

LA TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS ESPECIALES DE CONTENIDO ECONOMICO EN EL IRPF .

Diego González Ortiz

I . INTRODUCCIÓN

Los derechos especiales de contenido económico que se reservan los fundadores y promotores de las sociedades anónimas, son objeto de una breve regulación mercantil, fundamentalmente dirigida a evitar los abusos que podrían producirse en caso de una utilización de los mismos con fines distintos de aquellos para los que han sido ideados¹.

La razón de la poca minuciosidad en su regulación mercantil se encuentra, seguramente, en la poca repercusión que tienen en la realidad estos derechos , tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina mercantilista , además de la tendencia a remunerar los correspondientes servicios por cauces menos gravosos desde el punto de vista fiscal .

Por su parte , la legislación tributaria , que por mandato constitucional debe estar presente siempre que exista una manifestación de capacidad económica , y en la medida de la misma , lo hace gravando estos derechos a través de una regulación confusa y probablemente de forma contraria al principio que le sirve de fundamento .

La Ley 18/1991 , del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante Ley del IRPF) menciona estas ventajas en el artículo 25 apartado j) , donde las califica como rendimientos del trabajo . De forma coherente con esta declaración , su artículo 37 , en el último inciso del segundo párrafo del apartado uno , excluye de la consideración de rendimientos del capital mobiliario , los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos , cuando estén remunerando el trabajo personal .

La regulación de estos derechos especiales se completa con la norma de valoración contenida en el apartado dos del artículo 5 del Reglamento del Impuesto en su redacción actual , en la cual únicamente se mencionan aquellos que consistan en un porcentaje sobre los beneficios de la entidad .

Son varios los problemas que plantea esta regulación , siendo en gran medida fruto del acarreo histórico .²

El tratamiento fiscal que tradicionalmente se ha dado a las rentas generadas por estos derechos , ha consistido en separar el momento de la constitución de los mismos respecto de su realización . A pesar de que esta visión parecía superada por la Ley 18/1991 , ha sido vuelta a introducir por vía reglamentaria , lo que plantea no solo dudas sobre la vulneración del principio material de capacidad económica sino también del principio de reserva de ley en materia tributaria .

¹ Véase sobre el proceso histórico , en nuestra doctrina , OTERO LASTRES , << Ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima >> , RDM, núm. 147 y 148 , pp. 9 y 10 y la bibliografía francesa , alemana y suiza citada por dicho autor .

² Sobre la tributación de los bonos en el sistema anterior a la Ley 50 / 1977 , CARBAJO VASCO , D.(1982). La tributación de los bonos o partes de fundador . Rev. Crónica Tributaria , 42 , 78-81.

II . LOS DERECHOS ESPECIALES DE CONTENIDO ECONÓMICO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

Puesto que nos encontramos ante una figura delimitada por normas mercantiles , y en la que la legislación tributaria fija su mirada para gravar la capacidad económica puesta de manifiesto por el sujeto que obtiene rentas derivadas de estos derechos , lo que nos servirá para delimitar el presupuesto de hecho generador de la deuda tributaria , así como los sujetos que pueden realizarlo .

El fundamento legal de estos derechos se encuentra en el reconocimiento por el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) del principio de autonomía de la voluntad de los socios fundadores para incluir en la escritura de constitución todos los pactos y condiciones que juzguen convenientes , siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima. Estos límites legales son fundamentalmente los que establece el artículo 11 , respecto de su contenido material , y los dispuestos en el artículo 9 m) y 25.1 d) , por lo que respecta a los requisitos formales .

Nos encontramos con un negocio jurídico privado , distinto del contrato de sociedad , y que se sirve de la escritura de constitución , para atribuir a los fundadores y promotores , según la fundación haya sido simultánea o sucesiva , unos derechos especiales frente a la sociedad diferentes de las acciones .

Por otra parte , se permite la incorporación de estos derechos a “ títulos nominativos distintos de las acciones “ cuya transmisibilidad puede ser restringida por los estatutos .

Varias son las cuestiones que deben destacarse de la regulación mercantil y que resultan interesantes para comprender su tratamiento fiscal .

La primera de ellas , es la de si debe exigirse , como elemento constitutivo del negocio jurídico que le da origen , un servicio efectivo a la fundación de la sociedad por parte de los promotores y fundadores . Este punto es discutido por la doctrina mercantilista , para unos la idea retributiva se convierte en causa del contrato , sin la cual este sería nulo (art. 1275 C.c.)³ . Otros autores ⁴ , aunque admiten como fundamento material la finalidad retributiva , no exigen para la validez del negocio jurídico la existencia de una prestación o servicio efectivo , postura que encuentra apoyo legal en el carácter formal de los conceptos de fundador y promotor . La LSA. , además , prescinde de toda valoración de la prestación para fijar los límites a su cuantía , a diferencia de lo que ocurre con las aportaciones no dinerarias al capital social , donde se trata de buscar tanto su efectividad como su equivalencia con el valor de las acciones percibidas .

Debe destacarse que la Ley IRPF , introduce explícitamente la referencia a un *servicio personal* del promotor o fundador a la sociedad , lo que plantearía la duda sobre si el ordenamiento tributario mantiene un concepto mas restrictivo que el mercantil . Esta cuestión volverá a ser objeto de atención cuando analicemos su régimen fiscal .

³ OTERO LASTRES , *supra* nota 1 , pp. 14. GÓMEZ MENDOZA . M. *Derechos especiales de fundadores y promotores . Derecho de sociedades anónimas . Vol. I, La Fundación . Madrid 1991, pp 808.*

⁴ VELASCO SAN PEDRO .L.A., *Estudios jurídicos .Libro Homenaje al Prof. Menéndez . II , pp. 2030.*

La segunda cuestión que debe abordarse de la regulación mercantil , es la referente a los beneficiarios de tales derechos , en cuanto que estos serán los sujetos pasivos del impuesto .

En principio , únicamente está permitido atribuir estas ventajas , a los fundadores y a los promotores, conceptos que son legalmente delimitados en los artículos 14 y 20.1 LSA respectivamente . Los primeros corresponden al sistema de fundación simultánea o por convenio , y los segundos al de fundación sucesiva por suscripción pública ⁵ .

La condición de beneficiario es independiente de la de accionista , así ocurre con los promotores , que no necesariamente deben suscribir acciones .

El carácter transmisible de estos derechos , se hayan o no incorporado a títulos , permite que en un segundo momento , terceros ajenos al proceso fundacional perciban estas remuneraciones .

En este punto vuelven a plantearse problemas de interpretación de la ley tributaria , tanto de calificación de estos rendimientos percibidos por terceros , como de sujeción , en caso de que por aplicación de la norma de valoración contenida en el artículo 5.2 del Reglamento del IRPF , hayan sido gravados en el momento de su nacimiento .

Respecto al contenido , que a estos derechos puede corresponder , el artículo 11 LSA es poco explícito . Lo que si parece claro es que este podrá ser de diversa naturaleza , siempre que sea económicamente valorable⁶ .

Al respecto cabría destacar :

a) El derecho a participar en los beneficios sociales . Entre los posibles contenidos , éste es el más importante , y al que se refiere la polémica norma de valoración del artículo 5.2 del Reglamento del IRPF .

Esta participación puede consistir , tanto en una cantidad fija , como en un porcentaje , o bien en una combinación de ambas modalidades ⁷ .

Debemos destacar aquí , por la importancia que tendrá para el posterior estudio del régimen fiscal , que incluso cuando se tiene derecho a participar en una cuantía fija , no puede conocerse , en el momento de su atribución , la suma total que el beneficiario percibirá durante la vida del mismo , puesto que su percepción está condicionada a la obtención de beneficios por la sociedad , convirtiendolo en un derecho de contenido aleatorio .

b) Menciona la doctrina como posibles contenidos el derecho a participar en la cuota de liquidación ⁸; derechos exclusivos de compra o venta de materias primas o

⁵ La posibilidad de atribuir estos derechos a personas distintas está permitida por algunas legislaciones , Como afirma VELASCO SAN PEDRO, L.A. supra nota 4 , pp. 2033 , no parece ser así en la LSA española , incluso cuando hayan intervenido en la fundación , y ello a pesar de que el art.36 LSA únicamente prohíbe la aportación de trabajo o servicios al capital , lo cual se desprende del carácter restrictivo del art.11 LSA . Cuestión distinta es la atribución de derechos de contenido similar , o incluso de acciones , en contraprestación de derechos de crédito surgidos durante la vida de la sociedad .

⁶ Sobre la polémica doctrinal existente durante la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 , véase GÓMEZ MENDOZA . M. Supra nota 3., pp. 816-826. Este mismo autor excluye como posible contenido de estos derechos especiales cualquier ventaja de carácter administrativo .En contra GIRÓN TENA , Derecho de sociedades anónimas , Valladolid ,1952, pp.140. Es dudoso , en cambio , la posibilidad de admitir como posible contenido , un derecho de suscripción preferente , dada la naturaleza mixta de los mismos .VELASCO SAN PEDRO . L.A. Supra nota 4 , pp. 1037.

⁷ GÓMEZ MENDOZA , MARÍA . supra nota 3 , pp. 820 y ss. Se refiere esta autora a la protección de estos acreedores frente a la Junta de accionistas y al carácter no acumulativo de estos derechos respecto de años posteriores , así como a la posibilidad de la existencia de participaciones a cuenta de futuros y previsibles beneficios .

productos ; uso de instalaciones o el suministro gratuito de energía eléctrica producido por la sociedad ⁹. En cualquier caso , la problemática fiscal de estos contenidos es menor que el supuesto de participación en beneficios .

La LSA regula también en su artículo 11 , los límites a los derechos especiales de fundadores y promotores con la finalidad de evitar abusos por parte de estos , en perjuicio de la sociedad y de los accionistas .

Debemos entender que los límites se aplicarán con independencia de la naturaleza del derecho¹⁰ , a pesar de las dificultades que puedan plantear aquellas ventajas que no supongan una participación en los beneficios de la sociedad .

Puede observarse que los límites , cuantitativo y temporal , establecidos en el artículo 11 LSA , no persiguen una equivalencia económica con el valor de la prestación de servicios del beneficiario , lo que refuerza el carácter formal de la misma .

Para finalizar este breve repaso a la regulación mercantil de las ventajas de fundador , nos referiremos a la posibilidad de retribuir las tareas fundacionales por otros medios , así como a la existencia de figuras mercantiles afines que conviene diferenciar .

Entre los sistemas que pueden ser utilizados para remunerar a fundadores y promotores podemos mencionar en primer lugar , prestaciones accesorias remuneradas ; el recurso a los servicios de sociedades de estudio y gestión que asuman el proceso fundacional , o bien , darles forma de gastos de constitución . En cualquier caso , el artículo 36 excluiría la entrega de acciones , en cuanto que prohíbe las aportaciones de trabajo o de servicios .

Respecto a la existencia de otras figuras afines , debe diferenciarse los bonos de fundador de aquellos derechos económicos reconocidos por la sociedad a acreedores en contraprestación de un derecho de crédito surgido en un momento posterior al nacimiento de la sociedad . La contratación de estos sujetos con la sociedad fuera de la escritura de constitución persigue otras finalidades distintas a las de remunerar la idea fundacional , convirtiéndose incluso en la causa de la participación como accionista en la sociedad ¹¹.

Es frecuente que la sociedad otorgue los derechos de contenido patrimonial que incorporan las acciones de la sociedad a los titulares de aquellas que hayan sido amortizadas . Son los denominados bonos de disfrute y vienen regulados en el artículo 48.3 LSA .

III . NATURALEZA TRIBUTARIA DEL IMPORTE PERCIBIDO POR LOS TITULARES DE DERECHOS ESPECIALES DE FUNDADOR O PROMOTOR .

⁸ En contra GÓMEZ MENDOZA , MARÍA , *supra* nota 3 , pp. 824.

⁹ GÓMEZ MENDOZA , MARÍA , *supra* nota 3 , pp. 825.

¹⁰ GIRÓN TENA , *Derecho de sociedades anónimas* , Valladolid , 1952 , pp. 141. GARRIGUES / URÍA , *Comentario a la Ley de sociedades anónimas* , 3ª. de . , Rev. por MENÉNDEZ Y OLIVENCIA , Madrid , 1976 . I , pp. 260

¹¹ GÓMEZ MENDOZA , MARÍA . *supra* nota 3 , pp. 802 . *Cualquier ventaja que puedan disfrutar los fundadores y promotores nacida en un momento posterior al de la fundación social no quedará sujeta al régimen del artículo 11 LSA sino a los límites jurídicos que son de aplicación en caso de autocontratación , cuando esta perjudique los intereses de los accionistas minoritarios , no siendo relevante la condición de fundador o de promotor que pueda concurrir en estos sujetos .*

El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de carácter directo y naturaleza personal y subjetiva , grava la renta de las personas físicas en los términos previstos en su ley reguladora , de modo que las rentas percibidas por los fundadores y promotores de una sociedad anónima , deberán ser declarados anualmente por estos , de acuerdo con la calificación otorgada por el legislador y con aplicación de las normas de valoración , generales y específicas , contenidas en la ley del impuesto .

Dos artículos mencionan de modo expreso las ventajas de los fundadores y promotores en la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , uno en la propia Ley 18/1991 y otro en su Reglamento de desarrollo aprobado por el R.D. 1841/1991. El artículo 25 j) de la Ley del IRPF , lo hace , para calificarlos como rendimientos del trabajo personal y consecuentemente darles el tratamiento de este tipo de rentas . Por su parte el artículo 5.2 del Reglamento , contiene una norma de valoración respecto de aquellos derechos especiales de contenido económico que permiten una participación en los beneficios de una sociedad . Este artículo , como luego analizaremos , contiene una valoración de los rendimientos en especie pero , introduce además , una presunción iuris et de iure de la percepción de renta .

Antes de pasar a plantear los problemas que suscita el régimen fiscal de los derechos especiales en cuestión , debemos mencionar otro artículo que guarda , en nuestra opinión , relación con las prestaciones que son objeto de nuestra atención . Se trata del artículo 37.1 párrafo segundo , el cual excluye de la consideración de rendimientos del capital mobiliario , a los procedentes de cualquier clase de activos , distintos de las acciones liberadas , que estatutariamente o por decisión de los órganos sociales , faculden para participar en los beneficios , ventas , operaciones , ingresos o conceptos análogos de una sociedad o asociación por causa distinta de la remuneración del trabajo personal .

A la vista de esta regulación , debemos proceder a poner de manifiesto los problemas que plantea la misma , y que creemos pueden concretarse en tres , uno de carácter conceptual , otro de adecuación de la regulación al principio de capacidad económica y , por último , otro de respeto al principio de reserva de ley en materia tributaria .

A) El concepto de derechos especiales de contenido económico utilizado por el artículo 25 j) de la Ley 18/1991.

La primera cuestión que debemos plantearnos consiste en saber si mantiene la legislación tributaria un concepto más restringido que la legislación mercantil en lo referente a los derechos especiales de contenido económico , en cuanto que menciona explícitamente el hecho de que aquellos sean una remuneración de servicios personales . Ello con independencia de la cuestión ya comentada sobre la validez del negocio jurídico en caso de ausencia de una verdadera prestación material a la fundación , puesto que nos inclinamos por una posición flexible .

Se trata , por tanto , de determinar el componente de la renta del sujeto pasivo en el que deberemos incluir las retribuciones percibidas por los titulares de los derechos especiales , cuando la mismas no respondan a un servicio efectivo prestado en favor de la sociedad ¹² .

¹² En este sentido opina MAGRANER MORENO , F. (1992) Régimen fiscal de los derechos económicos que se reservan los fundadores y promotores de las sociedades anónimas . Actualidad Fiscal , 142 , pp. 506 - 510 . Este autor exige la presencia de un servicio personal efectivo para estar ante un rendimiento

Nosotros entendemos que el artículo 25 j) ha hecho una remisión en bloque a la legislación mercantil que regula la figura en cuestión . El hecho de que se hable de retribución de servicios personales supone la mención , de forma explícita , de la razón de ser o fundamento de la existencia de estos derechos con la finalidad de diferenciarlos de figuras afines como los bonos de disfrute ¹³, las prestaciones accesorias o las acciones privilegiadas . Por otra parte , con ello trata el legislador de justificar su calificación como rendimientos del trabajo , a pesar de no estar vinculados a una relación laboral .

Cuestión diferente es que los rendimientos fuesen percibidos por un sujeto que no tuviese la condición de fundador o promotor de la sociedad . Esta posibilidad viene amparada por la propia legislación mercantil al configurar estos derechos como esencialmente transmisibles , hayan sido o no incorporados a un título . Es el único supuesto en que estos derechos generarían rentas del capital mobiliario , aunque como luego veremos la redacción del artículo 5.2 del Reglamento a llevado en la práctica a otra conclusión . Se trata de un supuesto asimilado por la ley , artículo 37.1 , a la participación en fondos propios , en cuyo sustrato pueden existir operaciones de diversa naturaleza jurídica .

B) Reglas de valoración del contenido económico de estos derechos y respeto al principio de capacidad económica .

La valoración de estos derechos no plantearía ningún problema si únicamente fueran de aplicación las reglas que contiene la ley del IRPF para la determinación del valor de los rendimientos en especie del trabajo personal .

Cuando el titular tuviese derecho a percibir una suma de dinero , fija o variable , únicamente las cantidades que efectivamente percibiese estarían gravadas ¹⁴. Por el contrario , cuando tuviesen un contenido distinto del anterior , serían de aplicación las reglas de valoración de los rendimientos en especie del trabajo personal , que prevén de forma residual que se estime como valor el normal de mercado , artículo 27. uno f) LIRPF.

Sin embargo , el Reglamento del Impuesto en el número 2 del artículo 5 , contiene una norma de valoración de los derechos de contenido económico que se reserven fundadores y promotores de una sociedad como remuneración de servicios personales , cuando consistan en un porcentaje sobre los beneficios de la entidad .

Este artículo introduce un gravamen diferente según se perciba una cantidad fija y determinada de los beneficios sociales o por el contrario la retribución consista en un porcentaje sobre los mismos , siendo la cuantía a percibir , en este último caso , indeterminada , puesto que estará en función del volumen de beneficios sociales que obtenga la sociedad en cada ejercicio .

Este diferente tratamiento , únicamente es explicable por una asimilación a las acciones , cuando los bonos de fundador permitan la participación en un porcentaje sobre los beneficios , dando lugar en la práctica a una doble tributación de estos

del trabajo , sin distinguir el hecho de que estemos ante una prestación laboral en sentido propio o por el contrario tengan naturaleza profesional . En caso contrario , opina , nos encontraríamos ante una retribución del capital mobiliario .

¹³ CARVAJO VASCO , DOMINGO . La tributación de los bonos de disfrute . Crónica Tributaria , número 47 , 1983 , pp 41 a 49 .

¹⁴ Cabría plantear , si en el supuesto de percepción de cantidades líquidas , sería de aplicación la norma sobre la estimación de rendimientos contenida en el artículo 7 de la ley del IRPF , encontrándonos con el problema adicional de determinar el valor de mercado de la prestación a la sociedad .

derechos , puesto que su entrega es gravada como un rendimiento en especie del trabajo y la percepción de los beneficios como rentas del capital , lo que supone una clara vulneración del principio de capacidad económica .

Comenzaremos por la raíz del problema , la dudosa asimilación a las acciones , para después analizar las consecuencias jurídicas de la misma , a saber , el diferente gravamen atendiendo al contenido del derecho y la conculcación del principio de capacidad económica .

La mencionada asimilación no es una novedad del Reglamento del IRPF de 1991 , sino que su origen se encuentra en el sistema anterior a la Ley 50/1977 , siendo recogida después , tanto por el Reglamento de 14-11-1979 como por el de 30-10-1981 de forma similar a la actual , aunque sin diferenciar entre la percepción de una cuantía determinada y la de un porcentaje sobre los beneficios sociales .

El legislador español , con anterioridad al Impuesto sobre la Renta de 1978 , establecía una separación entre el momento de la entrega de estos derechos y el de la percepción efectiva de las prestaciones que constituyen el contenido efectivo de aquellos . La recepción del título determinaba un rendimiento del trabajo gravado por el Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal , tanto si los bonos o partes de fundador daban derecho a una cuantía fija o variable . En el primer caso servía como base imponible el valor nominal de estos títulos , mientras que si consistían en una participación en beneficios , estaba formada por el 70% del promedio que resultase de tomar el valor nominal de los títulos enteramente liberados de la misma sociedad ¹⁵.

La base imponible de este impuesto coincidía con la del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales , que gravaba la creación de estos títulos ¹⁶.

La obtención de las prestaciones era gravada por el Impuesto sobre las Rentas del Capital , aprobado por el Decreto 3357/1967 , de 23 de diciembre . Este es el tratamiento que ha querido mantener el artículo 5.2 del Reglamento de 1991 , con la única diferencia de que lo hace únicamente cuando los bonos de fundador permiten participar en un porcentaje sobre los beneficios de la sociedad .

Hablamos de asimilación a las acciones en cuanto que la ley grava , como una retribución en especie , la entrega del derecho , como si este pudiese atribuírsele un valor económico diferente al de la participación en beneficios de la sociedad . Esta circunstancia si que concurre en el caso de las acciones , puesto que estas , como conjunto de derechos de los que es titular el accionista , permiten , en su dimensión patrimonial , no solo participar en los beneficios sociales , sino también en la cuota de liquidación de la sociedad en proporción al valor de la aportación realizada al capital social . Este contenido complejo de la acción justifica la distinción entre entrega del título , que será tenida en cuenta en el momento de la transmisión del mismo , y los dividendos percibidos por el accionista , gravados como rendimientos del capital mobiliario , puesto que nacen de dos derechos diferentes ¹⁷.

Por lo que respecta a las consecuencias que derivan de la aplicación del artículo 5.2 del Reglamento , mencionábamos , en primer lugar , el diferente tratamiento que se

¹⁵ CARVAJO VASCO , DOMINGO . *supra* nota 2 . Este autor critica la referencia del artículo 81 del Decreto 512/1967 a la entrega de bonos de fundador que permitan una participación en el capital y que no sean representativas de aportaciones de bienes y derechos , puesto que esta operación estaba prohibida en el artículo 33 LSA de 1951.

¹⁶ CARVAJO VASCO , DOMINGO . *supra* nota 2 .

¹⁷ Ya se ha hecho referencia anteriormente a la imposibilidad de entregar acciones , a los fundadores y promotores , como retribución de los servicios prestados para la fundación de la sociedad , artículos 36 y 11 LSA.

otorga al supuesto en que se tenga derecho a participar en un porcentaje de los beneficios , respecto a los restantes contenidos . Podríamos preguntarnos por qué no se grava la entrega del título cuando éste da lugar a la percepción de una cantidad fija y determinada , o cuando se atribuye un derecho de exclusiva en el aprovisionamiento de materias primas o bien cuando se permite beneficiarse de préstamos a bajo interés , por poner algunos ejemplos . Por qué no se hace esta distinción en los llamados bonos de disfrute , que si bien tienen un fundamento legal y material diferente , guardan similitud en su estructura jurídica . En términos generales la pregunta sería , por qué no se grava el nacimiento de un derecho subjetivo de forma independiente a la satisfacción del mismo . Evidentemente , ésto no es posible , porque no son dos realidades diferentes , el contenido de un derecho es uno de sus elementos esenciales . Estaríamos convirtiendo un impuesto sobre la renta en un impuesto sobre transmisiones patrimoniales .

La segunda consecuencia es la vulneración del principio de capacidad económica , reconocido en el artículo 31 de la Constitución Española y que se erige en fundamento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos .

Como han puesto de manifiesto diversos autores ¹⁸ el gravamen inicial de un derecho de contenido aleatorio , antes de la materialización del mismo , supone el gravamen de una renta ficticia . No solo no se ha percibido cantidad alguna en el momento de la entrega del derecho , sino que cabe la posibilidad de que nunca se lleguen a percibir , puesto que están condicionadas a la percepción de dividendos por la sociedad . Pero el gravamen de una renta ficticia no es el único problema que plantea el artículo en cuestión desde la perspectiva del principio de capacidad económica . La fundamental transgresión al mencionado principio se produce cuando , habiéndose tributado en el momento del nacimiento del derecho por una renta ficticia , que no se ha percibido en la realidad , las percepciones efectivas vuelven a estar sometidas al Impuesto en el momento de su obtención como rendimientos del capital mobiliario .

Solamente dos soluciones caben ante esta vulneración de un precepto constitucional . Una , la de no gravar como rendimientos del capital mobiliario lo que previamente ha tributado como renta del trabajo personal . Esta solución encontraría amparo en la literalidad del artículo del artículo 37 de la Ley del IRPF , el cual prohíbe calificar como rendimientos del capital mobiliario los procedentes de cualquier clase de activos que permitan participar en los beneficios , cuando tengan como causa la remuneración del trabajo personal ¹⁹ . Tendría , sin embargo , el inconveniente de gravar una renta ficticia , con las dudas antes referidas sobre la vulneración del principio de capacidad económica .

La otra solución , mucho mas adecuada , es la derogación de este precepto reglamentario .

C) Adecuación del artículo 5.2 del Reglamento del IRPF al principio de legalidad

Por último , podría llegar a pensarse que , el artículo 5.2 del Reglamento incurre en un claro exceso reglamentario . Sin embargo , a pesar de lo que han entendido otros

¹⁸ FERREIRO LAPATZA . J , MARTIN QUERALT . J , CLAVIJO HERNANDEZ . F , PEREZ ROYO . F , TEJERIZO LOPEZ . J . (1994) *Curso de Derecho Tributario* . 10ª Edición . , Madrid . Marcial Pons . pp 79.

¹⁹ *En contra de esta postura* , SANZ GADEA , E . (1987) *Impuesto sobre sociedades (Comentarios y casos prácticos) Tomo 1* , Madrid , Ed. Centro de Estudios Financieros .

autores ²⁰ la vulneración del principio de legalidad no se produce únicamente al introducirse reglamentariamente una regla para la determinación de la base imponible , elemento esencial del tributo cuya regulación se encuentra reservada a la ley , sino que da entrada a una retribución en especie no prevista en la Ley del Impuesto , y por lo tanto a una concreción del hecho imponible . Efectivamente , el artículo 5.2 del Reglamento está valorando un supuesto de hecho , que no se deduce de la literalidad de la Ley , a saber , la entrega de un derecho a participar en un porcentaje de los beneficios sociales , con las consecuencias negativas que dicho tratamiento lleva aparejadas y que han sido anteriormente expuestas .

El Tribunal Constitucional parece relativizar el alcance de la reserva de ley respecto a la delimitación de la base imponible , de modo que , la complejidad técnica del cálculo del gravamen pueda justificar , de acuerdo con las circunstancias que concurran en el caso concreto , una remisión a la norma reglamentaria ²¹ .

Con independencia de lo criticable de esta afirmación , puesto que entra en contradicción con la propia interpretación del principio de reserva de ley realizada por el mismo ²² , lo que no sería justificable en ningún caso sería que la norma reglamentaria regulase el presupuesto de hecho que da nacimiento al tributo .

Por todo ello , parece que lo mas conveniente sería la derogación del artículo 5.2 del Reglamento del IRPF .

²⁰ VEGA HERRERO , MANUELA . (1995) . Artículo 27 IRPF . Valoración de las retribuciones en especie . En : Comentarios a la Ley del IRPF y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio . Libro Homenaje a Luis Mateo Rodríguez ; Aranzadi , pp. 381 .

²¹ *STC 221/1992. Sobre la justificación de este exceso reglamentario referente al anterior al artículo 44 del Reglamento del IRPF , veasé CARVAJO VASCO , DOMINGO . supra nota 2. pp 82.*

²² *STC 19 - XII - 1985 , 37/1981 , 6/1983 , 51/1983 , 14/1987 Y 37/1987.*