

TRIBUTACION

EL INGRESO A CUENTA POR UN TERCERO

N.º 241

TRABAJO EFECTUADO POR:

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario,
Universidad Autónoma de Madrid. Abogado*

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Concepto.
- III. Naturaleza. Principio de legalidad.
- IV. Obligados a realizar ingresos a cuenta.
- V. Presupuesto de la obligación de ingresar a cuenta.
 - 1. Retribuciones en especie.
 - 2. Rendimientos presuntos y rendimientos ficticios en el caso de operaciones vinculadas.

...

...

VI. Cálculo del ingreso a cuenta.

1. Retribuciones en especie.
2. Rendimientos presuntos y operaciones vinculadas.

VII. Régimen del ingreso a cuenta.

1. Para el perceptor de la retribución (sujeto pasivo del impuesto principal).
2. Para el pagador de la retribución.
3. Devolución de ingresos indebidos.
4. Aspectos procesales.

VIII. Obligaciones formales del obligado a ingresar a cuenta.

IX. Infracciones y sanciones.

X. Conclusión.

TRIBUTACION	EL INGRESO A CUENTA POR UN TERCERO	N.º 241
--------------------	-------------------------------------------	----------------

I. INTRODUCCION

Desde la reforma de la imposición indirecta en 1978 se han generalizado de manera extraordinaria en el Derecho tributario español las técnicas de percepción de los impuestos sobre la renta en el momento de la producción de los rendimientos, frecuentemente designadas con las siglas de la expresión inglesa «pay as you earn» (PAYE). Parece como si la Administración tributaria no tuviese plena confianza en su capacidad para aplicar los impuestos en su sede natural, es decir, cerca de los contribuyentes mismos, y por tanto, con el carácter personal que le es propio. Se ha llegado a calificar a nuestro sistema tributario de «sistema de retenciones» (1).

Quizá haya contribuido eficazmente a la extensión de estas figuras su utilidad como fuente de información cruzada y la creencia de la Administración de que los deberes de información o son difíciles de establecer o no se cumplen en grado suficiente si no van unidos a una obligación sustantiva.

La más antigua y, por decirlo así, natural de estas técnicas es la retención a cuenta, que nada tiene que ver con la vieja sustitución aplicable a las rentas del trabajo y del capital. A ella vino a añadirse posteriormente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el pago fraccionado para las rentas empresariales y profesionales, aunque esta modalidad de pago a cuenta hecho por el propio sujeto pasivo tiene una tradición más antigua en el Impuesto de Sociedades. Es de señalar que los profesionales están cogidos entre ambos fuegos, al sujetarse sus rentas a las dos formas de ingreso a cuenta. La retención a cuenta está indicada cuando el número de pagadores de rendimientos es reducido en comparación con el de contribuyentes; el pago fraccionado, en cambio, en el caso contrario.

(1) DE JUAN, J.L., «Respuestas a una encuesta sobre la liberalización de movimientos de capitales», en *Suplementos sobre el sistema financiero de PEE*, n.º 38, pág. 167.

A estas dos formas de ingreso a cuenta ha venido a sumarse más recientemente la figura que vamos a estudiar: El «ingreso a cuenta». Su finalidad es suplir a la retención cuando ésta es imposible al no existir un rendimiento efectivo, sea por satisfacerse en especie, sea por tener el rendimiento una existencia meramente presunta o ficticia. De ahí la continua equiparación o paralelismo que establecen las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas entre retención e ingreso a cuenta. El artículo 41.3 del Reglamento de dicho impuesto (en adelante lo designaremos con la abreviatura R.) establece que «a efectos de lo previsto en este Reglamento, las referencias al retenedor se entenderán efectuadas igualmente al obligado a efectuar ingresos a cuenta, cuando se trate de la regulación conjunta de los pagos a cuenta». Como veremos, la equiparación no es tan perfecta como estas normas pudieran hacer pensar y ponerlo de manifiesto es uno de los propósitos del presente trabajo.

El origen de esta figura en nuestro Derecho tributario se encuentra en la legislación sobre el régimen fiscal de los activos financieros promulgada en 1985. En efecto, el artículo 2.º de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, estableció el deber de ingresar a cuenta el resultado de aplicar al tipo de la retención sobre el valor de los rendimientos en especie (apartado 4) y también el de ingreso a cuenta de la retención definitiva sobre los intereses generados en el año natural cuando la frecuencia de las liquidaciones sea superior a 12 meses (apartado 3). El artículo 7.º estableció el deber de realizar el ingreso a cuenta en caso de retribución presunta y de operaciones vinculadas. Aparecen así ya configuradas en la Ley 14/1985 los cuatro tipos de ingreso a cuenta recogidos en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 1991. La ley citada fue desarrollada por el Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre, que establece en su artículo 3.º 5 que «la obligación de efectuar un ingreso a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades se configura como idéntica a la de practicar la retención sobre un rendimiento del capital mobiliario». Por lo demás, el Real Decreto 2027/1985 prefigura la disciplina del ingreso a cuenta regulada hoy en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Es de advertir que esta legislación de activos financieros sigue en vigor tras la promulgación de la Ley y el Reglamento nuevos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que sólo la deroga en lo relativo a los «activos financieros con retención en origen» (AFROs). Esto se debe a su aplicación al Impuesto sobre Sociedades, pues por lo que respecta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se ha integrado en las normas generales del impuesto.

La figura del ingreso a cuenta ha sido recogida también por el RGR de 1990, cuyo artículo 10.1, letra b) incluye a «los retenedores y a quienes deban efectuar ingresos a cuenta de cualquier tributo» entre los «obligados al pago de las deudas tributarias como deudores principales». Como veremos más adelante, para que esta inclusión sea correcta hay que entender que la obligación tributaria de la que estos sujetos son deudores principales es la propia obligación de ingresar a cuenta, no la obligación tributaria principal, con la que dichos sujetos no tienen relación alguna.

II. CONCEPTO

Los «pagos a cuenta» del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se sistematizan en el artículo 40 del R., que distingue entre retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados. La terminología adoptada tiene al menos la ventaja de unificar el empleo de los términos, pero es, a nuestro juicio, poco expresiva, porque tan «ingreso a cuenta» es el que realiza el retenedor o el obligado al pago fraccionado como el obligado a efectuarlo en los supuestos para los que se reserva esta denominación. El R. ha seguido sin más la terminología utilizada en la Ley 14/1985 y el Real Decreto 2027/1985, en los que, como hemos visto, se identifica esta obligación de ingreso con la del retenedor. Por la misma razón, la expresión «ingreso a cuenta» se presta también a confusión con la de «pago a cuenta», que el R. utiliza para designar el género. Una posibilidad hubiera sido emplear la expresión «ingresos anticipados», que se va difundiendo en la doctrina española, en la que fue introducida por el profesor Lejeune en 1983 (2).

La característica común de todos estos «ingresos anticipados» consiste en ser un deber de practicar un ingreso que dará lugar a una compensación con el impuesto «a cuenta» del cual se realizan (al que se puede llamar «impuesto principal») o, en su caso, a la devolución del exceso. Se trata, pues, de deberes en cierto sentido autónomos, que tienen su propio presupuesto de hecho distinto del hecho imponible del tributo principal. Esto es lo que permite distinguir estos ingresos «a cuenta» de los realizados en virtud de una liquidación provisional. En ésta el carácter de «a cuenta» deriva de la provisionalidad de la liquidación, mientras que en los ingresos anticipados tal carácter es inherente a la categoría misma (3).

La diferencia específica entre los tres tipos de «pagos a cuenta» es la siguiente:

- Para los pagos fraccionados el hecho de que su realización obligue al propio deudor de la obligación principal, es decir, al contribuyente.
- La diferencia entre retención e ingreso a cuenta, supuestos ambos en los que el deber de ingresar recae sobre un tercero, radica precisamente en la existencia -real o presunta con presunción *iuris et de iure*- de retención en el primer supuesto. Se trata, no obstante, de una diferencia secundaria: En ambos supuestos lo que se sitúa en primer plano es el deber de ingreso de una suma por un tercero. La retención, que es

(2) LEJEUNE VALCARCEL, E., *La anticipación de ingresos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, EDERSA, Madrid, 1983.

(3) Cfr. LEJEUNE, *op. cit.*, pág. 7. Su observación de que «la provisionalidad es nota característica de unos y otros» sólo es aceptable si se entiende que, como él mismo afirma, «se trata de provisionalidades muy distintas entre sí».

un deber que puede cumplirse o no, no es sino una forma de reintegro de la cantidad pagada. Más importante que el hecho de la retención es la diferencia entre los presupuestos de la obligación del retenedor y el obligado a ingresar a cuenta; en concreto el hecho de que en el segundo caso se trate de retribuciones en especie o meramente presuntas o ficticias.

III. NATURALEZA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dada la analogía que existe entre la retención y el ingreso a cuenta, son aplicables al segundo los análisis conceptuales elaborados en relación con la primera. Podemos resumirlos de la manera siguiente:

a) Un primer grupo de teorías se pregunta por la naturaleza o título del pago a cuenta en relación con la obligación tributaria principal. Existen dos respuestas principales: La primera considera que dicho pago es una garantía de la obligación tributaria principal. Sin embargo, muchos de los partidarios de esta tesis hablan de garantía en sentido amplio, lo cual es indudable (mediante el ingreso anticipado la Administración ya tiene en su poder una parte, o incluso la totalidad, del crédito principal) pero explica muy poco. La segunda estima que se trata de un pago, lo cual tropieza con la dificultad de que no se sabe si la deuda supuestamente pagada ha nacido. Dentro de este planteamiento y dada la aplicación automática de lo ingresado a la extinción de la deuda desaparecen, en realidad, las fronteras entre pago y garantía.

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

Otra explicación, basada en elaboraciones de la doctrina italiana, pone de manifiesto que el ingreso anticipado permite al Estado la adquisición de las sumas correspondientes, pero ésta no tiene carácter definitivo hasta que no se realiza el hecho imponible que permite determinar la cuantía del tributo debido. Si ésta es superior a la del ingreso a cuenta, surgirá una obligación adicional a cargo del sujeto pasivo; en tal caso, según esta construcción, el impuesto se descompone en dos obligaciones distintas. Si, por el contrario, dicha cuantía es inferior al ingreso a cuenta, no sólo no nace la obligación tributaria principal, sino que surgiría

a favor del sujeto pasivo un derecho al reembolso del exceso. La realización del hecho imponible produciría, por tanto, el efecto de legitimar *a posteriori* la adquisición de sumas de dinero a título de tributo. En este sentido se ha dicho que las obligaciones de pago a cuenta tienen carácter «tributario» pero no «contributivo»; es decir, carecen de la legitimación constitucional derivada de la realización del hecho imponible como manifestación de capacidad contributiva (4).

Esta tesis me parece peligrosa en cuanto tiende a vaciar a la obligación de anticipo de ingresos de todo contenido material; su función sería meramente recaudatoria. Ahora bien, sin negar el evidente carácter instrumental de dicha obligación, hay que afirmar que el Estado no es libre para determinar a su conveniencia la cuantía del pago anticipado; éste tiene que guardar una proporción razonable con la cuantía verosímil o previsible en la mayor parte de los casos de la obligación principal. Un pago a cuenta que en la generalidad o en un número elevado de casos superase la cuantía de la obligación tributaria sería inconstitucional por contravenir el principio de proporcionalidad en la actuación administrativa (5). Debe recordarse que en algunos ordenamientos tributarios la obligación de pago a cuenta se configura como un auténtico tributo formalmente independiente del principal; así sucede, por ejemplo, en Alemania con el *Lohnsteuer* y el *Kapitalertragsteuer*, impuestos de retención sobre los rendimientos del trabajo y del capital respectivamente. La expresión «impuesto de retención» que acabamos de emplear equivale a la inglesa «withholding tax» con la que se designan las retenciones. En cambio, los antiguos «impuestos a cuenta» españoles nunca fueron verdaderamente tales, como es bien sabido, ya que tenían la consideración de pagos mínimos que no se devolvían en ningún caso. En definitiva, el hecho de que los ingresos anticipados reciban o no la denominación de impuestos es una cuestión meramente formal, que no altera su verdadera naturaleza de tales y, en consecuencia, la aplicabilidad de los principios comunes a todos los impuestos.

En cualquier caso, la obligación de efectuar un ingreso anticipado constituye indudablemente una «prestación patrimonial de carácter público» por lo que está sujeta al principio de legalidad tributaria (art. 31.3 CE). En consecuencia, la ley votada en Cortes que debe establecerla ha de determinar los elementos esenciales de la correspondiente prestación. Esta exigencia no se cumple por el artículo 98 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al que remite, por lo que respecta al ingreso a cuenta sobre las retribuciones en especie del trabajo personal, el artículo 27.2 de la misma. El artículo 98 contiene una deslegalización o remisión en blanco al Reglamento, inconstitucional en materia tributaria, como en toda otra reservada a la ley.

(4) LEJEUNE, *op. cit.*, pág. 193.

(5) Sobre este principio, formulado como «interdicción de la excesividad», véase RUIZ GARCIA, J.R., *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Cívitas, Madrid, 1988, págs. 113 y ss.

IV. OBLIGADOS A REALIZAR INGRESOS A CUENTA

Son los mismos que los obligados a retener y se enumeran en el artículo 42 del R.:

- a) Las personas jurídicas y demás entidades, incluidas las comunidades de propietarios y las entidades en régimen de atribución de rentas.
- b) Los empresarios individuales y los profesionales, cuando satisfagan o abonen rentas en el ejercicio de sus actividades.
- c) Las personas físicas, jurídicas y demás entidades no residentes en territorio español, que operen en él mediante establecimiento permanente.
- d) Los sujetos pasivos por obligación real, que operen en España mediante establecimiento permanente, en cuanto a los rendimientos del trabajo que satisfagan.

En relación con los no residentes hay que entender que únicamente están obligados a retener o ingresar a cuenta quienes realicen en España actividades empresariales o profesionales y por los rendimientos satisfechos en el ejercicio de su actividad. Así se deduce de la palabra «operen». Un particular no residente no estaría obligado a retener e ingresar, por ejemplo, por las retribuciones del trabajo que satisfaga al personal a su servicio.

V. PRESUPUESTO DE LA OBLIGACION DE INGRESAR A CUENTA

Los supuestos que determinan el nacimiento de la obligación de ingresar a cuenta se clasifican en dos grupos (art. 41.2 R.):

- Retribuciones en especie; y
- Rendimientos presuntos y rendimientos ficticios en el caso de operaciones vinculadas.

1. Retribuciones en especie.

Están sujetas a ingreso a cuenta siempre que los correspondientes rendimientos en dinero estén sujetos a retención. Lo están los siguientes (art. 43.1):

- Los rendimientos del trabajo.

- Los rendimientos del capital mobiliario, incluidos los derivados del afecto a actividades empresariales.
- Los de actividades profesionales.
- Los premios de juegos, concursos, rifas o combinaciones aleatorias.

Aparte de las previstas en el artículo 43.2 del R., una importante excepción a la obligación de ingreso a cuenta sobre rendimientos en especie es la relativa a la contribución de los promotores a los Planes de Pensiones y de los empresarios a los sistemas alternativos (art. 53.2 R.). Véase sobre esta naturaleza el artículo 26 f) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

2. Rendimientos presuntos y rendimientos ficticios en el caso de operaciones vinculadas.

Estos supuestos, a los que se refiere el artículo 41.2, párrafo 2.º del R., son los que plantean mayores problemas. Tienen en común con el anterior la ausencia de una retribución dineraria; pero mientras que las retribuciones en especie son efectivas, éstas son presuntas (con presunción *iuris tantum*) o ficticias, en virtud de una presunción *iuris et de iure*. Los supuestos aludidos se producen como consecuencia de la aplicación de las siguientes disposiciones:

- La presunción de retribución (art. 7.º de la ley).
- La norma según la cual la valoración de las operaciones entre una sociedad y sus socios o consejeros o los de otra sociedad del mismo grupo, así como con los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos, se realizará por su valor de mercado en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 8.º de la ley).

Gota Losada ha sostenido con acierto, con relación a la disposición equivalente de la legislación de activos financieros, que la figura del ingreso a cuenta es inútil cuando se trata de rendimientos determinados en virtud de presunciones *iuris tantum* (6). La razón es que la presunción sólo puede hacerse valer frente al sujeto pasivo, es decir, el perceptor de la retribución, no frente al que la satisface (obligado al ingreso a cuenta), y mediante el correspondiente procedimiento en el cual el presunto perceptor de la retribución (realizador de la prestación de trabajo o de capital) pueda aportar las pruebas contrarias a la presunción. No puede saberse, por tanto, si ha habido o no un ingreso presunto hasta que este procedimiento no haya terminado.

(6) GOTA LOSADA, A., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, t. II, Banco Exterior de España, Madrid, 1989, págs. 229 y ss.

La conclusión no cambia a la vista de lo dispuesto en el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 7.º de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (7), porque se trata de una norma de valoración de la retribución presunta, que no modifica el carácter *iusuris tantum* de ésta (8).

Sin embargo, respecto de las operaciones vinculadas, Gota entiende que sí es posible la realización del ingreso a cuenta, dado el carácter que tiene el artículo 16 de la Ley del Impuesto de Sociedades de norma imperativa de valoración, independiente de la presunción de rendimiento, sin que quepa prueba en contrario. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Económico-Administrativo Central en sus Resoluciones de 6 de noviembre y 19 de diciembre de 1990 (9). Ambas resoluciones declaran aplicable para la determinación de la cuantía de la retribución -se trataba de préstamos sin interés entre sociedades vinculadas- la disposición transitoria 5.ª del Real Decreto 2027/1985, que fija el rendimiento mínimo en el interés legal del dinero.

Ahora bien, el problema de la aplicación del ingreso a cuenta se plantea entonces cuando no se trate de rendimientos de activos financieros (rentas del capital), sino, por ejemplo, de servicios profesionales. En nuestra opinión, la falta de un criterio objetivo para la fijación del valor de mercado hace inviable el ingreso a cuenta también en esta situación, puesto que siempre cabría discutir la cuantía de la prestación en el correspondiente procedimiento.

Con anterioridad a la Ley 18/1991 era discutible también la exigibilidad del ingreso a cuenta en el caso de operaciones vinculadas entre una sociedad y un socio persona física, ya que según una parte de la doctrina el artículo 16 de la LIS no era aplicable a las personas físicas. En este sentido también la Audiencia Territorial de Barcelona en su Sentencia de 10 de mayo de 1989 (10). En favor de tal exigibilidad podía argüirse que el artículo 16 de la LIS no se aplicaba a efectos de determinar la base imponible del socio, sino solamente a efectos del

(7) El artículo 7.2 de la LIRPF dice así:

«Se entenderá por valor normal en el mercado la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes. No obstante, tratándose de préstamos y operaciones de captación o utilización de capitales ajenos en general, la contraprestación se estimará aplicando el tipo de interés legal del dinero que se halle en vigor el último día del período impositivo».

(8) Cfr. GOTA LOSADA, *op. cit.*, pág. 233; LACASA SALAS/DEL PASO BENGOA (eds.), *La regularización fiscal y la nueva legislación de Renta y Patrimonio*, Ed. Gaceta Fiscal, Madrid, 1991, pág. 110; ARTHUR ANDERSEN, *Las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio*, Madrid, 1991, pág. 47.

(9) Pueden verse en *Carta Tributaria*, núms. 144 (ref.ª 3412) y 151 (ref.ª 3584), respectivamente.

(10) Puede verse en *Gaceta Fiscal*, n.º 68, pág. 68.

ingreso a cuenta por la sociedad, que es, como sabemos, una obligación que recae sobre ésta y no sobre el socio. A la vista del artículo 8.º de la Ley 18/1991 ya no cabe duda acerca de la aplicación también a los socios personas físicas de las normas sobre operaciones vinculadas (11).

Téngase en cuenta que, como dice Gota Losada (12), el rendimiento mínimo fijado de acuerdo con las normas de la Ley 14/1985 (art. 7.º) y del Real Decreto 2027/1985 sólo surte efectos con relación al ingreso a cuenta, pero no a efectos de la determinación de la base imponible del impuesto principal (IRPF o IS según los casos). El perceptor de los rendimientos puede, pues, negar que el rendimiento mínimo reglamentariamente fijado constituya una concreción adecuada del precio de mercado.

Por lo que hace referencia al ingreso a cuenta en el caso de rendimientos explícitos del capital mobiliario con periodicidad superior a 12 meses, más que de un verdadero ingreso a cuenta del tipo que aquí estamos estudiando (pago a cuenta de la obligación principal) se trata de una periodificación de la retención que se efectuará al vencimiento del rendimiento.

VI. CALCULO DEL INGRESO A CUENTA

1. Retribuciones en especie.

1.1. Regla general.

El importe del ingreso a cuenta será el resultado de aplicar al valor de las retribuciones en especie, determinado según las normas del Reglamento, el tipo de retención correspondiente (cfr. art. 44.2 R.).

1.2. Rendimientos del trabajo.

La cuantía del ingreso a cuenta se calculará aplicando al valor de las retribuciones, determinado conforme a las reglas del apartado 1 del artículo 27 de la Ley del Impuesto, el porcentaje resultante de lo dispuesto en el artículo 45 del R., con un mínimo del 15 por 100 (art. 53.1 R.). Para los rendimientos en especie obtenidos en Ceuta y Melilla el tipo mínimo es el 7,5 por 100 (modificación introducida por el R.D. 753/1992, de 26 de junio).

(11) LACASA SALAS/DEL PASO BENGOA, *op. cit.*, pág. 113; ARTHUR ANDERSEN, *op. cit.* pág. 48.

(12) *Op. cit.* pág. 562.

Cuando lo que procede es la aplicación de la tabla de porcentajes del artículo 46 (es decir, cuando no se trate de retribuciones de consejeros de sociedades, en cuyo caso el tipo aplicable es el proporcional del 30 por 100), cabe entender la regla anterior en un doble sentido (13):

- Se entra en la tabla con el valor de la retribución y se aplica a éste el tipo resultante.
- Se aplica a dicho valor el mismo tipo que a las retribuciones dinerarias del sujeto pasivo. Esta es la solución por la que han optado las instrucciones del Modelo 110 (O.M. de 29-1-1992).

A diferencia de las retribuciones dinerarias, el trabajador no puede solicitar la aplicación de un tipo superior (art. 47.3, párrafo último).

Se exceptúan de ingreso a cuenta las retribuciones en especie del trabajo cuyo valor no exceda de 50.000 pesetas anuales por perceptor. Para la determinación de esta cuantía se tendrá en cuenta el valor de las retribuciones en especie que previsiblemente se vayan a satisfacer durante el año. Dicho valor no podrá ser inferior al de las obtenidas durante el año anterior siempre que no concurren circunstancias que hagan presumir una notoria reducción de las mismas (apartado 3 del art. 53 del R., introducido por el R.D. 753/1992, de 26 de junio).

1.3. Rendimientos del capital mobiliario.

Se aplica a su valor de mercado el tipo de retención correspondiente (normalmente el 25 por 100), tomándose como valor de mercado el valor de adquisición o coste para el pagador incrementado en un 25 por 100 (art. 54 R.).

1.4. Retribuciones de actividades profesionales.

Se aplica al valor de la retribución, determinado de conformidad con el artículo 27 de la ley, el tipo de retención correspondiente (normalmente el 15 por 100) (art. 55 R.).

(13) LACASA SALAS/DEL PASO BENGOA (eds.), *Comentarios al nuevo Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Gaceta Fiscal, Madrid, 1992, pág. 471.

1.5. Rendimientos explícitos del capital mobiliario con liquidaciones de periodicidad superior a doce meses (art. 56 R.).

El tipo aplicable a este ingreso a cuenta de la retención definitiva es el que corresponda a las rentas generadas en cada año natural (art. 4.2, R.D. 2027/1985).

Ejemplo

El 1 de julio de 1992 una persona A hace un préstamo a una sociedad S de 1.000.000 por dos años con un interés del 10% anual pagadero al vencimiento. El tipo de retención es el 25% en 1992, el 23% en 1993 y el 20% en 1994.

Los ingresos a cuenta y la retención que deberá realizar S son los siguientes:

– El 31 de diciembre de 1992:

Ingreso a cuenta (25% s/50.000)	12.500
---------------------------------------	--------

– El 31 de diciembre de 1993:

Ingreso a cuenta (23% s/100.000)	23.000
----------------------------------------	--------

– El 1 de julio de 1994:

Retención (20% s/200.000)	40.000
---------------------------------	--------

A deducir:

Ingresos a cuenta	35.500
-------------------------	--------

Diferencia a ingresar	4.500
-----------------------------	-------

A deberá imputar en 1994 en su base imponible 200.000 y deducir 40.000 de su cuota.

1.6. Premios en especie.

El tipo de retención del 25 por 100 (art. 52 R.) se aplica al valor de mercado. Este es el valor de adquisición o coste para el pagador incrementado en un 25 por 100 (art. 58 R.).

Téngase en cuenta que no existe obligación de ingresar a cuenta por los premios en especie cuyo valor de adquisición o coste no sea superior a 100.000 pesetas [art. 43.2 h) R.].

2. Rendimientos presuntos y operaciones vinculadas.

Para el cálculo del ingreso a cuenta el artículo 57 remite al 44, ambos del R. Este dispone lo siguiente en su apartado 3:

«Cuando sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley del Impuesto, la retención o el ingreso a cuenta no podrá resultar inferior al calculado sobre el rendimiento fijado conforme a los citados artículos.

Cuando, como consecuencia de lo anterior, resulte un importe teórico a ingresar superior al rendimiento efectivo, el deudor retendrá sobre la base del rendimiento efectivo.

Adicionalmente, el deudor efectuará un ingreso a cuenta calculado sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo. Este ingreso no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible para el pagador.

En ausencia del rendimiento efectivo, procederá exclusivamente ingreso a cuenta sobre el rendimiento mínimo».

En definitiva, por tanto, la suma de la retención y el ingreso a cuenta (importe total del pago a cuenta) tiene que ser igual al resultado de aplicar el tipo de la retención al importe presunto o ficticio de la retribución. Caben, sin embargo, diversas interpretaciones sobre el cómputo de la retención.

Según los autores del comentario al Reglamento dirigido por Lacasa Salas y Del Paso Bengoa (14), el importe total del pago a cuenta debe cubrirse mediante la retención hasta donde alcance el rendimiento pagado en efectivo; la diferencia es lo que tiene que ingresarse a cuenta.

(14) *Op. cit.*, pág. 404.

Un *ejemplo* análogo al propuesto por estos autores ilustrará esta interpretación:

Un socio presta a la sociedad 1.000.000 con un interés del 0% el primer año, el 2% el segundo y el 5% el tercero y último. El interés legal del dinero es el 10%. Suponemos aplicable la disposición transitoria 5.^a del Real Decreto 2027/1985.

La suma de la retención y el ingreso a cuenta no puede ser inferior a:

$$25\% \times 10\% \times 1.000.000 = 25.000$$

Primer año: No hay rendimiento efectivo;

Ingreso a cuenta	25.000
------------------------	--------

Segundo año: Rendimiento efectivo:

$$2\% \times 1.000.000 = 20.000$$

Retención	20.000
Ingreso a cuenta	5.000
	<hr/>
	<u>25.000</u>

Tercer año: Rendimiento efectivo:

$$5\% \times 1.000.000 = 50.000$$

Retención	25.000
-----------------	--------

Las 25.000 restantes se abonan al socio prestamista.

Hay, sin embargo, otra interpretación posible de la norma estudiada, según la cual a la retribución efectiva se le aplica en todo caso el tipo de la retención y la diferencia hasta el pago a cuenta total se cubre por medio del ingreso a cuenta.

Así, en el ejemplo anterior tendríamos lo siguiente:

Primer año: Igual que en la solución anterior.

Segundo año:

Retención (25% s/20.000)	5.000
Ingreso a cuenta [25% s/(Rendto. mínimo - Rendto. efectivo) = = 25% s/(100.000 - 20.000)]	20.000
	25.000

El socio percibiría 15.000 pesetas de intereses.

Tercer año:

Retención (25% s/50.000)	12.500
Ingreso a cuenta [25% s/(100.000 - 50.000)]	12.500
	25.000

Nos inclinamos por esta segunda, en primer lugar, a la vista del propio texto del artículo 44.3 del R., cuyo párrafo segundo dice que «el deudor retendrá *sobre la base* del rendimiento efectivo»; es decir, el rendimiento efectivo es la base de cálculo de la retención a la que hay que aplicar el tipo correspondiente. Paralelamente, el ingreso a cuenta se calcula «*sobre la* diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo».

Por otra parte, la tesis opuesta produce como resultado un tipo de retención efectiva muy superior al legal (15) (en el ejemplo, 100% el 2.º año y 50% el 3.º), dando lugar a una especie de confiscación de la retribución percibida que carece de apoyo en la ley.

VII. REGIMEN DEL INGRESO A CUENTA

1. Para el perceptor de la retribución (sujeto pasivo del impuesto principal).

El sujeto pasivo incluirá en la base imponible regular o irregular, según proceda, tanto la base de cálculo del ingreso a cuenta como el importe del propio ingreso (art. 60.2, inciso 2.º, del R.) y deducirá este último de la cuota (art. 83 de la ley). Este principio general, semejante al aplicable a las retenciones, plantea los siguientes problemas:

1.1. Inclusión en la base imponible del ingreso a cuenta no realizado.

Se ha planteado la cuestión de si el ingreso a cuenta debe incluirse en la base imponible en todo caso, es decir, con independencia de si efectivamente se ha realizado en el Tesoro Público por el obligado a ello, o sólo cuando realmente dicho ingreso haya tenido lugar (16).

El inciso 1.º del artículo 60.2 del R. establece que «cuando exista obligación de ingresar a cuenta se presumirá que dicho ingreso ha sido efectuado». La equiparación de esta presunción a la que rige respecto de las retenciones (arts. 98.2 de la L. y 60.1 del R.) llevaría a considerarla, como ésta, una presunción absoluta o *iuris et de iure*. En favor, sin embargo, de la opinión contraria, es decir, de su carácter *iuris tantum*, cabe aducir, en primer lugar, algunos argumentos de carácter textual, como la diferente expresión utilizada por los apartados 1 y 2 del artículo 60 del R.: «se entenderán percibidas, *en todo caso*, con deducción del importe ...» y «se presumirá que dicho ingreso ha sido efectuado». Además, el artículo 27.3 de la ley, relativo a las retribuciones en especie del trabajo, ordena incluir en la base imponible la valoración de la retribución «y, *en su caso*, el ingreso a cuenta *realizado* por quien satisfaga esta modalidad de retribución».

(15) Ya lo advierten los autores citados en la nota anterior.

(16) LACASA SALAS/DEL PASO BENGOA (eds.), Comentarios ..., *cit.*, págs. 382 y ss.

En segundo lugar, al no indicarse por la norma el carácter de la presunción -y aquí cabría hacer un inciso sobre el rango de ésta para establecer la presunción, que a nuestro juicio es claramente insuficiente-, ésta debe considerarse *iuris tantum* en virtud de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley General Tributaria.

Por lo demás, debe observarse que la presunción beneficia generalmente al contribuyente, cuya cuota se incrementa en el resultado de aplicar al ingreso a cuenta el tipo marginal y se reduce en el importe íntegro de dicho ingreso (17). Si se admite el carácter relativo de la presunción, ¿podría la Administración enervarla mediante la aportación de pruebas en contrario? No creemos que sea éste el sentido de esas disposiciones.

La cuestión se convierte entonces en un problema práctico: Mientras que en el caso de las retribuciones dinerarias la «elevación al íntegro» es una sencilla operación aritmética, en el caso de las retribuciones en especie -no digamos ya en los de retribuciones presuntas y operaciones vinculadas- será muy difícil en la generalidad de los casos determinar el importe del ingreso sin contar con la colaboración del pagador de la retribución. ¿Cómo saber, por ejemplo, el coste de los bienes entregados para el pagador?

De existir la colaboración señalada, ésta se articulará a través de la certificación y de la comunicación previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 59 del R. En defecto de ella, surgen numerosos problemas de no fácil solución; por ejemplo, ¿puede el perceptor de la retribución exigir del pagador el cumplimiento de esos deberes? y, en caso afirmativo, ¿por qué vía? ¿Podrá, por el contrario, el perceptor estimar por su cuenta el importe del ingreso a cuenta procedente? De contestarse afirmativamente a esta pregunta, se produciría probablemente una discrepancia entre lo ingresado, en su caso, por el pagador y lo deducido de su cuota por el perceptor. La eventual rectificación de este último importe por la Administración ¿podría dar lugar a la imposición de sanciones?

1.2. Integración en la base del ingreso a cuenta soportado por el perceptor.

La cuestión es si debe integrarse el importe del ingreso a cuenta en la base imponible cuando el perceptor de la retribución lo haya reintegrado al pagador. Se ha dado una respuesta negativa a esta pregunta con el argumento de que sólo cuando el pagador soporta el ingreso éste constituye una renta adicional para el perceptor; por el contrario, cuando sea éste quien lo soporte se produciría una doble imposición (18).

(17) Únicamente será perjudicial para el contribuyente cuando la inclusión en la base del ingreso a cuenta produzca una elevación en el tipo medio que anule la deducción en la cuota del ingreso.

(18) LA CASA SALAS/DEL PASO BENGUA, Comentarios ..., *cit.* págs. 462 y ss. y 474.

Coincidimos con esta opinión; nos parece, sin embargo, útil analizar qué sucede en el caso de la retención a cuenta, lo cual pondrá de manifiesto algunos aspectos interesantes del ingreso a cuenta. La integración de la retención en la base imponible se produce en todo caso a través del mecanismo de la «elevación al íntegro»; mediante éste la retribución se integra en la base imponible del perceptor por su importe total. Este la percibe en parte en efectivo y en parte en forma de un «crédito de impuesto» frente a la Hacienda Pública, que podrá ejercitar mediante la compensación con el impuesto principal o el correspondiente derecho a la devolución. En el caso de que la retención no se haya practicado realmente, la elevación al íntegro equivale en la práctica a una presunción de elevación tácita de la retribución por el pagador en el importe de la retención no efectuada. Pues bien, la aplicación del mecanismo de la elevación al íntegro a las retribuciones en especie y demás sujetas a ingreso a cuenta tiene exactamente el mismo significado de elevación tácita del importe de la retribución en la cuantía del ingreso a cuenta (19). Ahora bien, al igual que en las retribuciones en dinero se tiene en cuenta, cuando se practica, la retención realmente efectuada, en las retribuciones en especie hay que tomar en cuenta el hecho de que el pagador de la retribución se haya resarcido de su importe frente al perceptor, reduciendo en consecuencia la base imponible. Esta reducción puede tener lugar por dos vías: Bien excluyendo la integración del ingreso a cuenta en la base, bien permitiendo que el importe de éste se deduzca en concepto de gasto.

Ninguna de estas soluciones carece de problemas: La primera plantea el de la prueba de haber soportado el ingreso a cuenta el perceptor, a cuyos efectos puede utilizarse también la certificación o la comunicación previstas en el artículo 59 del R.; la segunda por la dificultad de encajar este gasto entre las normas reguladoras de determinados rendimientos (20).

1.3. Integración en la base como ingresos o como rendimiento neto.

El problema surge porque si la retribución en especie (y, en su caso, el ingreso a cuenta) se integra como rendimiento neto en la base imponible del perceptor no formará parte de la base de cálculo de determinados gastos fijados en un porcentaje de los ingresos (5% de los rendimientos del trabajo, art. 28.2 de la ley; 1% de los rendimientos profesionales, art. 42 de la ley) ni podrá restarse de ellos la reducción de 25.000 pesetas aplicable a los rendimientos del capital mobiliario (art. 42 de la ley).

(19) Puede observarse que en el caso de retribuciones en especie del trabajo personal dicha elevación varía en función del tipo de retención aplicable, de manera que una retribución de esta clase de idéntico valor de mercado puede tener distinto «valor fiscal» según el perceptor. Lo mismo sucede, sin embargo, respecto de las retribuciones en dinero cuando no se practique realmente la retención.

(20) Cfr. LACASA SALAS/DEL PASO BENGEOA, Comentarios ..., *cit.*, pág. 463. La solución apuntada en el texto es independiente, en nuestra opinión, del problema de legalidad suscitado por estos autores (v. pág. 462), a saber, que la integración del ingreso a cuenta en la base únicamente está prevista en una norma de rango legal para las retribuciones en especie del trabajo personal (art. 27.3 de la ley).

Ejemplo

Los rendimientos del capital de un depósito bancario incluyen 10.000 pesetas de intereses en dinero más una bicicleta de montaña cuyo coste de adquisición para el Banco fue de 15.000 pesetas.

1. Inclusión como ingresos.

Rendimientos del capital mobiliario:

– En efectivo	10.000
– En especie (15.000 + 25% s/15.000)	18.750
– Ingreso a cuenta (25% s/18.750)	4.687,5
TOTAL	<u><u>33.437,5</u></u>

Reducción del artículo 39 de la ley	25.000
Rendimiento computable	8.437,5

2. Inclusión como rendimiento neto.

Rendimiento neto:

Intereses	10.000
Reducción artículo 39 de la ley	10.000
	<u><u>0</u></u>

Retribución en especie	18.750
Ingreso a cuenta	4.687,5
Rendimiento computable	23.437,5

Parece claro que las retribuciones en especie son ingresos íntegros y lo mismo hay que decir del propio ingreso a cuenta, por las razones antes señaladas (21).

1.4. Opción en el supuesto de rendimientos del capital con liquidaciones superiores a 12 meses.

Respecto de los rendimientos del capital con liquidaciones superiores a 12 meses, hay que tener en cuenta la opción otorgada por el artículo 6.4 del Real Decreto 2027/1985: «Cuando por la duración de la operación existan ingresos a cuenta correspondientes a distintos años, el sujeto pasivo podrá incorporar en la base imponible de cada ejercicio el importe del rendimiento generado o corrido en ese ejercicio. En tal caso, computará como pago a cuenta en su impuesto el ingreso a cuenta que se practicó sobre el referido rendimiento».

2. Para el pagador de la retribución.

Respecto al pagador de la retribución, el principal problema que se plantea en sus relaciones tributarias con el perceptor es la forma de reintegrarse de la cantidad ingresada (22), reintegro que en la retención a cuenta se produce (efectiva o ficticiamente) de antemano. Ni la Ley ni el Reglamento dicen nada al respecto, con lo que parecen relegar la cuestión -también a diferencia de la retención- a la esfera de las relaciones privadas entre pagador y perceptor.

Se ha planteado, sin embargo, en la doctrina la cuestión de si el pagador puede retener ese importe con cargo a la retribución en dinero. Gota Losada lo afirma (23); lo niegan, en cambio, los autores de los Comentarios al R. dirigidos por Lacasa Salas y Del Paso Bengoa (24). Parece, sin embargo, que aquel autor y éstos se refieren a dos clases de retención completamente distintas: Los segundos a la retención tributaria, claramente inadmisibles en

(21) Véanse, sin embargo, los detenidos razonamientos de LACASA SALAS/DEL PASO BENGEOA (eds.), Comentarios ..., *cit.*, págs. 467 (rendimientos en especie del trabajo), 477 (rendimientos del capital mobiliario) y 479 (rendimientos de actividades profesionales).

(22) Sobre su derecho a este reintegro no parece que pueda haber duda alguna: Quien efectúa el ingreso a cuenta está, en términos materiales, pagando una deuda tributaria ajena. A falta de reintegro se produciría un enriquecimiento injusto del perceptor de los rendimientos. Véanse, sin embargo, los elaborados razonamientos de LACASA SALAS/DEL PASO BENGEOA, Comentarios ..., *cit.*, págs. 473 y ss.

(23) *Op. cit.*, pág. 226.

(24) *Op. cit.*, pág. 472.

defecto de una ley que la autorice; Gota, en cambio, alude más bien a una retención «en el campo privado» (ésta es la expresión que utiliza). Esta será admisible siempre que lo permita una ley especial (por ejemplo, la legislación laboral) o se haya establecido así en virtud de pacto entre el pagador y el perceptor de la retribución.

Del hecho de que el pagador de la retribución que efectúe el ingreso a cuenta tenga derecho de regreso frente al perceptor deriva que este desembolso no constituya gasto deducible para el primero. Así lo establece el R. en el artículo 44.3, párrafo 3.º, inciso 2.º, relativo al ingreso a cuenta en los supuestos de rendimientos presuntos y de operaciones vinculadas; pero la misma regla es aplicable por las razones indicadas en cualquier otro supuesto. El artículo 5.º del Real Decreto 2027/1985, del que es transcripción el 44 del R., indica la razón de la no consideración como gasto deducible: «Este ingreso a cuenta no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible para el pagador *al efectuarse en nombre y por cuenta del acreedor*».

Hay que admitir, sin embargo, que la suma de la ausencia de retención y la no deducibilidad del ingreso a cuenta echa sobre los hombros del obligado a efectuarlo el riesgo del cobro del tributo en un grado mucho más elevado que el retenedor; tanto que en ausencia de una regulación suficiente de rango legal es dudoso que pueda ampararse en la equiparación meramente superficial con la retención a cuenta.

3. Devolución de ingresos indebidos.

Estimamos aplicable *mutatis mutandis* lo dispuesto para la retención en el artículo 9.º del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre. En consecuencia, tendrá derecho a la devolución el perceptor de la retribución siempre que haya soportado el ingreso a cuenta y no lo haya deducido en su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

4. Aspectos procesales.

Las cuestiones procesales que suscita el ingreso a cuenta son fundamentalmente las siguientes: ¿Cabe su impugnación? y, en caso afirmativo, ¿cuál es el cauce adecuado para ello?

Conviene advertir de antemano contra una equiparación precipitada a estos efectos entre el ingreso a cuenta y la retención. El primero no afecta inicialmente al perceptor de la retribución, que la recibe íntegra, a diferencia de las retribuciones objeto de retención. Parece

claro, por otra parte, que la impugnación de la acción de regreso del pagador debe discurrir por los cauces del Derecho privado y, por tanto, por el proceso civil ordinario. Por todo ello no parece utilizable el cauce establecido en el artículo 123 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas para la impugnación de los actos de retención.

Sin embargo, no cabe duda de que la cuantía del ingreso a cuenta no es indiferente para el perceptor, que ha de incluirla en su base imponible junto con el valor del rendimiento. Ahora bien, ¿cuál es el momento procesal oportuno para impugnarlo? Una primera respuesta podría ser que, puesto que el perceptor no está vinculado ni por las valoraciones que haya hecho el pagador - salvo en lo que tengan de pura constatación de hechos, como la notificación del precio de adquisición o coste de los bienes en que consistió la retribución en especie- ni por el ingreso a cuenta, el perceptor puede simplemente desconocerlos al autoliquidar su impuesto. Otra respuesta más conservadora sería declarar y autoliquidar con arreglo a las certificaciones expedidas por el pagador impugnando acto seguido la autoliquidación por la vía de la disposición adicional 3.ª del Real Decreto 1163/1985 y el artículo 121 del RPREA. En cualquier caso, el perceptor, a diferencia del retenido, no tiene que discutir estas cuestiones en un procedimiento triangular como el del artículo 123 del RPREA, que en realidad es un proceso *inter privatos*.

VIII. OBLIGACIONES FORMALES DEL OBLIGADO A INGRESAR A CUENTA

Se hallan establecidas en el artículo 59 del R. y son, en síntesis, las siguientes:

- *Presentar declaración* trimestral e ingresar su importe en el Tesoro Público. La periodicidad es mensual en los mismos supuestos (grandes empresas) en que lo es la del Impuesto sobre el Valor Añadido, a cuyo Reglamento actual hay que entender hecha la remisión (v. art. 71.3 del aprobado por R.D. 1624/1992, de 29 de diciembre). Los Modelos de declaración son el 110 y 111 (grandes empresas) aprobados por Orden Ministerial de 29 de enero de 1992.
- Presentación de un *resumen anual* de ingresos a cuenta (Modelo 190).
- *Expedición de certificación* acreditativa del ingreso a cuenta, que debe ponerse a disposición del sujeto pasivo con anterioridad a la apertura del plazo de declaración.
- *Comunicación al sujeto pasivo* del ingreso a cuenta en el momento en que se satisfagan las rentas.

IX. INFRACCIONES Y SANCIONES

El principal problema que puede plantearse en este aspecto es la aplicabilidad o no de la norma especial del artículo 88.3 de la Ley General Tributaria, que establece el mínimo de la multa en el 150 por 100 de la falta de ingreso de tributos repercutidos o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, a diferencia del mínimo de las infracciones graves que es del 50 por 100 (art. 87.1). La asimilación del ingreso a cuenta a la retención llevaría a una respuesta afirmativa. En apoyo de esta tesis cabría añadir que el fundamento de la agravación de las sanciones por falta de ingreso de las retenciones no radica necesariamente en el hecho de que el retenedor se haya apropiado de cantidades ajenas, como lo demuestra el hecho de que el límite del 150 por 100 es aplicable también en caso de falta de retención (25). En contra cabe argumentar que el límite mínimo más elevado del artículo 88.3 no se aplica a todos los supuestos de falta de ingreso de pagos a cuenta [cfr. art. 79 a) LGT] (26); por consiguiente, en defecto de una previsión expresa del legislador no cabe extender analógicamente el supuesto de la norma agravatoria.

Es obvio, por lo demás, que el obligado a efectuar el ingreso a cuenta que deja de hacerlo no realiza el tipo penal de la apropiación indebida, cuyo elemento esencial es haber recibido el dinero o cosa «en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos» (art. 535 C. Pen.) (27).

X. CONCLUSION

El examen precedente pone de relieve, en nuestra opinión, que el ingreso a cuenta es en muchos aspectos una figura insuficientemente elaborada, que puede ser fuente de numerosos problemas aún no resueltos de manera satisfactoria. Su adopción generalizada en el nuevo Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no merece por ello un juicio favorable y es una muestra más de la «Hacienda de retenciones» en que se está convirtiendo la española. Hay que propugnar si no su total supresión, sí al menos su reducción a supuestos muy restringidos (por ejemplo, retribuciones del capital en especie por entidades de crédito) y, desde luego, su eliminación en los supuestos de rendimientos presuntos y operaciones vinculadas. La figura presenta también flancos débiles desde el punto de vista constitucional, no sólo en el aspecto de la legalidad, sino también en el de la proporcionalidad de la actuación administrativa.

(25) Véanse, sin embargo, las críticas de PEREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pág. 369.

(26) Cfr. LACASA SALAS/DEL PASO BENGEOA, *Comentarios ...*, cit., pág. 385.

(27) Cfr. LACASA SALAS/DEL PASO BENGEOA, *Comentarios ...*, cit., pág. 382.