestación de trabajo y toda cesión de bienes supone para el empleado o el titular de los bienes cedidos la obtención de una contraprestación equivalente a la que sería acordada entre sujetos independientes de donde procede que estos sujetos pasivos ajusten positivamente la base imponible de su imposición personal sobre la renta.

Ahora bien, si prospera la presunción porque no haya podido aducirse una prueba en contrario capaz de enervarla, debemos preguntarnos por los efectos de la misma en quienes han recibido la prestación de trabajo o son cesionarios de los bienes o servicios. La cuestión que se plantea es sencilla: ¿Deberá ajustarse negativamente la base imponible de estos sujetos pasivos?

No parece dudoso que si un hecho se da por probado ha de reconocérsele existencia a todos los efectos. Es impensable, en el marco de la lógica jurídica y de la equidad, aceptar un hecho a unos determinados efectos y negarlo a otros.

En consecuencia debemos pronunciarnos por admitir el efecto secundario de la presunción, que consistirá en practicar un ajuste negativo en la base imponible del otro sujeto pasivo, siempre y cuando que el hecho probado sea para él constitutivo de un gasto fiscalmente deducible.

Ahora bien, cuando el sujeto pasivo en cuestión está obligado a la llevanza de contabilidad, la existencia de un hecho probado, aunque por la vía de una presunción, que no ha sido registrado en libros de contabilidad, ha de traer por consecuencia la apreciación de una omisión contable, en suma, de la irregularidad de la contabilidad, lo que puede y tal vez deba conducir a la estimación indirecta en razón a un incumplimiento sustancial de obligaciones contables (art. 50 L.G.T.).

Obsérvese que, a tenor de la presunción, se declara probado que una persona ha satisfecho a otra una determinada suma que, sin embargo, no está asentada en los libros de contabilidad, lo cual a su vez implica, en virtud de la técnica de la partida doble, que se dispone de medios de pago no contabilizados, y ello significa que no se registran correctamente las operaciones.

Así pues, la presunción desencadena varios efectos:

- Efecto primario: Aumento de la base imponible del sujeto pasivo que realiza la prestación de trabajo o la cesión de bienes o derechos.

- Efecto secundario: Disminución de la base imponible del sujeto pasivo que recibe la prestación o la cesión de los bienes o derechos, en cuanto que aquélla y ésta sean necesarias para la obtención de los ingresos.
- Efecto secundario derivado: Aplicación del régimen de estimación indirecta en el sujeto pasivo que recibe la prestación o la cesión de bienes y derechos, en cuanto que el hecho probado pudiera denotar un incumplimiento contable sustancial.

Sin duda los efectos secundarios, y particularmente el que hemos denominado derivado, no han sido atisbados por el legislador y, sin embargo, la lógica del razonamiento jurídico hace inevitable su presencia.

Esta desoladora conclusión parcial nos debe hacer meditar acerca del fundamento lógico de la presunción en la estructura de la vigente imposición directa sobre la renta. A ello dedicaremos un apartado específicamente.

f) Sujeto pasivo afectado por la presunción.

El doble efecto de la presunción determina que los sujetos pasivos afectados por la presunción sean dos: La persona que realiza la prestación de trabajo o la cesión de bienes y derechos, y la persona que recibe una u otra.

La presunción se ejercita por la Administración Tributaria frente al sujeto pasivo que realiza la prestación o la cesión, habitualmente tras una comprobación inspectora y en el seno del acto administrativo de liquidación que pone fin al procedimiento de gestión tributaria. Ahora bien, en este procedimiento la otra parte tiene un interés directo, porque su situación tributaria, como hemos demostrado, puede quedar modificada en virtud del ejercicio victorioso de la presunción. En este sentido, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, adquiere la cualidad de interesado necesario en el procedimiento de gestión tributaria y a él debe ser convocada.

La situación inversa no es correcta. Esto es, no cabe ejercitar la presunción frente a quien recibe la prestación o la cesión de bienes y derechos y, posteriormente, convocar a quien realiza la prestación o la cesión en calidad de interesado necesario, porque el objeto de la presunción es liberar a la Administración Tributaria de probar que una prestación de trabajo o una cesión de bienes y derechos está retribuida por su valor de mercado, y por ello sólo puede ejercitarse frente al sujeto pasivo que realizó una y otra.

Lo contrario significaría desconocer el verdadero significado de la presunción, que no es sino una técnica de inversión de la carga de la prueba en base a declarar probado un hecho cuando queda probado otro con él enlazado de forma precisa y directa.

Obsérvese, pues, que la presunción se ejercita para probar un hecho frente a un determinado sujeto pasivo (quien realiza la prestación o la cesión), aunque su ejercicio también afecta a la otra parte interviniente en la relación jurídico-privada, si bien de manera diversa.

Esta diferencia, tal vez sutil, es de vital importancia para comprender la posición del sujeto que recibe la prestación o la cesión de bienes y derechos frente a la obligación de retener.

g) Obligación de retener.

La obligación de retener nace cuando se abonan o satisfacen rentas sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 98, Ley 18/1991).

Como quiera que el efecto primario de la presunción es, precisamente, dar por probado el hecho del abono o satisfacción de rendimientos del trabajo o de la cesión de elementos patrimoniales, parece que debiera exigirse la retención a quien recibió la prestación o la cesión de bienes y derechos. Y entendemos que así es, pero sólo, y esto es importante, cuando la Administración Tributaria ha ejercitado con éxito la presunción. No es posible, sin embargo, exigir la obligación de retener antes de que concluya el procedimiento en el que se ejercita la presunción.

A diferencia del régimen ordinario de la obligación de retener, en el que la retención antecede al impuesto, en el caso de la presunción el impuesto debe anteceder a la obligación de retener. Pero si esto es así, ¿qué utilidad tiene exigir la obligación de retener?. La respuesta es sencilla: Ninguna.

Todo intento reglamentario de establecer la retención sobre rendimientos presuntos con carácter previo al ejercicio de la presunción está llamado al fracaso, porque vulnera el presupuesto de hecho de la obligación de retener: El abono o satisfacción de rentas sujetas al impuesto. En efecto, antes de ejercitar la presunción y superar las posibles pruebas en contrario no hay constancia del hecho del abono o satisfacción de rendimientos y por consiguiente no puede exigirse la obligación de retener.

h) La presunción de rendimientos y la Ley de Activos Financieros.

El artículo 7.º de la Ley 14/1985, dispone que la retención o ingreso a cuenta se practicará sobre el rendimiento efectivo, «que a estos efectos no podrá ser inferior al mínimo determinado según lo dispuesto en los artículos 3.3 y 16.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y en el artículo 3.3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», además, a estos efectos el Ministerio de Economía y Hacienda queda habilitado para fijar «anualmente un tipo de rendimiento mínimo para cada grupo genérico de operaciones».

Los artículos 3.º y 5.º del Real Decreto 2027/1985 desarrollan el mandato legal exigiendo que el prestatario (operaciones con rendimiento explícito) realice la retención sobre el rendimiento efectivo y un ingreso a cuenta sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo.

El rendimiento mínimo es el interés legal del dinero (disposición transitoria 5.ª del Real Decreto 2027/1985).

Estas normas, cuya redacción no es un modelo de claridad, plantean el problema de su vigencia tras la Ley 18/1991, del IRPF.

A nuestro entender, el objeto de artículo 7.º de la Ley 14/1985, así como, lógicamente, el de sus normas de desarrollo es doble:

- Completar el hecho-consecuencia de las presunciones de rendimientos, contenidas en el artículo 3.3 de la Ley 44/1978 y en el artículo 3.3 de la Ley 61/1978, mediante la cuantificación del mismo en virtud de la fijación reglamentaria de un rendimiento mínimo que resultó ser el interés legal del dinero.
- Crear la figura del ingreso a cuenta a cargo del deudor, sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo.

Así pues, se observa que las normas contenidas en la Ley 14/1985 afectan a la presunción de rendimiento y a la obligación de retener.

En lo concerniente a la presunción, el mandato de ambas leyes -Ley 14/1985 y Ley 18/1991- es idéntico: En el caso de operaciones financieras el hecho-consecuencia se valora en el interés legal del dinero. Por consiguiente, respecto del IRPF el artículo 7.º de la Ley 14/1985 ha sido asumido por la Ley 18/1991, del IRPF.

En lo concerniente al ingreso a cuenta que debe efectuar el deudor, ha de advertirse que el artículo 98 de la Ley 18/1991, relativo a las retenciones y otros pagos a cuenta, no menciona al ingreso a cuenta, pero esto no quiere decir que la figura del ingreso a cuenta haya perdido su fundamento legal, pues la Ley 14/1985, sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros continúa en vigor, excepto por lo que se refiere a los activos financieros con retención en el origen y determinadas precisiones acerca de los Pagars del Tesoro, según hemos de ver más adelante.

Como conclusión de lo expuesto, se deduce que la presunción de rendimientos contenida en el artículo 7.º de la Ley 18/1991 del IRPF, en nada afecta a la obligación de efectuar un ingreso a cuenta que, respecto de los rendimientos presuntivos de operaciones financieras explícitas establecen los artículos 7.º de la Ley 14/1985 y 3.º, 5.º del Real Decreto 2027/1985.

Sin embargo, el artículo 7.º de la Ley 18/1991, del IRPF, no es totalmente inocuo en la materia del ingreso a cuenta. En efecto, el establecimiento del ingreso a cuenta sobre un rendimiento mínimo dio pie a sostener que cuando se pactaba una operación financiera sin interés, ineludiblemente debía valorarse la contraprestación en el rendimiento mínimo (interés legal del dinero), con lo cual habría venido a desvirtuarse el carácter rebatible de la presunción *-iuris tantum-* establecido por el artículo 3.º 3 de la Ley 44/1978, del IRPF, transformándose por esta vía subrepticia en presunción irrefutable *-iuris et de iure-*.

Ahora es meridiano que las presunciones son *iuris tantum*, a lo cual no obsta que la contraprestación presunta se valore en función del interés legal del dinero. Por consiguiente el artículo 7.º de la Ley 14/1985 no puede ser interpretado en el sentido de imponer una transformación de las presunciones de rendimientos en ficciones al objeto de fundamentar una figura paralela a la de la retención: El ingreso a cuenta.

Ahora bien, el ingreso a cuenta pierde toda su funcionalidad en el marco de una presunción *iuris tantum*.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.º 2 de la Ley 14/1985, el ingreso a cuenta debe practicarse «cuando sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 3.º 3 y 16. 3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y en el artículo 3.º 3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (actual art.7 de la Ley 18/1991)», de donde resulta que el ingreso a cuenta sólo procederá cuando, ejercitada la presunción, no haya prosperado la prueba en contrario.

En ese momento procedimental la exigencia de un ingreso a cuenta es sencillamente absurdo, porque la deuda tributaria a cuenta de la cual se hace el ingreso ha sido ya determinada con carácter definitivo. ¿Cómo es posible pretender exigir un ingreso a cuenta de una deuda ya liquidada?

Tal vez pudiera aducirse que lo propio sucede en relación a la obligación de retener, pero debe observarse que la situación es diferente, porque el hecho constitutivo de la misma consta con anterioridad a la declaración del sujeto pasivo, en tanto que en el ingreso a cuenta el hecho constitutivo solamente adquiere existencia jurídica una vez concluido el procedimiento de gestión tributaria.

i) La prueba en contrario.

La presunción de rendimientos puede destruirse mediante prueba en contrario (art. 7.º uno, Ley 18/1991 y art. 118 Ley General Tributaria).

Es un tema clásico de la literatura tributaria indagar cuál pueda ser el medio de prueba capaz de luchar contra la presunción. Tal vez hoy en día la técnica de las operaciones vinculadas ha quitado mucho hierro a esta cuestión que, casi siempre, se presentaba bajo la forma de un socio prestando a la sociedad por él participada.

Lo que ha de probarse es que no existe contraprestación o bien que no hay otra contraprestación que la declarada, como remuneración de una prestación de trabajo o de una cesión de bienes y derechos. Mas, ¿cómo probar un hecho negativo?

En el plano de la lógica, probar un hecho negativo solamente es posible en dos casos:

- Cuando se prueba un hecho positivo que es incompatible con el hecho negativo que se desea probar (ej.: Probando que se estuvo en un determinado lugar a una determinada hora, se prueba que no se estuvo en esa hora en otro lugar diferente).
- Cuando el correlativo hecho positivo debe constar en un Registro Público (ej: Se prueba que no se presentó una consulta ante la Administración en un determinado período de tiempo por el hecho de no constar en el Registro General del Ministerio correspondiente).

Fuera de ambos casos, es literalmente imposible probar un hecho negativo.

Bien se comprende que tan desoladora conclusión convierte a la presunción de rendimientos en una ficción y por ello un cierto sector de la doctrina ha postulado la validez de los documentos suscritos por las partes, así como de la contabilidad.

El documento privado no puede desvirtuar la presunción de rendimientos, porque el artículo 1.228 del Código Civil le da valor en contra de quien lo ha escrito, pero no a su favor. El documento público hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha (art. 1.218 del Código Civil), pero, en ningún caso, de que las manifestaciones que las partes vierten en él son veraces. Es obvio que la intervención de fedatario público no confiere veracidad a las declaraciones de las partes, y entre ellas, del precio o contraprestación. No deja de sorprender la atribución de efectos probatorios que por un cierto sector de la doctrina se confiere al documento público, mucho más allá de lo establecido por el Código Civil. El fedatario público da fe de lo que le consta, pero ¿cómo puede constarle que las partes relatan en el documento que autoriza los hechos de manera exacta y veraz, así como de que no ocultan otros hechos relevantes?

Más enjundia tiene la prueba a través de los libros de contabilidad, y, en la práctica, ésta es la contraprueba más utilizada por los sujetos pasivos.

A nuestro entender, la no constancia en los libros de contabilidad de la contraprestación, tampoco es prueba de su inexistencia.

En efecto, de acuerdo con las normas que sobre el valor probatorio de la contabilidad establece el artículo 31 del Código de Comercio, ha de tenerse en cuenta que los libros de contabilidad son unos documentos privados que recogen hechos personales del empresario, de donde se deduce que la contabilidad o, por mejor decir, los asientos reflejados en libros de contabilidad probarán, fundamentalmente, en contra de su llevador, y sólo excepcionalmente a su favor. No parece lógico que un documento pueda probar en favor de quien lo ha escrito.

Sin embargo, es lo cierto que tan rigurosa conclusión ha sido matizada y superada por una reciente doctrina emanada del TEAC, el cual, no sin ciertas dudas y contradicciones, ha admitido el valor probatorio de la contabilidad contra la presunción de rendimientos, cuando concurrían, además, otros hechos que pudieran justificar la, en principio, anomalía de prestaciones sin correlativas contraprestaciones. En este sentido, es paradigmática la resolución de 14 de octubre de 1987, según la cual la contabilidad es prueba suficiente, si se tiene en cuenta, además, «la condición de accionista de la sociedad que tiene el prestamista y el hecho de que en aquella fecha fuera el Director gerente ... ».

Probablemente hay en esta resolución del TEAC, y en otras de parecido corte, un componente elevado de libre apreciación de la prueba, así como un deseo de dar una salida airosa a la imposibilidad técnica de probar hechos negativos.

j) Ejercicio de la presunción en operaciones internacionales.

Son concebibles dos situaciones, según que la presunción se ejercite sobre una persona residente en territorio español o sobre una persona no residente en territorio español.

Frente a una persona residente en territorio español no hay duda que se puede ejercitar la presunción sin restricción alguna, tanto si media como si no media Convenio para evitar la doble imposición internacional.

El Convenio distribuye la competencia para gravar una misma renta entre dos Estados, pero nunca incide en la legislación interna, de tal suerte que no puede impedir que un Estado, en este caso el de la residencia, establezca una técnica probatoria, la presunción, que se aplica bajo determinadas condiciones.

La presunción de rendimientos puede aplicarse a quienes ceden bienes o derechos o realizan prestaciones de trabajo, cualquiera que sea el Estado o territorio en donde residan las personas que reciben dichas cesiones o prestaciones.

Ahora bien, una cesión de capital dinerario efectuada en un mercado financiero internacional no puede alcanzar otra remuneración que la efectivamente existente en ese mercado y, por consiguiente, no parece lógico valorarla al interés legal del dinero, pues este parámetro tiene sentido única y exclusivamente en el marco del mercado de dinero interior. A nuestro entender, lo procedente es tomar el tipo de interés que en el mercado en que se realiza la operación, hubiera sido acordado entre partes independientes.

Frente a una persona no residente en territorio español, el ejercicio de la presunción de rendimientos es mucho más problemático.

Debemos distinguir dos casos, en atención a que medie o no Convenio para evitar la doble imposición.

A tenor de lo establecido en el artículo 11. uno b) de la Ley 18/1991, del IRPF, las personas físicas que obtengan rendimientos producidos en territorio español están sujetas por obligación real de contribuir. Se observa que la obligación real de contribuir se fundamenta en el mismo aspecto material del hecho imponible que la obligación personal de contribuir, variando únicamente los aspectos espacial y subjetivo.

En efecto, por obligación real de contribuir tributan las mismas rentas -rendimientos e incrementos de patrimonio- que por obligación personal, pero, sin embargo, los sujetos pasivos son diferentes, ya que deben no residir en territorio español y, además, solamente se gravan las rentas obtenidas en dicho territorio.

Ahora bien, la presunción afecta al aspecto material del hecho imponible, pues su función es invertir la carga de la prueba respecto de determinados rendimientos, sin que para nada afecte el ámbito espacial o subjetivo, lo cual nos lleva a admitir que la presunción debe aplicarse también en el caso de la obligación real de contribuir.

Sin embargo, en virtud del doble efecto de la presunción antes estudiado, es posible que el ejercicio de la presunción resulte perjudicial para la Hacienda Pública en determinados casos, pero esta evidencia no puede destruir la argumentación anterior, aunque nos sirve para plantear un problema que trataremos más adelante, cual es del ejercicio obligatorio o facultativo de la presunción.

La presunción deberá ejercitarse frente al sujeto pasivo no residente únicamente cuando la prestación de trabajo o la cesión de bienes o derechos sean determinantes de un rendimiento obtenido en territorio español.

Cuando medie Convenio para evitar la doble imposición internacional, lo primero que debemos preguntarnos es si la presunción violenta el principio básico en el que se asienta el Convenio: Distribución de la competencia para gravar un determinado hecho imponible y evitación de la doble imposición internacional. Por consiguiente, si el ejercicio de la presunción de rendimientos impide que las competencias tributarias se distribuyan de acuerdo con lo establecido en el Convenio, o bien genera un fenómeno de doble imposición irreductible por aplicación del Convenio, habremos de concluir en que aquélla es incompatible con éste y, por tanto, no debe ejercitarse.

Respecto de la distribución de las competencias tributarias, debe advertirse que, habida cuenta del ámbito objetivo de la presunción, los rendimientos que pueden caer bajo el mismo podrán estar tipificados en los artículos 11 (intereses), 12 (cánones) y 14 (trabajo dependiente) del Convenio Modelo. Los tres preceptos aludidos distribuyen la competencia para gravar entre el Estado de la fuente, en nuestro caso España, y el Estado de la residencia de quien realiza la prestación del trabajo o la cesión de bienes o derechos.

El ejercicio de la presunción y consiguiente gravamen por parte del Estado fuente no impide que el Estado de la residencia haga lo propio, si así lo establece su legislación interna. Por consiguiente, no se atenta contra el sistema de distribución de las competencias para gravar, por causa del ejercicio de la presunción.

Por lo que se refiere a la doble imposición, ésta surgirá cuando el rendimiento determinado vía presunción sea gravado por el Estado de la residencia sin admitir como crédito de impuesto el gravamen exigido en el Estado de la fuente (España).

No habrá doble imposición, sin embargo, cuando el Estado de la residencia ni grave el rendimiento determinado vía presunción, ni admita como crédito de impuesto la cuota derivada del ejercicio de la presunción.

Ejemplo: Préstamo de 100.000.000 de ptas. sin intereses a favor de un residente en territorio español. Tipo de Convenio: 15 por 100. Interés legal del dinero 10 por 100.

El interés determinado vía presunción será: 10.000.000.

El gravamen por obligación real será: 1.500.000.

El Estado en donde reside el prestamista no gravará. No hay por tanto doble imposición. La renta ha sido gravada solamente en España.

El razonamiento anterior puede ofrecer alguna debilidad si el préstamo devenga intereses por debajo del tipo normal de mercado. Resolvamos el caso anterior bajo la hipótesis de un interés del 5 por 100.

Interés convenido.....	5.000.000
Interés determinado vía presunción.....	10.000.000
Gravamen por obligación real.....	1.500.000

Supuesto que el Estado en que resida el receptor de los intereses grave a un tipo del 40 por 100, tendremos:

Intereses percibidos.....	5.000.000
Cuota correspondiente.....	2.000.000
Crédito de impuesto.....	750.000
A ingresar.....	1.250.000

¿Hay doble imposición? Todo depende de la magnitud de la renta gravable. Si la renta gravable debe ser 5.000.000, es claro que hay doble imposición, amén de una aplicación inadecuada del límite de imposición que establece el Convenio. Si, por el contrario, la renta que debe gravarse es 10.000.000, no habrá doble imposición y el límite de imposición que establece el Convenio habrá sido aplicado correctamente.

En efecto, si la renta gravable debe ser 5.000.000, no se ha aplicado el tipo de convenio - 15 por 100-, que opera a modo de límite, sino el tipo del 30 por 100, y el Estado en que reside el receptor de la renta sólo concederá el crédito de impuesto correcto, esto es, 750.000, que es el resultante de aplicar el tipo de Convenio sobre la renta gravable (5.000.000). Pero si la renta gravable es 10.000.000, el Convenio se ha aplicado correctamente y, además, no existe doble imposición.

¿Cuál es, pues, la renta gravable?

El artículo 11.1 del Convenio Modelo se refiere a los intereses *pagados* para distribuir la competencia entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia, lo que ha dado pie a afirmar que la renta gravable no puede estar constituida por los intereses *presuntos*. Se establecen así dos categorías de intereses, los pagados y los presuntos, para, seguidamente, concluir que el Convenio Modelo se refiere a los pagados que, por tanto, constituirían la renta gravable, de donde se deduce que la presunción de rendimientos no puede aplicarse en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales reguladas por normas convenidas.

Ahora bien, los «intereses presuntos» no existen. Existen los intereses probados mediante el ejercicio de una presunción que no ha sido neutralizada por una prueba en contrario. La presunción no crea intereses, sino que prueba su existencia. El hecho-consecuencia de la presunción son los intereses pagados.

A nuestro entender, la contraposición entre «intereses pagados» e «intereses presuntos» no es más que un error semántico, cuando no un sofisma.

En base al artículo 11.6 del Convenio Modelo, también se ha sostenido que es posible excluir del concepto intereses a aquellos que, según las reglas del mercado, pudieran ser considerados excesivos, siempre y cuando se hubieran convenido entre partes vinculadas, pero, en ningún caso, por el contrario, incluir en el concepto de intereses aquellos que se consideran normales de mercado cuando los convenidos fueran inferiores.

Este razonamiento, basado en el débil argumento lógico del sentido contrario, es de muy escasa consistencia, y, además, no contempla el caso de los intereses probados vía presunción. En efecto, una cosa es que los intereses excesivos entre partes vinculadas puedan ser calificados bajo otro concepto y otra cosa que, por este motivo, se interprete que los intereses probados vía presunción no puedan ser considerados como tales a efectos de la aplicación del Convenio.

El ejercicio, no rebatido, de la presunción prueba los intereses y, fiscalmente, no existe otra magnitud de los mismos para la aplicación de las leyes españolas que la correspondiente a la que se desprende del artículo 7 de la Ley 18/1991, del IRPF. Una vez determinados los intereses, operarán las reglas del Convenio y deberá exigirse la obligación real de contribuir en función del tipo límite de imposición en él establecido. Pero debe tenerse bien presente la secuencia lógica: Determinación de los intereses y posterior aplicación del Convenio. El Convenio nunca determina los intereses, sino que, una vez determinados éstos de acuerdo con las normas internas, distribuye la competencia para gravar, limitando la imposición en el Estado de la fuente (España) y obligando al Estado de la residencia a evitar la doble imposición jurídica internacional.

En razón a lo expuesto, entendemos perfectamente compatible el ejercicio de la presunción con los Convenios para evitar la doble imposición internacional.

k) Ejercicio obligatorio o discrecional de la presunción.

Para la correcta aplicación de las normas tributarias, el legislador concede a la Administración Tributaria un conjunto de potestades, al tiempo que impone al sujeto pasivo y también a terceros que con él se relacionan un conjunto de obligaciones de colaboración.

Como ya hemos indicado, la presunción no es más que un medio de prueba, más concretamente, una técnica de inversión de la carga de prueba y, como tal, ha de ser ejercitada por quien pretende probar algún hecho constitutivo de un derecho del que es titular.

La presunción no opera *ope legis*, sino que debe ser ejercitada por el sujeto activo de la imposición. La cuestión que se propone es si este ejercicio es obligatorio o discrecional.

A nuestro entender, no es concebible un ejercicio discrecional de la presunción, pues éste depende de una potestad encaminada a la correcta percepción del tributo y, obviamente, reglada, aunque sólo lo sea en base a los principios generales.

En efecto, el artículo 7.º no especifica en qué casos habrá de ejercitarse la presunción, pero de ello no puede deducirse que la Administración Tributaria disfrute de una libertad ilimitada para ejercitar o no la presunción, ni tampoco, inversamente, que deba ejercitarla inexorablemente en cuanto que la prestación o la cesión de bienes o derechos no sean retribuidas por su valor de mercado.

A nuestro entender, la Administración Tributaria deberá ejercitar la presunción en atención a la finalidad de la potestad habilitante, que no puede ser otra que la de dotar a aquélla de una técnica adecuada para perseguir las disimulaciones fraudulentas de rendimientos.

Corresponde a la Administración Tributaria apreciar en qué casos la ausencia de contraprestación (o su valor inferior al de mercado) configura una situación fraudulenta y en qué otros casos no hay fraude, debiendo en el primer supuesto ejercitar la presunción, a menos que existan otros medios más eficaces.

Así pues, el ejercicio de la presunción es obligatorio cuando concurren determinadas circunstancias: Situación fraudulenta y carencia de medios más eficaces para regularizar la situación tributaria del sujeto pasivo.

Adviértase, por último, que la Administración Tributaria está obligada, en todo caso, a calificar si la ausencia de contraprestación (o un valor inferior al de mercado) es determinante de una situación fraudulenta o no.

l) Incompatibilidad de la presunción de rendimientos con normas objetivas de valoración.

En el apartado b) procedimos a deslindar el ámbito objetivo de la presunción de rendimientos en base a su relación de exclusión con determinadas normas de valoración objetivas, llegando a la conclusión de que la presunción quedaba constreñida a las prestaciones de trabajo y a las cesiones de bienes y derechos. Ahora bien, dichas prestaciones o cesiones pueden producirse entre partes vinculadas, planteándose la cuestión de la norma aplicable.

En particular, la situación se presentará en las relaciones entre una sociedad y sus socios, que, según el artículo 8.º de la Ley 18/1991, del IRPF, deberán valorarse por su valor de mercado.

Ciertamente que la presunción también conduce al valor de mercado, pero los efectos de una y otra norma-estimación de rendimientos (art. 7.º) y operaciones vinculadas (art. 8.º)- no son los mismos, porque contra la presunción cabe la prueba en contrario en tanto que contra la regla de valoración de operaciones vinculadas no cabe oposición alguna, supuesto, claro está, que concurran los hechos previstos en la norma.

A nuestro entender, debe aplicarse la norma de valoración de las operaciones vinculadas por los siguientes motivos:

- Porque la valoración en operaciones vinculadas se produce en el momento de determinación de la base imponible, en tanto que la presunción se ejercita, o no, en el procedimiento de comprobación.
- Porque la regla de valoración de las operaciones vinculadas se aplica a supuestos calificados en relación a los supuestos en que se aplica la presunción. En efecto, la norma de valoración solamente entra en juego respecto de contraprestaciones gratuitas o inferiores a su valor de mercado, cuando entre las partes existe una relación de vinculación tipificada legalmente.

En este sentido podemos afirmar que la presunción cede ante la norma de valoración de las operaciones vinculadas.

Por último, y sin perjuicio de lo que más adelante expondremos, debemos subrayar que tanto el artículo 7.º (Estimación de rendimientos) como el artículo 8.º (Operaciones vinculadas) están sistemáticamente mal colocados, pues el primero debiera haber sido incluido en el Título X (Gestión del Impuesto) y el segundo en el Título V (Determinación de la Renta), lo que precisamente da pie a la cuestión de la primacía de una y otra norma que, seguramente, no se hubiera presentado si la colocación sistemática hubiera sido como la propuesta.

m) Justificación de la presunción de rendimientos en un sistema de imposición directo, personal y subjetivo.

El examen de la presunción de rendimientos efectuado en los apartados anteriores ha puesto de manifiesto los potenciales conflictos y dificultades que pueden derivarse de su ejercicio. Su campo de aplicación, además, ha quedado bastante reducido una vez que las operaciones entre una sociedad y sus socios se someten al régimen jurídico de las operaciones vinculadas y, en fin, su papel en la lucha contra el fraude es más bien discreto, por no decir insignificante, pudiendo, en algunos casos, resultar contraproducente su ejercicio.

La presunción de rendimientos se fundamenta en la lógica del egoísmo individual, pero, afortunadamente, no solamente los móviles egoístas determinan la conducta de los seres humanos, sino que los sentimientos de solidaridad, morales, religiosos o éticos, impulsan no ya a realizar acciones de pura liberalidad, sino al cumplimiento de obligaciones morales, lo que se puede traducir en prestaciones de trabajo o en la cesión de bienes y derechos sin contraprestación.

Sin embargo, el legislador fiscal, atento exclusivamente a la lógica del egoísmo, presume la contraprestación, bien que admitiendo la prueba en contrario. Pero, como ya sabemos, la prueba de un hecho negativo es poco menos que imposible. Por otra parte, en un sistema de imposición personal en el que se someten a imposición los incrementos no justificados de patrimonio (art. 49 Ley 18/1991), la determinación de rentas vía presunción deviene anómala, porque si se gravan los rendimientos determinados vía presunción y posteriormente se gravan los bienes financiados con dichos rendimientos, se producirá un exceso de imposición. Ciertamente que este efecto puede superarse excluyendo del incremento no justificado de patrimonio la renta gravada por aplicación de la presunción, pero esto no se desprende del artículo 49 de la Ley 18/1991.

¿Por qué, pese a lo expuesto, pervive la presunción de rendimientos? A nuestro entender por simple conservadurismo fiscal.

En efecto, las presunciones de rendimientos eran justificables en un sistema de impuestos a cuenta sobre cuyas toscas bases imponibles se formaba la base imponible del impuesto sobre la renta, en el que, además, no se gravaban los incrementos de patrimonio no justificados, pero no lo son en un sistema de imposición personal que incorpora la técnica de los incrementos no justificados de patrimonio, y, sin embargo, consiguieron tomar el tren de la Ley 44/1978, del IRPF, y también el de la Ley 18/1991, del IRPF, que, autodeclarada continuadora de la primera (véase el apartado III de la Exposición de Motivos), incorpora, con toda naturalidad, la perturbadora ortopedia presuntiva.

Se advierte, además, que la presunción de rendimientos se compece mal con el principio de presunción de certeza de las declaraciones de los contribuyentes, contenido en el artículo 116 de la Ley General Tributaria. En efecto, mientras este precepto pudo ser exclusivamente interpretado como la recepción de la confesión extrajudicial en el ámbito de las declaraciones tributarias, no se planteó su posible colisión con las presunciones, pero una vez que el artículo 24 de la Constitución ha proclamado el principio general de presunción de la buena fe, debemos entender, en razón a una obligada interpretación del ordenamiento jurídico vigente según el texto constitucional, que en el artículo 116 de la Ley General Tributaria anida también la recepción del principio de buena fe en el ámbito tributario, lo que trae importantes consecuencias respecto de las presunciones.

El artículo 116 de la Ley General Tributaria presume ciertas las declaraciones de los contribuyentes. Esta presunción opera a todos los efectos en las relaciones entre la Administración Tributaria y los contribuyentes. Frente al contribuyente, porque éste no puede rectificar libremente su declaración, sino que debe probar que incurrió de hecho, y frente a la Administración Tributaria, porque no puede variar un ápice de la declaración, excepto que pruebe su incorrección o falsedad. Pero lo importante no es tanto el efecto jurídico ambivalente que despliega el artículo 116 de la Ley General Tributaria, sino el fundamento de ambos: La presunción de certeza.

A nuestro entender la presunción de certeza de las declaraciones entronca con el principio general constitucional de presunción de la buena fe, y significa que los hechos declarados por el sujeto pasivo existen realmente y que no existen otros hechos relevantes para la configuración de la obligación tributaria que los declarados.

Ahora bien, la presunción de rendimientos significa justamente lo contrario, es decir, que existen hechos relevantes no declarados: La contraprestación del trabajo o de la cesión de bienes y derechos.

La frontal oposición entre la presunción de certeza de las declaraciones tributarias (art. 116 Ley General Tributaria) y la presunción de rendimientos (art. 7.º Ley 18/1991, del IRPF),

se salva formalmente porque esta última admite la prueba en contrario. Sin embargo, la dificultad extraordinaria que entraña la prueba de un hecho negativo, producirá en la práctica una confrontación real y efectiva entre ambos preceptos.

Una presunción cuyo ejercicio ha de ser fuente de múltiples conflictos, de reducida eficacia contra el fraude, basada en una lógica no inexorable, de difícilísima destrucción mediante prueba en contrario, mal incardinada en un sistema de imposición personal que grava los incrementos no justificados de patrimonio y en contradicción práctica con el principio de presunción de certeza de las declaraciones tributarias debiera, sencillamente, desaparecer.