

TRIBUTACION	RETENCIONES EN EL IRPF	N.º 223
--------------------	-------------------------------	----------------



Trabajo efectuado por:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

La obligación de retener en los rendimientos del capital y del trabajo.

- I. Introducción.
- II. Autonomía o accesoriadad de la obligación de retener.
- III. Obligados a retener o ingresar a cuenta.
 - A. Naturaleza jurídica del retenedor.
 - B. Obligados a retener o ingresar a cuenta.
- IV. Mediación en el pago.
 - A. El pagador y el deudor del rendimiento: Pago por cuenta de terceros.
 - B. Excepciones.

...

...

- V. Rentas sujetas a retención o a ingreso a cuenta.
- VI. Excepciones a la obligación de retener.
- VII. Base de la retención o del ingreso a cuenta.
 - A. Normas generales.
 - B. Normas particulares: Rendimientos presuntos y vinculados.
- VIII. Retención sobre los rendimientos del trabajo.
 - A. Importe de la remuneración.
 - B. Número de descendientes.
 - C. Reglas especiales.
- IX. Retención sobre los rendimientos del capital mobiliario.
 - A. Rendimientos explícitos.
 - B. Rendimientos implícitos.
- X. Ingresos a cuenta sobre retribuciones en especie.
 - A. Rendimiento del trabajo personal.
 - B. Rendimiento del capital.
 - C. Premios.
- XI. Colocación de capitales en el exterior y obligación de retener.
- XII. Vigencia del Real Decreto 2027/1985, en relación con el Real Decreto 1841/1991.

TRIBUTACION

RETENCIONES EN EL IRPF

N.º 223

I. INTRODUCCION

Una vez examinados en los dos capítulos precedentes los rendimientos del capital mobiliario, excepción hecha de los contratos de seguro, puesto que al deparar también incrementos de patrimonio merecen un tratamiento diferenciado, y los rendimientos en especie del trabajo personal, verdadera y fundamental innovación de la Ley 18/1991, cumple ahora examinar la obligación de retener y de ingresar a cuenta, en cuanto que la mencionada obligación recae específicamente sobre ambos tipos de rendimientos, además de sobre los premios.

El artículo 98 de la Ley 18/1991, establece la obligación de retener, pero realmente no la regula, limitándose a formular una amplísima remisión reglamentaria. No obstante, pueden señalarse los límites en los cuales ha de enmarcarse el desarrollo reglamentario:

- Objeto de la retención es la totalidad de la renta, incluidos, por tanto, los incrementos de patrimonio, aunque, como después veremos, las normas reglamentarias no han apurado esta posibilidad.
- La retención se configura como un pago a cuenta.
- Las cantidades satisfechas por los sujetos obligados a retener se entienden percibidas previa detracción del importe de la retención correspondiente.

El primer elemento enmarcador, como hemos apuntado, no ha supuesto novedad alguna, excepto por lo que se refiere a los premios.

El segundo elemento, sin embargo, permite apuntar una línea argumental contraria a la autonomía de la obligación de retener, pues si reviste el carácter de pago a cuenta, parecería lógico entender que se extingue con el pago de la obligación impositiva.

El tercer elemento no encierra novedad alguna, y, por contra con el anterior, permite sostener la autonomía de la obligación de retener.

II. AUTONOMIA O ACCESORIEDAD DE LA OBLIGACION DE RETENER

Configurada la obligación de retener como un pago a cuenta, se dibuja la idea de la obligación accesoria, siendo la obligación principal la propia obligación tributaria. La consecuencia principal de este esquema de calificación es que, cumplida la obligación principal (obligación tributaria), la obligación accesoria (obligación de retener) ya no es exigible.

La extinción de la obligación de retener por causa del cumplimiento de la obligación tributaria es coherente con su naturaleza de pago a cuenta, pero ha de reconocerse que ni los precedentes normativos ni el vigente Reglamento del IRPF prestan apoyo a esta tesis.

En efecto, el artículo 12.2 de la Ley 5/1983 estableció que «cuando una persona física o jurídica satisfaga rendimientos ... sobre los cuales deba practicar retenciones a cuenta de los mismos, efectuará el ingreso del importe de la retención que hubiera debido practicar en los plazos previstos en la normativa vigente». Se observa que aunque no se hubiere practicado retención hay que efectuar el ingreso de la cantidad que se hubiere debido retener, y ello sin excepción por causa del cumplimiento de la obligación tributaria. Ciertamente que, en nuestra opinión, el citado artículo no está en vigor para el IRPF, pues el artículo 98 de la Ley 18/1991, una vez cumplido el desarrollo reglamentario en él previsto, regula la obligación de retener, respecto de las personas físicas, de manera íntegra. Sin embargo, el artículo 60 del Real Decreto 1841/1991 establece los criterios básicos de relación entre la obligación de retener y la obligación tributaria, de forma tal que no cabe duda acerca de la continuidad en los mismos, lo cual es loable, siempre que estos últimos sean los adecuados.

A nuestro entender estos criterios pueden resumirse en dos elementos:

- El contribuyente puede deducirse una retención que no ha sido practicada (art. 60, uno).
- El obligado a retener debe efectuar el ingreso, aunque no haya practicado la retención (art. 60, tres).

Es claro que si el contribuyente puede deducirse una retención que no ha sido practicada, es porque con el cumplimiento de la obligación principal no se extingue la obligación de retener.

Ahora debemos preguntarnos si estos criterios, que arrancan de la Orden de 30 de octubre de 1980, se afianzan con la Ley 5/1983 y pasan al Real Decreto 1841/1991, son adecuados. A nuestro entender no, porque perjudican gravemente los intereses de la Hacienda Pública. En efecto, la Hacienda Pública soportará, a causa de esta construcción jurídica:

- La carga de la insolvencia del retenedor o de una simple desaparición material.
- El riesgo de un fraude, tal vez importante, consistente en la deducción de retenciones teóricas, no practicadas, que jamás recuperará.

En sentido contrario, se afirma que la única manera eficaz de proteger el cumplimiento exacto de la obligación de retener consiste en dotarla de autonomía, lo que comporta su exigencia y gestión en paridad con los impuestos. No podemos compartir este criterio, porque al margen de las controversias doctrinales, no es difícil imaginar los resultados de un cumplimiento patológico de la obligación de retener, habida cuenta que la deducción de la retención no practicada se produce en vía de autoliquidación, en tanto que la exigencia de esa retención se produce en vía de actuación inspectora. ¿Cien a uno? Aquí está la clave.

Veamos unas *hipótesis*.

Una institución financiera no retiene a sus 10.000 cuentacorrentistas debido a un error. Los cuentacorrentistas efectúan la deducción de la retención teórica. La obligación de retener prescribe. He aquí un perjuicio para la Hacienda Pública. Alguien responderá que si la Hacienda Pública hubiera estado diligente la obligación de retener no hubiera prescrito. Respuesta ingenua, porque la Administración Tributaria no puede comprobar la totalidad de las obligaciones tributarias.

Decididamente, el legislador tributario ha colocado a la Hacienda Pública ante un reto inasumible: La comprobación exhaustiva de la obligación de retener.

Hay, no obstante, dos quiebras al principio de autonomía de la obligación de retener, a saber, de una parte, en caso de devolución, el importe de la misma se limita a las retenciones efectivamente practicadas, y de otra, en caso de controversia acerca de la cuantía retenida, la extinción de la restitución en caso de deducción de su importe en la obligación tributaria.

El artículo 100, dos, de la Ley 18/1991 establece que «cuando la cuota resultante de la liquidación provisional sea inferior a la suma de las cantidades *efectivamente* retenidas ... la Administración procederá a devolver de oficio, en el plazo de un mes, el exceso ingresado sobre la citada cuota».

Se observará que se devuelve únicamente la retención efectivamente practicada, no aquella que debió practicarse, en tanto que la deducción será de la retención que debió practicarse. Diríase que la Hacienda Pública declina seguir por el camino que le perjudica, cuando el perjuicio es evidente: Hay que devolver; en tanto que transita por él sin problemas cuando solamente pierde recaudación.

Más realista, el artículo 9.º del Real Decreto 1163/1990 establece que «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 sido deducido su importe en una declaración-liquidación posterior, en cuyo caso no procederá ya restitución alguna».

Se observa que la obligación de retener se considera extinguida a causa del cumplimiento de la obligación tributaria. Este precepto está lleno de buen sentido.

Además de perjudicar los intereses de la Hacienda Pública, el entendimiento autónomo de la obligación de retener acarrea una gran complejidad administrativa. Veamos los casos más notables:

1. El obligado a retener practicó una retención inferior a la debida.

Supuesto que sobre él actúe la Inspección de los Tributos, procederá:

- Exigir al obligado a retener el importe retenido en defecto (acto administrativo).
- El obligado a retener se resarcirá del sujeto pasivo de la retención (acto privado).
- El sujeto pasivo de la retención exigirá la devolución a la Hacienda Pública (acto administrativo).

Un largo recorrido con resultado recaudatorio nulo.

2. El obligado a retener practicó una retención superior a la debida.

Supuesto que sobre él actúe la Inspección de los Tributos, procederá:

- Devolver al obligado a retener el importe retenido en exceso (acto administrativo).
- El obligado a retener abonará dicho exceso al sujeto pasivo de la retención (acto privado).
- El sujeto pasivo de la retención deberá formular una declaración complementaria e ingresar el mencionado exceso (acto de declaración).

Una vez más constatamos el largo camino de resultado nulo.

Podríamos ahora comenzar el camino por el sujeto pasivo de la retención, pero no encontraríamos nada nuevo, pues se trata del recorrido inverso.

¿Cuál debería ser, entonces, la configuración y el funcionamiento de la obligación de retener? A nuestro entender la respuesta es sencilla: La obligación de retener es un pago a cuenta de la obligación tributaria, por tanto, cumplida ésta, aquélla debería extinguirse.

La consecuencia principal de esta configuración es que el sujeto pasivo únicamente podrá deducir de la obligación tributaria la retención que efectivamente le haya sido practicada, y el corolario de esta consecuencia que la obligación de retener no podrá ser exigida una vez cumplida la obligación tributaria.

De golpe desaparece el riesgo de fraude y las complejidades administrativas, y no se diga que la obligación de retener queda desprotegida, porque con una infracción adecuadamente construida y sancionada no ha de acontecer tal. Una infracción, por ejemplo, consistente en la omisión de la obligación de retener o en su cumplimiento defectuoso, sancionada con una multa igual al importe de la cantidad que se debió retener, ha de ser suficiente protección.

III. OBLIGADOS A RETENER O INGRESAR A CUENTA

A. Naturaleza jurídica del retenedor.

El progresivo envejecimiento de la Ley General Tributaria ha permitido las veleidades doctrinales de los funcionarios, y así observamos que el artículo 24 del Reglamento General de Inspección introduce el término «obligado tributario», bajo cuyo ámbito quedan comprendidos «los retenedores de cuotas tributarias a cuenta de cualquier tributo»; y que el artículo 10 del Reglamento General de Recaudación se refiere a los «obligados al pago», quedando igualmente comprendidos «los retenedores».

El retenedor no está definido en la Ley General Tributaria, aunque sí mencionado, en cuanto sujeto infractor, en el artículo 77, y no creemos que puede cobijarse bajo la figura del sustituto, pues en rigor no sustituye al contribuyente, sino que cumple una obligación diversa de la que afecta a este último.

Entre el contribuyente y el retenedor debe mediar una relación jurídica en cuya virtud el segundo abona al primero una determinada renta, pero esa relación no determina la existencia de un verdadero sustituto. El retenedor es, a nuestro modo de ver, una figura subjetiva dotada de especificidad, cuya regulación vigente hemos de buscarla en el Real Decreto 1841/1991, en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y en el Real Decreto 2027/1985.

B. Obligados a retener o ingresar a cuenta.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 42, uno, del Real Decreto 1841/1991, podrán ser retenedores:

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

a) Personas jurídicas y demás entidades.

En virtud del artículo 42, uno, a) del Real Decreto 1841/1991, pueden estar obligados a retener las personas jurídicas, las comunidades de propietarios, las entidades en régimen de atribución de rentas y las demás entidades.

No hay duda acerca de la identificación de las personas jurídicas, así como de las entidades que tributan en régimen de atribución, pues éstas son las mencionadas en el artículo 10 de la Ley 18/1991. En sentido contrario, el término entidades es sumamente impreciso y también lo es el de comunidades de propietarios.

¿Qué es una entidad?

El artículo 33 de la Ley General Tributaria se refiere a un cierto tipo de entidades: Las que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición.

El artículo 1.º de la Ley 61/1978 menciona a las entidades jurídicas que serán gravadas de acuerdo con las normas en ella contenidas, y en otras leyes, como la Ley 29/1991, se utiliza el término entidades como sinónimo de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

También en el ámbito del Derecho Administrativo la expresión entidades se utiliza con la mayor naturalidad, aunque no se cuente con una definición previa.

Estamos ante un concepto de amplia significación, que engloba tanto a las personas jurídicas como a aquellas otras organizaciones de bienes o de personas que no tienen personalidad jurídica. Bien se comprende que un concepto tan amplio no es el más apropiado para designar al sujeto obligado a retener. Obsérvese que en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aunque se utiliza la expresión entidades, se hace de forma precisa, pues con ella se designa a los sujetos pasivos que previamente han sido definidos.

Hubiera sido preferible delimitar el concepto de sujeto de la obligación de retener en base al siguiente criterio:

- Personas jurídicas.
- Otros sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades no personificados.
- Entidades en régimen de atribución de rentas.

En efecto, bajo las tres rúbricas citadas se comprende la totalidad de las entidades con personalidad fiscal, con la ventaja de que su identificación no es controvertida.

En cuanto a las comunidades de propietarios, no parece dudoso que el ordenancista haya pretendido referirse a las comunidades de propietarios de inmuebles urbanos, pero la redacción del precepto da pie a que cualquier comunidad sea sujeto de la obligación de retener.

b) Empresarios individuales y profesionales.

Son empresarios individuales quienes desarrollan una actividad empresarial, en los términos establecidos en el artículo 40 de la Ley 18/1991. Igualmente, son profesionales quienes realizan una actividad profesional en los términos previstos en el citado precepto.

Unos y otros solamente están obligados a retener respecto de las rentas abonadas en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales.

c) Establecimientos permanentes.

La primera cuestión a resolver es si ha de aplicarse la legislación interna para determinar cuándo estamos ante un establecimiento permanente o, por el contrario, el respectivo convenio para evitar la doble imposición, porque puede suceder perfectamente que una organización que a la luz de la legislación interna sea establecimiento permanente no lo sea en el marco de un determinado convenio.

A nuestro entender, deben aplicarse, en todo caso, las normas internas no convenidas, pues carece de sentido que la obligación de retener quede supeditada a una legislación convenida que no tiene por objeto establecer los sujetos de la obligación de retener, sino distribuir la competencia tributaria entre dos Estados contratantes.

Así pues, para la determinación de si una determinada organización es, o no, establecimiento permanente, habrá de estarse a lo establecido en los artículos 306 y siguientes del RIS. Por consiguiente, son establecimientos permanentes:

- Las sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos desde las que se desarrolle una explotación económica que cierre un ciclo mercantil.
- Las agencias o representaciones autorizadas a contratar en nombre y por cuenta del sujeto pasivo.
- Las minas, canteras, pozos de petróleo o de gas u otros lugares de trabajo en los que realicen toda o parte de su actividad.
- Las explotaciones agrarias, forestales, pecuarias o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.
- Las sedes desde las cuales se realicen de modo continuado o habitual actividades empresariales, profesionales o artísticas.
- Las obras de construcción, instalación o montaje de duración superior a doce meses.
- Las sedes desde las cuales se presten servicios por más de 183 días en un período anual.
- Las instalaciones o lugares de trabajo que destinen los productos o servicios en ellos realizados a su propio uso.

d) Sujetos pasivos por obligación real de contribuir que operan sin mediación de establecimiento permanente.

Estos sujetos pasivos no están afectados por la obligación de retener, excepto por los rendimientos del trabajo que pudieran satisfacer.

Ha de precisarse que la obligación de retener es independiente de la consideración que pudieran tener los rendimientos satisfechos en la formación de la base imponible del sujeto pasivo no residente, aunque lo más corriente sea que dichas retribuciones sean fiscalmente deducibles de acuerdo con lo establecido en el artículo 71, dos, del Real Decreto 1841/1991.

IV. MEDIACION EN EL PAGO

A. El pagador y el deudor del rendimiento: Pago por cuenta de terceros.

El obligado a retener no es quien efectúa materialmente el pago del rendimiento, sino el deudor de la contraprestación constitutiva del rendimiento. Por tanto, quien paga por cuenta y orden de un tercero no está obligado a retener (art. 42, dos, Real Decreto 1841/1991).

El artículo 42, dos, del Real Decreto 1841/1991 es transcripción literal del artículo 20 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. No hay, pues, novedad alguna. Sin embargo, cabe cuestionarse la lógica de esta regla.

A nuestro entender, lo natural es justamente lo contrario, esto es, que sea el pagador y no el deudor el obligado a retener, porque es aquél quien está en condiciones de conocer la identidad del perceptor. Para la buena gestión de la obligación de retener se requiere que el retenedor proporcione los datos personales del perceptor, y esto, en algunas ocasiones, no está al alcance del deudor en tanto que siempre lo está al alcance del pagador.

Ningún obstáculo legal existe para considerar como retenedor al pagador, aun cuando lo haga por cuenta del deudor, puesto que el artículo 98 vincula el nacimiento de la obligación de retener a quienes «satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto», de modo que es el artículo 42, dos, del Real Decreto 1841/1991 el que añade una restricción: Que el abono se haga por cuenta propia.

No obstante, existen tres casos en los que el mediador en el pago está obligado a retener.

B. Excepciones.

a) Valores extranjeros, propiedad de residentes en territorio español.

Los citados valores deben estar depositados en una entidad crediticia que realizará la gestión de cobro. Es, pues, la citada entidad un simple mediador entre el deudor y el acreedor de la contraprestación determinante del rendimiento del capital mobiliario, y, sin embargo, debe efectuar la retención.

Se explica que el mediador en el pago deba retener porque al deudor no se le puede exigir la obligación de retener, ya que no reside en territorio español.

La excepción tiene su antecedente en el artículo 253.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aunque registra una importante novedad. En efecto, el artículo 42, dos, se refiere a «los intereses derivados de dichos valores», en tanto que el artículo 253.2 a los «rendimientos de dichos valores». Observamos que el concepto intereses es mucho más restringido que el concepto rendimientos. En particular, los dividendos quedan fuera de la obligación de retener, sin que se nos alcance la causa.

b) Prestaciones pagadas por cuenta de la Seguridad Social.

En este caso la empresa pagadora está sujeta a la obligación de retener.

c) Propinas.

Conceptuada la propina como remuneración de un servicio, se impone al empresario la obligación de retener cuando entregue a su personal el importe recaudado por este concepto.

La extrema diligencia de la norma tributaria para el gravamen y control de las propinas chocará en la práctica con el hecho de que éstas se perciben directamente por los empleados, si bien hay notables excepciones (casinos).

V. RENTAS SUJETAS A RETENCION O A INGRESO A CUENTA

El artículo 98, uno, de la Ley 18/1991, abre la posibilidad de practicar la retención sobre toda clase de rentas. La apertura del espectro objetivo de la obligación de retener ha propiciado la incorporación de una nueva renta: Los premios.

Estarán sujetas a retención o a ingreso a cuenta:

- Los rendimientos del trabajo.
- Los rendimientos del capital mobiliario.
- Los rendimientos de actividades profesionales.
- Los premios.

Todos los rendimientos del trabajo y de actividades profesionales están sujetos, sin excepción, a la obligación de retener. Por el contrario, los rendimientos del capital mobiliario se benefician de un conjunto de exoneraciones, fundamentalmente de tipo técnico.

VI. EXCEPCIONES A LA OBLIGACION DE RETENER

La obligación de retener o de ingresar a cuenta queda exceptuada en los siguientes casos:

a) Rentas exentas del artículo 9.º de la Ley 18/1991.

b) Rendimientos derivados de los planes de ahorro popular, en las condiciones a que se refiere el artículo 37, dos, de la Ley 18/1991.

Esta excepción a la obligación de retener está prevista en el citado artículo 37, dos, y no procederá respecto de los rendimientos inherentes a las cantidades dispuestas antes de transcurridos los cinco años contados a partir de la fecha de inversión.

c) Rendimientos de los Pagarés del Tesoro.

Hasta el día 1 de enero de 1992, el régimen fiscal de los Pagarés del Tesoro se caracterizaba porque no estaban sujetos a las obligaciones de información ni de retención. Las nuevas emisiones que se produzcan a partir del día citado continúan exceptuadas de la obligación de retener, pero no así de la de informar, con lo cual estos activos perderán su característica de activos fiscalmente opacos.

d) Letras del Tesoro.

En cuanto instrumento regulador de intervención en el mercado monetario, las Letras del Tesoro están exceptuadas de la obligación de retener. Ahora bien, en cuanto dichas Letras del

Tesoro están en poder de no residentes, se plantea la cuestión de la procedencia de la obligación de retener, porque el artículo 43, dos, c) establece una salvedad a la excepción: Salvo lo previsto en el artículo 2.º del Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo.

Entendemos que el precepto objeto de la remisión no se refiere a la obligación de retener, sino al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades que grava a los rendimientos de las Letras del Tesoro obtenidos por no residentes, respecto de los cuales las Entidades Gestoras tienen la consideración de sustitutos del contribuyente.

Se opina que el artículo 43, dos, c) no ha pretendido establecer la obligación de retener, sino simplemente recordar la vigencia de la norma que obliga a las Entidades Gestoras al cumplimiento de los deberes que se imponen al sustituto, tal vez de manera no muy afortunada.

e) Intereses pagados a no residentes por entidades de crédito.

Los intereses pagados a no residentes por razón de los depositados efectuados en el Banco de España, Bancos, Cajas de Ahorros, Cajas Rurales, Cooperativas de Crédito y demás establecimientos con funciones delegadas del citado Banco de España están exceptuados de la obligación de retener. Estos intereses no se consideran obtenidos en territorio nacional y, por tanto, no están sujetos a la obligación real de contribuir [art. 70. 1 g)].

Cuando los intereses son percibidos a través de un establecimiento permanente situado en territorio español no opera la excepción a la obligación de retener.

El problema de esta excepción a la obligación de retener estriba en que puede crear una zona de colocación opaca de capitales que pertenecen a personas residentes en territorio español. Se trata de un problema de control.

f) Sociedades y Fondos de Inversión Mobiliaria.

Los dividendos y resultados distribuidos por Instituciones de Inversión Colectiva percibidos por personas residentes en algún otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea.

Esta excepción a la obligación de retener está prevista, igualmente, en los artículos 34 y 35 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva.

g) Rendimientos sujetos a obligación real de contribuir.

Los rendimientos satisfechos a sujetos pasivos por obligación real de contribuir quedan exceptuados de la obligación de retener, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que se trate de rendimientos obtenidos sin mediación de establecimiento permanente.
- Que se acredite el pago del impuesto, esto es, del IRPF.

Esta excepción participa de la lógica de la accesividad de la obligación de retener respecto de la obligación tributaria, pues se observa que, una vez cumplida esta última, aquélla se extingue.

Hallamos el antecedente de esta excepción a la obligación de retener en dos preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, los artículos 258 h) y 341.2.

El artículo 258 h) exceptuaba la obligación de retener en aquellos supuestos en que la entidad pagadora (sujeto obligado a retener) asumía la representación del sujeto pasivo para declarar y liquidar el Impuesto sobre Sociedades, en tanto que el artículo 341.2 exceptuaba la retención si se acreditaba «haber practicado la liquidación final precedente», que no puede ser otra que la liquidación de la obligación tributaria que pesa sobre el no residente.

Debemos observar que en la práctica ambos supuestos de excepción a la obligación de retener pueden reconducirse al previsto en el artículo 43.2 g).

h) Premios.

Quedan exceptuados de retención los siguientes premios:

1. Los premios relativos a juegos sujetos a lo previsto en el Real Decreto-Ley 16/1977.
2. Los premios de cualquier naturaleza, en cuanto su cuantía no exceda de 100.000 pesetas.

i) Reducción del capital social.

La reducción de capital que tiene por finalidad la devolución de aportaciones determina un rendimiento del capital mobiliario si la suma de la cantidad distribuida excede del valor de adquisición de la participación. Bien se comprende que habrá o no rendimiento del capital

mobiliario y su cuantía será una u otra dependiendo del valor de adquisición de la participación de cada socio, dato este que, en principio, es ignorado por la sociedad, de aquí que sea prudente y oportuno exceptuar la obligación de retener.

j) Conversión de obligaciones en acciones.

La conversión de obligaciones en acciones puede deparar un rendimiento del capital mobiliario -caso de obligaciones calificadas de activo financiero con rendimiento implícito- o un incremento de patrimonio -caso de obligaciones calificadas de activo financiero con rendimiento explícito-. En ninguno de los dos supuestos existe obligación de practicar retención.

La excepción a la obligación de retener es lógica, porque el rendimiento del capital obtenido por cada obligacionista depende del valor de adquisición de las obligaciones, circunstancia esta que desconoce la sociedad emisora.

VII. BASE DE LA RETENCION O DEL INGRESO A CUENTA

A. Normas generales.

La retención no gira sobre el rendimiento propiamente dicho, sino sobre la contraprestación satisfecha al receptor del rendimiento (art. 44, uno, Real Decreto 1841/1991). En el caso del ingreso a cuenta, la base de cálculo es el valor de la retribución en especie (art. 44, dos, Real Decreto 1841/1991).

La retribución en especie se valora de manera diferente para el trabajo personal y el capital. El rendimiento en especie del trabajo personal se valora de acuerdo con las normas contenidas en el artículo 27 de la Ley 18/1991, en tanto que el rendimiento en especie del capital mobiliario se valora multiplicando por 1,25 «el valor de adquisición o coste para el pagador» (art. 54, dos, Real Decreto 1841/1991).

En el número 111 de esta revista hemos tenido ocasión de comentar los criterios sobre valoración de las retribuciones en especie del trabajo personal. Debemos ahora centrarnos en las retribuciones del capital mobiliario.

La regla contenida en el artículo 54, dos, es tan sencilla como tosca, pues puede determinar un exceso de gravamen en la medida en que la base de cálculo supere al precio de mercado del bien o servicio. Esta misma crítica se realizó, en su día, a la disposición transitoria sexta del Real Decreto 2027/1985, de la que el artículo 54, dos, es fiel continuador.

B. Normas particulares: Rendimientos presuntos y vinculados.

a) Rendimientos presuntos: Procedencia de la retención.

Los rendimientos determinados por el ejercicio de una presunción deben ser objeto de retención o ingreso a cuenta (art. 44, tres, Real Decreto 1841/1991).

Realmente es difícil de entender que se exija a quien declara no pagar una utilidad o rendimiento que practique un ingreso a cuenta sobre la misma. El rendimiento presunto no existe hasta que la Administración Tributaria ejercita con éxito la presunción. ¿Es entonces cuando procede el ingreso a cuenta? Si es así, no es útil a ningún efecto el ingreso a cuenta, puesto que entorpece el procedimiento de gestión.

Si el ingreso a cuenta debe practicarse antes del ejercicio de la presunción por parte de la Administración entendemos que el mandato reglamentario casa mal, muy mal, con el artículo 98 de la Ley 18/1991, el cual vincula la obligación de retener a que se «satisfagan o abonen rentas».

El artículo 44, tres, es fiel reproducción del artículo 5.º del Real Decreto 2027/1985, justamente criticado por la doctrina por establecer una retención o ingreso a cuenta sobre rendimientos inexistentes en el plano jurídico, aunque de posible existencia en razón al ejercicio de una presunción.

b) Rendimientos presuntos: Base de retención.

La intrincada literatura reglamentaria, deudora del Real Decreto 2027/1985, establece tres mandatos de difícil comprensión:

- La retención o el ingreso a cuenta no podrá resultar inferior al cálculo sobre el rendimiento fijado conforme al artículo 7.º.
- Cuando, como consecuencia de lo anterior, resulte un importe teórico a ingresar superior al rendimiento efectivo, el deudor retendrá sobre la base del rendimiento efectivo.
- Adicionalmente, el deudor efectuará un ingreso a cuenta calculado sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo.

Los tres mandatos llevan a la siguiente técnica de cálculo de la retención:

- Base de la retención o ingreso a cuenta teórico: El valor de mercado o el interés legal del dinero tratándose de operaciones financieras.
- Si la retención o ingreso a cuenta teórico es superior al rendimiento efectivo, el deudor retendrá sobre la base del rendimiento efectivo y practicará un ingreso a cuenta calculado sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo (suponemos que el interés legal del dinero) y el rendimiento efectivo.
- Si la retención o ingreso a cuenta teórico es igual o inferior al rendimiento efectivo, únicamente se practicará retención sobre el rendimiento efectivo.

Veamos un *caso práctico*:

Préstamos de 1.000 al 1%.

Retención o ingreso a cuenta teórico (1.000/10%/25%)	25
Rendimiento efectivo (1.000/1%)	10
Retención sobre el rendimiento efectivo (10/25%)	2,5
Ingreso a cuenta [(100 – 10) 25%]	22,5

En definitiva, la suma de la retención y del ingreso a cuenta es 25, lo que significa que la base de cálculo coincide con el rendimiento mínimo. Parece correcto. Pero, veamos otro *ejemplo*.

Préstamos de 1.000 al 6%.

Retención o ingreso a cuenta teórico (1.000/10%/25%)	25
Rendimiento efectivo (1.000/6%)	60
Retención sobre el rendimiento efectivo (60/25%)	15

Ingreso a cuenta: No procede porque el «importe teórico a ingresar» no es superior rendimiento efectivo. Esta conclusión ya no parece correcta. Debemos, en consecuencia, esforzarnos en ofrecer una solución constructiva. A nuestro entender la interpretación correcta es la siguiente:

- Retención sobre el rendimiento efectivo.
- Ingreso a cuenta sobre la diferencia entre el rendimiento mínimo y el rendimiento efectivo.

Bajo este criterio, el ejemplo propuesto tendría la siguiente solución:

Retención (1.000/6%/25%)	15
Ingreso a cuenta [1.000 (10% – 6%) 25%]	10

La suma de ambos conceptos, 25, implica que la base de cálculo coincide con el importe de la retención. Parece correcto.

c) Rendimientos vinculados: Procedencia de la retención o ingreso a cuenta.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 44, tres, deberá practicarse una retención o ingreso a cuenta sobre «el rendimiento fijado conforme a los citados artículos», que en el caso de las operaciones vinculadas ha de ser el artículo 8.º de la Ley 18/1991.

Ha de observarse, antes de nada, que el artículo 44, tres, contiene normas generales respecto de la retención e ingreso a cuenta y que el artículo 8.º de la Ley 18/1991 ordena, simplemente, valorar al precio de mercado las operaciones entre una sociedad y sus socios.

¿Quiere decirse que en toda operación socio-sociedad, procederá la retención o ingreso a cuenta sobre el valor de mercado? Entendemos que no. Previamente es preciso que esa operación determine un rendimiento del trabajo, profesional o del capital mobiliario para el socio, persona física.

Muchas derivaciones tiene la conclusión precedente. Examinémoslas.

En primer lugar, el ensanchamiento del campo de aplicación de la norma respecto de aquella que reproduce, esto es, el artículo 5.º del Real Decreto 2027/1985, que solamente se refería a los intereses.

En segundo lugar, e inopinadamente, dicho ensanchamiento lleva a una conclusión cierta: Es necesario calificar la naturaleza del rendimiento obtenido en una relación socio-sociedad realizada al precio de transferencia.

¿Cuál es la calificación que corresponde a las operaciones socio-sociedad realizadas a precio de transferencia? La realidad económica es bien fácil de calificar:

- Si la transferencia se produce desde la sociedad al socio, se trata de una distribución encubierta de beneficios.
- Si la transferencia se produce desde el socio a la sociedad, se trata de una aportación encubierta.

Solamente en el primer caso procederá el ingreso a cuenta.

d) Rendimientos vinculados: Base de retención.

La base de la retención o ingreso a cuenta es diferente según sea la naturaleza del rendimiento del capital mobiliario derivado de una operación socio-sociedad.

Si se trata de un préstamo parece ser que la suma de las bases de la retención y del ingreso a cuenta han de coincidir con la remuneración a valor de mercado. No obstante, el párrafo tercero del artículo 44, tres, hace referencia al rendimiento mínimo, que, opinamos, no puede ser sino el interés legal del dinero, habida cuenta lo establecido en la disposición transitoria del Real Decreto 2027/1985.

Si se trata de una operación subrepticia de distribución de beneficios, será base del ingreso a cuenta la cantidad así distribuida.

Veamos un *caso práctico*. La Sociedad XX adquiere a sus socios acciones al precio de 7.000.000 de pesetas, siendo su valor de mercado 5.000.000 de pesetas. El beneficio distribuido es 2.000.000, que constituirá la base del ingreso a cuenta.

e) El ingreso a cuenta como gasto no deducible.

Al igual que el artículo 5.º del Real Decreto 2027/1985, el artículo 44, tres, establece que «este ingreso (el ingreso a cuenta) no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible». La razón del precepto puede ser diferente según se contemple de uno u otro modo la operación vinculada.

Si consideramos que el ajuste bilateral es posible, al menos en fase de declaración-autoliquidación, deberemos reconocer que el único sentido del precepto es que el ingreso a cuenta debe cargarse al sujeto activo de la operación, en tanto que en el marco del ajuste unilateral, el precepto puede verse como una manifestación del mismo. Viejas polémicas que cuestan superar, por más que no haya resolución ni sentencia alguna que hayan mantenido la legalidad del ajuste unilateral y en nuestros compromisos internacionales nos adherimos al principio del ajuste bilateral, como sucede en el Convenio multilateral CEE para evitar la doble imposición en el caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas.

VIII. RETENCION SOBRE LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO

La retención sobre los rendimientos del trabajo se realiza según los porcentajes establecidos en una tabla que considera dos variables, a saber, el importe de la remuneración o rendimiento y las circunstancias familiares, concretadas en el número de descendientes.

A. Importe de la remuneración.

Se toma el importe de la remuneración fija y variable, que, de acuerdo con las estipulaciones contractuales y otras circunstancias previsibles, vaya normalmente a percibir el sujeto pasivo, excluidas las retribuciones en especie.

Tratándose de rendimientos irregulares únicamente se tomará la parte correspondiente al ejercicio.

Únicamente variará el porcentaje de retención cuando en virtud de normas de carácter general o convenios colectivos se produzcan durante el año variaciones en la cuantía de las retribuciones.

B. Número de descendientes.

Se tomarán aquellos que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 78 a) de la Ley 18/1991, del IRPF, habilitaren el derecho a deducción de la cuota. En consecuencia, computan a estos efectos todos los menores de treinta años, excepto que obtengan rentas anuales superiores al salario mínimo interprofesional garantizado para mayores de dieciocho años.

La situación familiar será la existente el día primero del año natural o al inicio de la relación laboral si ésta es posterior.

C. Reglas especiales.*a) Consejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces.*

Los rendimientos de los consejeros y administradores en general están sujetos a una retención del 30 por 100.

b) Relaciones laborales especiales de carácter dependiente.

El porcentaje de retención no podrá ser inferior al 15 por 100.

c) Relaciones laborales de duración inferior al año.

El porcentaje de retención no podrá ser inferior al 2 por 100.

d) Pensiones y haberes pasivos.

Se aplicarán los porcentajes de la columna correspondiente a contribuyentes con un hijo, excepto que el sujeto pasivo opte por la aplicación de la tabla atendiendo a sus circunstancias familiares específicas.

e) Retribuciones por peonadas o jornales diarios.

Se tomará como volumen anual de retribuciones el resultado de multiplicar por 100 el importe de la peonada o jornal diario percibido.

f) Tripulaciones a la parte en actividad de pesca.

Se tomará como volumen anual de retribuciones:

1. Si se percibe salario mínimo y participación en el valor de las capturas, el resultado de multiplicar el salario mínimo garantizado por 4 (patrones), 3 (maquinistas y mecánicos), 2 (oficiales) y 1,5 (marinería).

2. Si se percibe únicamente participación en el valor de las capturas, las estimadas de acuerdo con el Decreto 2804/1974, de 30 de agosto, Texto Refundido del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

En ningún caso el porcentaje de retención resultante podrá ser inferior al 2 por 100.

g) Pensiones compensatorias.

Las pensiones compensatorias en favor del cónyuge, judicialmente establecidas, pueden disminuir el volumen anual de retribuciones, siempre que el contrato de trabajo sea de duración indefinida.

En ningún caso el porcentaje de retención podrá ser inferior al 2 por 100.

h) Minusválidos y ciegos que precisen de ayuda para desplazarse a su lugar de trabajo en los términos establecidos en el artículo 28.2 de la Ley 18/1991.

Para determinar el volumen de retribuciones se aplicará el coeficiente de 0,85.

IX. RETENCION SOBRE LOS RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO

Distingue el Real Decreto 1841/1991 entre rendimientos explícitos e implícitos, si bien el tipo de retención es único: El 25 por 100.

A. Rendimientos explícitos.

a) Nacimiento de la obligación de retener.

La obligación de retener nace en el momento en que los rendimientos resultan exigibles por el perceptor (art. 49, uno).

El artículo 49, uno, se limita a recoger, acertadamente, el precedente contenido en el artículo 36.1 del TRIRC que posteriormente fue seguido por el artículo 254.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y por el artículo 4.º del Real Decreto 2027/1985.

Una vez establecida la regla general, el artículo 49, siguiendo literalmente al artículo 4.º del Real Decreto 2027/1985, enuncia una regla particular referida a los intereses, a cuyo tenor se entiende que son exigibles en alguno de los siguientes momentos:

- En las fechas de vencimiento señaladas en la escritura o contrato para su liquidación o cobro.
- Cuando se reconozcan en cuenta.

El reconocimiento en cuenta determinará la exigibilidad siempre que la misma se trate de una cuenta personal, pero no, evidentemente, cuando se trate de una cuenta de periodificación.

b) Vencimientos superiores a doce meses.

En tal caso debe realizarse un ingreso a cuenta de la retención definitiva, bajo los siguientes criterios:

1. Base de retención: Los intereses u otras rentas generadas en cada año natural.
2. El tipo aplicable será el vigente el día en que por finalizar el año natural deba practicarse el ingreso a cuenta.
3. La retención definitiva se practicará al tipo vigente el día en que sea exigible el rendimiento, y de ella se deducirán los ingresos a cuenta efectuados previamente.

Ejemplo

Sea una operación financiera, consistente en la cesión de un capital de 10.000.000 de pesetas al 14%; fecha de nacimiento de la operación 31 de marzo de 1992; vencimiento de los intereses 31 de marzo de 1994. Tipos de retención 25% (1992), 25% (1993, hipótesis), 30% (1994, hipótesis).

	1992	1993	1994
Ingreso a cuenta.....	262.500 (1)	350.000 (2)	–
Aplicación al IRPF.....	262.500	350.000	227.500
Retención.....			227.500

(1)

$$(1.400.000 \times \frac{9}{12}) 25\%$$

(2)

$$1.400.000/25\%$$

$$2.800.000/30\% - (262.500 + 350.000)$$

Observemos que el importe de los ingresos a cuenta los entendemos aplicables a la cuota del IRPF, en cuanto que constitutivos de un pago a cuenta (art. 40 Real Decreto 1841/1991), pues el artículo 83 de la Ley 18/1991, establece la deducción de «las retenciones y otros pagos a cuenta».

Ahora bien, ¿debemos supeditar la deducción al cómputo como ingreso en el IRPF del acreedor del interés generado?

La cuestión es dudosa porque, por una parte, el ingreso a cuenta lo es siempre de una cuota por el IRPF, y, por otra, el ingreso a cuenta es deducible de la cuota líquida (art. 83 Ley 18/1991). Hecha la precedente advertencia, nos inclinamos por entender que solamente podrá deducirse el ingreso a cuenta de la cuota líquida del IRPF cuando se integre en la base imponible el ingreso generado, en base a dos argumentos:

- Que el artículo 49, dos, del Real Decreto 1841/1991 configura el ingreso a cuenta como pago a cuenta respecto de la retención definitiva.
- Que no es congruente deducir un ingreso a cuenta respecto de una cuota líquida que no responde al interés generado.

B. Rendimientos implícitos.

a) Nacimiento de la obligación de retener.

La obligación de retener nace cuando el tenedor del activo financiero con rendimiento implícito lo materializa, lo cual sucede necesariamente en alguno de los siguientes momentos:

- Transmisión del activo.
- Amortización o reembolso del activo.

Obsérvese que, a diferencia de los rendimientos explícitos, no existe un ingreso a cuenta cuando el activo tenga una vida superior al año.

b) Base de la obligación de retener.

La retención se practicará sobre la diferencia positiva entre el valor de adquisición del activo y el valor de la transmisión, amortización o reembolso.

La diferencia está influida por dos causas:

- El rendimiento implícito devengado.
- La variación del tipo de interés en el momento de la transmisión, amortización o reembolso respecto del tipo de interés de emisión del activo financiero.

En la base de retención se mezclan dos rentas de naturaleza diversa: Un rendimiento del capital (interés devengado) y un incremento o una disminución de patrimonio (variación de los tipos de interés).

c) Obligados a retener (art. 50).

Están obligados a retener las siguientes personas:

1. La persona o entidad emisora en el caso de rendimientos obtenidos en la amortización o reembolso.
2. La entidad financiera o fedatario público en el caso de transmisión.

El artículo 50 del Real Decreto 1841/1991 es fiel reproducción del 8.º del Real Decreto 2027/1985, y cuando el lector avisado espera encontrar la igualmente fiel reproducción del artículo 9.º del citado Real Decreto 2027/1985, debe limitarse a constatar su omisión. ¿Por qué?

Recordemos, primeramente lo establecido en el artículo 9.º del Real Decreto 2027/1985:

- La acreditación de la transmisión del activo financiero en la forma reglamentariamente establecida.
- La subrogación del adquirente en el caso de transmisiones lucrativas.
- Las prohibiciones de intermediación sin justificación de la regularidad de las transmisiones previas.
- Las prohibiciones de reembolsar sin justificación de la regularidad de las transmisiones previas.
- La posición de la entidad que recompra el activo financiero por ella emitido.

La omisión de toda esta materia en el Real Decreto 1841/1991, solamente puede significar que el ordenancista prefiere inhibirse, porque entienda que es superflua, a menos que se trate de un simple error u olvido, lo que debemos descartar. Cabe una tercera posibilidad, consistente en que el artículo 9.º del Real Decreto 2027/1985 se entienda vigente, pues no ha sido derogado expresamente a efectos del IRPF.

Cualquier solución es mala. En efecto, ni la materia es superflua en orden al buen funcionamiento de la obligación de retener, ni debemos achacar al ordenancista error u olvido, ni, finalmente, es convincente que el artículo 9.º se deje extramuros del Real Decreto 1841/1991, que, generoso, ha acogido a todos los demás preceptos del Real Decreto 2027/1985.

Pero, puestos a elegir, debemos descartar que el artículo 9.º se halle derogado a raíz de su no inclusión en el Real Decreto 1841/1991, porque, además, en ningún caso lo estaría respecto de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, y también, por supuesto, el error u olvido, con lo cual no cabe sino afirmar que el ordenancista ha preferido integrar la regulación de la obligación de retener en el IRPF con dos normas: El Real Decreto 1841/1991 y el Real Decreto 2027/1985. Sea buena, mala o regular esta técnica, lo que sí es importante es subrayar que el artículo 9.º del Real Decreto 2027/1985 está vigente, respecto de los sujetos pasivos del IRPF y por supuesto de los del Impuesto sobre Sociedades.

X. INGRESOS A CUENTA SOBRE RETRIBUCIONES EN ESPECIE

Sobre la retribución en especie no cabe practicar retención, sino ingreso a cuenta. La retribución en especie cabe predicarse tanto del rendimiento del trabajo personal como del rendimiento del capital mobiliario, así como de los premios.

A. Rendimiento del trabajo personal.

a) Base del ingreso a cuenta.

La base del ingreso a cuenta es el valor de la retribución en especie, en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 18/1991.

b) Tipo del ingreso a cuenta.

Es el que corresponde a las retribuciones dinerarias, en el bien entendido que no se debe añadir a las mismas al importe de la retribución en especie al objeto de determinar el porcentaje. En suma, sobre el valor de la retribución en especie se aplicará el porcentaje que corresponda para las retribuciones dinerarias. No obstante, se tomará como porcentaje mínimo el 15 por 100.

c) Excepciones a la obligación de realizar un ingreso a cuenta.

Quedan exceptuadas del ingreso a cuenta los siguientes rendimientos en especie:

- Las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones.
- Las cantidades satisfechas por empresarios para sistemas de previsión social alternativos a los de planes de pensiones.

La primera causa de exclusión es totalmente congruente con el régimen de tributación de los planes de pensiones. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 71 de la Ley 18/1991, la base imponible deberá reducirse en 750.000 pesetas por razón de las aportaciones y contribuciones a planes de pensiones y siendo esta cantidad la máxima permitida por la Ley 8/1987, bien se comprende que la retribución en especie en que consiste la contribución no tributa en el período impositivo en que se efectúa, y de ahí la corrección de exceptuar el ingreso a cuenta.

Respecto de los sistemas alternativos, la exclusión del ingreso a cuenta se justifica en la conveniencia de guardar una cierta homogeneidad de trato con el sistema de planes de pensiones.

La expresión utilizada por el artículo 53, dos, sin embargo, puede ser causa de un equívoco. En efecto, la excepción a la obligación de realizar un ingreso a cuenta se predica respecto de «las cantidades que ... hayan sido objeto de imputación ...». ¿Quiere esto decir que aquellas cantidades que no hayan sido objeto de imputación sí deben sufrir el ingreso a cuenta? Entendemos que no, porque precisamente el hecho de no haber sido imputadas les priva del carácter de retribución en especie.

B. Rendimiento del capital.

a) Base del ingreso a cuenta.

La base del ingreso a cuenta es el valor de mercado del rendimiento en especie, que se determina incrementando el valor de adquisición del objeto entregado en un 25 por 100.

Proviene el citado porcentaje de la disposición transitoria sexta del Real Decreto 2027/1985.

b) Tipo del ingreso a cuenta.

Es el 25 por 100.

C. Premios.

a) Base del ingreso a cuenta.

La base del ingreso a cuenta es el valor de mercado del objeto entregado en concepto de premio, que se determina incrementando en un 25 por 100 el valor de adquisición o coste para el pagador.

b) Tipo del ingreso a cuenta.

Es el 25 por 100.

XI. COLOCACION DE CAPITAL EN EL EXTERIOR Y OBLIGACION DE RETENER

El Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior declara libres «los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos entre residentes y no residentes, o transferencias al o del exterior», y, al amparo de este principio, también es libre «la apertura y mantenimiento por residentes de cuentas denominadas en pesetas o en divisas en oficinas operantes en el extranjero tanto de "entidades registradas" como de entidades bancarias o de crédito extranjeras ...» (art. 6.º Real Decreto 1816/1991).

Las citadas cuentas, sean a la vista, de ahorro o a plazo pueden abrirse en las siguientes entidades de crédito:

Entidades de crédito

- Residentes en el extranjero.
- Residentes en el extranjero, filiales de residentes en España.
- Establecimientos permanentes de entidades residentes en España.

¿En qué casos existe obligación de retener sobre los intereses pagados a las personas residentes en territorio español?

Para contestar esta cuestión debemos distinguir dos situaciones diferentes: El abono de los intereses en la cuenta y el cobro material del interés por la persona residente.

a) Abono de los intereses en la cuenta.

A su vez, debemos distinguir:

– Entidades residentes en el extranjero.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 42, uno, a) y c) del Real Decreto 1841/1991, las personas jurídicas no residentes no están obligadas a practicar retención sobre los intereses abonados en cuentas abiertas por personas residentes en España.

En efecto, aun cuando la letra a) del número uno del citado artículo 42 no distingue por razón de la residencia de la persona pagadora, la letra c) del mismo número y precepto tan sólo obliga a retener a las personas, físicas o jurídicas, no residentes en cuanto operen en territorio español mediante establecimiento permanente.

– Entidades residentes en el extranjero (filiales de entidades españolas).

Se trata de personas jurídicas no residentes y, por tanto, es válido el razonamiento anteriormente expuesto.

– Establecimientos permanentes de personas jurídicas residentes en territorio español.

En este caso la cuenta está abierta en un establecimiento permanente, de una entidad de crédito española, situado en el extranjero.

La contestación es dudosa. De una parte, la literalidad del artículo 42 del Real Decreto 1841/1991, lleva a la solución afirmativa, esto es, sí debe practicarse retención, habida cuenta que todas las personas jurídicas y físicas están obligadas a retener, cualquiera que sea el lugar de su residencia, pero, de otra, no puede olvidarse que el establecimiento permanente goza de una especie de «personalidad fiscal», que, en cierto modo, serviría para desgajarlo de la persona jurídica o física a quien pertenece, lo que determinaría su exclusión de los sujetos obligados a practicar la retención.

Junto a estas razones teóricas, que podrían justificar la exclusión de la obligación de retener, existen otras de índole práctico. En efecto, la exigencia de la obligación de retener probablemente desviaría los fondos hacia otras colocaciones, principalmente en entidades de crédito no residentes, con lo cual se verían perjudicadas las entidades de crédito residentes operantes a través de establecimientos permanentes en el exterior.

El Real Decreto 1841/1991 sigue, en materia de obligación de retener, los pasos del Real Decreto 2027/1985, y la realidad, sin embargo, ha cambiado sustancialmente. La libertad de movimientos de capitales es un hecho de superlativa trascendencia fiscal que requiere un replanteamiento de la fiscalidad sobre los rendimientos del capital. Para unos esto debe suponer, nada más ni nada menos, que aligerar el gravamen del capital para evitar su localización exterior, en tanto que para otros, entre los que nos encontramos, debe suponer el afianzamiento del principio de neutralidad.

b) Cobro de intereses (por la persona física residente titular de una cuenta abierta en una entidad de crédito exterior).

Los cobros y pagos entre residentes y no residentes deben efectuarse a través de una entidad de depósito inscrita en los Registros Oficiales del Banco de España (entidades registradas), excepto:

- Apertura y mantenimiento de cuentas en entidades de crédito operantes en el extranjero.
- Cobros y pagos entre residentes y no residentes mediante abonos o adeudos en dichas cuentas.
- Cobros y pagos entre residentes y no residentes en moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador.

De lo expuesto se deduce que los intereses pueden ser percibidos a través de una entidad registrada, pero no es necesario que así sea. En efecto, es posible que sean cobrados a metálico en billetes o cheques bancarios al portador por el titular de la cuenta. En este último caso no habrá retención. Sin embargo, cuando el cobro del interés se realice a través de una entidad registrada la cuestión es dudosa.

En efecto, el artículo 42, dos, obliga a retener a las entidades residentes en territorio español que tengan a su cargo la gestión del cobro de intereses derivados de valores de entidades no residentes en cuanto sean propiedad de personas o entidades residentes. La cuestión, entonces, consiste en saber si los intereses procedentes de cuentas abiertas en entidades de crédito extranjeras son «intereses derivados de valores».

Literalmente una cuenta bancaria o, en general, abierta en una entidad crediticia no es un valor. Sin embargo, ha de reconocerse que el citado precepto proviene directamente del Real Decreto 2027/1985, el cual, a su vez, se inspiró en el Real Decreto 2631/1982, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, es decir, de normas concebidas en momentos históricos en que la libre apertura de cuentas en entidades crediticias extranjeras no estaba permitida.

El objetivo del artículo 42, dos, es que los intereses de fuente extranjera percibidos por sujetos pasivos del IRPF sean sometidos a la obligación de retener, y, en tal sentido, nos sentimos inclinados a entender que los intereses cobrados a través de la gestión de una entidad registrada deben ser objeto de retención.

XII. VIGENCIA DEL REAL DECRETO 2027/1985, EN RELACION CON EL REAL DECRETO 1841/1991

La lectura de los artículos que el Real Decreto 1841/1991 dedica a la obligación de retener sobre los intereses y demás rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión de capitales a terceros, mediando un derecho a la devolución, suscita, inmediatamente, la cuestión de la vigencia del Real Decreto 2027/1985.

¿Está vigente el Real Decreto 2027/1985? La respuesta no es sencilla ni absoluta.

En cuanto desarrollo de la Ley 14/1985, sobre régimen fiscal de determinados activos financieros, el Real Decreto 2027/1985 solamente está derogado en los preceptos que hallaban su fundamento legal en los artículos 4.º, 5.º y 6.º de aquella, que, de acuerdo con lo establecido en el número seis de la disposición adicional 13.ª de la Ley 18/1991, del IRPF, son: 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20, preceptos todos que se refieren a los denominados «Afros» (activos financieros con retención en el origen).

Los restantes preceptos tienen en su práctica totalidad sus correspondientes en el Real Decreto 1841/1991. En este sentido, y respecto de sujetos pasivos del IRPF, se aplicarán los preceptos de este último.

Sin embargo, respecto de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, los artículos del Real Decreto 2027/1985, excepción hecha de los citados anteriormente y del artículo 21, relativo a las excepciones a la obligación de retener, deben considerarse vigentes.

¿Desconcierto reglamentista? Entendemos que no, porque la ambivalencia del Real Decreto 2027/1985 cerraba el paso a su derogación en el marco de la reforma del IRPF. Debemos esperar a la anunciada reforma del Impuesto sobre Sociedades, la cual ha de permitir limpiar el panorama legal y reglamentario. La tacha de desconcierto estará justificada si de esta reforma salen incólumes la Ley 14/1985 y el Real Decreto 2027/1985.

Afirmada la vigencia del Real Decreto 2027/1985, así como su práctica total reproducción por el Real Decreto 1841/1991, puede ser útil disponer de un cuadro de equivalencias entre ambas regulaciones, incluyendo a la propia Ley 14/1985. Así concebido el citado cuadro, puede ser un instrumento muy valioso en orden a comprender el alcance de la reforma del IRPF respecto de los rendimientos del capital mobiliario.

1. Definición genérica de los rendimientos del capital mobiliario ajenos.

Artículo 1.1 del Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37.2 Ley 18/1991.

2. Enumeración de los rendimientos del capital mobiliario.

Artículo 1.2 a) Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 b) Ley 18/1991.

Artículo 1.2 b) Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 b) Ley 18/1991.

Artículo 1.2 c) Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 b) Ley 18/1991.

- Artículo 1.2 d) Real Decreto 2027/1985 → (Derogado por la disposición adicional 7.ª).
- Artículo 1.2 e) Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 b) Ley 18/1991.
- Artículo 1.2 f) Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 a) Ley 18/1991.
- Artículo 1.2 g) Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 a) Ley 18/1991.
- Artículo 2.º Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37, uno, 2 b) Ley 18/1991.

3. Sujetos obligados a retener.

- Artículo 3.º 1 → Artículo 42, uno, Real Decreto 1841/1991.
- Artículo 3.º 2 → Artículo 41, dos, Real Decreto 1841/1991.
- Artículo 3.º 3 → Artículo 42, dos, Real Decreto 1841/1991.
- Artículo 3.º 4 → Artículo 41, dos, Real Decreto 1841/1991.
- Artículo 3.º 5 → (Tácito en el conjunto de la regulación).

4. Nacimiento de la obligación de retener.

- Artículo 4.º 1 y 2 Real Decreto 2027/1985 → Artículos 49 y 57 Real Decreto 1841/1991.
- Artículo 4.º 3 Real Decreto 2027/1985 → (Sin correspondencia específica).
- Artículo 4.º 4 Real Decreto 2027/1985 → (Sin correspondencia específica).

5. Cálculo de la retención o ingreso a cuenta.

- Artículo 5.º 1 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 44, uno, y 48, uno, Real Decreto 1841/1991.
- Artículo 5.º 2 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 44, tres, Real Decreto 1841/1991.

Artículo 5.º 3 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 44, dos, Real Decreto 1841/1991.

Artículo 5.º 4 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 44, tres, Real Decreto 1841/1991.

6. Integración de los rendimientos del capital mobiliario en la imposición personal.

Artículo 6.º Real Decreto 2027/1985 → (Sin correspondencia específica).

7. Definición de los rendimientos implícitos del capital mobiliario.

Artículo 7.º 1 y 2 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37.2 a) Ley 18/1991.

Artículo 7.º 3 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 50 cuatro a) Real Decreto 1841/1991 y artículo 37.2 a) Ley 18/1991.

Artículo 7.º 4 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 37.2 a) Ley 18/1991.

8. Sujetos obligados a retener sobre rendimientos implícitos.

Artículo 8.º Real Decreto 2027/1985 → Artículo 50, cuatro, Real Decreto 1841/1991.

9. Justificación de la adquisición de activos financieros con retención en el origen.

Artículo 9.º Real Decreto 2027/1985 → (Absolutamente sin correspondencia).

10. Nacimiento de la obligación de retener en el caso de rendimientos implícitos.

Artículo 10.º, uno, Real Decreto 2027/1985 → Artículo 50, uno, Real Decreto 1841/1991.

Artículo 10.º, dos, Real Decreto 2027/1985 → (Sin correspondencia específica).

Artículo 10.º, tres, Real Decreto 2027/1985 → Artículo 50, tres, Real Decreto 1841/1991.

11. Cálculo de la retención en rendimientos implícitos.

Artículo 11.1 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 50, dos, Real Decreto 1841/1991.

Artículo 11.2 Real Decreto 2027/1985 → (Absolutamente sin correspondencia).

Artículo 11.3 Real Decreto 2027/1985 → (Absolutamente sin correspondencia).

Artículo 11.4 Real Decreto 2027/1985 → (Absolutamente sin correspondencia).

12. Artículo 12 Real Decreto 2027/1985 → Remisión en el artículo 37, uno, 2 b) de la Ley 18/1991, a la Ley 14/1985.

13. Activos financieros con retención en el origen.

Artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20, Real Decreto 2027/1985 → Derogados disposición adicional 13.ª, Ley 18/1991.

14. Excepciones a la obligación de retener.

Artículo 21.1, Real Decreto 2027/1985 → Artículo 43, dos, Real Decreto 1841/1991.

Artículo 21.2, Real Decreto 2027/1985 → Derogado disposición adicional 13.ª, Ley 18/1991.

15. Obligaciones formales y materiales del retenedor.

Artículo 22 Real Decreto 2027/1985 → Artículo 59, Real Decreto 1841/1991.

16. Obligaciones de información tributaria.

Artículos 23, 24, 25 y 26, Real Decreto 2027/1985 → (Absolutamente sin correspondencia)

Del examen comparativo resulta que el Real Decreto 2027/1985 ha sido incorporado en su práctica totalidad por el Real Decreto 1841/1991 y la Ley 18/1991, del IRPF. ¿Por qué han quedado excluidas unas determinadas materias?

Las causas son diferentes, según los casos.

Por lo que se refiere al artículo 4.º, números 3 y 4, la explicación puede estar en que se trata de normas de excesivo detalle, fácilmente prescindibles, en base a una regulación general.

Por el contrario, la regulación del artículo 9.º es básica para el correcto funcionamiento de la obligación de retener y su omisión en el Real Decreto 1841/1991, sólo puede ser debida a involuntario olvido o a creencia deliberada de que es oportuno no solapar la totalidad del Real Decreto 2027/1985 por el Real Decreto 1841/1991. Sea cual fuere la razón verdadera es difícil aceptar que el artículo 9.º del Real Decreto 2027/1985 haya perdido el tren del Real Decreto 1841/1991, siendo así que el resto de los preceptos se han subido al mismo.

En lo concerniente al artículo 11, la omisión del número 2 se explica por razón de la omisión del artículo 9.º, en tanto que el número 3, que tipifica la curiosa figura de la autoretencción, es propio del Impuesto sobre Sociedades, y el número 4, aunque forzosamente, podría entenderse reproducido en el artículo 44, tres, del Real Decreto 1841/1991.

Por último, la omisión de las obligaciones de información tributaria es plenamente lógica por tratarse, más bien, de una materia de carácter general.

Podemos resumir fácilmente lo que ha supuesto la nueva regulación de los rendimientos del capital mobiliario en relación a la Ley 14/1985. La Ley 14/1985 regula cuatro grupos de materias:

- Definiciones de los rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios.
- Forma de integración de estos rendimientos en la base imponible del IRPF, y también del Impuesto sobre Sociedades.
- Obligación de retener sobre los citados rendimientos.
- Obligaciones de información.

La Ley 18/1991 y el Real Decreto 1841/1991 han regulado, con idéntico o similar criterio al establecido por la Ley 14/1985 y el Real Decreto 2027/1985:

- Definiciones de los rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios.
- Obligación de retener sobre los citados rendimientos aunque omitiendo lo relativo a la certificación acreditativa.

En cuanto a la integración de los rendimientos en la base imponible del IRPF, la Ley 18/1991 se remite, precisamente, a la Ley 14/1985, y, finalmente, respecto de la obligación de información nada establece.

Entendemos que la reforma del Impuesto sobre Sociedades dará la oportunidad de derogar la Ley 14/1985 y el Real Decreto 2027/1985, en beneficio de la seguridad jurídica, a cuyo efecto en el IRPF sería necesario incorporar las siguientes modificaciones:

- Regular los criterios de integración en la base imponible de los rendimientos del capital mobiliario cedido a terceros.
- Completar la regulación de la obligación de retener.