

## LA FIGURA DEL SUJETO RETENEDOR EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN TRIBUTARIA<sup>o</sup>

Carla Mares\*\*

### I. APUNTE PRELIMINAR

La ausencia de un concepto jurídico unitario de las figuras que se enmarcan dentro de los pagos a cuenta planteó muchas dudas a la doctrina, especialmente, respecto a la retención y a los sujetos que en ella intervienen<sup>1</sup>. Como es lógico, las disertaciones sobre la naturaleza jurídica inciden sobre la calificación del elemento subjetivo de los mecanismos de pago anticipado. Y, aun cuando sean los sujetos obligados a efectuar las prestaciones a cuenta quienes marcan la diferencia entre ellas, podríamos preguntarnos si todos estos sujetos pueden integrarse dentro de un mismo género. Si los pagos a cuenta son una categoría impositiva distinta cabría, por ejemplo, reconducirlos a la figura de la sustitución, no sobre una prestación accesoria sino principal.

GIANNINI apuntó, en esta línea, que al extender la obligación del impuesto a personas diversas del sujeto pasivo, la ley tributaria da un paso más allá, sustituyendo completamente al sujeto mismo en la relación con la Administración: designa una persona que toma su lugar en el cumplimiento de todas las obligaciones, materiales y formales, que derivan de la relación jurídica del impuesto. Las razones son varias. La más común es que el rendimiento, que constituye el presupuesto del tributo, se encuentra originariamente a disposición de una persona distinta del sujeto pasivo, por lo que parece oportuno que ella sea la obligada al pago en lugar de éste. A esto se suma la ventaja que representa para la Administración —al cumplir

---

• Artículo publicado en el libro MARES, C. (coord.), *et. al. Cuestiones actuales de Derecho Tributario*, Palestra, 2011.

• Abogada titulada en la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y la Universidad de Bolonia (Italia). Gerente de Tax en EY Perú. Profesora del Módulo de Tributación Empresarial del Máster de Empresas de la Universidad de Piura. Profesora Ordinaria de la Universidad de Piura. Se ha desempeñado como funcionaria de Sunat en la Intendencia Nacional de Principales Contribuyentes en el Área de Recaudación y Cobranza (2001-2004).

<sup>1</sup> Una valiosa recopilación de trabajos que abordan el tema, directa o indirectamente, se encuentra en GONZÁLEZ GARCÍA, E. (prol.), *et al. Sujetos pasivos y responsables tributarios: XVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario – Cartagena de Indias, octubre 1995*, IEF – Marcial Pons, Madrid, 1997.

los actos de revisión y recaudación del tributo— el relacionarse con una sola persona, el pagador, y no con una pluralidad de contribuyentes perceptores de ingresos<sup>2</sup>.

La cuestión de si el retenedor es un sustituto del sujeto pasivo o un *tertium genus* se ha planteado de forma reiterada en la doctrina<sup>3</sup>, debido a que, durante mucho tiempo, el sustituto se ha manifestado especialmente a través de la modalidad de retención<sup>4</sup>. BOSELLO, intentando dar una respuesta a tal interrogante, apuntó que la retención a cuenta no presenta la cualidad que —según la doctrina— define a la sustitución; esto es, que un sujeto tome el lugar de otro en el lado pasivo de la obligación. De ahí que ni el perceptor del pago sea un sustituido ni el pagador y obligado a la retención sea un sustituto<sup>5</sup>.

Es un hecho, sin embargo, que el legislador en no pocos ordenamientos ha recurrido a la figura del sustituto, sobre todo, para facilitar la aplicación y recaudación de tributos, asegurando el crédito tributario con dos patrimonios centro de imputación de responsabilidad<sup>6</sup>. En el caso español, puede afirmarse que el retenedor, durante la vigencia de la Ley General Tributaria (LGT) de 1963, podía ser considerado como un sustituto del contribuyente<sup>7</sup>. Actualmente, el artículo 36 Ley 58/2003, LGT de 2003 —si bien caracteriza al sustituto de modo bastante semejante a como lo hacía el artículo 32 de la Ley anterior— deja claro que el retenedor es un obligado tributario y no un sustituto<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. GIANNINI, A. D. *Istituzioni di Diritto tributario*, 9.ª edición, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 135-136.

<sup>3</sup> Cfr. GOROSPE OVIEDO, J. I. *La deuda tributaria básica*, Marcial Pons, 2000, pp. 196-209.

<sup>4</sup> Un desarrollo exhaustivo de la problemática del retenedor como sustituto se encuentra en ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos y retenedores en el Ordenamiento tributario español*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 11 y ss.; SAINZ MORENO, J. *Elementos de Derecho Financiero*, tomo I, 2.ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1988, pp. 310-315; JARACH, D. *El hecho imponible: teoría general del Derecho tributario sustantivo*, 3.ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 177-178. Quizá, la reflexión de BERLIRI explica, en gran parte, la confusión en torno a la figura del retenedor, cuando señala que la fuente de equívocos y confusiones que, en mayor medida, perturba el estudio de los sujetos pasivos de la obligación tributaria es la contaminación entre los conceptos y términos jurídicos y los conceptos y términos económicos; cfr. BERLIRI, A. *Principi di Diritto tributario*, volume II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 87.

<sup>5</sup> Cfr. BOSELLO, F. *La ritenuta d'acconto*, Coop. tipografica editrice Galeati, Imola, 1967, pp. 121-122. También puede verse DE MITA, E. *Appunti di Diritto tributario. II.2. Accertamento e riscossione delle imposte sui redditi*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 61-65.

<sup>6</sup> La legislación italiana también habla —al parecer de algunos, equivocadamente— de “*sostituto d'imposta*”; cfr. BERLIRI, A., “*Considerazioni in tema di ritenuta d'acconto*”, *Giurisprudenza delle imposte*, 1982, p. 1398.

<sup>7</sup> Una escueta reseña de las distintas teorías que explican el fundamento de la sustitución y su relación con lo dispuesto por el artículo 32 LGT de 1963 se encuentra en SAINZ MORENO, J. *Elementos de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 311-314. Este autor se manifiesta a favor de la consideración del retenedor como sustituto del contribuyente basándose en la definición legal vertida en el citado artículo 32.

<sup>8</sup> Según se desprende del artículo 35.2 de la LGT de 2003. La redacción de este artículo no habla de “sujeto obligado a retener” y esto parece indicar que el legislador entiende la retención, respecto a él, no como una

De otra parte, el problema de si era necesario, o no, la designación legal de quién era sustituto y si podía trasladarse al ámbito de los obligados tributarios, parece resolverse en España con la LGT vigente. En lo que concierne a los retenedores, el artículo 37.2 establece que es retenedor quien la Ley de cada tributo disponga que lo sea<sup>9</sup>. Esto es positivo; pues no basta, a nuestro parecer, que el retenedor tenga cierta relación con el hecho imponible sino que resulta necesario que la Ley determine quiénes son los obligados tributarios llamados a retener<sup>10</sup>.

Si, a primera vista, pagar una renta —por la que el perceptor debe, en principio, tributar— no es motivo suficiente para convertir al pagador en un obligado tributario, parece oportuno que el legislador llame, expresamente, a algunos sujetos a colaborar con la gestión del tributo, aprovechando su proximidad con el futuro contribuyente. Esta proximidad, distinta en cada caso, debería suponer, sin embargo, en todos los casos, la posibilidad de detraer. Esto garantizaría que tal intervención consiguiera resultados más exitosos, en términos recaudatorios, que aquéllos que resultarían de la simple gestión del Estado; justificándose, así, la técnica que involucra a un tercero en el cumplimiento de la obligación tributaria de su acreedor<sup>11</sup>.

Esta consideración cobra mayor fuerza si se piensa que el sujeto retenedor no sólo está obligado a practicar una detracción sobre la renta que abone sino también a ingresar ese monto en el Tesoro y a cumplir una serie de obligaciones formales que, no pocas veces, resultan costosas. Un punto adicional a tener en cuenta es la responsabilidad que tiene respecto al ingreso de la cantidad que debe retener, que le será exigible con total independencia de que haya realizado o no la retención<sup>12</sup>.

---

obligación sino como un crédito disponible. Véase al respecto SIMÓN ACOSTA, E., “Líneas generales de la relación tributaria en la nueva LGT”, *conferencia inédita*, Las Palmas, 12 de marzo de 2004.

<sup>9</sup> CALVO VÉRGEZ observa que si bien se habla del retenedor como una figura presente en la “ley de cada tributo”, esta figura aparece únicamente en la ley propia de “determinados tributos”; cfr. “Naturaleza jurídica de las retenciones e ingresos a cuenta en el IRPF: cuestiones teóricas y prácticas”, *Carta Tributaria - Monografías*, núm. 10/2005, 2.ª quincena de mayo, pp. 7-8.

<sup>10</sup> JARACH advierte que los sujetos pasivos no contribuyentes deben tener alguna relación con el hecho imponible; cfr. *El hecho imponible...*, *op. cit.*, p. 177. Sin embargo, no parece que la sola existencia de esta relación sea suficiente; la ley debe disponer, expresamente, quiénes son los obligados tributarios. Véase también ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. D'AMATI, N. *Il Diritto tributario: teoria e critica*, Unione tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1985, pp. 251-257.

<sup>12</sup> Así lo establece, en España, el artículo 101.4 de la Ley del IRPF. Aun cuando entendamos que esta disposición se basa en que el retenedor no paga en razón de su propia capacidad económica sino que su obligación se limita a una transferencia de riqueza ajena, no deja de ser grande la responsabilidad que asume.

Pero, ¿basta una razón de eficacia para justificar toda la construcción normativa que supone la figura del retenedor y de los obligados a realizar ingresos a cuenta? Sobre todo si se considera que su estructura y aplicación implica, no pocas veces, trasponer conceptos y/o extender las responsabilidades, a veces de manera excesiva, de quien resulta obligado a realizar el pago a cuenta —basta revisar el régimen sancionador al que queda sometido en caso de incumplir deberes que en rigor no le corresponden—<sup>13</sup>. ¿No podría pensarse, acaso, que si quien paga no lo hace en razón de su propia capacidad económica es un mero puente que permite la transferencia de riqueza y que su obligación debe limitarse, en sentido estricto, a eso?<sup>14</sup>

En resumen, la complejidad que reviste la técnica de la retención exige que el legislador no sólo considere el simple abono de una renta gravada para definir al retenedor. Por eso, la Ley dice más y establece que la obligación de retener recaiga en quienes, por su organización económica o especial situación, sean idóneos para cumplirla<sup>15</sup>. No es suficiente la configuración de un elemento “objetivo” para que proceda la retención; es necesario, además, que confluja un elemento “subjetivo”, pues el retenedor debe ser un sujeto cualificado para el cumplimiento de esta obligación<sup>16</sup>.

Como veremos, a continuación, el legislador ha buscado, fundamentalmente, que el peso del sometimiento al *status* de retenedor recaiga sobre quienes puedan ser capaces de asumirlo. Podría decirse que se piensa, sobre todo, en quienes tienen cierta solvencia económica para respaldar y garantizar las prestaciones que están en juego y que cuentan, por tanto, con el aparato administrativo necesario para llevar a cabo la función encomendada.

---

<sup>13</sup> Cfr. ALGUACIL MARÍ, P., “La significación jurídica de la presunción de rendimientos netos”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 86, abril-junio 1995, pp. 236-237.

<sup>14</sup> Cuestión planteada por ALONSO GONZÁLEZ, a propósito del análisis del retenedor como sustituto del contribuyente; cfr. *Sustitutos...*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>15</sup> Cfr. CAYÓN GALIARDO, A., *et. al. Los Impuestos en España*, 6.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 220.

<sup>16</sup> LÓPEZ BERENGUER, además del elemento objetivo y subjetivo —distinguiendo en este último, a su vez, un sujeto activo y otro pasivo—, habla de un elemento “causal”, que conecta los dos anteriores y que consiste en el hecho de “satisfacer o abonar las rentas [objeto de retención]”; cfr. *El nuevo IRPF y el nuevo Impuesto sobre los “no residentes”*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 443. A nuestro modo de ver, no hace falta enunciar este “nuevo” elemento, pues se encuentra comprendido en la delimitación de los otros dos, tradicionalmente manejados por la doctrina.

## **II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RETENEDORES**

### **II.1. ¿Quiénes son los obligados a retener?**

Todos los supuestos que definen al retenedor encierran la fórmula de pagadores de rendimientos en la fuente, por cuenta y en nombre propio; lo contrario sería una simple mediación en el pago, en cuyo caso no habría obligación de retener.

Usualmente, las categorías de sujetos calificados como retenedores son tan amplias, que parecería más fácil determinar “por exclusión” quiénes no están, en ningún caso, obligados a efectuar la retención.<sup>17</sup> Con carácter general, la Ley 35/2006 (Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas - IRPF) señala que tienen tal obligación:

i) Las personas jurídicas, incluidos los entes de hecho<sup>18</sup>.

ii) Los contribuyentes del IRPF que ejerzan actividades económicas —esto es, empresarios individuales y profesionales— cuando abonen rentas en ejercicio de sus actividades.

iii) Las personas físicas, personas jurídicas y demás entidades no residentes en España que operen mediante establecimiento permanente o no<sup>19</sup>.

En este último supuesto, cuando no operen mediante establecimiento permanente sólo estarán obligadas a retener si satisfacen rendimientos de trabajo u otros que sean gasto deducible para obtener renta gravada por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR); v.g. salarios y prestaciones asimiladas, deducibles del rendimiento de la explotación o actividad económica y que requieren de la retención para ser deducibles<sup>20</sup>. Si bien, antes de la Ley del IRNR de 1998, la doctrina administrativa entendió que había obligación de retener si los

---

<sup>17</sup> En este mismo sentido se expresa CODONI al comentar quiénes son los sustitutos dentro del ordenamiento italiano; cfr. *Ritenute alla fonte e sostituti d'imposta*, 2.ª edizione, EBC, Milano, 1994, pp. 9-12.

<sup>18</sup> Como las comunidades de propietarios y las entidades en régimen de atribución de rentas, según prescribe el artículo 87.1 de la Ley del IRPF. Sobre el término “entidades”, que también estuvo presente en las leyes anteriores, véase una crítica en SANZ GADEA, E., “Retenciones en el IRPF”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núms. 113-114, agosto-septiembre 1992, pp. 22-23.

<sup>19</sup> Aunque la norma no lo diga expresamente, se entiende que tienen tal obligación si el pago de la renta se realiza en el seno de la actividad económica de estas personas, adoptando así un criterio paralelo al establecido expresamente para los residentes en territorio español; cfr. CAZORLA PRIETO, L. Mª. y PEÑA ALONSO, J. L. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ley 40/1998 y su Reglamento*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 379.

<sup>20</sup> De acuerdo al artículo 24.2 de la Ley del IRNR esas actividades comprenden las prestaciones de servicios, la asistencia técnica, las obras de instalación o montaje derivados de contratos de ingeniería y, en general, actividades o explotaciones económicas realizadas en España.

rendimientos de trabajo eran abonados por un establecimiento permanente radicado en el exterior a un residente en España, era preciso regular positivamente este criterio para evitar la elusión fiscal que podía presentarse en este caso.

De otra parte, cabe reiterar la idea de que la simple mediación en el pago —esto es, el abono de una cantidad por cuenta y orden de un tercero— no comporta la obligación de retener<sup>21</sup>. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se contrata a un profesional pero se instrumenta el pago de sus retribuciones a través de un Colegio Profesional<sup>22</sup>; o, cuando el gestor administrativo, en el desarrollo de su actividad, realiza pagos por cuenta de sus clientes. Este último caso requirió un pronunciamiento administrativo: la Dirección General de Tributos (DGT), en respuesta a una consulta de fecha 21 de julio de 1997, declaró que el gestor no estaba obligado a retener. Otro supuesto de mediación en el pago, que define la DGT, mediante resolución de 8 de agosto de 1996, es el del asegurado que paga al médico el valor de la visita o de la prescripción médica mediante vale o talón de la compañía de seguro<sup>23</sup>.

Este mismo supuesto de mediación en el pago se presenta en el caso de las entidades abridoras de un coaseguro en operaciones de seguro que instrumentan compromisos por pensiones realizadas en régimen de coaseguro mancomunado. La DGT, en resolución de 15 de septiembre de 1999 —tomando como sustento lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro—, señaló que aun cuando se acordase que la entidad abridora fuera quien cobrarse todas las primas y liquidase la totalidad de los siniestros, tal actividad no dejaba de ser una simple mediación de pago, “por lo que la obligación de retener e ingresar las retenciones corresponderá a cada una de las entidades coaseguradoras en proporción a la respectiva cuota de indemnización a que resulte obligada en virtud del contrato de coaseguro”<sup>24</sup>.

Teniendo en cuenta que tal obligación exige el pago de una renta por parte de algún sujeto obligado y no el simple hecho de mediar en el pago, que se efectúa, en definitiva, con cargo al mandante, este criterio parece razonable. No obstante, hay quien sostiene que lo

---

<sup>21</sup> Véase los artículos 74.1 y 76.1 del Reglamento de la Ley 35/2006.

<sup>22</sup> Sobre esto pueden verse las sentencias de los TSJ de Cataluña de 21 de marzo de 1997 y de Galicia de 20 de noviembre de 1996; también, la resolución del TEAC de 21 de noviembre de 1994. En estos casos, se señala que la obligación de retener será asumida por la persona o entidad que contrata los servicios del profesional.

<sup>23</sup> Un comentario al respecto véase en CARBAJO VASCO, D. y DOMÍNGUEZ RODICIO, J. R. *Todo sobre el nuevo IRPF*, Praxis, Barcelona, 1999, p. 317.

<sup>24</sup> En esta misma línea se pronuncia la DGT en la contestación a la consulta de 8 de octubre de 2001.

apropiado es que sea el pagador “material” el obligado a retener, por ser quien está en condiciones de conocer la identidad del perceptor. Según este parecer, en el ámbito normativo, no habría obstáculo para considerarlo como tal, pues la Ley vincula el nacimiento de la obligación de retener, simplemente, a quien abone una renta sujeta al IRPF<sup>25</sup>.

Sin embargo, aunque no es ésta la posición que adopta el legislador, hay ciertos casos en los que —entendiendo que no hay simple mediación en el pago— determina que el obligado a retener sea el pagador “material” de la renta. Por ejemplo, la persona o entidad empleadora debe efectuar la retención cuando pague a sus empleados o trabajadores lo que otros han abonado por concepto de propina<sup>26</sup>; o, cuando les pague prestaciones, por maternidad o por incapacidad temporal, que corren a cuenta de la Seguridad Social. Esta misma consideración se aplicaría a las cooperativas agrarias por pagos que hagan a sus socios por distribución o comercialización de productos procedentes de sus explotaciones<sup>27</sup>. O, también, cuando la persona o entidad depositaria de valores o encargada de gestionar su cobro pague rentas derivadas de valores extranjeros<sup>28</sup>, que pertenezcan a residentes en España, siempre que no hayan soportado retención previa en este país<sup>29</sup>. Asimismo, la DGT ha señalado que no estamos ante una simple mediación en el pago cuando se abonan rendimientos derivados del cumplimiento de una determinada resolución judicial; por tanto, la entidad que los abona será la obligada a practicar la retención<sup>30</sup>.

Además, si bien la regla general señala que la retención la practica el pagador de la renta, el legislador hace recaer tal obligación sobre la persona o entidad que intermedia en las

---

<sup>25</sup> Cfr. SANZ GADEA, E., “Retenciones en el IRPF”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>26</sup> En este sentido, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en resolución de 30 de octubre de 1991, declaró que las empresas titulares de los casinos de juego están obligadas a practicar las correspondientes retenciones a cuenta del IRPF cuando procedan a la distribución y abono a sus empleados de los rendimientos que provengan del “tronco de propinas”.

<sup>27</sup> Se plantea si existe o no mediación en el pago cuando una cooperativa satisface a sus socios el importe de la “prima CEE” por cuenta y orden del Servicio Nacional de Protección Agraria. La DGT, en resolución de 17 de mayo de 1996, señaló al respecto que la cooperativa debía practicar retención no sólo sobre el importe de la contraprestación por entrega del producto en cuestión (tabaco) sino también por la prima CEE satisfecha a cada cooperativista.

<sup>28</sup> Se entiende por “valor extranjero” aquél que es emitido por una persona o entidad domiciliada o residente en el extranjero, cualquiera que resulte ser el lugar o mercado donde se negocie la emisión y la divisa utilizada.

<sup>29</sup> Así lo señaló la DGT en contestación a la consulta de 19 de abril de 2001, añadiendo que “la base de retención estará constituida por el rendimiento íntegro percibido en origen, aunque el dividendo haya soportado una retención previa en el país de origen”.

<sup>30</sup> Véase la resolución de la DGT de 25 de enero de 1996; también, las contestaciones a las consultas de 8 de junio de 1990 y 22 de octubre de 1999.

operaciones que manifiestan rentas sujetas a retención. Los casos que recoge el artículo 99.2 de la Ley 35/2006 y el artículo 76.2 de su Reglamento son los siguientes:

i) La entidad residente o establecimiento permanente en la que presta servicios un contribuyente cuando satisfaga rendimientos del trabajo por otra entidad, residente o no, vinculada a ella o por el titular en el extranjero del establecimiento permanente radicado en España<sup>31</sup>.

ii) Cuando se trata de rendimientos derivados de operaciones sobre activos financieros<sup>32</sup>, estará obligado a retener:

- La persona o entidad emisora —o la entidad financiera que tenga esta función— de los rendimientos obtenidos por amortización o reembolso.

- El fedatario público o la institución financiera que intervenga en su presentación para el cobro, si se trata de instrumentos de giro convertidos después de su emisión en activos financieros.

- El banco, caja o entidad financiera que actúe por cuenta de quien los transmite (en cuanto tiene la orden de venderlos), si los activos financieros se transmiten de este modo<sup>33</sup>.

- El fedatario público, cuando su intervención sea obligatoria, en casos distintos de los enunciados.

Se mantiene, así, el tradicional sistema de retención sobre activos financieros con rendimiento implícito, incorporado al ordenamiento español por la Ley 14/1985.

iii) En la transmisión de valores de Deuda Pública está obligada a retener la entidad gestora del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones que intervenga en la operación.

---

<sup>31</sup> Este supuesto fue recogido, por vez primera, en el artículo 82.2 de la Ley 40/1998. En aquel momento, muchos entendieron que tal prescripción configuraba no una retención sino un ingreso a cuenta, ya que aquella sólo puede efectuarla el que paga. Cfr. PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 538.

<sup>32</sup> Sobre los requisitos fiscales exigidos para la transmisión, reembolso y amortización de los activos financieros nos remitimos al artículo 92 del Real Decreto 439/2007. Este precepto se presenta como un conjunto de normas cautelares que adopta la Administración para poder conocer los rendimientos derivados de esos activos.

<sup>33</sup> Por ejemplo, cuando los rendimientos se originen en la transmisión de activos no documentados en títulos, como los que siguen el sistema de anotaciones en cuenta.

iv) En el caso de transmisión o reembolso de acciones o participaciones en el capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva, están obligadas a practicar la retención<sup>34</sup>:

- Las sociedades gestoras, cuando se trate del reembolso de las participaciones en fondos de inversión.

- La propia sociedad —salvo que intervenga una sociedad gestora—, si se trata de recompra de acciones por una sociedad de inversión de capital variable que no coticen en mercados secundarios, adquiridas por el contribuyente a la sociedad, directamente o a través de comercializador.

- Las entidades comercializadoras o intermediarios facultados a comercializar las acciones o participaciones, cuando se trate de instituciones de inversión colectiva domiciliadas en el extranjero. Subsidiariamente, estarán obligadas a retener las entidades encargadas de colocar o distribuir los valores entre los potenciales suscriptores, cuando efectúen el reembolso.

- El representante designado, cuando se trate de sociedades gestoras autorizadas en otro estado miembro de la UE que operen en España en régimen de libre prestación de servicios.

- En caso de no poder aplicar los supuestos anteriores, la norma señala que será el socio o partícipe que haga la transmisión u obtenga el reembolso quien deberá efectuar el pago a cuenta.

v) Cuando se trate de rendimientos derivados de operaciones realizadas en España por entidades aseguradoras que operen en régimen de libre prestación de servicios, por estar domiciliadas en otro Estado miembro de la UE, el encargado de practicar la retención será el representante que designen.

vi) Cuando los fondos de pensiones domiciliados en otro Estado miembro de la UE desarrollen planes de pensiones de empleo sujetos a la legislación española, deberá efectuar la

---

<sup>34</sup> Este nuevo supuesto, en el que se suman otros sujetos obligados a retener, fue introducido por el artículo 24 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, y modificado por la disposición final 1.ª.2 del Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

retención correspondiente a las operaciones realizadas en España el representante que designen a efectos fiscales<sup>35</sup>.

Después de enunciar los sujetos que tienen obligación de retener, la Ley señala expresamente, en su artículo 99.2 *in fine*, quiénes no tienen tal obligación: las misiones diplomáticas y oficinas consulares de Estados extranjeros en España. Esto tiene la siguiente explicación. Por una parte, de conformidad con el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, no cabe incluir dentro de las entidades públicas residentes en territorio español, a quien no tiene personalidad propia y autónoma sino tan sólo derivada del Estado al que representa: una embajada o una oficina consular son, simplemente, órganos con capacidad de obrar en las relaciones con el Estado donde radica. De otra parte, la residencia sólo es predicable de la personalidad jurídica, pues se remite al concepto de “entidades”, según se desprende de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (IS). Por tanto, si no se puede predicar esta cualidad de tales órganos ni se les puede aplicar el concepto de establecimiento permanente, resulta claro que no están obligados a retener.

## **II.2. Objeto de la obligación del retenedor**

La gestión del IRPF se ha ido complicando paulatinamente. Además, en la mayoría de casos, esa gestión recae en los particulares, que deben cumplir un conjunto de deberes materiales y formales. Y, no pocas veces, estos últimos son mucho más penosos que los

---

<sup>35</sup> Supuesto introducido en la normativa del IRPF cuando el apartado 2 del artículo 101 del Real Decreto Legislativo 3/2004 fue modificado por el artículo 4.Cinco de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias y regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la UE. Actualmente, este supuesto se incluye en el artículo 99.2 de la Ley 35/2006 y en el apartado f) del artículo 76.2 del Real Decreto 439/2007. La Comisión Europea, desde la publicación de la comunicación “La eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas de los sistemas de empleo”, de 19 de abril de 2001, ha buscado racionalizar la fiscalidad de las pensiones dentro de la UE. Tarea ardua, sin duda, debido a las reticencias de cualquier Estado miembro para otorgar incentivos tributarios por las aportaciones que pudieran hacer sus residentes a fondos de pensiones localizados en otros Estados miembros, en las mismas condiciones que si las aportaciones se hicieran en un fondo localizado en él. La discriminación de las operaciones transfronterizas suponía un atentado contra la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Y, así, lo suscribió la jurisprudencia comunitaria en diversas sentencias; como, por ejemplo, la del caso Danner, asunto C-136/00, en sentencia de 3 de octubre. Por ello se promulgó la Ley 22/2005, que introduce modificaciones en la normativa sobre imposición a la renta a fin de posibilitar que las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones puedan ser reducibles en la imposición personal en las mismas condiciones y circunstancias que si se hicieran a instituciones domiciliadas en España. Tomando como referencia la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio, se busca que, dentro del ámbito de los sistemas colectivos o de empleo, las aportaciones efectuadas a fondos de pensiones de otros Estados miembros tengan el mismo tratamiento fiscal que las realizadas a fondos de pensiones españoles.

primeros<sup>36</sup>. Como veremos seguidamente, el tema que nos ocupa es un claro ejemplo que corrobora este aserto.

El sujeto retenedor está compelido, de una parte, al cumplimiento de una obligación material, consistente en la detracción e ingreso al Fisco del monto retenido; y, de otra, a una serie de deberes formales, que facilitan y garantizan el adecuado funcionamiento de este mecanismo de pago anticipado, Si bien, muchos textos legales se refieren a estos últimos, bajo el término “obligaciones”, su carácter instrumental los define más bien como deberes.

La complejidad que reviste una obligación a cuenta, especialmente la retención, se proyecta, sobre todo, en el campo relativo a las actuaciones y deberes que tienen los sujetos que intervienen en ella. El marco normativo que contiene la LGT al respecto, en sus artículos 29 y 93, permite clarificar la cuestión al dar ciertas pautas que definen los deberes formales y el deber de información que recaen sobre los obligados tributarios, sean o no deudores del tributo.

#### ***A. Obligación material: retener e ingresar***

La obligación, simplemente llamada, de “retener” está siempre acompañada de la obligación de ingresar el importe que corresponde ser retenido<sup>37</sup>. Como antes señalamos, realizar el ingreso es suficiente a efectos de entender cumplido el deber material que pesa sobre el sujeto retenedor; puede o no haber realizado la detracción pues lo importante “no es el origen de los fondos” sino el pago de los mismos al Tesoro<sup>38</sup>.

Podemos decir que el deber de retención es un deber de carácter *sui generis*, con un ámbito de eficacia limitada, en la medida en que la actitud de la norma tributaria es indiferente frente a su cumplimiento o incumplimiento: el ingreso de la prestación a cuenta

---

<sup>36</sup> Coincidimos con esta apreciación, recogida en MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 17.ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 657.

<sup>37</sup> Así lo dispone el artículo 99.2 de la Ley 35/2006, cuando establece que las entidades y personas jurídicas, incluidas las entidades en atribución de rentas, que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto, “estarán obligadas a practicar retención en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al perceptor, en la cantidad que se determine reglamentariamente y a ingresar su importe en el Tesoro en los casos y en la forma que se establezcan (...)”. En esta línea, algunos han entendido que la retención y el ingreso son las dos caras de una misma moneda; cfr. PONT CLEMENTE, J. F., “En torno al supuesto deber de ingresar en el Tesoro «retenciones imaginarias» calculadas sobre rendimientos estimados del capital”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 8, 1990, p. 37.

<sup>38</sup> Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

que efectúe el retenedor salda sus cuentas con Hacienda<sup>39</sup>. Sin embargo, el denominarla “obligación de retención” nos hace pensar que el acto de retener podría ser el acto nuclear que da sentido al conjunto de las prestaciones que corren a cargo del retenedor<sup>40</sup>.

Coincidimos con ALONSO GONZÁLEZ cuando señala que el enlace a modo de causa-efecto entre la obligación de retener y la de ingresar, sólo puede admitirse en una visión teórica del funcionamiento de la retención a cuenta, pues la disposición de que quien esté obligado a retener asume también la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, “sin que el incumplimiento de aquella obligación pueda excusarle de ésta” —dirigida, sin duda, a la resolución de problemas prácticos—, demuestra lo contrario<sup>41</sup>. En esta dirección ha apuntado el Tribunal Supremo español (TS) cuando ha manifestado que la responsabilidad del retenedor es el elemento esencial del modelo creado en 1978<sup>42</sup>. Por tanto, no hay por qué sorprenderse de que no exista relación de continuidad entre retención e ingreso; aunque esto parecería lo ideal, si se atiende al diseño previsto para este mecanismo dentro de su correcto funcionamiento.

La normativa que se refiere a la retención impone, en consecuencia, dos obligaciones: retener e ingresar. Y la conducta ilícita que implica el incumplimiento de la primera no tiene, por así decirlo, poder liberatorio respecto a la segunda obligación<sup>43</sup>. Lo contrario resultaría absurdo, pues ¿por qué habría de exigirse el ingreso a quien declaró y retuvo, aunque incorrectamente, y no a quien nada cumplió?

---

<sup>39</sup> SOLER ROCH interpretaba que esta actitud del legislador se debía a que el crédito tributario quedaba garantizado, en cualquier caso, por la posición deudora que asumía el retenedor en relación con la obligación a cuenta al efectuar tal ingreso; cfr. “Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 25, enero-marzo 1980, p. 48.

<sup>40</sup> Cfr. CORRAL GUERRERO, L., “Relación obligatoria de retención”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 91, julio-septiembre 1996, pp. 455-456.

<sup>41</sup> Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, pp. 286-287.

<sup>42</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., “Presunción de retención y elevación al íntegro. ¿Es aconsejable el cambio de modelo de retención a cuenta?”, en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y CAYÓN GALIARDO, A. (coord.), *et al. Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 277.

<sup>43</sup> Así lo ha puesto de manifiesto el TS, en repetidas ocasiones, desde los inicios de la importante reforma impositiva de 1978; véase, entre otras, las sentencias de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1986; 16 de noviembre de 1987; 27 de mayo de 1988; 22 de febrero de 1989. Todas ellas, comentando los artículos 10 y 36 de la Ley 44/1978 y 151 del Reglamento de 1979 y 1981, coinciden en reconocer dos obligaciones: una, retener en concepto de pago a cuenta la cantidad que proceda, y, otra, ingresar su importe. “De esta forma no es correcto suponer que la conducta ilícita que significa el incumplimiento de una obligación legal —retener— tenga poder liberatorio respecto de la otra —ingresar su importe— de suerte que ha de concluirse que la omisión del deber de retener o detraer no excusa del correlativo de ingresar”. De otra parte, no cabe entender que con esta doctrina se produce doble imposición pues el sujeto pasivo tiene la posibilidad de deducir el importe de las retenciones previstas en el artículo 36.

El TS, en su sentencia de 27 de mayo de 1988, advierte que “pretender otra cosa es infringir el art. 31 de la Constitución que proclama la obligación de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, e interpretar de forma verdaderamente singular las normas tributarias, imponiendo la obligación a quien realizó lo más —declaración y retención incorrecta por defecto— que a quien faltando a la totalidad de sus obligaciones, no realizó ni declaración ni retención alguna, e incluso dando así lugar a que, por cese en el trabajo de alguno de sus empleados, o incluso por fallecimiento, la Administración —y el resto de los ciudadanos— se vean perjudicados por una conducta solamente imputable a la empresa apelante que incumplió de modo absoluto sus deberes fiscales”<sup>44</sup>.

De ser así, sería mucho más cómodo no retener<sup>45</sup>. No obstante, algunos consideran discutible el que se pueda atribuir responsabilidad al retenedor por el ingreso cuando no ha mediado retención, aun cuando esto se derive de una Ley que parece configurar la retención más bien como una obligación de resultado<sup>46</sup>.

Proponer los deberes de retener e ingresar como una obligación “de resultado” puede entrañar el riesgo de convertir al retenedor, mediante regulaciones concretas, en verdadero contribuyente. Si lo que importa realmente es el ingreso al Tesoro, qué más da a quién pertenezca, en último término, ese dinero; incluso, podríamos preguntarnos ¿importa, acaso, si hay dinero en metálico de por medio? Recordando el origen de los ingresos a cuenta, parece que tal inquietud no generó ningún problema al legislador: si no hay flujo de numerario, quien resulte obligado a efectuar la prestación a cuenta debe generar la liquidez correspondiente para cumplir con el ingreso<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> En términos semejantes se expresa el TS en el FJ 4.º de su sentencia de 22 de enero de 2000.

<sup>45</sup> Un planteamiento similar se encuentra en PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta...*, *op. cit.*, pp. 530 y ss.

<sup>46</sup> Esta idea viene expuesta por HINOJOSA TORRALVO, en ORÓN MORATAL, G. (coord.), *et al. Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes. Comentarios a las Leyes 40/1998 y 41/1998*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 631 y ss. Para algunos, el incumplimiento de la declaración-pago podría tener dos efectos alternativos, en consideración del principio *non bis in idem*; o, constituir una infracción tributaria grave, por no haber ingresado parte de la deuda tributaria; o, constituir un delito contra la Hacienda Pública; cfr. CORRAL GUERRERO, L., “Relación obligatoria...”, *op. cit.*, pp. 455-456.

<sup>47</sup> Si bien la puesta en escena de nuevos protagonistas en el campo tributario puede responder al desarrollo que va presentando el procedimiento de gestión, no podemos perder de vista el porqué de su aparición y la eficacia que suponen en la aplicación de los tributos. Resulta interesante al respecto el análisis de ESEVERRI MARTÍNEZ, E., “Las posiciones subjetivas derivadas de la aplicación del tributo”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *et al. Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana*, volumen II, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 835-865.

El ingreso al Tesoro como idea central ha planteado, en algún momento, la posibilidad de trasladar el ingreso a cuenta al ámbito de los incrementos de patrimonio<sup>48</sup>. Pensamos ahora en el caso de las aportaciones de bienes inmuebles que se presenta alrededor de 1996; ¿nacía o no la obligación tributaria de retener e ingresar un porcentaje sobre el precio acordado, como estaba previsto para las transmisiones de inmuebles realizadas por personas jurídicas no residentes?<sup>49</sup> No sería mejor que, en éste como en otros casos, se intentasen otras fórmulas menos gravosas para quien está llamado a colaborar con la Hacienda. De lo contrario, en el caso concreto de la retención, la disyuntiva entre seguridad buscada por el Fisco y capacidad contributiva a gravar nos situaría frente a una prestación patrimonial de dudosa constitucionalidad exigida al sujeto obligado a retener.

El tributo se fundamenta en el deber de contribuir de los ciudadanos, recogido en la Constitución Española (CE), y este deber se gradúa según criterios de capacidad económica. Esto alcanza, a nuestro entender, no sólo a las posiciones de aquellos sujetos que por detentar tal capacidad se ven obligados al pago de un tributo, sino también a la de otros sujetos llamados a colaborar en la gestión de los tributos<sup>50</sup>. Y, siguiendo este planteamiento, el principio de capacidad económica debería informar todo el conjunto de prestaciones, de orden material y formal, que definen a los distintos obligados tributarios. De este modo, no sólo serviría de fundamento a las posiciones deudoras frente al tributo sino también a aquellas otras que se establecen para ordenar con mayor eficacia su gestión.

Una regulación que exige, en primer lugar y sobre todo, el ingreso puede suponer, algunas veces, “doble imposición”, según advirtió el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla-La Mancha en su sentencia de 16 de marzo de 1999. El dotar de autonomía a la figura del retenedor y a sus obligaciones respecto de las del sujeto pasivo, no puede negar que siendo el ingreso una obligación propia, ésta va referida a una futura cuota ajena. Y, si esta cuota fue cobrada por la Administración, sin posibilidad de ser requerida su devolución, el permitir su cobro nuevamente iría contra los más elementales principios que prohíben el enriquecimiento sin causa (artículos 1888 y ss. CC) y supondría una doble imposición. Tiempo

---

<sup>48</sup> Sobre este tema véase SIMÓN ACOSTA, E., “Los incrementos y disminuciones de patrimonio gravados en el IRPF: concepto y ámbito”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 75, julio-septiembre 1992, pp. 523-547.

<sup>49</sup> Cuestión analizada por ORTÍZ CALZADILLA en “La retención en las aportaciones no dinerarias de inmuebles por no residentes a sociedades residentes”, *Carta Tributaria - Monografías*, núm. 258, 1 de diciembre 1996, pp. 1-8.

<sup>50</sup> ESEVERRI señala que, visto de este modo el fenómeno tributario, el ámbito de los sujetos a quienes afecta el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público se ve, necesariamente, enriquecido; cfr. “Las posiciones subjetivas...”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *et al. Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 863-864.

atrás, el TS, en su sentencia de 16 de diciembre de 1992, afirmó que “el mecanismo de retención en ningún caso puede dar lugar a una doble imposición”<sup>51</sup>.

Es claro que si el retenedor ingresa sin haber detraído ninguna cantidad y el retenido, después contribuyente, paga la cuota resultante por IRPF sin aplicar deducción alguna en concepto de pago a cuenta, el Fisco recibe un doble pago. No obstante, la disposición que prevé el derecho del retenido-futuro contribuyente a deducir el importe que hubiera correspondido retener permite corregir esta situación. Esto corrobora el carácter autónomo de la obligación de ingresar la retención, que no depende ni de que ella se haya realizado correctamente ni de que haya sido descontada por el contribuyente en su declaración de IRPF.

Sin la regla de la elevación al íntegro y la presunción de retención que le acompaña, esta figura hubiera funcionado de modo muy distinto a como finalmente resultó. Podríamos decir que se hubiera desarrollado y aplicado —siguiendo a PALAO TABOADA— de acuerdo al modelo “ortodoxo” de la retención a cuenta<sup>52</sup>. Según este modelo, el retenedor, situado más bien en el lado activo de la obligación tributaria, es un mero colaborador en la recaudación mientras que el deber de retener reviste una naturaleza eminentemente formal y el ingreso es simple consecuencia de poseer unos fondos ajenos a los que debe dar el destino correspondiente. Dentro de este esquema, cualquier deficiencia o error en la retención es corregido automáticamente en la liquidación del impuesto final; y, de ser el caso, tales deficiencias tienen interés a efectos de la posible sanción que pueda recaer sobre el retenedor.

Lógicamente, en este modelo, es el contribuyente quien lleva el peso de la imposición y el centro del control recae sobre él, como es natural. Y, si bien entraña el riesgo del incumplimiento, éste disminuye, en gran medida, con la presunción en virtud de la cual el retenedor retuvo lo que debía retener y, por tanto, la responsabilidad por el ingreso de tales cantidades es exclusivamente suya. Esta presunción, en sus consecuencias, parece asimilar la retención a la figura de la sustitución, bajo la hipótesis específica de que la retención se

---

<sup>51</sup> En estos mismos términos se pronuncia, más adelante, en el FJ 5.º de su sentencia de 13 de noviembre de 1999: “la exigencia posterior a «Mare Nostrum, SA» de las cuotas adicionales por retenciones, debidas al efecto de acumulación de unas y otras y a la aplicación a la suma de los tipos porcentuales de la tabla de retenciones, implicaría indubitadamente una clara, rotunda y abusiva doble imposición, que sólo se podría corregir, exigiendo la empresa «Mare Nostrum, SA» a sus empleados el reembolso de las cuotas adicionales por el concepto de retenciones, y, a su vez, los empleados deberían revisar sus declaraciones, deduciéndose estas cuotas adicionales por retención, lo cual daría lugar a las correspondientes devoluciones con los consabidos problemas de prescripción, admisión o no por parte de los empleados del reembolso exigido, elevación al íntegro de las retribuciones y comisiones (art. 36 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre), compensación de intereses, etcétera”.

<sup>52</sup> Cfr. PALAO TABOADA, C., “Presunción de retención...”, en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y CAYÓN GALIARDO, A. (coord.), *et al. Presente y futuro de la imposición...*, op. cit., p. 271.

practicó; y, además, el retenedor queda equiparado, en la práctica, al sustituto. Éste fue el diseño original trazado por la Ley 44/1978; diseño que refleja la desconfianza en el nuevo sistema de impuestos personales que se abría paso con la reforma y que exigía una presunción que garantizase el funcionamiento de uno de los ejes del IRPF como era la retención.

El diseño descrito evoluciona con el paso de los años, pero sin variar en esencia. Se trata de un modelo de retención a cuenta basado en la presunción, que configura una obligación autónoma, de carácter material, a cargo del retenedor y que aísla al contribuyente de las vicisitudes de tal obligación. La obligación de ingreso es autónoma y exigible de modo independiente; es una obligación propia que consiste en el ingreso de una deuda tributaria — según se desprende del artículo 58.1 LGT— y en la que el obligado a ingresar es el deudor principal. Por ello, la ausencia de retención no exime de su cumplimiento: el retenedor debe efectuar el ingreso al Tesoro, haya realizado o no la acción concreta de retener<sup>53</sup>.

El legislador ha buscado, así, ser consecuente con la opción de exigir la imposición sobre la renta parcial a cada uno de sus adquirentes, no en la fase de su percepción sino en la fase de su entrega, a quien tiene la posición dominante como pagador de la renta<sup>54</sup>. La Administración tributaria se sirve de éste y le encarga retener e ingresar lo retenido; sin que nada le pueda excusar del ingreso si es que realmente ha efectuado el pago, porque en sus manos ha estado la posibilidad de detraer lo que está obligado a ingresar.

Lo fundamental, por tanto, en la retención a cuenta, como relación jurídica de naturaleza obligacional, es el pago de la prestación anticipada que corresponde realizar al retenedor. Lo que más preocupa a la Administración es que no se ingresen las cantidades procedentes de los pagos a cuenta y, en torno a esta idea, se configura su funcionamiento y su régimen sancionador<sup>55</sup>. Tan es así que el legislador no contempla, de forma aislada, el deber de retener ni sanciona su incumplimiento expresamente<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> La doctrina del TS ha incidido en esto a partir de lo dispuesto en la normativa del IRPF. Véase las sentencias de 17 de mayo y 29 de septiembre de 1986, 16 de noviembre de 1987, 27 de mayo de 1988, 22 de febrero de 1989, que interpretan los artículos 10 y 36 de la Ley 44/1978 y el artículo 151 del Real Decreto 2615/1979 y, después, del Real Decreto 2384/1981; con la nueva Ley de 1991 también se vuelve sobre esto, véase la STS de 16 de diciembre de 1992.

<sup>54</sup> Cfr. CORRAL GUERRERO, L., “Relación obligatoria...”, *op. cit.*, p. 439.

<sup>55</sup> Cfr. GARCÍA CARACUEL, M. *La retención, el ingreso a cuenta y el pago fraccionado. Nuevas obligaciones tributarias en la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 190.

<sup>56</sup> No obstante, con la regulación anterior, algunos entendieron que el no retener podía calificarse como infracción simple, de acuerdo al artículo 78 LGT de 1963. Este precepto señalaba, con carácter general, que constituía infracción simple el incumplimiento de obligaciones o deberes tributarios, enmarcados en el

El ingreso, sin embargo, no tiene una lectura simple. Se hace a título de pago de la obligación a cuenta, pero tiene un efecto que la trasciende, pues se deducirá, más adelante, de la cuota que el retenido deba pagar como contribuyente del IRPF. Cabe distinguir, así, un doble efecto de este ingreso: uno inmediato, que libra al retenedor de su obligación, pues es él quien realiza el presupuesto de hecho de la retención; y otro mediato, que se orienta a satisfacer parte de la deuda tributaria futura del retenido. Aunque éste último sea el efecto mediato es, precisamente, en la cobertura de esa deuda futura donde la obligación del retenedor encuentra su razón de ser: éste debe retener y pagar porque el retenido percibe una renta sujeta a un impuesto que sólo al final del ejercicio nacerá y se podrá liquidar.

¿Cuál ha sido la práctica de la Administración tributaria española cuando, después de una inspección, comprueba la falta de retención o una retención insuficiente? Exigir al retenedor las cantidades adicionales no ingresadas en virtud de la normativa reseñada, según la cual el retenedor tiene obligación de ingresar sin que la falta de retención le exima de su cumplimiento. Esto sin reconocer, simultáneamente, una deducción adicional a favor del retenido o, en su caso, una devolución.

De darse una situación como la descrita, habría que reparar en la conducta del contribuyente respecto a lo que deduce de la cuota resultante a pagar por el impuesto al final del ejercicio. Si sólo deduce lo retenido cabrían dos posibilidades: 1) reconocer el derecho de devolución que le corresponde al contribuyente; y, al retenedor el derecho a resarcirse; o, 2) negar al retenedor el derecho a resarcirse frente al contribuyente, excluyendo, a su vez, la posibilidad que la Administración le exija unas cantidades ya ingresadas por el contribuyente<sup>57</sup>.

En cualquier caso, pensamos que el fundamento legal que sirve de base al proceder administrativo debe interpretarse en su contexto y a la luz del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa<sup>58</sup>. Así lo ha puesto de manifiesto el TS en su sentencia de 5 de marzo de 2008. En su FJ 9.º se expone claramente que exigir la retención que debió practicarse implica un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, pues “en la cuota de los

---

procedimiento de gestión, exigidos a cualquier persona; el margen tan amplio que se dejaba con esta disposición fue varias veces criticado por los conflictos que podía plantear en relación con los principios de legalidad y tipicidad. Cfr. MORIÉS JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 346-348.

<sup>57</sup> Véase la STS de 13 de noviembre de 1999, antes citada.

<sup>58</sup> Cfr. FALCÓN Y TELLA, R., “La posibilidad de resarcirse «a posteriori» de las mayores retenciones exigidas por la Inspección”, *Quincena Fiscal*, núm. 15, septiembre 2001, p. 5.

sujetos pasivos correspondiente a su deuda tributaria ya ha sido cobrada la retención cobrada y que ahora se exige”.

En términos semejantes se expresa el TS en su sentencia de 27 de febrero de 2007, añadiendo la siguiente consideración sobre esta conducta de la Administración: “Si la pretensión de obtener un doble pago (y no otra cosa es la doble imposición) constituye un claro abuso cuando tiene lugar en el seno de las relaciones entre particulares, el reproche que esta conducta merece es claramente superior si proviene de un ente público. Cuando un ente público pretende un doble pago no sólo incurre en un patente abuso de derecho quebrantando el principio universal de «buena fe» que ha de regir las relaciones jurídicas sino que conculca las bases esenciales del ordenamiento jurídico uno de cuyos pilares es la «objetividad con que la Administración ha de servir los intereses generales» y «actuar conforme a la Ley y el derecho» (artículo 103 de la CE). Pues bien, cuando esto sucede se supeditan estos valores básicos de la convivencia a consideraciones meramente económicas de un rango claramente inferior y, sin duda, tal resultado debe ser corregido”.

Prueba concluyente de que la interpretación que sobre el alcance del artículo 10 hacen la sentencia recurrida y las resoluciones administrativas —continúa el FJ 8.º, *in fine*, de esta sentencia— “es la de que su exigencia hipertrofiada lleva de modo inexorable a esa duplicidad de pagos, de la obligación tributaria, duplicidad que, en ningún caso, puede ser una consecuencia lógica, natural y jurídica del sistema de retenciones”.

Éste parece ser el planteamiento que sugiere el artículo 99.4 de la Ley 35/2006. Tal precepto no dice que el retenedor debe ingresar “en todo caso”, aun cuando el contribuyente hubiese efectuado el ingreso; el legislador lo que busca es que el retenedor asuma la obligación de ingresar aunque no hubiese cumplido con retener. Pero esto sin olvidar —como señala la sentencia antes citada— una circunstancia trascendental: si la deuda principal ha sido pagada. Pues de ser así, la exigencia de la retención supondría “una clara, rotunda y abusiva doble imposición”<sup>59</sup>.

Todo esto, sin embargo, no impide que la Administración pueda exigir al retenedor los efectos perjudiciales que le haya producido el hecho de no haberse practicado la retención o

---

<sup>59</sup> Continuando con lo expuesto en esta sentencia se dice: “si además de la cuota en su día exigida a los sujetos pasivos (que habrá sido mayor indudablemente al no haber sido objeto de retención) ahora se exige la retención al retenedor, resultará que la Administración habrá recibido una doble retención: Una, la devengada de los sujetos pasivos, aunque formalmente haya figurado como cuota del sujeto pasivo y no como retención; y otra, la cantidad que ahora se exige en concepto de retención a la entidad retenedora”. El argumento de la prohibición de la “doble imposición” es alegado también por el TS en su sentencia de 13 de noviembre de 1999, antes citada.

haberse practicado de modo cuantitativamente insuficiente. Si bien queda a salvo la procedencia de la imposición de sanciones, si hubo dolo o negligencia, y la exigencia de intereses; no se justifica, a nuestro modo de ver, la exigencia duplicada de unas mismas cantidades al retenedor y al contribuyente<sup>60</sup>.

Podría entenderse, entonces, que el incumplimiento de una obligación a cuenta queda regularizado con la declaración complementaria o con la autoliquidación de la obligación principal, siempre que se haya deducido sólo lo retenido<sup>61</sup>. Por tanto, el *quid* está en determinar si el contribuyente dedujo la cantidad retenida o la que debió retenerse. Si fuese lo primero, Hacienda ya habría cobrado del contribuyente la obligación principal sin deducción alguna, por lo que entendemos no se podría exigir al retenedor una cantidad a cuenta para evitar la duplicación del ingreso.

Desde esta perspectiva cabría pensar que el deber de ingresar queda al arbitrio del retenedor, pues, aun sin retener, quedaría liberado de ingresar si al final del ejercicio el contribuyente cumple con abonar la cuota tributaria en su integridad. Esto no es así, pues la falta de retención e ingreso constituye una infracción tributaria y, además, cabe exigir intereses de demora por las cantidades debidas que la Administración no percibió en su momento<sup>62</sup>. De otra parte, si se entiende que la Administración debe proceder a la devolución de lo doblemente ingresado, un proceder distinto no tendría mucho sentido: ¿por qué exigir, entonces, unas cantidades al retenedor que la Administración deberá devolver más tarde al contribuyente?<sup>63</sup>

En virtud de estas consideraciones pensamos que la imposibilidad del retenedor de resarcirse *a posteriori* frente al contribuyente, cuando no retuvo correctamente, no radica tanto en la falta de un fundamento legal o en la inexistencia de un procedimiento específico en la ley propia del tributo, como en la falta de un fundamento jurídico que permita a la Hacienda

---

<sup>60</sup> Una argumentación a favor de este planteamiento se encuentra en GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, op. cit., p. 195.

<sup>61</sup> Cfr. LAMOCA PÉREZ, C. *Infracciones y sanciones tributarias: Análisis crítico del nuevo sistema de infracciones y sanciones en la Ley General Tributaria*, 1.ª edición, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, pp. 158-159.

<sup>62</sup> Antes de la Ley 25/1995, que introduce la consideración del importe de las prestaciones a cuenta como deuda tributaria en la LGT de 1963, la disposición que contenía tal infracción fue criticada por entenderse que la elusión de la cuota tributaria y de las prestaciones a cuenta eran conductas distintas y entrañaban un perjuicio diferente a la Administración; cfr. LUCHENA MOZO, G. M. *Retenciones e ingresos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, pp. 267-268.

<sup>63</sup> Más aun si se tiene en cuenta que tal devolución se ejecutará siempre que sea posible; esto es, cuando no haya jugado el instituto de la prescripción. Un desarrollo al respecto en LAMOCA PÉREZ, C. *Infracciones y sanciones tributarias...*, op. cit., pp. 158-159.

exigir al retenedor una obligación que tiene relación directa con otra principal, ya cumplida en su integridad. Es decir, si el retenedor ve extinguida su obligación frente a Hacienda por el pago que realizó el contribuyente, es lógico que aquélla no pueda dirigirse contra éste para exigirle cantidad alguna. Y, en estos casos, el contribuyente sólo quedaría obligado —en virtud del deber de lealtad propio de toda relación laboral o contractual— a facilitar al retenedor la prueba de que ingresó sin deducir lo no retenido; pero, no podría existir a su cargo ninguna obligación pecuniaria que supusiera hacer frente a una repetición por parte del retenedor pues, entonces, soportaría un doble pago<sup>64</sup>.

Posición contraria es la de quienes plantean que el retenedor debe responder por toda su deuda con independencia de que el retenido haya ingresado o no su cuota tributaria; o, que la Administración pueda dirigirse contra éste, puesto que el retenedor ha incumplido una obligación de la que es el único responsable, porque elude un pago que le es imputable y que se configura de forma definitiva para éste en relación con la Hacienda; por lo que si no cumple con ingresar aquello que es debido, causa un perjuicio al Tesoro que no puede disponer del dinero correspondiente a las prestaciones a cuenta a lo largo del período impositivo<sup>65</sup>.

El argumento que se esgrime para justificar tal postura es la naturaleza autónoma de la obligación de retener, que no puede confundirse con la que pesa sobre el contribuyente. Por tanto, si el retenedor no retuvo, o retuvo menos de lo debido, está obligado a hacer el ingreso pertinente con independencia de lo que haya sucedido con el sujeto pasivo receptor de las rentas<sup>66</sup>.

Si asumiésemos esta postura y la exigencia de las retenciones por parte de la Hacienda al retenedor, una vez cumplida la obligación del pago de la cuota tributaria en su integridad, sin que el contribuyente hubiese deducido cantidades no retenidas efectivamente, sería necesario implementar expresamente los mecanismos legales para permitir la repetición del retenedor frente al contribuyente y la solicitud de devolución de éste ante la Hacienda. Mientras no

---

<sup>64</sup> El artículo 99.5 de la Ley 35/2006 otorga al receptor de rentas un derecho que genera, a su vez, una obligación de compensar al retenedor por las cantidades que éste abonó en exceso. Pensamos —siguiendo a FALCÓN Y TELLA— que si el contribuyente renunciase a tal derecho, Hacienda no podría exigir las retenciones no practicadas porque no cabe la posibilidad de exigir pagos a cuenta de una obligación propia cumplida en su integridad; esto, lógicamente, sin perjuicio de los intereses o sanciones que pudieran proceder, como antes anotamos. Cfr. FALCÓN Y TELLA, R., “La posibilidad de resarcirse «a posteriori» de las mayores retenciones exigidas por la Inspección”, *Quincena Fiscal*, núm. 15, septiembre 2001, pp. 7-8.

<sup>65</sup> Cfr. GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, *op. cit.*, pp. 196-197; ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento tributario español*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 296-297.

<sup>66</sup> En este sentido se puede ver la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 25 de abril de 2002, en la que se habla de un desajuste entre lo que hizo el retenedor y lo que se debió hacer.

exista una norma que haga posible terminar o finalizar, adecuadamente, la confluencia de relaciones que se entretengan en torno a las prestaciones a cuenta pensamos que hay un argumento más a favor de la tesis que aquí se defiende.

Aun cuando reconocemos que el retenedor al efectuar el ingreso cumple una obligación propia y definitiva, que es independiente de la deuda imputable al retenido, no podemos aceptar que la Administración tenga un derecho objetivo a la recaudación de dichas sumas fuera del desarrollo normal de este instituto; esto es, que lo retenido e ingresado por el retenedor sea, a su vez, deducido por el retenido cuando deba pagar la cuota tributaria del impuesto. En suma, dentro de esta dinámica, la Administración tiene derecho a percibir de ambos sujetos los importes correspondientes a cada uno; pero de producirse un “corto circuito” en la secuencia descrita, la situación cambia. Y es que no se puede obviar que la obligación del retenedor, aunque es autónoma, tiene un origen y una finalidad que no puede ser desconocida sin olvidar la naturaleza misma de la retención.

Si el retenedor no cumplió con sus deberes debe ser sancionado; pero esto no justifica que Hacienda pueda, después de haber cobrado satisfactoriamente la cuota tributaria, exigir la prestación a cuenta de ésta. Pues, ¿cabe, acaso, seguir hablando de una prestación “a cuenta”? Teóricamente se puede hablar de autonomía e independencia; pero no se puede olvidar que la realidad del impuesto es una y su pago no puede duplicarse; no, al menos, sin aceptar que se está creando un nuevo impuesto a cargo del retenedor y no sin antes sustentarlo en alguna de las manifestaciones de capacidad económica.

Por ello, no parece compatible la exigencia de estos importes al retenedor con la justicia del sistema; pues aunque no son, técnicamente, dobles ingresos —responden a obligaciones distintas a cargo de sujetos distintos—, a nuestro juicio, faltaría un fundamento que justifique esa mayor adquisición que supone para la Hacienda el recibir por ambos lados unas cantidades que están estrechamente vinculadas.

Cosa distinta sería si el contribuyente, amparado en la Ley, dedujese lo que debía retenerse. En este caso, Hacienda no ha percibido la cuota tributaria en su integridad y puede dirigirse, justamente, contra quien es deudor de una parte de la misma a fin de obtener su pago, con los respectivos intereses. El retenedor, por su parte, estaría obligado al pago de las prestaciones a cuenta que no efectuó en su momento y tras haber ingresado tales cantidades —vía declaración complementaria o a consecuencia de una inspección— estaría facultado a solicitar al contribuyente que no soportó detracción alguna, la cantidad pagada que dedujo en

su favor al liquidar el impuesto. De lo contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa del contribuyente, en perjuicio del retenedor.

Desde esta perspectiva, la doctrina de la DGT podría matizarse en este extremo. Pese a la inexistencia de un procedimiento específico para resarcirse *a posteriori* de las retenciones no practicadas, cabría tal resarcimiento si el contribuyente dedujo tales retenciones no practicadas, o si todavía las puede deducir, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1887 y 1895 CC, como derecho supletorio, y de la doctrina del enriquecimiento injusto. Esto sería, a nuestro parecer, lo procedente; a menos que se hubiese probado el dolo o la mala fe por parte del retenedor.

### ***B. Deberes formales del retenedor***

El deber de colaboración fiscal del que antes tratamos es una categoría genérica que se inserta dentro del Derecho tributario formal y que constituye un claro exponente de la llamada presión fiscal indirecta<sup>67</sup>; pues, por él, los administrados se ven obligados a adoptar determinadas normas de conducta que pueden exigir no sólo un comportamiento pasivo (esto es, limitado a un “dejar hacer”) sino también activo, como el que implica el deber de declaración e información tributaria<sup>68</sup>.

Cuando quien informa es la Banca, por ejemplo, debe tenerse en cuenta el contrapunto que esto supone al principio de secreto bancario<sup>69</sup>. El deber de información de la Banca y el correlativo derecho de la Administración constituyen una excepción —inspirada en motivos de interés general— al secreto profesional de la Banca; por tanto, su perfil y límites deben determinar el ámbito y el contenido de este deber<sup>70</sup>. No podemos perder de vista que el

---

<sup>67</sup> Cfr. GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>68</sup> Sobre el principio de limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales, véase PONT MESTRES, M. *Derechos y deberes en el procedimiento de inspección tributaria*, 2.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 42-43.

<sup>69</sup> Resulta interesante al respecto CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ FRANCO, Y., “Los principios constitucionales de generalidad y capacidad económica en nuestra realidad tributaria”, *Gaceta Fiscal*, núm. 141, marzo 1996, pp. 186-188; SOLCHAGA LOITEGUI, J., “El pago de la deuda tributaria a través de entidades bancarias”, en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *et al. Estudios sobre tributación bancaria*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 719 y ss.

<sup>70</sup> Sobre el secreto profesional véase CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ FRANCO, Y., “Los principios constitucionales...”, *op. cit.*, pp. 188-189.

secreto bancario no es un derecho del banco frente a la Administración sino un deber del banco y un derecho del cliente<sup>71</sup>.

Antes de la Ley 50/1977, el secreto bancario constituía un límite infranqueable respecto a las pretensiones que Hacienda podía tener de investigar las cuentas bancarias, con motivo de la gestión e inspección de los tributos. No obstante, mantener el secreto bancario como límite absoluto frente a la Hacienda era algo incompatible con las exigencias de una Administración tributaria moderna. En este sentido, el TS, tras la promulgación de esta Ley y otras normas que regulan la colaboración de las entidades de crédito con Hacienda, precisa que la investigación de las cuentas corrientes debe limitarse a lo que es estrictamente esencial para que la Hacienda logre sus objetivos. Esto, sin duda, resulta acorde en un Estado de Derecho, donde el ejercicio de toda potestad tiene límites formales y sustanciales<sup>72</sup>.

En los primeros años de la reforma de 1978, la exigencia de esta traslación de datos se basaba, de un lado, en el artículo 111 LGT de 1963, que contemplaba el deber de colaboración, en un sentido tan amplio que, ciertamente, la doctrina mercantilista y la jurisprudencia del TS pensaron que no se excluía a las entidades financieras del cumplimiento de este deber. Y, de otro lado, en la resolución de la DGT, publicada el 24 de noviembre de 1980, que aprobó el nuevo modelo de resumen anual de retenciones a cuenta sobre el IRPF y el IS, estableciendo obligaciones formales para todas las entidades de crédito; aclarándose, así, lo relativo a la exclusión antes mencionada.

Otras normas que tenían vinculación directa con el cumplimiento de este deber de información eran la CE, que en su artículo 18.1 garantiza el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; y, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho a la intimidad, que en su artículo 9 dispone que la tutela judicial frente a intromisiones ilegítimas se puede recabar por las vías procesales orgánicas o por el procedimiento del artículo 53.2 CE.

---

<sup>71</sup> Cuyo fundamento radica en el derecho a la intimidad, según lo expresa el TC en las sentencias 110/1984, de 26 de noviembre y 45/1989, de 20 de febrero; y, también, el TS en las sentencias de 23 de octubre de 1987, 6 de marzo de 1989, 2 de julio de 1991, 9 de febrero de 1993. Cabe anotar que, años antes, la STS de 29 de julio de 1983 esquivaba la cuestión básica de si el derecho a la intimidad incluye o no la intimidad económica. Sobre este tema resulta interesante BASANTA DE LA PEÑA, J., "La Banca y los deberes de información tributaria", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *et al. Estudios sobre tributación bancaria*, *op. cit.*, pp. 197-216.

<sup>72</sup> Cfr. CERVERA TORREJÓN, F., "La colaboración en la gestión tributaria: la investigación de las cuentas corrientes", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *et al. Estudios sobre tributación bancaria*, *op. cit.*, pp. 262-265. En este trabajo se plantea la investigación de las cuentas bancarias en el marco de la colaboración en la gestión de los tributos.

La jurisprudencia al reconocer que dentro del derecho a la intimidad se comprenden todos los “aspectos interiores, particulares o reservados” de la vida de una persona o de una familia, admite que todos aquéllos que se refieren al fluir, a la administración, al origen y al destino de sus medios materiales deben estar incluidos ahí. Asimismo, los tribunales van perfilando la necesidad de concebir la obligación de información como una medida especial, concreta, específica, que debe verse rodeada de las debidas garantías. Una de ellas es, por ejemplo, la existencia de autorizaciones singulares y delimitadas, para determinar los sujetos investigados y las operaciones objeto de comprobación, que precisen el régimen de utilización, conocimiento y destino de los datos obtenidos<sup>73</sup>.

La Ley 10/1985, de 26 de abril, modifica el artículo 111 LGT, quedando su primer apartado así: “toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas”. Esta nueva formulación contiene aspectos positivos en cuanto que amplía el espectro de las relaciones que da lugar al suministro de datos: no sólo alude a relaciones económicas sino que incluye también a las profesionales y financieras. Además, admite el requerimiento individualizado y de carácter general, siempre que tenga una cobertura normativa mínima; excluyendo, así, que en virtud del secreto bancario pueda negarse el suministro de datos.

Estas novedades, desde cierta perspectiva, podían colisionar con el respeto debido a la proyección patrimonial de la intimidad personal y familiar, además de minimizar el secreto bancario con todas sus consecuencias individuales y colectivas, rompiendo el equilibrio marcado por la Ley 50/1977. Se llegó incluso a cuestionar si lo dispuesto en el modificado artículo 111 se ajustaba o no al artículo 18.1 CE. El TC no dudó en responder que la legitimidad del deber de información en materia tributaria se fundamenta en el artículo 31.1 CE y se refuerza con la definición del Estado social y democrático de Derecho<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Este criterio alcanza tanto al suministro automático de datos como al suministro de datos previo requerimiento de la Administración tributaria. El primero de ellos —auténtico deber de información— se prevé, por ejemplo, cuando se pagan intereses a los clientes; en este caso se debe comunicar al Fisco sea por cuentas abiertas en la entidad financiera, sea porque la entidad financiera es un agente que realiza la retención en la fuente.

<sup>74</sup> Véase las sentencias 76/1990 y 50/1995. Antes de la reforma producida por la Ley 25/1995, se expresa en términos semejantes en la sentencia 110/1984, de 26 de noviembre. En este sentido, la SAN de 14 de diciembre de 1993 señala, que la obligación de proporcionar datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria es una manifestación del deber de colaboración, que se encuadra en la categoría más amplia de los deberes de prestación a los que se refiere implícitamente el artículo 31.1 CE.

La nueva redacción del artículo 111 señaló que el deber de información recaía, en particular, sobre los retenedores —más adelante se dirá “obligados a realizar ingresos a cuenta”— que deben presentar una relación de las cantidades satisfechas a otras personas en concepto de rendimientos del trabajo, capital mobiliario y actividades profesionales. Es más, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 14/1985, en ciertas contraprestaciones por cesión de capitales ajenos excluidas de retención, no se exige al pagador de las mismas del cumplimiento del deber de informar; pues el objetivo de esta disposición no es dar una auténtica amnistía a los activos monetarios ocultos que afloran a través de estas fórmulas, sino tan sólo revestirlos de cierto grado de opacidad.

Lógicamente, el cumplimiento del deber que recae sobre el retenedor presupone un traslado de la información del sujeto obligado a soportar la retención. El modelo de comunicación de la situación personal y familiar del perceptor de rentas del trabajo, o de su variación, dentro del marco establecido por la Ley 40/1998 podía colisionar con la Ley Orgánica 5/1992: la exigencia de ciertos datos supone una vulneración de lo dispuesto en la normativa sobre el tratamiento automatizado de datos personales (v.g. datos relativos a la minusvalía de los descendientes o a la patria potestad sobre ellos). FALCÓN Y TELLA, si bien echa en falta una mayor coordinación entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y la Agencia de Protección de Datos en lo que respecta a la formulación del modelo de comunicación, justifica la nueva normativa en cuanto que facilita a los empresarios la necesaria información para poder cumplir sus obligaciones como retenedores<sup>75</sup>.

El TS, en sus sentencias de 18 de marzo y 19 de mayo de 2000, aplica la doctrina del TC sobre la protección del derecho a la intimidad frente a los poderes públicos y a los propios particulares. El Constitucional, en resumen, reconoce la legalidad de este sistema siempre que quede a salvo “el derecho de cada contribuyente de optar por comunicar tales datos directamente a la Administración, a fin de que ésta haga llegar a los pagadores las bases y tipos de retención”<sup>76</sup>.

Actualmente, la Orden Ministerial HAC/2116/2003, de 22 de julio, que aprueba el modelo 190 del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta, intenta potenciar la seguridad jurídica de los obligados tributarios. Sin embargo, el riesgo apuntado sigue latente

---

<sup>75</sup> Cfr. FALCÓN Y TELLA, R., “Comunicación de datos a efectos de retenciones y derecho a la intimidad”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, marzo 1999, pp. 5-9.

<sup>76</sup> Cfr. MARTÍN QUERALT, J., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CAYÓN GALIARDO, A. (dir.), *et al. Manual de Derecho Tributario. Parte Especial*, 2.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 231.

aun cuando se exija a la empresa la confidencialidad y secreto sobre todos los datos personales y familiares que conozca de sus trabajadores.

Además del deber de comunicación antes comentado, el perceptor debe poder acreditar todos los datos que traslade al pagador. En ciertos casos, el legislador determina que la comunicación de algunos de ellos venga acompañada por la justificación correspondiente (v.g. el testimonio literal de la resolución judicial, cuando se trate de la obligación de pagar anualidades por alimentos o una pensión compensatoria al cónyuge). Hay quienes, en su momento, tildaron de desproporcionada esta medida y aludieron, además, a su dudosa base legal<sup>77</sup>; no obstante, esta regulación no se modificó<sup>78</sup>.

A nuestro modo de ver, la exigencia de conservar los documentos probatorios y la comunicación que cursa el trabajador no es, de ningún modo, trivial. Pues, a fin de cuentas, será la forma más segura que la Administración tenga, llegado el momento, para deslindar problemas de responsabilidad en supuestos de retenciones omitidas o insuficientes. De otra parte, la limitación en los medios de prueba en lo que respecta, por ejemplo, a la circunstancia de minusvalía —que debe acreditarse mediante la certificación del órgano correspondiente— resulta comprensible; lo contrario supondría cargar al pagador de los rendimientos con la responsabilidad de valorar la prueba aportada por el contribuyente<sup>79</sup>.

Ésta es una muestra de la importancia que ha tenido, y tiene, el deber de información dentro de la dinámica de las prestaciones a cuenta; tan es así que el legislador si bien puede privar a la Administración de la recaudación adelantada que se obtiene mediante la retención, no llega a privarle de la información a la que puede acceder a través de quienes satisfacen tales rendimientos.

La última modificación del artículo 111 viene con la Ley 25/1995, cuyo texto se recoge con algunas pequeñas variaciones en el artículo 93 LGT. En términos generales, se puede decir que las obligaciones tributarias formales que revisten mayor importancia son las relativas al

---

<sup>77</sup> En esta línea, se argumentaba que la única obligación con sustento legal era la de comunicar datos al pagador y, por tanto, lo que éste debía conservar eran tales comunicaciones; siendo, en cualquier caso, la Administración tributaria la llamada a comprobar la corrección de los datos aportados y no el pagador de la renta. Cfr. FALCÓN Y TELLA, R., “Comunicación de datos a efectos de retenciones...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>78</sup> Véase, en este sentido, CARBAJO VASCO, D. y DOMÍNGUEZ RODICIO, J. R. *Todo sobre...*, *op. cit.*, pp. 328 y 334. CARBAJO afirma que tal obligación convierte al retenedor en una especie de “archivo” de elementos probatorios; además, que el legislador otorgue a determinados instrumentos jurídicos el carácter de prueba legal vulnera el principio de libertad de prueba que rige en Derecho tributario, de acuerdo con los artículos 114 a 119 LGT de 1963 (artículos 105 a 108 LGT de 2003).

<sup>79</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta...*, *op. cit.*, pp. 562-563.

deber de información, por la utilidad que tienen para la Hacienda, sobre todo, en los procedimientos de inspección<sup>80</sup>.

De un lado, porque toda la información que se traslada a través de la red informativa, implementada para tal efecto en el sistema tributario español, es sumamente provechosa: retenciones, relaciones de clientes y proveedores, operaciones de transmisión de valores mobiliarios, operaciones de adquisición, transmisión o reembolso de ciertos activos financieros, etc.<sup>81</sup>. Y, de otro lado, porque el ámbito subjetivo de este deber sigue quedando prácticamente abierto a cualquiera que maneje datos con trascendencia tributaria, siempre que le sea requerida por la Inspección en actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos.

Aunque esto no parece haber cambiado mucho en la LGT de 2003, en lo que respecta a los retenedores y a los obligados a realizar ingresos a cuenta, el deber de información cobra renovado interés si vemos el actual sistema de cálculo de retenciones previsto en la normativa del IRPF<sup>82</sup>. Y, más todavía, si observamos que los deberes formales del retenedor se reconducen, en gran medida, a proporcionar información sobre las retenciones practicadas, sea mediante declaraciones presentadas a la Administración<sup>83</sup>, sea mediante comunicaciones cursadas al retenido<sup>84</sup>.

La LGT de 2003 contiene, en concreto, dos preceptos que constituyen el marco normativo de los deberes formales de información<sup>85</sup>. De un lado, el artículo 29, los caracteriza como aquéllos que, sin tener un carácter pecuniario, se imponen a los obligados tributarios,

---

<sup>80</sup> Consideraciones interesantes al respecto pueden encontrarse en CALVO ORTEGA, R. *Las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 48-53.

<sup>81</sup> Especialmente significativas son las sentencias del TS de 29 de marzo de 1999 y de 1 de julio de 2003.

<sup>82</sup> Un comentario sobre los deberes formales del retenedor se encuentra en PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta...*, op. cit., pp. 579-580.

<sup>83</sup> Éste es un claro ejemplo de que el deber de declarar no lo tienen sólo los sujetos pasivos. Al haberse ampliado el contenido de la declaración a presupuestos de hecho distintos al hecho imponible o a datos que se suministran en virtud del deber de información, son muchos otros los que resultan asumiendo el cumplimiento de este deber. Cfr. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. *Curso de Derecho Financiero...*, 17.ª edición, op. cit., p. 367.

<sup>84</sup> Sobre esto puede verse GARCÍA CARACUEL, M., "Contenido del deber de comunicar las retenciones practicadas en el momento de satisfacer las rentas", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núms. 7-8, volumen I, septiembre 2004, pp. 2328-2331.

<sup>85</sup> CALVO ORTEGA acusa la no distinción y confusión doctrinal en torno a las obligaciones formales que corresponden al propio contribuyente y las que corresponden a otros obligados tributarios que colaboran con la Administración; se refiere, concretamente, a los casos de sustitución, retención, repercusión, representación obligatoria e información. Cfr. *Las actividades de colaboración...*, op. cit., pp. 25 y ss; véase especialmente pp. 27-30.

deudores o no, a través de la normativa tributaria o aduanera. Y, de otro lado, el artículo 93, define el deber de información como aquél cuyo cumplimiento supone comunicar al Fisco datos de trascendencia tributaria acerca de terceros, que se han conocido por la relación personal y profesional mantenida con dichos sujetos<sup>86</sup>.

Las declaraciones a la Administración y las comunicaciones al contribuyente son, básicamente, los deberes formales que debe cumplir el retenedor. Puede decirse que ambos deberes se reconducen a la obligación de proporcionar información sobre las retenciones practicadas, sea a la Administración, sea al sujeto que soporta la retención<sup>87</sup>.

De conformidad con el artículo 105 de la Ley 35/2006, quien efectúa la retención debe presentar la oportuna declaración —según el modelo aprobado por el Ministro de Economía y Hacienda— acompañada del ingreso, se haya practicado o no la retención<sup>88</sup>; lo cual indica que se trata de una auténtica autoliquidación. Por su parte, el artículo 108.1 del Real Decreto 439/2007, precisa que ello debe realizarse dentro de los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero respecto al trimestre inmediato anterior. Excepto, cuando se trate de retenedores en los que concurren las circunstancias previstas en el artículo 71.3, numerales 1 y 1.bis, del citado Reglamento; en estos casos la frecuencia de la declaración será mensual: dentro de los primeros veinte días naturales de cada mes.

El retenedor, además de cumplir con estas “autoliquidaciones” periódicas, debe presentar junto a la última declaración del período impositivo una declaración anual donde consten todas las retenciones e ingresos a cuenta que se hayan realizado a lo largo de dicho período<sup>89</sup>. En ella se contiene una relación nominativa de los perceptores de las rentas, en la que constan una serie de datos que sitúan a la Administración en el campo económico del

---

<sup>86</sup> Sobre la cesión de datos tributarios puede verse COLLADO YURRITA, M. A., *et al. Estudios sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 1.ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 670.

<sup>87</sup> Algunos pronunciamientos jurisprudenciales, anteriores a vigencia de la LGT de 2003, en los que se abordan distintos aspectos relativos a este tema son las sentencias del TS de 26 de noviembre de 1992, 11 de mayo de 1994, 20 de enero de 1995, 4 de mayo de 1995, 31 de octubre de 1996, 31 de marzo de 1998, 16 de marzo de 2002, 21 de febrero de 2003; también, las sentencias de la AN de 25 de septiembre de 1992, 8 de octubre de 1992, 3 de diciembre de 1992, 28 de enero de 1993, 21 de mayo de 1993, 11 de junio de 1993, 24 de junio de 1993, 3 de diciembre de 1993, 19 de abril de 1994, 24 de mayo de 1994, 19 de septiembre de 1994, 2 de febrero de 1995, 14 de marzo de 1995, 9 de mayo de 1995, 4 de julio de 1995, 18 de junio de 1996, 9 de julio de 1996.

<sup>88</sup> Resultan interesantes las consideraciones sobre las declaraciones tributarias que se encuentran en MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. *Curso de Derecho Financiero...*, 17.ª edición, *op. cit.*, pp. 367 y ss.

<sup>89</sup> La coincidencia de fechas y plazos de presentación que hay entre la última declaración periódica y la declaración anual no puede llevarnos a confundir ambos conceptos, como bien ha señalado el TS en su sentencia de 24 de febrero de 1993.

futuro contribuyente, que pueden salir a la luz y que conoce, justamente, a propósito de la satisfacción de ciertos rendimientos<sup>90</sup>.

Los deberes antes descritos se imponen a todo sujeto obligado a retener, incluidas las entidades domiciliadas, residentes o representadas en España, que paguen por cuenta ajena rentas sujetas a retención o que sean depositarias o gestionen el cobro de rentas de valores. También serán exigibles cuando se trate de una Administración pública, incluida la Seguridad Social, cuyo último presupuesto anual aprobado con anterioridad al inicio del ejercicio supere los 6 millones de euros, que abone rentas procedentes del trabajo, actividades económicas y premios<sup>91</sup>. Si se trata de la propia Administración del Estado, en cambio, la retención e ingreso se realizará en forma directa, siempre que lo permita el procedimiento de pago.

Todos estos deberes del retenedor —a los que se suma el de conservar la documentación correspondiente<sup>92</sup>— tienen como correlato ciertos derechos del retenido, como la comunicación sobre el porcentaje aplicable<sup>93</sup> o la expedición del correspondiente certificado acreditativo de la retención aplicada; de este modo, se facilita la prueba de las retenciones soportadas a efectos de las futuras deducciones en la cuota y, de ser el caso, de las devoluciones que pueda solicitar<sup>94</sup>. Es por esta razón que el artículo 108.3 del Reglamento de la Ley del IRPF señala que la certificación debe ponerse a disposición del contribuyente antes de la apertura del plazo de declaración que se debe hacer por impuesto.

Asimismo, el retenedor, cada vez que abone un pago, debe comunicar al perceptor del mismo la retención practicada indicando el porcentaje aplicable; excepto, cuando se trata de rendimientos de actividades económicas. Esto pone en conocimiento del futuro contribuyente

---

<sup>90</sup> De conformidad con el artículo 108.2 del Real Decreto 439/2007, esos datos son los siguientes: nombre y apellido; número de identificación fiscal; renta obtenida (especificando la naturaleza de los conceptos y el ejercicio en el que se ha devengado; e, incluyendo, las rentas no sometidas a retención o ingreso a cuenta por razón de su cuantía, las dietas exceptuadas de gravamen y las rentas exentas); reducciones aplicables; gastos deducibles; otras circunstancias personales y familiares así como el importe de las reducciones consideradas por el pagador para determinar el porcentaje de retención; importe de pensiones compensatorias entre cónyuges y anualidades por alimentos; y, por último, las cantidades reintegradas al pagador procedentes de rentas devengadas en ejercicios anteriores.

<sup>91</sup> Rendimientos previstos en el artículo 75.1, literales a) y c) y 75.2, literal c) del Real Decreto 439/2007.

<sup>92</sup> Sobre el deber de conservar los documentos puede verse CHECA GONZÁLEZ, C., en MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L. (coord.), *et al. El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 360.

<sup>93</sup> Comunicar esta información resulta útil a efectos de solicitar la aplicación de porcentajes más altos de retención de acuerdo a lo previsto en el artículo 88.5 del Reglamento de la Ley del IRPF.

<sup>94</sup> Cfr. MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T., “Régimen jurídico de la relación entre el retenedor y el retenido: el deber de retener y la obligación de soportar la retención”, en GONZÁLEZ GARCÍA, E. (prol.), *et al. Sujetos pasivos y responsables tributarios...*, *op. cit.*, p. 561.

las cantidades que se le detraen periódicamente; además, le permite solicitar la aplicación de un porcentaje de retención más alto e iniciar, en su caso, el cómputo del plazo previsto para la impugnación de los actos de retención<sup>95</sup>.

Cuando no proceda practicar la retención por razón de la cuantía de los rendimientos satisfechos, los pagadores no se liberan de las obligaciones que comportan estos deberes formales; pues, en este caso, deberán presentar una declaración negativa<sup>96</sup>. Mientras que la Ley 18/1991 obligaba a presentarla siempre que el contribuyente no se diera de baja en tal obligación, la Ley 40/1998 representa una novedad en cuanto señala que no procederá la presentación de tal declaración si en dicho período no se hubieran satisfecho rentas sometidas a retención e ingreso a cuenta<sup>97</sup>. Ésta es la formulación que viene recogida en el artículo 108.1, último párrafo, del Real Decreto 439/2007.

A nuestro modo de ver, el imponer a los retenedores una declaración de carácter negativo resulta ciertamente criticable. Sobre todo, si se piensa en que estos sujetos pagadores también deben hacer frente a una serie de deberes formales como sujetos del correspondiente impuesto sobre la renta que deban pagar. Esta consideración nos sugiere, nuevamente, la reflexión acerca de la importante carga —no sólo en cuanto a gestión sino, también, en cuanto a deberes formales se refiere— que recae sobre estos obligados tributarios, que ni aun al librarse de su obligación más propia se ven exentos de otros deberes<sup>98</sup>.

¿Cabría alegar el principio de proporcionalidad para revertir esta práctica legislativa que satura al retenedor con una fuerte presión fiscal indirecta?<sup>99</sup> En tanto que su aplicación implica la prohibición de sobrecargar al interesado con una medida que pueda suponerle una exigencia excesiva, podríamos decir que sí. Sólo el interés colectivo y el beneficio para la

---

<sup>95</sup> Sobre este tema véase GARCÍA CARACUEL, M., “Contenido del deber de comunicar las retenciones practicadas en el momento de satisfacer las rentas”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núms. 7-8, volumen I, septiembre 2004, pp. 2328-2331.

<sup>96</sup> En la práctica, también se suele presentar cuando en un período no se ha satisfecho renta alguna; aun cuando no exista obligación legal al respecto. Cfr. MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, op. cit., pp. 267-268.

<sup>97</sup> Un comentario sobre lo dispuesto al respecto en las normas citadas se encuentra en CAZORLA PRIETO, L. M<sup>a</sup>. y PEÑA ALONSO, J. L. *El Impuesto...*, op. cit., p. 404.

<sup>98</sup> Coincidimos con GARCÍA CARACUEL en los argumentos vertidos a favor de esta crítica; cfr. *La retención...*, op. cit., p. 182.

<sup>99</sup> Principio reconocido en la STC 62/1982, de 15 de octubre, y desarrollado en diversos pronunciamientos del TS, a los pocos años de promulgada la CE de 1978. Véase, entre otras, las sentencias de 28 de diciembre de 1981, 2 de julio de 1982, 20 de septiembre de 1983 y 2 de mayo de 1984.

comunidad justificarían una limitación a dicho principio<sup>100</sup>. En este caso, el interés colectivo coincide con un interés recaudatorio e informativo de la Administración; por tanto, habría que ponderar los intereses colectivos e individuales para determinar si están en una relación razonable<sup>101</sup>.

No obstante lo dicho, parece que el legislador se inclina por proteger, primordialmente, el interés de la Administración que, en este caso concreto, se traduce en el derecho que ostenta de conseguir información, pues éste siempre queda a salvo. Por tanto, se puede afirmar —si se piensa en los pocos supuestos que quedan fuera de la práctica de alguna de las prestaciones tributarias a cuenta— que su cobertura alcanza a todos los rendimientos que se satisfacen a un sujeto.

### **III. LA FIGURA DEL RETENEDOR**

¿Quién es el retenedor? Éste es uno de los grandes temas de la retención y para introducirnos en él nos servimos de la frase con que MICHELI lo retrata al decir que el retenedor actúa de *brazo secular de la administración financiera*<sup>102</sup>, pues con ella se refleja nítidamente la función que este sujeto desempeña dentro de la gestión del impuesto al detraer e ingresar un dinero en el Tesoro, haciendo las veces de la Administración, sin ser ella y sin cargarle ningún coste. Así lo señala la STS de 16 de noviembre de 1992, cuando dice que el retenedor “aunque realice por ministerio de la ley un acto de gestión tributaria a favor de la Hacienda Pública, no es un órgano —ni siquiera agente— de ésta”<sup>103</sup>.

En síntesis, podemos decir que son tres las posiciones más fuertes que han definido al retenedor dentro del ordenamiento español. Veamos, seguidamente, cuáles son.

---

<sup>100</sup> Sobre la supremacía del interés público véase SIMÓN ACOSTA, E. *El Derecho Financiero y la Ciencia Jurídica*, Ed. Studia Albornotiana, Zaragoza, 1985, pp. 153-155.

<sup>101</sup> Resultan muy a propósito de estas consideraciones las ideas que expone FALCÓN Y TELLA en “Un principio fundamental que la nueva LGT debería recoger expresamente: el principio de proporcionalidad”, *Quincena Fiscal*, núm. 13, julio 2003, pp. 5-6. Otras consideraciones interesantes acerca de este principio se encuentran en ÁLVAREZ ECHAGÜE, J. M. *Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 275-280.

<sup>102</sup> Cfr. MICHELI, G. A. *Corso di Diritto tributario*, 6.ª edizione, Unione tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1981, pp. 137-138.

<sup>103</sup> En este mismo sentido, SERRANO BUTRAGUEÑO —a propósito de los comentarios que le sugiere la STS de 25 de septiembre de 1990— señala que la figura del retenedor se asemeja a la de un gestor atípico, cuya gestión consiste en el cobro y subsiguiente pago de la recaudación obtenida de los directamente obligados al abono de los impuestos; cfr. “Responsabilidad del empresario por la falta de ingreso, dentro del plazo, de las retenciones practicadas a sus empleados por el IRPF, o de las cuotas del IVA”, *Carta Tributaria- Monografías*, núm. 189, 15 de octubre de 1993, p. 5.

### III.1. El retenedor como sustituto del contribuyente

Volviendo la mirada hacia atrás, se observa que en el ordenamiento tributario español el retenedor quedó, en la primera etapa de creación del IRPF, encuadrado dentro de la figura del sustituto<sup>104</sup>; que, en sentido técnico, era un sujeto pasivo distinto al naturalmente obligado a pagar, en función de la estructura normal de la obligación tributaria<sup>105</sup>.

El concepto de “sustitución” que recoge la LGT de 1963 está influenciado por dos factores. Uno, el concepto de sustitución total —tanto en la deuda como en la posición del sujeto pasivo contribuyente— que proviene de la doctrina italiana de la época y que supone el desplazamiento de la posición subjetiva pasiva en la relación jurídica tributaria. Otro, la figura del “segundo contribuyente” referida a los impuestos de producto, que —como deudor de la total obligación tributaria— asume la posición correspondiente a la sujeción pasiva, desplazando al contribuyente de la posición de primer deudor. La normativa de 1963 partiendo de un concepto de tributo basado en la obligación tributaria que surge del hecho imponible, requiere, por tanto, la total realización de éste y que sea aquélla la obligación en la que se sustituya al contribuyente<sup>106</sup>.

Hasta antes de la Ley 58/2003, el sustituto se había manifestado —como antes mencionamos— a través de la modalidad de retención, alcanzando gran éxito y difusión. El artículo 32 LGT de 1963 subraya esto cuando dice que el concepto de sustituto “se aplica especialmente a quienes están obligados por Ley a detraer, con ocasión del pago que realicen a otras personas, el gravamen tributario correspondiente, asumiendo la obligación de efectuar su ingreso al Tesoro”. Sin embargo, pese a esta expresión tan clara de la Ley, algunos se cuestionaron si el retenedor se encuadraba dentro del sujeto pasivo sustituto del artículo 32 antes glosado.

---

<sup>104</sup> Son partidarios de esta posición MATÍAS CORTÉS, FERREIRO LAPATZA, ELIZALDE Y AYMERICH, COLLADO YURRITA, ALONSO GONZÁLEZ, entre otros. Fijándose en la regulación de la Ley 44/1978, PALAO TABOADA no duda en afirmar que, en virtud de la presunción de retención, el retenedor resultaba ser, en la práctica, un sustituto y cualquier discusión al respecto no era más que “una simple logomaquia estéril”; cfr. “Presunción de retención...”, en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y CAYÓN GALIARDO, A. (coord.), *et al. Presente y futuro de la imposición...*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>105</sup> Al respecto resulta interesante FERREIRO LAPATZA, J. J., “La figura del sustituto en las nuevas leyes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades”, *Crónica Tributaria*, núm. 38, 1979, pp. 61-73. Sobre una etapa muy anterior en la que el Estatuto de Recaudación de 1928, artículos 6 y 8.d) —y, más adelante, el Estatuto de 1948— habla de “segundo contribuyente” para referirse a toda entidad o persona que sin tener título de recaudador efectuaba la retención indirecta a favor del Estado; véase MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss; ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>106</sup> Cfr. ALGUACIL MARÍ, P., “La significación jurídica...”, *op. cit.*, p. 234.

Quizá la confusión doctrinal se debió, en gran medida, a los distintos calificativos de los que hacía uso el legislador al referirse a este sujeto<sup>107</sup>. Pues, mientras la LGT parecía decir que el retenedor era un sustituto, el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (RGIT), aprobado por el Real Decreto 939/1986, lo incluía dentro del género de los “obligados tributarios”<sup>108</sup>. El Reglamento General de Recaudación (RGR) de 1990, por su parte, señalaba que los retenedores estaban “obligados al pago” de la deuda tributaria como deudores principales<sup>109</sup>; de ahí que algunos entendieran que la categoría de los obligados principales comprendía no sólo a los sujetos pasivos, sino también a los repercutidos y retenedores<sup>110</sup>. Esta miscelánea de términos que hacen referencia al retenedor no era sólo un problema terminológico; suponía, además y sobre todo, la ausencia de una concepción —y, por tanto, de una regulación— uniforme y acabada acerca de esta figura en las distintas normas del ordenamiento tributario.

Esto dificultaba la tarea de clarificar quién era el sujeto retenedor para el legislador. En un primer momento, la cuestión se redujo a determinar si era posible o no subsumir la figura del retenedor entre los sujetos pasivos del tributo, y, más concretamente, entre los sujetos pasivos sustitutos a los que se refería el artículo 32 LGT de 1963<sup>111</sup>. La respuesta que se diera al respecto resultaba determinante a efectos jurídicos: de ella dependía si se aplicaba al retenedor el régimen jurídico previsto para el sustituto. En concreto, si el retenedor no era ni contribuyente ni sustituto, no podía ser considerado como un obligado directo o principal frente a la Hacienda Pública; por tanto, sólo podía estar obligado al ingreso si había efectuado la retención, con independencia de las sanciones que pudieran derivarse del incumplimiento de tal deber<sup>112</sup>.

El tema de la sustitución ha sido desarrollado al abordar la naturaleza jurídica de la retención; por ello, basta decir que, a nuestro parecer, la tesis de que el retenedor no era sujeto pasivo del impuesto indicaba, al menos, un buen inicio para dilucidar la cuestión. No era

---

<sup>107</sup> Cfr. CHECA GONZÁLEZ, C., “La retención tributaria”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 4, 1986, pp. 151-160. En estas páginas se recoge un interesante análisis de la figura del retenedor durante la vigencia de la LGT de 1963.

<sup>108</sup> Véase el artículo 24 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril.

<sup>109</sup> Véase los artículos 10.1.b) y 11.1 del Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre.

<sup>110</sup> Cfr. MENÉNDEZ MORENO, A. y TEJERIZO LÓPEZ, J. M., “Los obligados tributarios en el ordenamiento español: aspectos generales de su configuración”, *Información Fiscal*, núm. 11, 1995, p. 32.

<sup>111</sup> Cfr. MARTÍN QUERALT, J., “Notas en torno a la configuración jurídica de la retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, *Hacienda Pública Española*, núm. 82, 1983, p. 131.

<sup>112</sup> En este sentido véase ALGUACIL MARÍ, P., “La significación jurídica...”, *op. cit.*, p. 236.

sujeto pasivo contribuyente, pues quien soportaba el impuesto correspondiente a los rendimientos no era él sino el perceptor de los mismos<sup>113</sup>. Y, tampoco podía entenderse que fuera un sujeto pasivo sustituto, según lo previsto en el artículo 32 LGT, pues la retención no suponía cumplir una obligación tributaria derivada del impuesto con el que se relacionaba, ya que tal obligación no existe hasta que no se devengue el impuesto y se realice el hecho imponible<sup>114</sup>.

### III.2. El retenedor ejerce un deber de colaboración

Otra postura que surge en torno a la figura del retenedor lo ubica más dentro de los deberes de colaboración<sup>115</sup>. Esta tesis se vincula, estrechamente, con la idea de que la retención es una forma de colaboración en la gestión tributaria y en la acción recaudadora de la Administración. El retenedor, al representar al sujeto activo de la relación jurídico-tributaria, asume una obligación irrenunciable, por imposición de la ley; excluyéndose, así, la existencia de una deuda tributaria propia a su cargo.

Nos parece que es en este sentido que el ordenamiento italiano habla del *sostituto d'imposta*. El cual podría ser definido, genéricamente, como el sujeto que efectúa la retención por cuenta del erario, con el fin de llevar a cabo la recaudación del impuesto. De este modo, el mecanismo de la retención, que se basa en la figura del sustituto, se presenta como una de las tantas formas que hay para lograr ese objetivo recaudatorio<sup>116</sup>.

Asimismo, ALGUACIL MARÍ, durante la vigencia de la LGT de 1963, formula que el retenedor es una figura recaudatoria al servicio de la Hacienda Pública, que interviene en el cumplimiento de una obligación ajena, a modo de mediador en el cobro o en el pago de la misma. Siendo el retenido el único responsable del ingreso de la retención, en tanto que es el sujeto que demuestra la capacidad contributiva que intenta gravar este instituto<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr. CORTÉS MARTÍNEZ, J. A., "Las retenciones en el Impuesto sobre la Renta (I)", *Carta Tributaria - Monografías*, núm. 54, 1 de agosto de 1987, p. 8.

<sup>114</sup> En esta posición se encuentran MARTÍN QUERALT, SOLER ROCH, PALAO TABOADA, PÉREZ DE AYALA, LEJEUNE VALCÁRCCEL, PÉREZ ROYO, MORIÉS JIMÉNEZ, ALGUACIL MARÍ.

<sup>115</sup> Véase CHECA GONZÁLEZ, C., "La retención tributaria", *op. cit.*, pp. 151-160; SANZ GADEA, E., "Retenciones en el IRPF", *op. cit.*, p. 22. En esta línea va el estudio sobre la naturaleza jurídica del retenedor que se encuentra en MORIÉS JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, pp. 177-212.

<sup>116</sup> Sobre *i sostituti d'imposta* en el ordenamiento italiano véase CODONI, M. *Ritenute alla fonte...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>117</sup> Cfr. ALGUACIL MARÍ, P., "La significación jurídica...", *op. cit.*, pp. 236-237.

A medida que ha transcurrido el tiempo y se ha ido implementando y perfeccionando el mecanismo de las prestaciones a cuenta, la participación del particular en estas tareas propias de la Administración no ha ido a menos, sino todo lo contrario. Si nos fijamos, por ejemplo, en el nuevo sistema de cálculo de las retenciones, observamos que, de un lado, supone un avance en cuanto al respeto debido al principio de capacidad económica; pero, de otro, implica un aumento desproporcionado de la presión fiscal que debe soportar el retenedor. El actual procedimiento supone para la empresa que debe retener una importante labor de gestión y control, llena de engorrosos cálculos y, eventualmente, de regularizaciones; por lo que, no sin razón, ha venido en denominarse “la privatización de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria”<sup>118</sup>.

Pero no queda todo ahí puesto que la obligación de retener e ingresar a cargo del retenedor viene acompañada de otros muchos deberes —de menor entidad pero no por ello menos costosos— regulados, en su mayoría, por normas de rango reglamentario. Pensamos ahora en el Real Decreto 2717/1998<sup>119</sup>. Ésta, como otras tantas disposiciones normativas, si bien nace con la intención de mejorar el sistema aplicativo de los tributos —excluyendo, por ejemplo, de la obligación de presentar declaración y autoliquidación a muchos contribuyentes del IRPF—, tiene graves deficiencias. Quizá, debido a que persigue tales objetivos. En ocasiones, son desmedidos los deberes que se imponen al retenedor o la solicitud, a veces desproporcionada, de datos de carácter personal o familiar que deben facilitarse para determinar el porcentaje de retención; y, también es llamativa la elevación de estos porcentajes respecto a los profesionales.

No parece, a nuestro modo de ver, que la supresión de la obligación de declaración y autoliquidación para la mayoría de contribuyentes, justifique la batería de obligaciones a cargo de los retenedores ni, tampoco, que se ordene a los contribuyentes comunicar a las empresas una serie de datos relativos al ámbito de su intimidad personal: cuantía de la pensión que paga el cónyuge separado; la existencia de posibles hijos extramatrimoniales o si los hijos conviven o no con los padres; el grado de minusvalía psíquica que se padece; entre otros<sup>120</sup>; pues,

---

<sup>118</sup> Cfr. DURÁN-SINDREAU BUXADÉ, A. y CORONA, J. F., “La nueva normativa en materia de retenciones”, sección artículos doctrinales de la web Noticias Jurídicas, Derecho fiscal y tributario, abril 1999, <http://noticias.juridicas.com>

<sup>119</sup> Sobre el deber de declaración y la sustitución véase ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, pp. 288 y ss.

<sup>120</sup> La numerosa y variada información que el contribuyente debía trasladar al pagador sobre su vida personal —pensemos, por ejemplo, en los datos relativos a separación, divorcio, alimentos— planteó la cuestión de una posible afectación a la intimidad personal y familiar: la información que poseían las empresas —convertidas en

aunque algunos datos se reputen necesarios para el cálculo de la retención, esto no exime del respeto debido a la intimidad del retenido<sup>121</sup>.

Todo esto busca mejorar la eficiencia y los costes del trabajo de la Administración; eso sí, a expensas del mayor despliegue de funciones que deben asumir los retenedores, quienes reciben a cambio el simple reconocimiento de que están cumpliendo con su deber<sup>122</sup>.

Sólo un comentario final antes de cerrar este punto. Tan legítimo y acorde con los mandatos constitucionales es el establecimiento de unas prestaciones anticipadas que permitan al Fisco tener disponibilidad de recursos antes de la recaudación de las prestaciones definitivas, como que tales prestaciones se establezcan con arreglo a los principios de justicia que la misma CE impone en su artículo 31.3. Por tanto, así como el principio de solidaridad puede fundamentar el porqué de esas prestaciones, los principios del artículo 31.3 deben fundamentar el cómo se llevan a cabo tales prestaciones.

Estas consideraciones nos sitúan mejor en la idea de que el deber de retención no es una simple manifestación del deber de colaboración sino que es una obligación que por la peculiar importancia que tiene en el actual sistema de gestión de los tributos, merece una especial protección y debe llevar impreso el sello de los principios tributarios<sup>123</sup>. Esta idea conecta, sin duda alguna, con la tercera —y última— postura que veremos acerca del retenedor como sujeto de una relación tributaria.

### **III.3. El retenedor es un obligado tributario**

Antes de la Ley 58/2003, algunos definieron al retenedor como una “figura subjetiva dotada de especificidad”. Se propone, en esta línea, su inclusión en el artículo 30 LGT como un

---

“bases de datos personales”— no parecía estar suficientemente protegida. El apartado 9.º de la Resolución de 28 de diciembre de 1998, Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que recogía las instrucciones para la formalización del Documento Único Administrativo (DUA) - Departamento de Gestión Tributaria, no parecía ser un instrumento adecuado para resguardar la confidencialidad de esta información. Cfr. HINOJOSA TORRALVO, J. J., en ORÓN MORATAL, G. (coord.), *et al. Los nuevos impuestos...*, *op. cit.*, p. 634; véase también AEDAF, “Informe sobre el Proyecto de Real Decreto sobre retenciones y pagos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 43, octubre-diciembre 1998, pp. 111-112.

<sup>121</sup> Sobre este tema puede verse GONZÁLEZ MÉNDEZ, A. *La protección de datos tributarios y su marco constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 114 y ss.

<sup>122</sup> Cfr. AEDAF, “Informe sobre el Proyecto de Real Decreto...”, *op. cit.*, pp. 111-115.

<sup>123</sup> Cfr. MALVÁREZ PASCUAL, L. A. y SÁNCHEZ PINO, A. J., “Objetivos y consecuencias de la presunción de retención: una propuesta alternativa”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 148, julio 1995, p. 10.

tercer tipo de sujeto pasivo, junto con el contribuyente y el sustituto<sup>124</sup>; o, su incorporación dentro del concepto de sustituto previamente elaborado, a fin de evitar la confusión entre ambas figuras.

La argumentación que subyace a este planteamiento, en términos generales, es la siguiente: si bien el retenedor y el sustituto cumplen funciones semejantes, su estructura jurídica es distinta. La posición jurídica del retenedor le configura como un obligado tributario, ya que asume una obligación tributaria propia frente a la Hacienda; lo que no significa que sea un obligado a contribuir, pues su obligación responde a la regulación de un tributo que pretende gravar un deber de contribuir ajeno, es decir, de quien obtiene la renta<sup>125</sup>.

Esta propuesta parte de la distinción de dos obligaciones: la principal y la de retención; ambas con presupuestos de hecho y efectos jurídicos distintos. El retenedor sería el sujeto deudor de esta última obligación, que sería extinguida mediante el pago de la misma. No obstante, la claridad con que se propone esta diferenciación no puede llevar a admitir que la retención no produzca efectos sobre la relación entre el contribuyente y la Administración; puesto que la retención —como toda prestación a cuenta— ha sido establecida en atención a la obligación principal del impuesto.

Algunos sugieren, a partir de estas consideraciones, la calificación del retenedor como sujeto pasivo de la obligación tributaria de retener, que se materializa en una obligación sustancial en el IRPF —y, también, en el IRNR y en el IS—, que consiste en el pago de una obligación que se genera al satisfacer rendimientos sujetos a retención y que conlleva, además, otros deberes formales<sup>126</sup>. En este sentido, el retenedor sería el único que podría realizar el presupuesto de hecho del cual se deriva esta obligación tributaria.

Sin embargo, pese al sustento doctrinal que apoyaba esta tesis, no podía prescindirse de que tal categoría subjetiva no estaba contemplada en la LGT de 1963. Los sujetos pasivos que en ella se recogían eran figuras que se situaban en torno al hecho imponible del impuesto, dejándose fuera cualquier otra que no tuviera una relación directa o indirecta con éste; aun

---

<sup>124</sup> Cfr. GOROSPE OVIEDO, J. I. *La deuda tributaria básica*, *op. cit.*, pp. 206-207.

<sup>125</sup> Véase CHECA GONZÁLEZ, C., “La retención tributaria”, *op. cit.*, pp. 151-160; SANZ GADEA, E., “Retenciones en el IRPF”, *op. cit.*, p. 22. En esta línea va el estudio sobre la naturaleza jurídica del retenedor que se encuentra en MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, pp. 177-212.

<sup>126</sup> Cfr. APARICIO PÉREZ, A., “El retenedor: sujeto pasivo de la obligación tributaria”, *Hacienda Pública Española*, núm. 77, 1982, pp. 221-227; LUCHENA MOZO, G. M. *Retenciones...*, *op. cit.*, p. 183; MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, p. 197.

cuando revistiese una gran importancia en la aplicación del tributo, como era el caso del retenedor o del obligado a ingresar a cuenta<sup>127</sup>. Ahora, si bien la Ley 58/2003 no llega a calificar al retenedor como sujeto pasivo, lo admite, al menos, dentro del grupo de obligados tributarios<sup>128</sup>.

Se puede decir, entonces, que actualmente la posición doctrinal que comentamos queda, de algún modo, avalada. El nuevo marco normativo que ofrece esta Ley, de una parte, reconoce al retenedor como el deudor principal del importe de las retenciones correspondientes a las rentas que haya abonado y que estén sujetas a tal detracción. Quedando fuera de dudas que no cumple una obligación ajena sino una obligación propia, de la que es él el único responsable.

Y, de otra parte, el engranaje de obligaciones, deberes, prestaciones y responsabilidades a cargo del retenedor resulta estar mejor estructurado que antes, pues éste se configura como deudor de una obligación propia y exclusiva, no accesoria. Esta nueva construcción legal, además, tiene otras piezas que completan la figura de la retención como, por ejemplo, la definición de ésta como obligación autónoma<sup>129</sup>.

La doctrina venía reclamando una solución al problema del sustituto y del retenedor reseñado líneas atrás: ¿son equiparables el retenedor y el sustituto? Esta duda es resuelta, de forma definitiva, en el artículo 35.2 LGT, que dice expresamente que el retenedor es un obligado tributario. Ahora, dentro de este marco normativo, habría que hallar las diferencias entre el sujeto pasivo —en sus modalidades de contribuyente y sustituto— y los obligados a realizar prestaciones a cuenta.

Llegados a este punto y repasados ya los aspectos más importantes que reviste la figura del retenedor, resta ver las relaciones que le vinculan con los otros sujetos que intervienen en el mecanismo de retención y las implicancias que trae consigo cada una de ellas.

---

<sup>127</sup> Cfr. ESEVERRI MARTÍNEZ, E., “Las posiciones subjetivas...”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *et al. Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, p. 856.

<sup>128</sup> Hay quienes consideran que la LGT de 2003 no ha arriesgado lo suficiente a fin de clarificar de forma definitiva esta cuestión; cfr. GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, *op. cit.*, p. 65. Véase, también, HURTADO GONZÁLEZ, J. F., “La recepción del concepto «obligado tributario» en la nueva Ley General Tributaria”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 122, abril-junio 2004, pp. 302-308.

<sup>129</sup> Cfr. CENCERRADO MILLÁN, E., “La aplicación del principio de capacidad económica a los pagos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 40, enero-marzo 1998, pp. 23 y ss.

## **IV. RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA RETENCIÓN**

### **IV.1. Ideas preliminares**

Al detenernos en el ámbito subjetivo de los pagos a cuenta, observamos que éste es, precisamente, el lugar en que los efectos jurídicos que producen estos mecanismos cobran vida; y, donde se despliegan una serie de consecuencias que se vinculan, muy de cerca, con la responsabilidad que recae sobre los distintos sujetos que intervienen en la relación jurídica. Pensemos, por ejemplo, en la falta de ingreso después de comprobada la retención, ¿podría derivarse de tal conducta una responsabilidad penal atribuible al retenedor?<sup>130</sup> ¿Cuál sería la responsabilidad del retenido frente a la Hacienda cuando no se ingresa tal importe, puesto que no se satisface la deuda que tiene con ella?<sup>131</sup>

O pensemos, por el contrario, cuando se cumple con el ingreso una vez efectuada la retención, ¿qué tipo de efectos trae para cada uno de los sujetos el cumplimiento cabal de la retención? Para el retenedor el pago produce un efecto extintivo inmediato de la obligación que le sujeta; éste es, sin duda alguna, el efecto propio de la retención a cuenta como obligación autónoma<sup>132</sup>. Por su parte, para el contribuyente y el Estado la valoración de este ingreso a cuenta no es igual, pues los efectos que se producen respecto a ellos son mediatos. En cuanto al contribuyente, porque las cantidades ingresadas se computan a su deuda futura, si es que surge al final del período impositivo; y, en cuanto al Estado, porque como sujeto activo está condicionado por la situación de incertidumbre en que se encuentra la obligación tributaria a la que deben atribuirse las cantidades recibidas en concepto de retención a cuenta<sup>133</sup>. De ahí que se hable de efectos suspensivos de lo ingresado porque el Estado sólo lo adquiere provisionalmente y como un pago en garantía de una obligación futura e incierta,

---

<sup>130</sup> Cuando se hablaba del retenedor como segundo contribuyente se entendía, al principio, que este supuesto le convertía en un malversador de caudales públicos; más adelante, la doctrina formuló que esto sólo sería así si se trataba de un funcionario público. Aun cuando la normativa no fuese explícita al respecto, era claro que los fondos a ingresar no eran ni del sustituido ni del sustituto sino del Estado. Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

<sup>131</sup> Algunos opinaron, por ejemplo, que tendría una responsabilidad subsidiaria; cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>132</sup> Sobre esto véase ELIZALDE Y AYMERICH, P. DE, "La retención tributaria como acto económico-administrativo", en ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *et al. Derechos y garantías del contribuyente*, IEF, Madrid, 1983, pp. 58 y ss.

<sup>133</sup> Según CASADO OLLERO, se produce una atribución legal de las sumas ingresadas a la deuda futura; cfr. "De la imposición de producto al sistema de retenciones y fraccionamiento de pago en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 21, enero-marzo 1979, p. 79.

cuyo nacimiento determina un cambio de régimen en las sumas depositadas durante el año, producto de retención, que se considerarán ya como pago, es decir, como forma de extinción de una obligación.

En términos generales, podemos decir que las relaciones que nacen en torno a la retención son las siguientes: retenedor-Administración; retenedor-retenido; retenido-Administración<sup>134</sup>. Algunos han aludido a una relación adicional: la que se establece entre las distintas Administraciones acreedoras que, eventualmente, pueden intervenir; puesto que no sólo la Administración central tiene derecho a exigir y recaudar sus propias retenciones e ingresos a cuenta, sino que igual facultad ostentan otras administraciones como la correspondiente a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y a las tres Diputaciones del País Vasco. De ahí que puedan derivarse relaciones entre ellas a propósito de la práctica de los pagos anticipados<sup>135</sup>.

Si bien no nos detendremos en esta última relación basta decir que, aunque existen normas que delimitan los derechos de cada una de estas administraciones respecto de las retenciones practicadas, puede ocurrir que el sujeto obligado no actúe correctamente e ingrese en el Estado, o en otra Administración, retenciones que no les pertenezcan. Este posible error, sin embargo, no entraña consecuencias perjudiciales ni para el retenedor ni para el retenido, ya que como bien prevé el artículo 12 del Concierto Económico Estado-País Vasco, “a efectos de la liquidación del Impuesto sobre la Renta del perceptor, tendrán validez los pagos a cuenta que se hayan realizado en uno y otro territorio, sin que ello implique, caso de que dichos pagos se hubieran ingresado en Administración no competente, la renuncia de la otra a percibir la cantidad a que tuviera derecho, pudiendo reclamarla a la Administración en la que se hubiera ingresado”. Una disposición semejante se contiene en el artículo 16.1 del Convenio Económico con Navarra<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Una descripción de estas relaciones se encuentra en BERLIRI, A. *Corso istituzionale di Diritto tributario*, volume I, 2.ª edizione, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 244-251.

<sup>135</sup> Véase al respecto SIMÓN ACOSTA, E., “La Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las comunidades autónomas: su naturaleza”, en MARTÍN DÉGANO, I., MENÉNDEZ GARCÍA, G. y VAQUERA GARCÍA, A. (coord.), *et al. Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, Volumen II, Lex Nova, 2005, pp. 1937-1958.

<sup>136</sup> Cfr. LÓPEZ BERENGUER, J. *El nuevo IRPF...*, *op. cit.*, pp. 477 y 487. También pueden verse los trabajos de SIMÓN ACOSTA, E., “El Convenio Económico”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 98, abril-junio 1998, pp. 213-246 y “El Convenio Económico”, en DOMINGO, R. y GALÁN, M. (coord.), *et al. Presente y futuro del Derecho Foral: Jornadas conmemorativas del XXV aniversario del fuero nuevo*, EUNSA, Pamplona, 1999, pp. 147-205; también, véase las voces “Concierto económico” y “Convenio económico”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1.ª edición, volumen I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 1348-1350 y 1697-1701, respectivamente.

Fijándonos en la típica relación de carácter tripartito que presenta la retención, resalta, sobre todo, la figura del tercero ajeno a la relación contribuyente-Hacienda, que es el obligado por ley a realizar un pago anticipado y que actúa como un mediador entre las partes de la futura obligación sustantiva. Como hemos visto a lo largo de este apartado, el papel fundamental de este tercero es hacer llegar a la Administración los importes retenidos. Esto responde al presupuesto mismo de la retención, pues la idea que subyace a la existencia de este mecanismo es que el pagador de los rendimientos sujetos a gravamen está en mejores condiciones que la Administración para recaudar de forma anticipada el tributo, adelantándose la percepción de ingresos por parte del Tesoro, al momento del pago de tales rendimientos.

Todas estas consideraciones muestran cómo las obligaciones entre particulares que se tejen dentro del mecanismo de pagos a cuenta son a tal punto esenciales en la aplicación del tributo, que el completo y cabal cumplimiento de la obligación principal no es posible sin su concurso dentro de la relación jurídico-tributaria<sup>137</sup>. Antes de desarrollar los vínculos que se establecen entre los sujetos que intervienen en la retención —dentro del marco de las tres relaciones que ocuparán nuestra atención— nos preguntamos si todos ellos, más que dar lugar a varias relaciones, podrían integrarse dentro de una sola relación jurídica en la que se enmarcaría la retención.

#### **IV.2. La relación obligatoria de retención**

Dentro de la concepción de la retención como relación obligatoria, algunos han considerado que todas las relaciones que se desarrollan en torno a esta figura podrían encuadrarse dentro de un marco más general denominado “relación obligatoria de retención”<sup>138</sup>. Se plantearía, así, el estudio de una sola relación entre los particulares afectados por la retención; esto es, entre el sujeto que debe realizarla y el sujeto obligado a soportarla.

Esta relación, que produce unos efectos jurídicos singulares, tendría como núcleo el acto “retentorio”<sup>139</sup>, que sería el punto de partida para su estudio, y vendría constituida por los siguientes elementos: 1) un hecho generador, que sería el “hecho retenible”; 2) un deudor

---

<sup>137</sup> Al respecto resultan de interés las consideraciones que se encuentran en VILLARÍN LAGOS, M., “Las obligaciones de la relación jurídico-tributaria a cargo de particulares”, *Información Fiscal*, núm. 69, 2005, pp. 95-146.

<sup>138</sup> Cfr. CORRAL GUERRERO, L., “Relación obligatoria...”, *op. cit.*, pp. 450 y ss.

<sup>139</sup> Expresión utilizada por ALGUACIL MARÍ en *La retención a cuenta en el ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 374.

concreto, que sería el retenedor; y, 3) unas prestaciones determinadas —pensemos, por ejemplo, en la cuota tributaria a cuenta—.

Esta tesis responde a la experiencia común de que cada relación tributaria se halla inserta en un contexto más amplio que la influye y la condiciona. TESAURO sostiene, en este sentido, que la relación jurídica compleja no es tal sino que es más bien un complejo de relaciones tributarias<sup>140</sup>. Y esto es, probablemente, lo que ocurre con la relación obligatoria de retención, cuyo complejo mundo de relaciones tributarias nacidas en torno a ella son parte del deber de contribuir, que —cabe recordar— es un deber jurídico constitucional que no tiene la consideración de relación obligatoria. Siguiendo este razonamiento, ¿cabría hablar de un deber de contribuir mediante retención tributaria?

No es fácil dar una respuesta a tal pregunta. ALGUACIL MARÍ considera que no tiene sentido hablar de obligaciones contributivas y no contributivas, puesto que la obligación —carente de un contenido contributivo en sí— se configura como una estructura jurídica que se limita a explicar las posiciones recíprocas de los sujetos que en ella intervienen en torno a su objeto. A su entender, el calificativo de contributivo o no sólo se podía aplicar, por tanto, a las prestaciones, mas no a las obligaciones<sup>141</sup>. Sin sumarnos a tal postura, lo único que podemos decir es que las distintas relaciones obligatorias existentes en torno a la retención —que pueden llamarse conexas— deben ser vistas desde la perspectiva que marca el deber de contribuir. Esto conectaría, de algún modo, con lo expresado anteriormente respecto a la impronta que los principios tributarios deben dejar en la regulación de los pagos a cuenta en general.

Centrémonos ahora en ese cúmulo de relaciones que componen la retención a fin de determinar si podrían constituirse todas en ellas en una única relación.

La secuencia que se sigue en el desarrollo de este mecanismo de pago a cuenta muestra que su inicio viene precedido por una relación no tributaria, que es preexistente y que contiene la causa y la base que sustenta la retención. Un caso típico sería, por ejemplo, la relación laboral. En esta fase es donde se manifiesta la renta que desencadena el hecho

---

<sup>140</sup> Cfr. TESAURO, F. *Istituzioni di Diritto tributario*, volumen I, Unione tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1989, p. 56.

<sup>141</sup> Un desarrollo de estas ideas se encuentra en ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento...*, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

generador de la relación, que someterá a “quien abone rentas sujetas...” a la obligación de detraer, e ingresar en Hacienda, parte de los rendimientos satisfechos.

A partir de ahí se configura una relación entre retenedor y retenido, donde se enlaza un derecho del primero y un deber del segundo. El derecho a retener tiene naturaleza pública; pues, supone el ejercicio de una potestad tributaria, que si bien reviste la forma de un deber es, en todo caso, un derecho-deber<sup>142</sup>. El retenedor al ejercer este derecho-deber participa en la gestión tributaria, cumpliendo funciones públicas que producen, a su vez, efectos públicos, aunque su ejercicio sea privado<sup>143</sup>. Sin embargo, aunque el retenedor se asemeje a un agente de la Administración tributaria, no deja de ser un particular que ejercita su función con medios propios y no con cargo a los medios de la Administración tributaria. Junto a esto, cabe recordar que el retenedor no soporta la carga tributaria, pues ingresa al Tesoro lo previamente retenido al perceptor de las rentas. Por esta razón, el retenido viene obligado a aceptar y consentir la retención, aunque pueda impugnarla cuando ésta no sea conforme a derecho.

Concluida esta etapa, que contiene en sí el núcleo de la relación de retención, tiene lugar la relación obligatoria principal, que es posterior y que nace con el hecho imponible. Si bien se trata de una relación nueva y distinta tiene varios puntos de conexión con la retención antes practicada, pues la prestación —que consiste en el pago de la cuota tributaria— a cargo del contribuyente está afectada por los pagos, por cuenta ajena, realizados por el retenedor.

En este sentido, se puede afirmar que la relación de retención, pese a ser autónoma, gira en torno a la relación principal, en cuanto que su fin más propio es asegurar el cumplimiento de ésta. De hecho, la retención se considera un pago a cuenta que libera al retenido en esa misma cuantía, en el momento que surja la relación obligatoria principal<sup>144</sup>. El retenido —que será después contribuyente— tendrá ante la Hacienda o el derecho a deducir la cantidad retenida o el derecho a que le devuelvan el exceso retenido, según corresponda.

Recorrido el circuito que sigue la retención y repasadas las relaciones que origina a su paso parecería que todas ellas confluyen en una única relación. Si bien somos partidarios de

---

<sup>142</sup> Cfr. COLLADO YURRITA, M. A. *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Civitas, Madrid, 1992, p. 79.

<sup>143</sup> Algunos han dejado notar como un efecto paradigmático del ejercicio de esta función pública que el acto de retención sea impugnabile en la vía económico-administrativa; cfr. SIMÓN ACOSTA, E. *El Derecho Financiero...*, *op. cit.*, p. 100; CORRAL GUERRERO, L., “Relación obligatoria...”, *op. cit.*, p. 453.

<sup>144</sup> Muchos han visto en esta posibilidad de aplicación futura de las retenciones practicadas a la cuota final —como antes comentamos— un derecho de crédito del retenido ante la Hacienda Pública; cfr. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. *Guía Fiscal 1992*, 3.ª edición, Deusto, Bilbao, 1992, p. 339.

esta tesis, no podemos negar que la disección de esta relación en los distintos vínculos que la componen resulta provechosa a efectos didácticos; pero sólo a estos efectos. Esto explica que sigamos, a continuación, un esquema que, únicamente, en el plano teórico, puede presentarse así.

### **A. Relación entre el retenedor y la Hacienda**

Esta relación nace a propósito del pago de unos rendimientos sujetos a retención que efectúa quien tiene la consideración de obligado tributario. Es decir, la relación retenedor-Hacienda nace a partir del presupuesto de hecho objetivo de la retención.

Además de una serie de deberes formales, el pagador tiene respecto a la Hacienda dos obligaciones materiales o sustantivas, retener e ingresar, cuyo incumplimiento no genera las mismas consecuencias. En efecto, la falta de retención no le exime del ingreso, pues éste —tal y como aparece en la LGT— se configura como una obligación propia cuyo deudor principal es el obligado a retener. Por su parte, el obligado a retener tiene ciertos derechos frente a la Administración, relacionados especialmente con la gestión tributaria, como la posibilidad de solicitar la devolución de ingresos indebidos.

Hacienda, por su parte, tiene el derecho a exigir al retenedor el ingreso del importe correspondiente a la retención. Curiosamente, este deber se exige sin importar si la retención fue practicada o no; o, si el sujeto pasivo lo reflejó o no en su declaración final del impuesto. Esto remarca el carácter autónomo de la obligación del retenedor; más aún si se piensa que la deducción por parte del sujeto pasivo de lo efectivamente retenido no le libera a aquél de sus obligaciones respecto a las retenciones omitidas o mal practicadas. Sólo queda liberado si tal omisión tiene su origen en datos falsos, incorrectos e inexactos entregados por el retenido.

La extinción de esta relación retenedor-Hacienda se produce, usualmente, mediante el pago de las cantidades retenidas o que debieron retenerse; también cabe la prescripción de la obligación de ingresar la retención<sup>145</sup>. El régimen de prescripción que se aplica es el mismo que el de la obligación tributaria principal; sin embargo, cabe señalar que al ser obligaciones

---

<sup>145</sup> Cfr. FALCÓN Y TELLA, R. *La prescripción en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 195 y ss. Sobre esta forma de extinción de la obligación tributaria en la LGT de 2003 véase GALAPERO FLORES, R., “La prescripción de la obligación tributaria en la LGT”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, mayo 2006, pp. 9-36. Sobre las pautas de interpretación respecto a la aplicación del plazo de prescripción resultan interesantes las sentencias del TS de 25 de septiembre de 2001 y de 18 de abril de 2007.

distintas la prescripción de una no afecta a la otra<sup>146</sup>. De este modo, se asegura la autonomía de la obligación, también, en su extinción.

Antes de abordar el siguiente punto, queremos detenernos en un momento clave de esta relación: aquél que transcurre desde que se practica la retención hasta que su importe es exigible por la Hacienda. ¿Qué título ostenta el retenedor para poseer esa cantidad de dinero durante ese tiempo? Una idea bastante arraigada es la del depósito. En el ámbito jurisprudencial, esta tesis se contiene en algunas sentencias del TS, como la de 24 de diciembre de 1986 o la de 5 de julio de 2000. En el ámbito normativo, un punto de apoyo que sustenta la condición del retenedor como depositario es el artículo 96.5 RGR de 1990<sup>147</sup>. Dentro de este esquema, el retenedor es el depositario y —habría que admitir que, al menos, implícitamente— la Hacienda es el depositante, pues, desde que se efectúa la retención, la titularidad de tal importe le corresponde.

Sin embargo, la obligación de retener y la obligación de ingreso se configuran normativamente como independientes<sup>148</sup>. Por tanto, si el retenedor es un auténtico obligado tributario, un deudor principal de su propia obligación de pago a cuenta, no hace falta ni es correcto recurrir a la tesis del depósito para sustentar el ingreso debido a la Administración<sup>149</sup>.

### ***B. Relación entre el retenedor y el retenido***

El retenido tiene respecto al retenedor una serie de obligaciones. La más evidente es la obligación de soportar la retención<sup>150</sup>, que —como presupuesto de su debido cumplimiento— exige la obligación de comunicar al retenedor una serie de datos personales y familiares para poder hacer el cálculo del importe que corresponda retener. Soportar la retención le otorga un

---

<sup>146</sup> Si bien se recoge la insolvencia del retenedor como causa de extinción de la obligación, éste es un supuesto de prescripción. Véase al respecto los artículos 66 y ss. LGT de 2003 y 61 RGR de 2005.

<sup>147</sup> Su artículo 96.5 señalaba que “sin perjuicio de los derechos de prelación y demás garantías que afecten a los créditos de Hacienda Pública, no se computarán en la masa de acreedores las cantidades que el sujeto del procedimiento hubiere cobrado en concepto de retenciones o repercusiones de tributos que, a tal efecto, se considerarán depósitos a favor de la Hacienda Pública”. Si bien esta disposición se refiere a un supuesto concreto de recaudación en vía de apremio —en el que el retenedor está sometido a un proceso concursal—, se interpreta ampliamente; quizá, porque se tiene presente que el segundo contribuyente, antecedente del retenedor, tenía la calidad de depositario.

<sup>148</sup> Véase, en especial, el artículo 58.1 LGT de 2003 y el artículo 305 CP.

<sup>149</sup> Cfr. LUCHENA MOZO, G. M. *Retenciones...*, *op. cit.*, pp. 205 y ss.; ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento...*, *op. cit.*, pp. 282-284; GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, *op. cit.*, pp. 75-78.

<sup>150</sup> Cfr. MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, p. 213; VICENTE-ARCHE COLOMA, P. *Las prestaciones tributarias exigibles entre particulares*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 97.

interés legítimo y jurídicamente protegido que se concreta en el derecho a deducir en su autoliquidación las cantidades que ya se le han deducido.

No sólo eso. El retenido, también, tiene derecho a deducir en su declaración anual del impuesto la cantidad que le debió ser retenida cuando, por causa imputable al retenedor, éste le hubiese descontado un importe inferior al debido. Esta disposición responde a la personalización de las obligaciones tributarias y a la no comunicación de responsabilidad. El incumplimiento del retenedor no puede incidir sobre el contribuyente. Esta regla, únicamente, deja de aplicarse cuando no se pueda probar a la Administración tributaria la contraprestación íntegra devengada. En ese caso, según el artículo 101.5 de la Ley 35/2006, se aplica la regla de la elevación al íntegro y se deduce de la cuota, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro.

Por su parte, el retenedor tiene el “derecho-deber” de detraer la cantidad que corresponda del pago que debe abonar al perceptor de una renta sujeta a retención<sup>151</sup>. Esta facultad le viene reconocida por la Ley y su ejercicio supone asumir, en cierto modo, funciones públicas de gestión y de recaudación. Cuando el retenedor descuenta un importe de la renta que abona al retenido no lo hace porque exista con éste una relación de crédito, sino porque tiene un deber jurídico impuesto por Ley, que se enmarca dentro de una relación jurídica compleja.

¿Podría el retenedor repetir contra el obligado a soportar la retención por lo no retenido pero sí ingresado? Si el fundamento de esta relación entre particulares está, en último término, en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, no sería posible avalar un enriquecimiento injusto por parte del contribuyente, que es quien obtiene la renta y quien debe soportar la carga derivada de los pagos a cuenta.

Desde esta perspectiva el retenedor goza de un derecho subjetivo a exigir, a quien debe soportar la retención, el efectivo cumplimiento de una obligación pecuniaria. En esta línea, se ha dicho, incluso, que la retención es una forma que tiene el retenedor de ejercitar la acción de regreso frente al contribuyente; acción que podría satisfacerse por otros medios, siempre con el fin de evitar un enriquecimiento injusto<sup>152</sup>. La habilitación de la vía económico-administrativa para todos los obligados tributarios —dentro de los que se incluye a los sujetos

---

<sup>151</sup> Cfr. CORRAL GUERRERO, L., “Relación obligatoria...”, *op. cit.*, pp. 457 y ss.

<sup>152</sup> Cfr. FERREIRO LAPATZA J. J., PALAO TABOADA, C., LASARTE ÁLVAREZ, J. y MARTÍN QUERALT, J. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Civitas, Madrid, 1983, p. 549.

obligados a practicar y a soportar pagos a cuenta— constituye así un significativo avance en el intento de lograr que sea el realizador del hecho imponible —esto es, aquél que manifiesta realmente la capacidad económica— quien soporte efectivamente la carga tributaria<sup>153</sup>.

Teniendo en cuenta lo dicho, cabe distinguir dos situaciones para responder a la cuestión planteada, según se haya beneficiado o no el retenido de la deducción correspondiente. Si hubo un beneficio, parece claro que el retenedor tiene el derecho de repetición; no obstante, la normativa no se detiene a regular cómo haría efectivo este derecho. Cabría, quizá, hacer extensivo a este caso lo resuelto por la jurisprudencia en torno al descuento en nómina de los ingresos a cuenta efectuados por el empleador sobre el valor de las retribuciones en especie satisfechas. Así, lo dispuesto en el artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores de que “todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por él mismo, siendo nulo todo pacto en contrario”, sería un fundamento válido para sostener la acción de repetición; pues, este precepto responde, en definitiva, al afán de conseguir un reparto equitativo de las cargas impositivas, evitando que la retención en la fuente se utilice con fines distintos de los asignados<sup>154</sup>. Otra posibilidad, algo más difícil, sería seguir la vía de la acción civil por enriquecimiento injusto para lograr el reembolso de lo pagado<sup>155</sup>. Por el contrario, si el retenido no se benefició, en su momento, de la deducción de los importes correspondientes y prescribió este derecho cuando tales cantidades le son exigidas por la Administración, el retenedor no tendría posibilidad de repetir contra aquél.

La nueva configuración de la obligación de retener que presenta la LGT de 2003 ha supuesto en lo que respecta a la relación de los particulares que intervienen en la retención ciertos cambios de importancia. De una parte, se incluye en un texto legal tributario las obligaciones entre particulares resultantes del tributo<sup>156</sup>; y, de otra parte, se prevé expresamente que son reclamables en vía económico-administrativa las actuaciones u

---

<sup>153</sup> Cfr. VICENTE-ARCHE COLOMA, P. *Las prestaciones tributarias...*, *op. cit.*, p. 231. No obstante, bajo el amparo de la normativa anterior, se intenta este mismo resultado haciendo una interpretación extensiva del artículo 30.1.b) del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas (RPREA), que señala que cualquier persona cuyos intereses legítimos resultasen “afectados por el acto administrativo de gestión” estaba legitimado a interponer reclamación económico-administrativa. Cfr. ESEVERRI MARTÍNEZ, E. *Las actuaciones tributarias reclamables en vía económico-administrativa*, 1.ª edición, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, pp. 66-73 y 90; ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, p. 347.

<sup>154</sup> Un comentario sobre el tema se encuentra en MALVÁREZ PASCUAL, L. A. y SÁNCHEZ PINO, A. J., “Objetivos y consecuencias de la presunción de retención...”, *op. cit.*, p. 33.

<sup>155</sup> PÉREZ ROYO —advirtiendo este vacío normativo— propone estos dos medios para ejercitar el derecho de repetición; cfr. *Manual del Impuesto sobre la Renta...*, *op. cit.*, pp. 534 y 535.

<sup>156</sup> Cfr. HURTADO GONZÁLEZ, J. F., “La recepción del concepto «obligado tributario»...”, *op. cit.*, pp. 309-310.

omisiones de los particulares relativas a las obligaciones de practicar y soportar retenciones o ingresos a cuenta<sup>157</sup>.

El primer punto mencionado representa una verdadera novedad, pues antes de la Ley 58/2003 no existía ningún precepto específico referido a las relaciones tributarias entre particulares<sup>158</sup>. El principal cuestionamiento que se le ha hecho a esta Ley al respecto es que estas relaciones son privadas<sup>159</sup> y, por ello, deben situarse bajo el ámbito de otras ramas del Derecho; en esta línea, bastaba con reconocer, cuando fuera el caso, un derecho de regreso. No obstante, si la aplicación del artículo 24 LGT se restringe, única y exclusivamente, a las relaciones creadas por normas tributarias<sup>160</sup>, pensamos que la opción legislativa es perfectamente válida. Más aún si se tiene en cuenta que tales relaciones se insertan dentro de la compleja estructura del tributo, que tiene por objetivo final el ingreso de una cantidad de dinero a la Hacienda.

Sobre el segundo punto. Si bien el RPREA, aprobado mediante Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, contempla la posibilidad de impugnar la retención “efectuada por el sustituto o por la persona obligada a efectuar la retención”, lo hace considerándola como una actuación tributaria que guarda especial relevancia dentro de los actos de gestión<sup>161</sup>. La normativa vigente, sin embargo, la admite como acto susceptible de reclamación económico-administrativa otorgándole carta de naturaleza.

---

<sup>157</sup> Véase los artículos 24 y 227.4.b) de la Ley 58/2003.

<sup>158</sup> Al respecto resulta interesante VILLARÍN LAGOS, M., “Las obligaciones de la relación jurídico-tributaria...”, *op. cit.*, pp. 112-115; ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 387; MORIES JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, pp. 380 y 381.

<sup>159</sup> La argumentación era la siguiente: si las relaciones en cuestión son de naturaleza privada —pues ninguna de las partes es Administración pública o, si lo es, no actúa como tal—, cualquier controversia debe ser resuelta, en última instancia, por la jurisdicción ordinaria. En esta línea, véase ELIZALDE Y AYMERICH, P. DE, “Repercusión tributaria y función arbitral de la Administración”, *Hacienda Pública Española*, núm. 63, 1980, pp. 149-150; FERREIRO LAPATZA, J. J., “La privatización de la gestión tributaria y las nuevas competencias de los Tribunales Económico-Administrativos”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 37, enero-marzo 1983, p. 89. Aun cuando se derive del tributo, es una relación entre particulares y debe, por tanto, encauzarse por la vía civil o laboral; cfr. FALCÓN Y TELLA, R., “Comentario general de jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 73, enero-marzo 1992, pp. 135-136.

<sup>160</sup> Se excluirían, por ejemplo, las relaciones nacidas de pactos entre particulares a propósito de la aplicación de un tributo. Cfr. GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>161</sup> Sobre la normativa anterior puede verse LÓPEZ BERENGUER, J. *El nuevo IRPF...*, *op. cit.*, p. 484; PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta...*, *op. cit.*, pp. 533-534. Sobre la necesidad de interpretar lo dispuesto en el RPREA de acuerdo con el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, véase lo expuesto por la AN en las sentencias de 28 de enero de 1993, 11 de junio de 1993, 19 de abril de 1994, 19 de septiembre de 1994.

Este reconocimiento de la nueva posición que ocupan las relaciones entre particulares también ha tenido una repercusión sobre el procedimiento de devolución. Entre las novedades que trae consigo el Reglamento General de Desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de Revisión en Vía Administrativa (RRVA) destaca la ampliación de los supuestos de legitimación para solicitar la devolución de los ingresos indebidos a las personas o entidades que hayan soportado la retención, el ingreso a cuenta o la repercusión; quienes podrán, además, instar la rectificación de la autoliquidación a través de la cual se hubiese realizado el ingreso indebido. Se supera de este modo lo previsto en el artículo 9 del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, que sólo reconoce tal posibilidad al retenedor<sup>162</sup>.

Veamos más detenidamente el contenido del artículo 24 LGT, antes citado. Este artículo define las obligaciones entre particulares como aquéllas que tienen por objeto una prestación de naturaleza tributaria exigible entre obligados tributarios. “Entre obligados tributarios”, es decir, entre personas distintas al ente público acreedor de la obligación tributaria principal, aunque las obligaciones a las que hace referencia este artículo puedan ser consecuencia de aquélla o de otras distintas. Aquí se incluirían —como señala expresamente el apartado 2 de este artículo— las obligaciones que se derivan de la repercusión, retención o ingreso a cuenta.

Otro aspecto a precisar es lo que quiere decir el legislador cuando habla de “prestaciones de naturaleza tributaria”. Podría decirse que la nota que define este tipo de prestaciones es la indisponibilidad<sup>163</sup>. Sin embargo, la LGT parece seguir otros criterios. Basta observar que incluye como obligación de naturaleza tributaria la de resarcir al retenedor o al que ingresa a cuenta, sin considerar que sobre ambas obligaciones las partes pueden pactar perfectamente. La Ley parece entender, entonces, que son obligaciones tributarias entre particulares las que nacen de la ley tributaria, aunque sean disponibles *per se*, y las que se

---

<sup>162</sup> Artículo 9.1: “Los retenedores podrán solicitar la devolución de las cantidades indebidamente retenidas e ingresadas en el Tesoro. Esta solicitud podrá, en particular, efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.º anterior, sin perjuicio, en todo caso, de la legitimación del retenido para impugnar el acto de retención tributaria (...). Cuando la retención sea declarada excesiva se realizará la devolución en favor de la persona o entidad que la haya soportado, a menos que ésta, tratándose de una retención a cuenta, hubiese deducido su importe en una declaración-liquidación posterior, en cuyo caso no procederá ya restitución alguna”. Cabe señalar que este artículo se mantiene vigente en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria única del Real Decreto 520/2005.

<sup>163</sup> Sin embargo, ¿pueden existir entre particulares prestaciones no disponibles? Pensemos, por ejemplo, en el IVA; incluso, la “obligación” de repercutirlo, que es la que más se acerca a la indisponibilidad, es disponible. Lo que es obligatorio en el IVA es expedir factura, pero esto no equivale a decir que es obligatorio “cobrar” el IVA al cliente.

establecen sobre un tercero como consecuencia de haber impuesto sobre el acreedor una obligación tributaria principal<sup>164</sup>.

Lo expuesto daría indicios suficientes para afirmar que las situaciones derivadas de relaciones tributarias entre particulares pueden impugnarse en la vía económico-administrativa. Sólo nos resta advertir —siguiendo a SIMÓN ACOSTA— que aun cuando el fin sea conveniente (habilitar acciones sumarias para facilitar el reintegro a quienes han pagado a Hacienda deudas ajenas) esto no puede justificar, en ningún caso, que se inviertan los términos y se diga que una obligación de contenido económico entre particulares deja de ser civil para convertirse en tributaria. Tan es así que tras ventilarse la acción sumaria, que provoca un acto administrativo, cabría discutir la relación jurídica entre los particulares en un proceso civil, en el cual pueden interponerse todas las excepciones, incluso la de pacto en contra de reembolso del tributo<sup>165</sup>.

Abundando en esta idea, se puede añadir que las obligaciones impuestas a los particulares derivadas de la propia mecánica del tributo —como aquéllas que surgen a consecuencia de la retención— no constituyen un tributo en tanto que no son debidas a un ente público. Se trataría, más bien, de prestaciones patrimoniales de carácter público, puesto que nacen de una situación prevista por la Ley para generar una obligación, con independencia de la voluntad de las particulares. Buscan, en primer lugar, la correcta aplicación del tributo, esto es, que el peso económico del gravamen repose sobre quien debe contribuir. No obstante, reconocemos que se trata de una cuestión bastante discutida en la doctrina<sup>166</sup>.

La complejidad descrita se debe, en gran medida, a que dentro de la única relación existente entre el sujeto obligado a retener y el sujeto obligado a soportar la retención hay, en

---

<sup>164</sup> SIMÓN ACOSTA critica que, aun cuando la LGT parezca dar respuesta a la cuestión planteada, no es coherente consigo misma; pues, más adelante, en su artículo 41.6 califica como una relación civil aquélla que tiene el deudor principal respecto al responsable cuando le debe resarcir; cfr. “Líneas generales de la relación tributaria...”, *op. cit.*

<sup>165</sup> Cfr. SIMÓN ACOSTA, E., “Líneas generales de la relación tributaria...”, *op. cit.*

<sup>166</sup> Afirman la naturaleza tributaria de estas obligaciones, entre otros, VICENTE-ARCHE COLOMA, P. *Las prestaciones tributarias...*, *op. cit.*, pp. 83, 261 y ss.; ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 375. En una posición contraria se encuentran CALVO ORTEGA, R., “Los obligados tributarios”, en CALVO ORTEGA, R. (dir.), *et al. La nueva Ley General Tributaria*, 1.ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 148-149; VARONA ALABERN, J. E., “Concepto de tributo y principio de capacidad económica”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 135, julio-septiembre 2007, pp. 367 y 555. Este último apunta como argumento secundario favorable a su postura, la expresión “poco feliz por confusa” con que vienen denominadas en el artículo 24 LGT, que no las califica de obligaciones tributarias sino de “obligaciones entre particulares resultantes del tributo”, a diferencia de lo que sucede con el resto de obligaciones materiales enumeradas en el artículo 17.3, calificadas expresamente de tributarias.

sentido estricto, dos planos o facetas. Uno de carácter estrictamente privado, que hace referencia al hecho preexistente y que es, al mismo tiempo, causa de la retención. Aquí es donde se explica que un sujeto concreto, acreedor de un rendimiento gravado por el impuesto, deba soportar la retención y que el pagador de tal rendimiento sea el obligado a practicarla. Otro plano, que no desvirtúa el carácter privado de la relación, sería aquél en el que inciden normas de Derecho público, lo que explica que, de ser el caso, quede abierto el acceso a la vía económico-administrativa<sup>167</sup>.

En la práctica, ambos planos se superponen e inciden uno sobre el otro. Ello ha planteado, en alguna ocasión, la duda de si tal relación se ubica dentro del ámbito público o, incluso, si la retención supone dos relaciones, una privada y otra pública, entre retenedor y retenido<sup>168</sup>. Con la Ley 35/2003, estas interrogantes tienen respuesta<sup>169</sup>. Si bien se trata de una relación jurídica entre dos particulares, al nacer y desarrollarse dentro de una relación tributaria compleja, vinculada con la aplicación de un tributo, hace suyos determinados efectos de las obligaciones tributarias<sup>170</sup>. Un claro ejemplo de esto es que, en caso de cumplimiento defectuoso, la responsabilidad es administrativa y no civil, como hemos señalado anteriormente.

Para finalizar este apartado cabe anotar que la relación entre retenido y retenedor se extingue, con carácter general, mediante compensación, pues ambos son deudores y

---

<sup>167</sup> Esto es así porque el sistema de reacción jurídica contra la actividad tributaria que prevé todo ordenamiento, comprende no sólo actos administrativos, sino también actos de otros sujetos de derecho que inciden, con efectos fiscales, sobre terceros, como es el caso de los actos de retención o repercusión. Sobre la génesis de la reclamación económico-administrativa resulta interesante CHECA GONZÁLEZ, C. *Revisión en vía administrativa: recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 41-43. Véase, también, ESEVERRI MARTÍNEZ, E. *Las actuaciones tributarias...*, *op. cit.*, pp. 21-22; MOCHÓN LÓPEZ, L. *Actos reclamables en el procedimiento económico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 73; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 13.ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 548 y ss. En concreto, el artículo 227 LGT considera actos reclamables las actuaciones y omisiones en las siguientes materias: 1) Obligaciones de repercutir y soportar la repercusión. 2) Obligaciones de practicar y soportar retenciones e ingresos a cuenta. 3) Obligaciones de expedir, entregar y rectificar facturas. 4) Relaciones entre el sustituto y el contribuyente. Esta normativa es desarrollada en el Título IV del RRVA; un comentario al respecto se encuentra en SÁNCHEZ PEDROCHE, A. *Revisión administrativa en vía tributaria: recursos y reclamaciones con jurisprudencia y ejemplos*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006.

<sup>168</sup> Cfr. GARCÍA CARACUEL, M. *La retención...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>169</sup> Sobre su consideración como relación tributaria durante la vigencia de la Ley 230/1963 véase LUCHENA MOZO, G. M., *Retenciones...*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>170</sup> MORIES JIMÉNEZ dice que se desborda la órbita jurídico-privada que es propia de esta relación; cfr. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, p. 136.

acreedores recíprocos<sup>171</sup>. Cuando el obligado a soportar la retención no ha sufrido efectivamente ninguna detracción —o ha sido por un monto inferior al debido— podría extinguirse mediante pago. En este caso, se dejaría a salvo el derecho a reembolso, pues quien debe soportar la retención es quien debe asumir la carga tributaria. También cabría aplicar la prescripción, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 66 y ss. de la Ley 58/2003. De una parte, la obligación de retener va unida a la de ingresar y desaparece cuando prescribe esta última; de otra parte, en la obligación de soportar la retención, el acreedor podrá exigir el reembolso antes de que transcurra el plazo previsto en la LGT.

Seguidamente veremos la llamada relación obligatoria de retención —en la que no interviene el retenedor— cuyos protagonistas son el retenido y la Administración. Si bien se trata de una relación concéntrica —porque gira en torno a la relación principal, asegurando su cumplimiento<sup>172</sup>— la abordamos a fin de completar el marco de actuaciones subjetivas que se desarrollan dentro de la obligación de retención.

### ***C. Relación entre el retenido y la Hacienda***

Al igual que las relaciones antes comentadas, se trata de una relación obligatoria que tiene un hecho generador distinto al hecho imponible y cuyos efectos jurídicos son propios y autónomos. Podría decirse que el sujeto pasivo se relaciona con la Administración mediante dos vínculos. Uno nacería con el presupuesto de hecho que origina la obligación tributaria principal; y, otro, con la percepción de ciertos rendimientos que manifiestan una potencial capacidad económica.

Esta relación surgida entre la Hacienda y quien soporta la retención ha sido objeto de estudio, de modo reiterado, por parte de la doctrina. Entre las teorías que intentan explicarla tenemos la de BOSELLO, quien califica esta relación con la expresión *credito d'imposta*<sup>173</sup>. Este crédito surge en todas las hipótesis de retención a cuenta tras la práctica de la retención, a favor de quien la ha soportado, y está destinado a ser compensado con la deuda impositiva de quien, en el futuro, resulte ser sujeto pasivo. Sólo si la deuda no surge, o surge por un monto

---

<sup>171</sup> Concurrirían en este supuesto los requisitos de la compensación prevista en el artículo 1196 CC. Respecto a los requisitos de las deudas y créditos a compensar véase CORDERO GONZÁLEZ, E. M<sup>a</sup>. *La compensación como forma de extinción de la deuda tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 159 y ss.

<sup>172</sup> Sobre esto véase NAWIASKY, H. *Cuestiones fundamentales de derecho tributario*, traducción al español de J. Ramallo Massanet, IEF, Madrid, 1982, pp. 54-56.

<sup>173</sup> Cfr. BOSELLO, F. *Il prelievo alla fonte nel sistema della imposizione diretta*, Cedam, Padova, 1972, pp. 137-138. Esta tesis del *credito d'imposta* también ha sido defendida por BERLIRI, véase al respecto *Corso istituzionale...*, volume I, 2.<sup>a</sup> edizione, *op. cit.*, pp. 246-248.

inferior al indicado crédito, tal compensación dará paso al derecho al pago a favor del sujeto que ha sufrido la retención<sup>174</sup>.

Como contrapartida de esta tesis se encuentra la de TESAURO, que niega la necesidad de acudir a la figura del *credito d'imposta* para explicar esta relación. La cuestión es, a su entender, más sencilla. La cantidad que se ingresa es una suma que el Fisco tiene derecho a poseer hasta que se pueda establecer si la obligación tributaria final ha surgido o no. Sólo en ese momento se verá si quien ha soportado la retención tiene la obligación de ingresar la diferencia entre el importe de la retención y la suma objeto de la obligación tributaria; o, si tiene el derecho de restitución. Se configura, así, una situación de pendencia durante la cual el Fisco puede retener la suma abonada, aun cuando no fuera objeto de una obligación tributaria actual<sup>175</sup>.

Si nos fijamos en el ordenamiento español tras la reforma de 1978, no resulta preciso acudir ni al concepto de *credito d'imposta* ni a la idea de la compensación, para explicar de modo satisfactorio el mecanismo de la retención a cuenta<sup>176</sup>. El porqué de esta afirmación se deduce de la *ratio* de las normas que regulan esta prestación anticipada: dar al sujeto que soporta la retención un derecho a deducir el monto retenido de la cuota resultante de la liquidación provisional o, en su caso, de la declaración<sup>177</sup>.

A nuestro entender, el derecho a deducir ni comporta necesariamente un derecho de crédito ni puede individualizarse en una categoría especial de derecho subjetivo<sup>178</sup>, sino que constituye un interés legítimo que el sujeto tiene de un fiel cumplimiento de la ley<sup>179</sup>. El

---

<sup>174</sup> Cfr. BOSELLO, F. *Il prelievo alla fonte...*, *op. cit.*, pp. 192, 223 y ss.

<sup>175</sup> Cfr. TESAURO, F. *Il rimborso dell'imposta*, Unione tipografico - Editrice Torinese, Torino, 1975, pp. 195, 199.

<sup>176</sup> En esta línea véase CASADO OLLERO, G., "De la imposición de producto...", *op. cit.*, p. 76. El artículo 36.3 de la Ley 44/1978 no autoriza a pensar que de la práctica de la retención nazca un derecho de crédito contra el Estado, a favor de quien la soporta, por los siguientes tres motivos: 1) En los pagos fraccionados, las cantidades ingresadas a cuenta si bien no proceden de una retención son igualmente deducibles de la cuota resultante; ¿habría que admitir en estos casos el nacimiento de un derecho de crédito a favor de quien, sin retener, ingresa a cuenta? Esto no parece desprenderse de la *ratio legis*. 2) Si fuese un derecho de crédito habría que sostener que lo dispuesto en el artículo 36.3 es una compensación de tal derecho con el crédito tributario a favor del Estado. Sin embargo, en estos casos, es discutible que concurren todos los requisitos exigidos para hablar de compensación. 3) Por último, si aún con todo lo dicho se tratase de un derecho de crédito, tendríamos que aceptar que reviste una fisonomía peculiar al nacer cercenado en cuanto a sus posibilidades de realización, pues debe hacerse efectivo *ex lege* en virtud de un derecho de crédito que, eventualmente, pudiera nacer a favor del Estado.

<sup>177</sup> Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L. M. *Sustitutos...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>178</sup> Sobre la tesis del derecho subjetivo véase HINOJOSA TORRALVO, J. J. *Los Créditos de Impuesto en el Sistema Tributario Español*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 269.

<sup>179</sup> Cfr. MORIÉS JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. T. *La retención a cuenta...*, *op. cit.*, p. 286.

derecho a deducir no constituye, pues, un derecho de crédito accionable contra o exigible frente a la Administración; lo contrario supondría forzar los límites de esta categoría jurídica para reconstruir otra que, en el plano efectivo, sería distinta. Cuestión aparte es si la devolución de oficio de la diferencia entre lo ingresado y la cuota resultante, a la que se refiere el artículo 103.3 de la Ley 35/2006, es un derecho de crédito nacido en ese momento por reconocimiento legal a favor del contribuyente o si es un mero mandato legal impuesto a la Administración, que da la posibilidad al contribuyente de exigir su cumplimiento.

Antes de continuar, nos permitimos introducir una apostilla en relación con la comunicación de datos por el contribuyente y la solicitud de devolución. Como sabemos, uno de los objetivos de la reforma de 1998 fue reducir el número de declaraciones. La consecución de este resultado no podía desconocer, sin embargo, la naturaleza jurídica de los ingresos anticipados. Se reconoce, entonces, que el contribuyente liberado de la obligación de declarar tiene derecho a la devolución por una retención en exceso mediante la simple comunicación de datos y la solicitud de devolución<sup>180</sup>.

Aparentemente, la nueva figura de la comunicación contribuía a la reducción —en número y cuantía— de las devoluciones, al simplificarse las obligaciones de declaración-liquidación de los contribuyentes. No obstante, se plantearon varias cuestiones en torno a su naturaleza y a su régimen jurídico. Incluso, se cuestionó en qué medida suponía una simplificación del impuesto para el contribuyente; pues parecía que, en último término, debía cuantificarse su prestación tributaria para poder solicitar la devolución del exceso ingresado anticipadamente respecto de la cuota tributaria. Todo esto exigía regular cuidadosamente la comunicación.

No obstante, tal y como quedó finalmente delineada la naturaleza de las comunicaciones —y de los demás modelos aprobados por la Administración para este fin—, ésta fue muy discutida por la doctrina. Además, frente a lo manifestado por la Agencia Tributaria, no había más remedio que admitir que se trataba de auténticas declaraciones tributarias<sup>181</sup>. Se intentó dar solución a los problemas planteados con la Ley 46/2002, pero sin éxito alguno, pues ésta no contenía modificaciones sustanciales, sino tan sólo pequeños ajustes que no resolvían casi

---

<sup>180</sup> Así, lo recoge el artículo 81 de la Ley 40/1998 y, más adelante, el Texto Refundido de la Ley del IRPF de 2004, en su artículo 100. Ambas disposiciones prescriben que quien no estuviese obligado a presentar declaración podía dirigir una comunicación a la Administración solicitando la devolución de la cantidad procedente.

<sup>181</sup> Cfr. CARBAJO VASCO, D. y OCHOA TREPAT, M<sup>a</sup>. L. *La Reforma del I.R.P.F. y de otros impuestos sobre la Renta*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2003, pp. 53 y ss.

nada<sup>182</sup>. Ahora, el Título XI de la Ley 35/2006, que regula la gestión del impuesto, deja notar la supresión del modelo de comunicación para la devolución rápida. La razón que da la Exposición de Motivos de la Ley es que dada la generalización del borrador era innecesario que aquélla se mantuviera.

Respecto a las obligaciones y derechos que surgen de esta relación, tenemos que la Administración, por una parte, goza del derecho a que el sujeto llamado a soportar la retención facilite a su pagador los datos necesarios para que se haga correctamente el cálculo del tipo aplicable; se prevé, incluso, la imposición de sanciones por ocultación o falseamiento de datos. Y, por otra parte, tiene el deber de devolver a quien soporta la retención la diferencia positiva que podría resultar en la liquidación del impuesto, al final del ejercicio, una vez deducido el importe de los pagos a cuenta realizados durante dicho período.

¿Se trata de una devolución de ingresos indebidos? Desde una perspectiva práctica, no cabría distinguir entre devolución de ingresos indebidos o debidos; si procede la devolución es porque se trata de un ingreso indebido. La única diferencia que podría hallarse es temporal, sea porque es indebido desde el momento de su pago, sea porque deviene en indebido después del pago. Pero esto no es relevante a efectos del régimen jurídico aplicable<sup>183</sup>. Sin embargo, hay quienes se resisten a calificar como ingreso indebido una entrega al Fisco que es obligatoria y legal, pues un exceso posterior no puede deslegitimarla. La devolución sería un mecanismo, dentro de todo un engranaje, que opera para dotar de seguridad jurídica a las prestaciones a cuenta. De este modo, se garantiza que cada quien contribuya a los gastos públicos según su propia y real capacidad<sup>184</sup>. Por último, otros —también desde una perspectiva finalista— han admitido que un exceso en el ingreso podría considerarse indebido sólo cuando el mismo fuera desproporcionado, al haberse practicado mal el pago a cuenta<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Un comentario acerca de las modificaciones que presenta la Ley 46/2002 se encuentra en CAZORLA PRIETO, L. M<sup>a</sup>. y PEÑA ALONSO, J. L. *La Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ley 46/2002 y Real Decreto 27/2003*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 186-187.

<sup>183</sup> Cfr. GARCÍA NOVOA, C. *La devolución de ingresos indebidos*, IEF, Marcial Pons, 1993.

<sup>184</sup> Cfr. LEJEUNE VALCÁRCEL, E. *La anticipación de ingresos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, EDERSA, Madrid, 1983, pp. 92-94; ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "El pago de intereses por el Fisco con ocasión de la devolución de ingresos", *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 47-48, julio-diciembre 1985, pp. 395-397; FALCÓN Y TELLA, R. *La prescripción en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992, p. 38.

<sup>185</sup> Al respecto resulta interesante NAVAS VÁZQUEZ, R. *La devolución de ingresos tributarios*, IEF, Madrid, 1982; CASANA MERINO, F. *La devolución de los ingresos indebidos en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992; MATEU ROS CEREZO, R. *Devolución de ingresos tributarios indebidos y revisión por manifiesta infracción de ley*, Civitas, Madrid, 1995.

Hoy por hoy, la primera postura no parece sostenible puesto que la LGT de 2003, al distinguir entre devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo y devolución de ingresos indebidos, ofrece dos regímenes aplicables según sea el caso<sup>186</sup>. Las primeras deben efectuarse de acuerdo a la regulación de cada tributo y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de seis meses; si se excede tal plazo procede aplicar, automáticamente, interés de demora<sup>187</sup>. De acuerdo al artículo 31 LGT, este procedimiento de gestión se aplicaría a cantidades debidamente ingresadas o soportadas, a consecuencia de la normal aplicación propia del tributo<sup>188</sup>. La otra, en cambio, se sujetaría al procedimiento especial de revisión establecido en el artículo 221 LGT<sup>189</sup>.

Entendemos, por tanto, que en el caso en cuestión se trataría de una devolución comprendida dentro del artículo 31. Se seguiría, entonces, el procedimiento establecido en la normativa del IRPF. El artículo 103.2 de la Ley 35/2006 señala que éste se inicia con la propia autoliquidación —o con la liquidación provisional— en la que se hace constar la cuota tributaria y el importe de los montos anticipados a lo largo del período impositivo vía pagos a cuenta. Demostrado el exceso de éstos sobre la cuota, la Administración devolverá de oficio el importe pagado de más, sin perjuicio de la práctica de liquidaciones, provisionales o definitivas, que procedan posteriormente. El reembolso, únicamente, se corresponderá con las cantidades que se hayan retenido de forma efectiva.

Como correlato de esos deberes y derechos de la Administración, el retenido tiene, en primer término, el derecho a deducir de su declaración del impuesto la cantidad que haya sido objeto de la prestación a cuenta. Y, en caso de resultar un exceso a su favor, tiene el derecho de devolución. Teóricamente, el derecho a deducir se adquiere como consecuencia del ingreso efectivo del monto retenido; sin embargo, la regulación de este mecanismo prevé, desde sus inicios, que puede deducir lo que “debió” retenerse, aunque el importe retenido haya sido

---

<sup>186</sup> Sobre el régimen sancionador aplicable a la obtención indebida de devoluciones véase SIMÓN ACOSTA, E., "La potestad sancionadora tributaria en la nueva LGT", en CALVO ORTEGA, R. (dir.), *et al. La nueva Ley General Tributaria*, 1.ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 732.

<sup>187</sup> Véase artículos 26, 31, 124-127 de la Ley 58/2003.

<sup>188</sup> Cfr. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. *Curso de Derecho Financiero...*, 17.ª edición, *op. cit.*, p. 386.

<sup>189</sup> De acuerdo a este artículo, el procedimiento se iniciaría de oficio o a instancia del interesado cuando: 1) haya duplicidad en el pago de deudas tributarias o sanciones; 2) la cantidad pagada haya sido superior al importe a ingresar resultante de un acto administrativo o de una autoliquidación; 3) el ingreso correspondiente a deudas tributarias o sanciones tributarias se haya efectuado después de transcurrido el plazo de prescripción; y 4) lo establezca la normativa tributaria. Véase, también, los artículos 216.e) LGT y 20 RRVA.

inferior o, incluso, aunque no se hubiera practicado la retención<sup>190</sup>. De este modo, el incumplimiento del retenedor no condiciona el ejercicio de este derecho por parte del retenido, que también puede ejercerlo mediante declaración complementaria.

El artículo 98.2 de la Ley 18/1991<sup>191</sup> —tras ser modificado por el artículo 5.1 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre— disponía que “el perceptor de cantidades sobre las que deba retenerse a cuenta de este impuesto computará aquéllas por la contraprestación íntegra devengada”; y, cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por importe inferior al debido, “deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida”<sup>192</sup>. El artículo 82.5 de la Ley 40/1998 mantiene esta regulación, precisando que para proceder a tal deducción, la falta de retención o la retención en un monto menor debe atribuirse a una causa imputable al retenedor u obligado a ingresar a cuenta.

El régimen en torno a este tema, antes de la Ley 13/1996, era confuso y la jurisprudencia bastante dispar; sobre todo, porque la regla de la elevación al íntegro planteaba, no pocas veces, problemas insolubles<sup>193</sup>. La deducción de la retención tal y como estaba prevista —cuando no se había practicado la retención o ésta había sido inferior a la debida— debía completarse con la consignación en la base de una cantidad resultante de añadir a la percibida, la retención que se debió aplicar; en esto consistía la elevación al íntegro. Este sistema, no obstante, resultaba lesivo para el contribuyente, pues la elevación de la base no se compensaba con las deducciones permitidas.

---

<sup>190</sup> Se equipara, así, la retención al ingreso del que es responsable el obligado a retener. En este sentido, véase FERREIRO LAPATZA J. J., PALAO TABOADA, C., LASARTE ÁLVAREZ, J. y MARTÍN QUERALT, J. *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 552.

<sup>191</sup> El texto original del artículo 98.2 de la Ley 18/1991 decía: “Las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas, en todo caso, con deducción del importe de la retención correspondiente, salvo que se trate de retribuciones legalmente establecidas”. Una crítica sobre la presunción de rendimientos netos que contiene esta disposición se encuentra en MARTÍN QUERALT en “Notas en torno...”, *op. cit.*, p. 144; FERREIRO LAPATZA J. J., PALAO TABOADA, C., LASARTE ÁLVAREZ, J. y MARTÍN QUERALT, J. *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 536; ALGUACIL MARÍ, P., “La significación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

<sup>192</sup> Después de la Ley 13/1996, el artículo 98.2 dice: “El perceptor de cantidades sobre las que deba retenerse a cuenta de este impuesto computará aquéllas por la contraprestación íntegra devengada. Cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por importe inferior al debido, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida. En el caso de retribuciones legalmente establecidas que hubieran sido satisfechas por el sector público, el perceptor sólo podrá deducir las cantidades efectivamente retenidas...”.

<sup>193</sup> La elevación al íntegro consistía en que, cuando no se había practicado la retención o ésta había sido inferior a la debida, el retenido debía integrar en su base imponible, no lo efectivamente percibido, sino aquella cantidad que, después de descontar la retención procedente, diera como resultado la cantidad efectivamente percibida.

La nueva redacción del artículo 98.2 no sólo alivia la carga de la prueba sobre la efectividad de la retención, en beneficio de aquél a quien no se le practicó la retención, sino que supera, al menos en parte, la controvertida aplicación de esta regla, al restringirla a los casos en que no pudiera probarse la contraprestación íntegra devengada<sup>194</sup>. A partir de entonces, el retenido integra en su base imponible la cuantía íntegra “devengada”; es decir, la cantidad exigible al deudor aun cuando no fuera la que se hubiera percibido. Y, sólo, cuando no se pudiese probar, se aplicaría la regla de elevación al íntegro; imponiéndose, así, una suerte de penalización al contribuyente que no facilita a la Administración los datos necesarios para conocer la cantidad devengada.

Además, el apartado 2 del artículo 98 contempla que cuando se trate de retribuciones legalmente establecidas por el sector público sólo podrá deducirse lo efectivamente retenido. Resulta llamativo, sin embargo, que sólo se previera esto para el caso de retribuciones satisfechas por el sector público, puesto que hay otras retribuciones que también se establecen mediante ley —como los honorarios de funcionarios públicos, notarios, registradores, etc.— o mediante convenio colectivo, que deberían tener el mismo tratamiento. Esta crítica no sería válida si las retribuciones correspondientes a dichas profesiones oficiales estuvieran integradas —siguiendo una interpretación amplia— dentro del concepto de sector público<sup>195</sup>.

Ésta es la regulación que se mantiene actualmente con la Ley 35/2006 en relación con el tratamiento de las obligaciones y derechos del retenido respecto a la Administración. Y aun cuando desde la Ley 13/1996 se disponga que —como contrapartida a la aplicación de la regla de la elevación al íntegro— el derecho de deducción que se tiene sobre la cuota viene determinado por la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro computado, la crítica antes señalada respecto a que la elevación de la base no se compensa con las deducciones permitidas sigue en pie.

## **V. A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>194</sup> El apartado 2, *in fine*, del artículo 98 dice: “Cuando no pudiera probarse la contraprestación íntegra devengada, la Administración tributaria podrá computar como importe íntegro una cantidad que, una vez restada de ella la retención procedente, arroje la efectivamente percibida. En este caso se deducirá de la cuota, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro”.

<sup>195</sup> En relación a la normativa de la Ley 13/1996, el TS —en su sentencia de 22 de octubre de 1997— entendió que aunque no se hubiera practicado la retención reglamentaria, los honorarios de un registrador mercantil siempre son netos y no debían elevarse al íntegro, porque ello supondría incrementar unos honorarios fijados administrativamente.

No cabe duda que la postura que se adopte acerca de la naturaleza de la retención determina la configuración de los sujetos que intervienen en ella. En este sentido, especial relevancia adquiere la figura del retenedor, que es quien asume la obligación de retener. La nueva configuración legal de los pagos a cuenta como obligación tributaria material, que tiene carácter autónomo respecto de la obligación tributaria principal, tiene necesariamente reflejo en dicha figura.

El sujeto llamado a cumplir con la retención, según la LGT de 2003, es un obligado tributario, distinto del contribuyente y del sustituto. El retenedor es el deudor principal del importe de las retenciones correspondientes a las rentas que haya abonado y que estén sujetas a tal detracción. No cumple una obligación ajena sino una obligación propia y exclusiva.

El retenedor es, entonces, el único responsable de la obligación que corre a su cargo; por tanto, es destinatario de las sanciones correspondientes ante un eventual incumplimiento de los deberes que aquélla comporta. El reconocimiento de los pagos a cuenta como obligaciones tributarias y del retenedor como obligado tributario, lo configuran como sujeto infractor. En este sentido, el régimen sancionador de la LGT prevé como infracciones tributarias, relacionadas con la retención, la falta de ingreso, total o parcial, de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener y el incumplimiento de los deberes formales —no sólo ante la Administración sino también aquéllos que se imponen entre los particulares— que conlleva el cabal cumplimiento de la obligación de retener.