

**ANDRÉS BÁEZ MORENO
HUGO LÓPEZ LÓPEZ**

*Becarios de Investigación del Ministerio de Educación y
Cultura. Universidad Carlos III de Madrid*

Extracto:

EN este artículo, los autores estudian el régimen tributario de las ventajas especiales de fundadores y promotores de sociedades anónimas. Esta figura, de régimen y naturaleza muy discutida en el ámbito mercantil, plantea, a su vez, interesantes problemas interpretativos en cuanto a su régimen tributario en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En un primer momento, se estudia el régimen de la entrega de las ventajas especiales, dedicando especial atención a la discusión en torno a las distintas tesis que han intentado resolver el problema de la doble tributación como rendimientos del trabajo y del capital mobiliario.

Resuelto este problema, los autores abordan la tributación del rendimiento de las ventajas y de su transmisión.

Finalmente, se ofrece una propuesta sobre el modo adecuado de tributación de estos activos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Sumario:

1. Introducción.
 2. La tributación de las ventajas especiales de fundadores y promotores como rendimientos del trabajo personal.
 - 2.1. Los trabajos previos a la constitución de la sociedad: consecuencias tributarias.
 - 2.2. La amplitud del artículo 16.2.g) de la LIRPF y la distinción entre entrega y rendimientos de la ventaja.
 - 2.3. La tributación de la entrega y el rendimiento de la ventaja. Problemas de doble imposición en el gravamen del rendimiento y de la transmisión de la parte.
 - 2.4. La valoración de la entrega de las ventajas especiales de fundadores y promotores. El artículo 46 del RIRPF.
 3. La tributación del rendimiento de las ventajas especiales de fundadores y promotores.
 4. La tributación de la transmisión de las ventajas especiales.
 5. Análisis valorativo de las ventajas o partes de fundador.
- Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Las ventajas especiales de fundadores y promotores de Sociedades Anónimas, a pesar de su corta historia ¹, y de su aparente sencillez, plantean multitud de problemas de orden práctico tanto en el Derecho Mercantil como en el Tributario. Este doble ámbito de problemas nos sitúa ante la primera reflexión que nos gustaría hacer patente en este escrito. Puesto que pretendemos elaborar un análisis en torno a la fiscalidad de las ventajas especiales de los fundadores de Sociedades Anónimas, en todos aquellos casos, que son muchos, en que no exista una solución única aportada por la dogmática mercantil, presentaremos las hipotéticas consecuencias fiscales para cada una de las soluciones propuestas. De esta manera, evitamos pronunciarnos sobre aspectos que la fragmentación de las disciplinas jurídicas nos hace parcialmente ajenos, y a la vez contribuimos a las relaciones de armonía entre Derecho Mercantil y Derecho Fiscal, que propusiera, ya hace algunos años, el maestro RODRIGO URÍA ². Dicho lo anterior, procede ocuparse ahora de la descripción, necesariamente somera, de las ventajas especiales de fundadores y promotores como figura propia del Derecho Mercantil.

¹ La doctrina fija su origen histórico en la creación de una sociedad de estudios para la promoción de la construcción del Canal de Suez, cuyos socios recibieron de la ya constituida Compañía Universal del Canal Marítimo 100 partes de fundador, que según los estatutos permitían a los fundadores participar en el 10% de los beneficios netos: BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)*. Volumen II. Madrid: Prensa Castellana, 1970, p. 311. OTERO LASTRES, José Manuel. «Las ventajas particulares en la fundación de la Sociedad Anónima». /En/ *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 147 y 148, 1978, p. 9-10. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. «La fundación cualificada (ventajas de fundadores o promotores y aportaciones "in natura")». /En/ *La reforma del Derecho Español de Sociedades de capital*. Madrid: Civitas, 1987, p. 150-151. GÓMEZ MENDOZA, María. «Derechos especiales de fundadores y promotores». /En/ *Derecho de Sociedades Anónimas*. Madrid: Civitas, 1991, p. 803-804. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. «Las ventajas de fundadores y promotores en la Sociedad Anónima». /En/ *Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 2.626. (Este mismo artículo está publicado en otra obra de carácter colectivo: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. «Ventajas de los fundadores». /En/ *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Edersa, 1997, p. 329 y ss.). HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gaston; JAUFFRET, Alfred. *Droit Commercial*. Tomo I, 2.º Volumen. 2.ª Edición. Paris: Dalloz, 1980, p. 293-294. ERNST, Tassilo. *Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 1963, p. 32-34. Además en estas páginas se contienen interesantes referencias a la historia de los partes de fundador en Francia.

² URÍA, Rodrigo. «Derecho fiscal y Derecho Mercantil». /En/ *Hacienda Pública Española*, n.º 94, 1985, p. 35. Publicado con anterioridad en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II, 1950, pp. 273 y ss.

En la mayor parte de las ocasiones, la constitución de una sociedad anónima se ve precedida por todo un conjunto de estudios, proyectos, averiguaciones y servicios de todo género, que desarrollan los fundadores o promotores de éstas. Estos servicios cuentan, de forma indudable, con un valor económico y ello habilita, precisamente, la posibilidad de que la sociedad asuma estatutariamente unos compromisos del género más variado, aunque en todo caso de carácter económico, que retribuyan dicha actividad fundacional. Al contenido de esos compromisos estatutarios de la sociedad frente a sus fundadores o promotores es a lo que se conoce como ventajas especiales de fundadores y promotores³.

Sin embargo, diversos motivos han conducido a las diferentes legislaciones⁴ que se han ocupado de las ventajas especiales a fijar todo un elenco de límites a las mismas. Como justificaciones a estos límites, se han aportado razones diversas: desde que los fundadores tienden a supervalorar sus servicios⁵, o que se reservan ventajas que responden a aportaciones ficticias⁶, hasta que pueden constituir una carga excesiva para la sociedad⁷. Independientemente de su fundamento, conviene dejar claro desde este momento que el valor de las ventajas especiales de fundadores y promotores no podrá exceder del 10 por 100 de los beneficios netos obtenidos según balance una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y tendrá como duración máxima diez años. Nos limitamos en este momento a reproducir los límites a los que se refiere el artículo 11 de la LSA, dejando para más tarde los diferentes problemas interpretativos a los que estos límites dan lugar. De estos problemas tendremos ocasión de ocuparnos cuando estudiemos, de forma detenida, el régimen jurídico tributario de las ventajas especiales de fundador.

³ Uno de los primeros problemas a los que se debe hacer frente en el estudio de esta figura es el terminológico. Y esta dificultad se presenta en un doble sentido. De un lado la legislación y doctrina mercantilistas no adoptan una terminología unánime. En este sentido, el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante LSA), titulado «*Ventajas de los fundadores*», se refiere a éstas en su articulado como «*derechos especiales de contenido económico*». El Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (en adelante RRM), titula su artículo 128 «*Ventajas de fundadores y promotores*» para hacer alusión en su desarrollo a «*derechos especiales en favor de los fundadores o de los promotores de la sociedad*». Como vemos, en dos preceptos aparecen hasta cuatro locuciones diferentes para designar, creemos, la misma realidad. No resulta esclarecedora a este respecto la doctrina mercantilista, que designa a esta figura con diferentes términos: derechos especiales, ventajas especiales, ventajas particulares, partes, bonos, cédulas o títulos de fundador, etc. Esta diversidad terminológica ha sido denunciada por la doctrina mercantilista (GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores... op. cit.*, p. 803) aunque sin proponer una terminología definitiva. En este trabajo para designar a estos instrumentos hablaremos de ventajas especiales de fundadores y promotores, reservando el término de bonos, partes o cédulas de fundador para cuando las ventajas especiales se titulicen.

⁴ Las legislaciones europeas han oscilado entre límites máximos, como es el caso de la legislación francesa en la que las Leyes 66-537 y 66-538 sobre Sociedades Mercantiles, de 24 de julio de 1966, prohibieron la emisión de partes de fundador; y mínimos, en los que se impone exclusivamente la publicación de las ventajas en los Estatutos de la Sociedad, casos de Alemania (§ 26.I Aktiengesetz) y Suiza (artículo 628.3 del Código de las obligaciones).

⁵ OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares... op. cit.*, p. 33. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores... op. cit.*, p. 332 y 345.

⁶ JUGLART, Michel de; IPPOLITO, Benjamin. *Cours de droit commercial : avec travaux dirigés et sujets d'examen*. 11.ª edición. París: Montchrestien, 1995. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada... op. cit.*, p. 151.

⁷ VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores... op. cit.* p. 332. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores... op. cit.*, p. 826. BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)... op. cit.*, p. 329.

Para terminar de dar un panorama generalísimo de los rasgos de las ventajas especiales de fundador según la legislación mercantil, debemos decir que el párrafo segundo del artículo 11 de la LSA permite incorporar dichas ventajas a títulos nominativos distintos de las acciones, pudiéndose restringir su transmisibilidad en los estatutos sociales. Como veremos más adelante, la transmisibilidad de estos títulos es de gran importancia para su régimen jurídico tributario.

Descritas las líneas básicas de la regulación mercantil de las ventajas especiales de fundador, debe hacerse alusión breve al modo en que dichas ventajas han sido objeto de tratamiento por la legislación fiscal. La primera nota característica de la regulación tributaria de las ventajas especiales de fundadores y promotores es la confusión⁸. Una vez aprobada la Constitución y conforme al nuevo sistema de imposición sobre la Renta, las tres regulaciones que han determinado la fiscalidad de estos derechos en los últimos veinte años (Ley 44/1978⁹, de 8 de septiembre, reguladora del IRPF, Ley 18/1991, de 6 de junio, y Ley 40/1998, de 9 de diciembre, también reguladoras del IRPF) presentan un grado de confusión considerable, que ha dado lugar a un sinfín de polémicas, respecto a las que este artículo pretende tomar partido. Otro de los grandes defectos de esta regulación es quizás el constante riesgo de doble imposición, criticado también con frecuencia por la doctrina mercantilista, que ve en el régimen fiscal un claro desincentivador de la retribución a los fundadores mediante ventajas especiales¹⁰.

Existe algún sector doctrinal que pretende ver una evolución en el tratamiento jurídico tributario de las ventajas especiales de fundador¹¹. Sin embargo, de la lectura de los preceptos concernientes a estos derechos, debe extraerse una conclusión diferente. La Ley 44/1978 consideraba en

⁸ Quizás esta confusión traiga causa de la regulación de la tributación de las ventajas especiales en el sistema de imposición sobre el producto anterior a la aprobación de la Constitución. En efecto, la entrega de las partes tributaba en el Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal (Decreto 512/1967, de 2 de marzo, artículos 77 y 81) mientras que el rendimiento derivado de las mismas lo hacía en el Impuesto sobre las Rentas del Capital (Decreto 3357/1967, de 23 de diciembre, artículo 13.5). En aquel momento, la configuración estrictamente separada de ambos impuestos, así como lo bajo de los tipos de gravamen (10% en las rentas del trabajo y 15 en la del capital) no hacían problemática la doble tributación de la entrega y del rendimiento derivado de la misma. Esta lógica no resulta aplicable a un sistema de imposición sobre la renta de carácter analítico en un único impuesto como lo viene siendo el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas desde 1978. Las contradicciones que genera el arrastre histórico de esta forma de tributar se irán poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo y constituyen, quizás, el origen y la justificación del excesivo gravamen que recae sobre estos activos.

⁹ Ya respecto de la regulación de la Ley de 1978 [arts. 14.1.f) y 17.2.b) de la Ley 44/1978 y arts. 41, 44 y 54 del RD de 3 de agosto de 1981 regulador del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas] se quejaba la doctrina mercantilista, achacando al régimen defectos notables de claridad, y, sobre todo, el carácter desincentivador de la regulación, al que tendremos ocasión de hacer alusión más adelante. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada...op cit.*, p. 153.

¹⁰ PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada...op cit.*, p. 153. También se ha pronunciado en este sentido algún tributarista: CARBAJO VASCO, Domingo. «La tributación de los bonos o partes de fundador». /En/ *Crónica Tributaria*, n.º 42, 1982, p. 82. GONZÁLEZ ORTIZ, Diego. «La tributación de los derechos especiales de contenido económico en el IRPF». /En/ *Tribuna Fiscal*, n.º 103, 1999, p. 60.

¹¹ En efecto, se ha señalado que mientras el artículo 14 de la LIRPF de 1978 hacía referencia a la constitución misma de los derechos (entiéndase de las ventajas) el artículo 16.2.g) de la Ley vigente así como el 25.j) de la Ley 18/1991 se refieren a derechos especiales de contenido económico. ÁLVAREZ BARBEITO, Pilar. *Los rendimientos del capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. 2.ª ed. puesta al día. Barcelona: Cedecs, 1999, p. 87. Creemos que este pretendido cambio legislativo no es tal, como veremos seguidamente.

su artículo 14.1.f) rendimiento del trabajo a «las asignaciones o partes de fundador y bonos de disfrute que se entreguen como remuneración de servicios». Por otro lado, el artículo 17.2.b) de la misma Ley incluía, entre los rendimientos del capital mobiliario, «cualquier clase de títulos jurídicos, que estatutariamente facultan para participar en los beneficios de una sociedad o asociación, por algún concepto distinto del de la remuneración directa de los servicios prestados a la entidad como directores, gestores, consejeros, administradores o empleados de la misma». El Reglamento repetía la misma ordenación, en sus artículos 41 y 54, aunque introducía una norma novedosa, referida a la valoración de las ventajas especiales de fundador cuando consistieran en la participación en los beneficios de la sociedad. En efecto, el artículo 44 del Reglamento señalaba: «Cuando la contraprestación consista en partes de fundador, bonos de disfrute o títulos similares que solamente concedan el derecho a participar en los beneficios de una entidad, se estimará como importe de la misma el 50 por 100 del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en los beneficios que la reconocida a los mencionados títulos». Esta norma, de dudosa legalidad, parecía circunscribirse, al igual que sus sucesoras, al ámbito de la entrega de la ventaja, que, como ya sabemos, tributaba como rendimiento del trabajo (en especie).

La Ley 18/1991 no clarificó en exceso este panorama. Apenas se introdujeron algunas reformas puntuales, que, sin embargo, dejaron incólume la idea central en la tributación de las ventajas especiales de fundadores, es decir, la separación del tratamiento fiscal de la entrega de la ventaja y el rendimiento ulterior de la misma. En este sentido: 1) Ya no se hablaba de asignaciones o partes de fundador (artículo 14 de la Ley 44/1978), sino de derechos especiales de contenido económico [artículo 25.j) Ley 18/1991]. 2) Este rendimiento se incluía en la lista no exhaustiva de rendimientos del trabajo del artículo 25 de la Ley 18/1991 y no en el precepto dedicado a los rendimientos en especie derivados de esta fuente de renta. Esto no planteaba ningún problema, si no fuera porque el artículo 5.Dos del RIRPF establecía una norma especial para la valoración de los derechos especiales de fundadores (que se refería a la entrega de las ventajas), incluyéndolos dentro de las denominadas «reglas especiales sobre **retribuciones en especie**»¹². 3) El citado artículo 25.j) de la Ley de 1991 ya no se refería a la entrega de partes de fundador, como hacía la Ley 44/1978, sino que, por el contrario, aludía a la reserva de los derechos especiales¹³. 4) El artículo 37 de la LIRPF de 1991 introduce una reforma de cierta relevancia respecto del artículo 17 de la Ley de 1978, preceptos en los que se quiso ubicar la tributación de las ventajas especiales de fun-

¹² Esta contradicción ha sido puesta de manifiesto en alguna ocasión por la doctrina: ROZAS VALDÉS, Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie*. Madrid: Civitas, 1994, p. 95. Sin embargo, no se alude al problema esencial que dicha calificación plantea, que no es otro que el referente a los pagos a cuenta correspondientes. Como sabemos, si se trata de un rendimiento dinerario, deberá practicarse retención; por el contrario, tratándose de un rendimiento en especie, procederá la práctica de un ingreso a cuenta. Quizás en el sistema de la Ley 18/1991 este problema no resultaba tal; sin embargo, como sabemos, el artículo 44.2 de la LIRPF impone, a menos que se repercuta al receptor de la renta la adición al valor de la retribución en especie del ingreso a cuenta practicado por el pagador. A ello debe añadirse que la Ley 40/1998 ya no establece dos listados para rendimientos dinerarios y en especie; sin embargo, el artículo 46 del RIRPF, que recoge la norma de valoración de la entrega, se incardina en el Capítulo III del Título II del Reglamento dedicado a las Rentas en especie. Sobre este problema volveremos más tarde.

¹³ Como veremos, de este cambio normativo, ha surgido una visión del precepto en la que ya no tiene cabida la distinción entrega-rendimiento, tributando sólo el segundo como rendimiento del trabajo. Tendremos ocasión de volver con detenimiento sobre este particular.

dadadores, como rendimientos del capital mobiliario. Antes, como vimos, se excluían de la categoría de rendimientos del capital mobiliario los títulos que, aun facultando estatutariamente para participar en los beneficios de una sociedad, lo hicieran como remuneración directa de los servicios prestados a la entidad, como directores, gestores, consejeros o empleados de la misma. La Ley 18/1991 (artículo 37.1) excluía los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, que faculten para participar en los beneficios por causa distinta de la remuneración del trabajo personal. Como vemos, la exclusión se vio ampliada, planteándose la duda en torno a si dicha extensión excluía los rendimientos derivados de las ventajas especiales de fundadores. Quizás éste fuera el cambio de mayor trascendencia, aunque su tratamiento específico pertenece a un momento ulterior de este trabajo. 5) La norma de valoración que antes aparecía enunciada en el artículo 44 del RIRPF pasó al artículo 5.Dos del Real Decreto 1841/1991 y aunque permanecía inalterada en su estructura, reducía de un 50 a un 35% del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en beneficios la valoración mínima de la entrega del derecho.

Debe decirse, por último, que la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, ha mantenido intactos los términos de los citados preceptos de la Ley 19/1991 en sus respectivos artículos 16.2.g) [equivalente al antiguo 25.j) de la Ley 18/1991], 23.1.b) (frente al anterior 37.1.1.^a de la Ley 18/1991) y 46 del Reglamento (frente al anterior 5.Dos del antiguo RIRPF).

Insistimos que las reformas operadas en el sistema no han determinado un cambio radical en la forma de tributar de las ventajas especiales de fundadores. Sin embargo, entraremos en mayor profundidad, utilizando argumentos históricos, cuando critiquemos las posturas doctrinales que pretenden eliminar la distinción derecho-rendimiento y gravar estos segundos como rendimientos del trabajo en su totalidad.

2. LA TRIBUTACIÓN DE LAS VENTAJAS ESPECIALES DE FUNDADORES Y PROMOTORES COMO RENDIMIENTOS DEL TRABAJO PERSONAL

2.1. Los trabajos previos a la constitución de la sociedad: consecuencias tributarias.

Con carácter previo a examinar las consecuencias tributarias que se derivan del sostenimiento de las distintas tesis, surgidas en el Derecho Mercantil, relativas a la necesidad o no de que concurra un trabajo efectivo previo a la constitución de la sociedad, conviene dejar clara la cuestión relativa al concepto tributario y mercantil de ventaja especial. Este aspecto tiene una importancia fundamental, puesto que, si la normativa tributaria emplea el concepto jurídico mercantil, habrá que examinar las consecuencias tributarias que se derivan de las distintas posturas doctrinales sostenidas desde el primero, con el objeto de aportar una visión completa y exhaustiva desde la perspectiva tributaria. De lo contrario, si la normativa tributaria emplea un concepto propio, habrá de atenderse a su contenido y alcance, prescindiendo, en cierta medida, de la dogmática mercantil.

La doctrina mercantil es unánime al entender que el fundamento de las ventajas económicas consiste en remunerar los trabajos previos para la constitución de la sociedad ¹⁴. Por su parte, el artículo 16.2.g) de la Ley 40/1998, de manera explícita, reconoce igual fundamento. Entiende la norma que las ventajas especiales de contenido económico remuneraran los servicios personales prestados por los fundadores y promotores de la sociedad. Esto pone de manifiesto la identidad existente entre el concepto mercantil y el tributario, pues este segundo parte del primero para calificar el rendimiento en la correspondiente fuente de renta.

Además, el hecho de que se emplee el término servicios especiales se debe a la intención, por parte del legislador, de distinguir la figura de las partes de fundador de otras afines como los bonos de disfrute, las prestaciones accesorias o las acciones liberadas y justificar la calificación que recibe la entrega de las partes como rendimientos del trabajo ¹⁵.

Todo ello nos lleva a sostener que el concepto de ventaja especial tributaria es el mismo que el empleado en el ámbito mercantil. Ello nos obliga a analizar las distintas posturas mercantiles y las consecuencias jurídico-tributarias que se derivan de las mismas, absteniéndonos de tomar parte en un debate que excedería el objeto de este trabajo.

Como hemos puesto de manifiesto en la introducción, existen múltiples divergencias doctrinales relativas al régimen jurídico mercantil de las partes de fundador. La primera de ellas es la relativa a la necesidad o no de realizar un trabajo material previo, por parte de los fundadores o promotores de la sociedad. La doctrina mercantilista se encuentra dividida al respecto. Para un sector doctrinal ¹⁶, el trabajo previo a la constitución de la sociedad puede ser de carácter material ¹⁷, o

¹⁴ Pese a no derivarse expresamente del artículo 11 de la LSA, así lo reconocen los autores: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Comentarios... op.cit. p. 331*; GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos... op. cit. pp. 808 y 812*; OTERO LASTRES, Jose Manuel. *Las ventajas... op. cit. pp. 9, 13-14, 18*; URÍA, Rodrigo. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Vol. I. 3.ª ed. Madrid: 1976, pp. 257-258.

¹⁵ Así lo pone de manifiesto GONZÁLEZ ORTIZ. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el segundo argumento que esgrime este autor para sostener, que el concepto empleado por la normativa tributaria es el mismo que el de la mercantil. Para GONZÁLEZ ORTIZ, existe una remisión en bloque de la legislación tributaria a la legislación mercantil. A nuestro juicio, no existe tal remisión normativa, sino el empleo de un mismo concepto por parte de dos sectores del ordenamiento. GONZÁLEZ ORTIZ, Diego. *La tributación de los derechos especiales de contenido económico en el IRPF...op. cit., p. 63*. Además, debe hacerse notar que en la polémica que dura ya un siglo, sobre las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho Tributario, se viene distinguiendo, desde hace mucho tiempo, el análisis de los supuestos de remisión (en que el apego a las categorías jurídico-privadas es máximo) y el empleo de términos privados por las leyes tributarias, en las que la interpretación económica permite una mayor desvinculación por parte del intérprete de la ley tributaria. Iniciando esta distinción: GEILER, Karl. *Steuerrecht und Privatrecht. /En/ Steuer und Wirtschaft*, 1927, p. 515-520. Ésta se ha seguido manteniendo en la doctrina alemana durante la segunda mitad del siglo XX.

¹⁶ Así: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, op. cit., p. 335-336, 340-341*. Defiende que es perfectamente posible la constitución de ventajas especiales a favor de fundadores y promotores cuya única contraprestación consista en la intervención en sentido formal, como se deriva de los artículos 14 y 20.1 de la LSA.

¹⁷ Por trabajo material debe entenderse la participación de manera activa en el proceso de constitución de la sociedad, la aportación de la idea creadora de la empresa, los estudios y trabajos en general, o la preparación para la constitución de la sociedad.

meramente formal¹⁸. Otro sector doctrinal¹⁹, manteniendo una interpretación más estricta, entiende que es necesaria y consustancial a la obtención de la ventaja económica la realización de un trabajo previo de carácter material, esto es, una actividad real y efectiva.

Si partimos de la tesis amplia, es decir, aquella que sostiene la posibilidad de remunerar tanto trabajos materiales como formales, que es la mayoritaria, los efectos que se producen en el ámbito tributario son unívocos. Tanto si lo que se remuneran son trabajos materiales, como si se trata de intervenciones formales, nos encontramos, en ambos casos, ante rendimientos del trabajo.

Si, por el contrario, entendemos que la presencia de un servicio personal efectivo es necesaria, cuando la parte remunere un servicio personal previo, nos encontraremos ante rendimientos procedentes del trabajo. Sin embargo, para el caso contrario, es decir, cuando se realice un trabajo puramente formal, la cuestión alcanza un mayor grado de complejidad, lo que aconseja detenernos en su estudio de manera individualizada.

Como ya se dijo más arriba, para el sector de la doctrina mercantilista que sostiene la tesis más restrictiva, la ventaja especial que remunere una actividad meramente formal será nula de conformidad con el artículo 1.257 del Cc, por carecer de causa. Para OTERO LASTRES²⁰, uno de los rasgos distintivos de las partes de fundador es su naturaleza contractual²¹. Además la doctrina más moderna entiende que se trata de un contrato basado en los estatutos sociales, que se enmarca en el contrato de fundación aunque posee unas características propias²². Se califica como un contrato oneroso y bilateral, por cuanto los fundadores y los promotores tienen la obligación de realizar gestiones para llevar a cabo la constitución de la sociedad y, a su vez, ésta tiene la obligación de reservar la ventaja especial como contrapartida a la realización de estos trabajos. Por todo ello, cuando la

¹⁸ Es decir, la mera realización de actividades que no impliquen una verdadera actividad en el proceso de creación social, como, por ejemplo, la mera intervención del promotor que se limita a firmar el programa fundacional.

¹⁹ Entre otros: OTERO LASTRES, Jose Manuel. *Las ventajas particulares...* op. cit., p. 13-14, quien, partiendo de la naturaleza contractual de las partes de fundador, entiende que una nota esencial de este concepto lo constituye la necesidad de realización de algún servicio, actividad o gestión, distinta del hecho mismo de intervenir en la fundación, que implique una verdadera colaboración en el proceso constitutivo de la sociedad, declarándose nulo por carecer de causa contractual el beneficio económico reservado por los fundadores cuando no exista trabajo real y efectivo previo; GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores, ...* op. cit., p. 808, igualmente entiende que, ante la ausencia de actividad previa, las ventajas otorgadas deben declararse nulas por carecer de causa, conforme al artículo 1.275 del Cc; GIRÓN TENA, José. *Derecho de Sociedades Anónimas (según la ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Imp. Provincial, 1952, pp. 138-142, no excluye expresamente la posibilidad de remunerar una actividad formal, sin embargo, para el autor, el fundamento de la ventaja especial es la retribución de la idea y misión fundacionales.

²⁰ OTERO LASTRES, Jose Manuel. *Las ventajas particulares en la fundación de la Sociedad Anónima...* op. cit., pp. 13-14, 18-19.

²¹ De la cual prescinde GONZÁLEZ ORTIZ, Diego. *La tributación de los derechos especiales de contenido económico en el IRPF...* op. cit., p. 63.

²² En apoyo a esta tesis contractualista el propio OTERO cita a BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades anónimas (Las acciones)*. Volumen II. Madrid: Prensa Castellana, 1970, p. 318, quien distingue dentro de la fundación social el contrato de constitución y el contrato de participación; y a URÍA, Rodrigo. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas...* op. cit., p. 263, quien se apoya en la jurisprudencia para sostener la naturaleza contractual de las ventajas especiales.

actividad que desarrollen los fundadores y promotores de la sociedad no sea material y efectiva, la naturaleza jurídica del contrato celebrado muta su carácter oneroso y bilateral, puesto que desaparece una de las prestaciones contractuales: los servicios previos a la constitución de la sociedad. En efecto, la ausencia de causa típica tiene como consecuencia la nulidad de estos contratos. Sin embargo, y a efectos tributarios, la Administración, como preceptúa el artículo 28.2 de la LGT, podrá calificar estos hechos de conformidad con su naturaleza jurídica, prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez. En virtud de esta norma, se impone la conversión del contrato nulo en otro contrato distinto cuyos elementos esenciales encajen en un tipo contractual. En este sentido, el negocio jurídico que realmente se ha llevado a cabo se identifica por su carácter lucrativo y unilateral, en tanto que sólo surgen obligaciones a cargo de la sociedad, y las ventajas especiales se convierten en una mera liberalidad de ésta. La remuneración de los fundadores y promotores deja de ser exigible, en la medida en que el contrato a través del cual se formaliza la reserva de las ventajas especiales es nulo por falta de causa y, por tanto, desde una perspectiva estrictamente formal, la sociedad no estará obligada a satisfacer dicha remuneración. Sin embargo, en la práctica, la sociedad efectivamente satisfará los compromisos a pesar de no estar jurídicamente obligada a ello. De esa forma, aunque no esté remunerando la realización de unos trabajos de carácter material, propios de este negocio jurídico, no por ello la sociedad deja de remunerar unos servicios de carácter formal, a ella prestados. Así, la remuneración que libremente realiza la sociedad en favor de los fundadores y promotores por la prestación de unos servicios, sin que ésta esté jurídicamente obligada a ello, constituye el hecho típico de la donación remuneratoria a la que se refiere el artículo 619 del Cc.²³, en la medida en que no suponen deudas legalmente exigibles a ella.

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que nos encontramos ante una donación remuneratoria, se plantean dos problemas de orden jurídico privado:

1) La primera cuestión que debemos resolver es si, en virtud del artículo 624 del Cc²⁴, las personas jurídicas pueden donar, ya que, en principio, ello es contrario al ánimo de lucro que constituye la finalidad de las sociedades mercantiles.

²³ Artículo 619 del Cc: «Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante siempre que no constituyan dudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado». Con independencia de que los servicios sean un motivo, motivo causalizado o causa de la donación, la doctrina civilista coincide en las características esenciales de la donación remuneratoria, así: ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. VIII. Vol. 2. Artículos 618 a 656 /En/ *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Edersa, 1986, pp. 35-37; MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español*. T. V. Madrid: REUS, 1972, pp. 130-137. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: REUS, 1988, pp. 257-258, para quien sólo son propiamente donaciones remuneratorias las remuneratorias de servicios. Y cita a LÓPEZ PALOP y ROCA SASTRE, que establecen similares requisitos para esta clase de donaciones. ALBÁCAR, José Luis; CASTRO GARCÍA, Jaime de. *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. T. III. Artículos 609 a 1.087. Madrid: Trivium, 1991, pp. 36-37.

²⁴ Artículo 624 del Cc: «Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes».

En relación con el primero de los problemas planteados, hasta donde llega nuestro conocimiento, el único autor que se ha ocupado del mismo ha sido SIMÓ SANTONJA²⁵. El autor plantea la cuestión de forma analítica, distinguiendo entre las distintas categorías o tipos de personas jurídicas y, respecto de las personas jurídico-privadas, concluye, negando la posibilidad de dar una respuesta de carácter general, para todos los supuestos, y la necesidad de acudir a la función de las sociedades para determinar si poseen capacidad para realizar donaciones. Así, el contenido del artículo 116 del Cc, que señala como finalidad de las sociedades dotadas de personalidad jurídica la de obtener lucro, resulta incompatible con la liberalidad esencial de la donación. Sin embargo, y aunque esta conclusión general sea de aplicación para las donaciones remuneratorias, por formar parte éstas del concepto general de donación²⁶, no puede perderse de vista que en estas últimas existen unos servicios previos (aunque sean meramente formales), que han sido prestados a la sociedad. Por lo tanto, aunque lo donado exceda el valor de los servicios prestados²⁷, lo cierto es que la donación remuneratoria no es contraria a la finalidad de lucro que persigue la sociedad (a diferencia de lo que ocurre con las donaciones simples). Tampoco es contrario a las reglas fundacionales específicas de la misma²⁸, por cuanto es en ellas en las que se establecen las ventajas especiales, siendo que puede entenderse que coadyuva al cumplimiento de sus fines. Ello, unido al hecho de que, según un sector importante de la doctrina civilista, es posible que las sociedades lleven a cabo, con carácter aislado, donaciones²⁹, nos lleva a concluir que nada obsta a la validez de las ventajas especiales de fundadores y promotores, que, en un acto de liberalidad, remuneren los trabajos formales que hayan llevado a cabo éstos en la constitución de la sociedad.

²⁵ SIMÓ SANTONJA, Vicente-Luís. *Contrato de donación y persona jurídica /En/ Revista de Derecho Privado*. Madrid: 1963, enero, pp. 978-991.

²⁶ SIMÓ SANTONJA, Vicente-Luís. *Contrato de donación y persona jurídica... op. cit.*, p. 990. «El artículo 619 califica a la remuneratoria de donación»; MARÍN CASTÁN, Francisco. *Comentario del Código Civil*. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. T. IV. Barcelona: BOSCH, 2000, pp. 70-71. Pone de manifiesto que tanto desde una posición contractualista, que sostiene que la donación tiene una naturaleza contractual, como desde una posición no contractualista, para quienes la donación es un acto, no un negocio jurídico de carácter contractual, la donación remuneratoria forma parte del concepto de donación empleado por nuestro Código civil.

²⁷ Lo que a efectos civiles origina una dualidad de regímenes, por un lado el de los contratos onerosos en la parte que no exceda del valor de los servicios prestados, y el de las donaciones simples en cuanto al exceso. Sobre este particular *vid.* SIMÓ SANTONJA, Vicente-Luís. *Contrato de donación y persona jurídica... op. cit.*, p. 989-990.

²⁸ Siguiendo la Relazione ministeriale n.º 325 que justifica la supresión del artículo 400 del Proyecto preliminar del Código civil italiano de 1942 que establecía que: «las personas jurídicas tienen capacidad de donar siempre que tal acto esté conforme con la naturaleza y fines particulares de las mismas, o con la costumbre», para ALBADALEJO, uno de los límites que encuentran las personas jurídicas para poder llevar a cabo donaciones, lo constituye la incompatibilidad de la donación con las reglas fundacionales específicas de la persona que sea. ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales... op. cit.*, pp. 110-111.

²⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. 7.ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 339; ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales... op. cit.*, pp. 112-113, comentando una resolución a un recurso interpuesto contra la calificación del Registrador mercantil, por parte de la Dirección General que estableció la inexistencia de obstáculo alguno que impida que puedan ser otorgados determinados actos aislados con carácter de liberalidad... bien porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres. En el mismo sentido el autor cita a GULLÓN, para quien «las personas jurídicas que se definen como asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, que se rigen por el contrato de sociedad, tienen como objeto fundamental el ánimo de lucro, por lo que parece contradictorio con esa finalidad la realización de donaciones. Pero nada impide que de modo aislado las realicen».

2) El segundo orden de problemas consiste en determinar la posible nulidad de una ventaja que retribuya a los fundadores con cargo a beneficios futuros, por cuanto el artículo 635 del Cc³⁰ impide la donación de estos bienes.

En relación con el problema relativo a la posibilidad de donar bienes futuros, hay que comenzar poniendo de manifiesto que esta cuestión sólo cabe plantearla ante ventajas especiales que consistan en la participación, de algún modo, en los beneficios futuros que obtenga la sociedad. Respecto de aquellas ventajas que consistan en la reserva de un derecho de suministro o de exclusiva, no nos encontramos ante bienes futuros o potenciales, sino que tienen sentido desde el mismo momento en que se constituye el derecho a que dan lugar.

Puesto que la doctrina civil califica los bienes futuros como bienes indeterminados o inconcretos, entendemos que tampoco existen dificultades para sostener la validez de las ventajas especiales que consistan en la participación en los beneficios de la sociedad. El argumento que sostiene esta tesis es coherente con la propia configuración que la normativa tributaria otorga a las partes del fundador. La Ley 40/1998, reguladora del IRPF, distingue dos momentos en la vida de las ventajas especiales: la entrega y el ulterior beneficio que pueda obtenerse, el derecho o título que la sociedad entrega al fundador o promotor, está perfectamente definido y determinado en cuanto a su contenido, por lo que no cabe, en puridad, hablar de bien futuro.

Incluso si se pensara que la ventaja especial consiste en un bien futuro, habría que sostener su validez. ALBADALEJO, al igual que la mayoría de la doctrina civilista, admite que la donación puede ser obligacional, es decir, celebrar un contrato por el que el donante asuma la obligación de transmitir después, puesto que la donación no requiere la transmisión inmediata de la cosa donada. Continúa este autor diciendo que se permite donar bienes inexistentes en el momento de llevar a cabo la donación, para cuando lleguen a existir, si llegan. ¿Qué sentido tiene entonces el artículo 635 del Cc? Para ALBADALEJO, el artículo 635 no prohíbe donar bienes futuros singularmente considerados, pero sí todos los bienes futuros además de los presentes, es decir, donar todo el patrimonio presente y todo el futuro, porque ello conllevaría la transmisión al donatario de la herencia futura. De esta manera, la doctrina civilista mayoritaria interpreta conjuntamente los artículos 634 y 635 y entiende que el espíritu o finalidad de estos preceptos consiste en prohibir la donación de todos los bienes del donante, tanto presentes como futuros³¹.

³⁰ Artículo 635 del Cc: «La donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación».

³¹ ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. *Comentario del Código Civil*. T. I. Ministerio de Justicia. Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1.612-1.614. El mismo autor en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales... op. cit.*, pp. 19-20; MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código Civil Español... op. cit.*, p. 203. En contra, sosteniendo una interpretación literalista: MARÍN CASTÁN, Francisco. *Comentario del Código Civil... op. cit.*, p. 152; ALBÁCAR, José Luis; CASTRO GARCÍA, Jaime de. *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia... op. cit.*, pp. 85-86.

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a concluir que si partimos de la postura más restrictiva, que requiere (para que la ventaja especial sea válida) la realización de trabajos materiales, cuando la parte remuneradora una actividad formal o no efectiva, el negocio jurídico debe ser calificado por la Administración Tributaria como una donación, puesto que los actos realizados por las partes constituyen los hechos típicos de esta clase de negocio jurídico. Tras su calificación, deberá ser sometido a gravamen en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

2.2. La amplitud del artículo 16.2.g) de la LIRPF y la distinción entre entrega y rendimientos de la ventaja.

Podríamos atrevernos a decir que es en este problema particular en el que se han centrado gran parte de las discusiones en torno a la tributación de las ventajas especiales de fundadores y promotores de sociedades anónimas.

En este sentido, el artículo 16.2.g) de la LIRPF considera rendimientos del trabajo a los derechos especiales de contenido económico que se reserven los fundadores y promotores de una sociedad como remuneración de servicios personales. Adicionalmente el artículo 23.1.a) 1.º de la LIRPF califica como rendimientos del capital mobiliario los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en beneficios de cualquier tipo de entidad. La misma calificación otorga el artículo 23.1.2.º para los «rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberadas, que estatutariamente o por decisión de los órganos sociales faculten para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos por causa distinta de la remuneración del trabajo personal».

A partir de esta regulación, idéntica a la que contenía la Ley 18/1991, y muy cercana, como vimos más arriba, a la de la Ley 44/1978, la mayor parte de la doctrina se pronuncia en el sentido de considerar la entrega de las ventajas especiales del fundador como rendimiento en especie del trabajo, mientras que los rendimientos derivados de la ventaja son calificados y cuantificados como rendimientos del capital mobiliario³². Esta explicación no requeriría una mayor explicación en la antigua Ley 44/1978 que se refería a la entrega de partes de fundador; sin embargo, tanto el artículo

³² En este sentido ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie... op. cit.*, pp. 101-102. CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco. *Los rendimientos del capital obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad.* /En/ Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Homenaje a Luis Mateo Rodríguez. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 553. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos de trabajo percibidos en especie.* Madrid: Centro de Estudios Financieros-Marcial Pons, 1998, pp. 262-263, aunque señalando que sería más lógica la tributación de la totalidad del rendimiento como rendimiento del trabajo. GORDILLO, Miguel; JIMÉNEZ, Ernesto; NÚÑEZ, Iñaki; REY, Fernando. *El Impuesto sobre la Renta. Comentarios a la Ley 40/1998 y a su Reglamento.* Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 143 y 210. CUATRECASAS. *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre la Renta de no Residentes.* Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 337. En este mismo sentido se pronunció la Agencia Estatal de Administración Tributaria en contestación a una consulta (11 de marzo de 1996): «Estos derechos de contenido económico que se reservan los fundadores o promotores de una sociedad constituyen una retribución en especie del trabajo personal, por sus servicios prestados en la constitu-

lo 25.1.j) de la Ley 18/1991 como el 16.2.g) de la Ley 40/1998 contemplan la reserva de derechos especiales de contenido económico, quedando parcialmente desdibujada la clásica distinción derecho-rendimiento.

Frente a esta tesis tradicional, y desde la entrada en vigor de la Ley 18/1991, existe una corriente doctrinal, que ha adquirido cierta relevancia en los últimos años, que rechaza la distinción entre entrega de la ventaja, que tributa como rendimiento del trabajo, y rendimiento del activo gravado como rendimiento del capital mobiliario. El autor que, a nuestro juicio, mejor ha representado esta nueva corriente doctrinal es PÉREZ ROYO³³. Ha señalado, en este sentido, las siguientes razones para poner en duda la distinción tradicional:

1) El cambio en la redacción de las normas que sujetan las ventajas especiales de fundadores a partir de 1991 en el sentido al que ya hemos hecho referencia con anterioridad.

Señala PÉREZ ROYO que a partir de 1991 se observa un cambio en la regulación de las ventajas especiales de fundadores. El antiguo artículo 14.1.f) de la Ley, que hacía referencia a la entrega de partes de fundador y bonos de disfrute, pasa a referirse, en el nuevo artículo 25, a la reserva de derechos especiales. No creemos que de este cambio normativo pueda derivarse el fin de la distinción tradicional derecho-rendimiento; muy al contrario, pensamos que el cambio de regulación obedece a una razón mucho más concreta y de menor relevancia jurídico-tributaria.

ción de la entidad. De acuerdo con las normas que se indican, estos derechos se valorarán por su valor de mercado, con un mínimo del 35 por 100 del valor equivalente del capital social que permita la misma participación en beneficios que a los citados derechos. No obstante, cualquier utilidad económica que perciban sus titulares en años sucesivos al de la entrega serán ya rendimientos del capital mobiliario».

³³ PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Tercera Edición. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 110-112. En este mismo sentido se han manifestado: PÉREZ TEJADA, María Rita. *Los rendimientos del capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Tesis doctoral inédita. Madrid: 1999, p. 369. ÁLVAREZ BARBEITO, Pilar. *Los rendimientos del capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. *op. cit.*, pp. 87-88. Esta autora no define su posición de forma enteramente clara; sin embargo distingue entre una solución derivada de la Ley y otra derivada de la lógica jurídica. Finalmente, parece decantarse por la tributación del rendimiento de las ventajas como rendimientos del trabajo, sin distinguir por tanto entrega y rendimiento. No obstante, en caso de que la ventaja fuese transmitida, cree ÁLVAREZ BARBEITO que los rendimientos tributarán para el adquirente como derivados del capital mobiliario. Esta solución ya había sido rechazada con anterioridad por ROZAS VALDÉS. En efecto este autor tilda la solución de complicada, considerando más sencilla la distinción derecho-rendimiento. ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie*. *op. cit.*, p. 101. GONZÁLEZ ORTIZ, Diego. *La tributación de los derechos especiales de contenido económico en el IRPF*. *op. cit.*, p. 63. De este artículo no se extraen conclusiones terminantes aunque la idea final parece ser que sólo en caso de transmisión del parte podrán los rendimientos de éste tributar como derivados del capital mobiliario. Sin embargo, denuncia el autor un funcionamiento diferente en la práctica derivado del artículo 5.Dos del antiguo RIRPF. FERREIRO LAPATZA, José Juan (*et al.*). *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los Tributos en particular*. 14.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 82-83. También denuncia MARTÍN QUERALT en esta obra la inseguridad introducida por el artículo 5.Dos del antiguo RIRPF, redactado en idénticos términos al 46 del Reglamento actual. FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Rendimientos íntegros del trabajo*. /En/ Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Homenaje a Luis Mateo Rodríguez. Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 345-346. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. «Rendimientos del capital mobiliario». /En/ *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto* (Dirección: FERNANDO VICENTE-ARCHE, Domingo). Madrid: Colex, 1993, p. 326. Se añade aquí el argumento de la doble imposición que se generaría, según este autor, gravando la entrega y el rendimiento generado por el título.

La ubicación conjunta, en el artículo 14 de la Ley 44/1978, de las ventajas especiales de fundadores y los bonos de disfrute como rendimientos del trabajo, generó recelos justificados en la doctrina. Se afirmaba que los bonos de disfrute no constituían una remuneración de servicios³⁴ sino una forma de mantener el vínculo social de los antiguos accionistas sobre los beneficios no distribuidos. Aunque no mantenemos la necesidad de existencia de servicios personales efectivos, para la calificación de un rendimiento como derivado del trabajo personal en el IRPF, sí que conviene que la autonomía calificadora de la que, sin duda, goza el derecho tributario, se mantenga en la lógica del aparato conceptual jurídico-mercantil. En este sentido, la norma que incluía los bonos de disfrute como rendimientos del trabajo personal en la antigua Ley del Impuesto sobre la Renta, alteraba la «fisonomía de la institución mercantil» poniendo así en duda las halagüeñas predicciones de URÍA³⁵ sobre la armonía entre derecho tributario y derecho mercantil. Y lo peor es que la alteración de dicha fisonomía particular en nada favorecía la tributación de la entrega de dichos títulos.

Tampoco creemos que sea adecuado justificar dicho tratamiento jurídico en la hipotética noción unitaria de derechos de disfrute. El derecho alemán y, en general, los derechos del área de influencia alemana, describen una amplia categoría jurídica a la que dan el nombre de derechos de disfrute (*Genußrechte*). Éstos son definidos como derechos de crédito contra la sociedad que pueden tener como contenido los derechos patrimoniales típicos del accionista³⁶. Este entendimiento genérico de los derechos de disfrute pasa necesariamente por una indiferencia en la elaboración del concepto, respecto de los fines de la categoría: retribución de fundadores, compensación a antiguos accionistas cuyas acciones han sido amortizadas, o, con especial importancia en la actualidad, como medio de participación de los trabajadores (en el beneficio de la empresa se entiende) o de obtención de capital en la Bolsa³⁷. Sin perjuicio de que en la propia órbita mercantil esta unificación conceptual genere problemas,³⁸ desde luego, resultaría difícilmente admisible en el ámbito fiscal. En un impuesto analítico, como sin duda lo es el de la renta de las personas físicas, el tratamiento unitario de las

³⁴ CARBAJO VASCO, Domingo. *La tributación de los bonos de disfrute...* op. cit., 1983, p. 46. En igual sentido crítico se manifiestan BANACLOCHE PÉREZ, Julio. *Rendimientos del trabajo.* /En/ Comentarios a las leyes tributarias y financieras. Tomo II. Madrid: Edersa, 1983, p. 125 y ss. SANCHEZ PINILLA, F. *Notas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.* Madrid: Instituto de empresa, 1989, p. 139. ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie...* op. cit., p. 94.

³⁵ URÍA, Rodrigo. *Derecho fiscal y Derecho Mercantil...* op. cit., p. 36.

³⁶ KRIEGER, Gerd. *Finanzierung mit Fremdkapital.* /En/ Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 4 Aktiengesellschaft. München: Beck, 1988, p. 684. En igual sentido: LUTTER, Marcus. *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. Band II.* Köln: Heymann 1970-1985, § 221 Rdn. 66. SCHILLING, Wolfgang. *Aktiengesetz: Grosskommentar. Band III.* Berlin: De Gruyter, 1970-1975, § 221 Anm. 11.

³⁷ KRIEGER, Gerd. *Finanzierung mit Fremdkapital...* op. cit., p. 684.

³⁸ No en vano en la doctrina suiza y alemana de principios del siglo XX se rechazaba, con argumentos sólidos, la existencia de una categoría unitaria. A este respecto puede consultarse con un muy abundante repertorio bibliográfico ERNST, Tassilo. *Der Genußschein...* op. cit., p. 98 (nota 3). Este autor, partidario, como gran parte de la doctrina alemana más actual, de una concepción genérica, se ve obligado a elaborar un concepto tan amplio que prácticamente parece vacío de contenido. Se dice que son derechos de disfrute todos aquellos cuyo contenido es el de los derechos típicos del accionista. Como vemos, difiere en muy poca medida del concepto al que hemos hecho alusión más arriba. Esta generalidad da lugar, como no podía ser de otra forma, a un sinfín de problemas en el tratamiento de figuras de muy difícil textura, en los que por razones obvias no podemos entrar.

ventajas especiales de fundador y de los bonos de disfrute bajo el concepto de derechos de disfrute es conceptualmente incorrecto. Así pues, debe concluirse que aun pudiendo obedecer el tratamiento unitario a un concepto generalista de los derechos de disfrute³⁹, ello tendría difícil cabida en la lógica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Conociendo la situación de partida en la Ley 44/1978 estamos en disposición de explicar el cambio terminológico operado en la LIRPF, respecto de las ventajas especiales de fundadores y promotores. Recordemos que el artículo 14.2.f) de la Ley de 1978 hacía referencia a los partes de fundador y bonos de disfrute que se **entreguen** como remuneración de servicios, mientras que las Leyes 18/1991 y 40/1998 [en sus artículos 25.j) y 16.2.g) respectivamente] se refieren a los derechos especiales de contenido económico que se **reserven** los fundadores o promotores. Este cambio terminológico, lejos de significar la tributación como rendimiento del trabajo del parte en cualquier caso, eliminando la tributación de la entrega de la ventaja, trae causa más bien del desplazamiento de los bonos de disfrute a su lugar natural: los rendimientos del capital mobiliario. Existe acuerdo doctrinal, más o menos generalizado, en torno a la idea de que los bonos de disfrute tributan desde 1991 como rendimientos del capital mobiliario y en concreto como procedentes de cualquier clase de activos que estatutariamente o por decisión de los órganos sociales faculten para participar en los beneficios por causa distinta de la remuneración del trabajo personal⁴⁰. Este traslado de los bonos de disfrute al ámbito de los rendimientos del capital mobiliario ha incidido de forma directa en la redacción del antiguo artículo 25.j) y del actual 16.2.g) por los siguientes motivos:

- a) Coordinar las redacciones de la LIRPF y de la Ley de Sociedades Anónimas. Cuando la Ley de Sociedades Anónimas hace referencia a las ventajas especiales de fundadores y promotores utiliza la expresión reservar (artículo 11 LSA), pero no entregar, siendo que este segundo término se emplea para los bonos de disfrute (48.3 LSA). Sería un absurdo que, trasladados los bonos de disfrute al ámbito de los rendimientos del capital mobiliario, las normas que en el IRPF hacen referencia a las ventajas especiales de fundador siguieran hablando de entrega.
- b) Establece el artículo 11.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que estos derechos (se refiere a las ventajas especiales de fundadores y promotores) podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones. Del precepto, se deduce claramente que las ventajas especiales de fundador pueden o no titulizarse, siendo que, si se opta por la primera opción, los títulos deberán ser necesariamente nominativos.

³⁹ Este concepto generalista no tendría en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, vigente en el momento de aprobarse la Ley 44/1978, apoyatura positiva alguna. En efecto, en esta norma las ventajas especiales de fundadores y los bonos de disfrute aparecen regulados (aunque de forma excesivamente fragmentaria) en lugares diversos y bajo distinta sistemática.

⁴⁰ En este sentido: HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Rendimientos del capital mobiliario...* op. cit. p. 326. ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie...* op. cit., p. 94. CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco. *Los rendimientos del capital...* op. cit. p. 553. PEDRAZA BOCHONS, José Vicente. «Rendimientos del capital mobiliario». /En/ *Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes. (Comentarios a las Leyes 40/1998 y 41/1998, con sus respectivos Reglamentos aprobados por Reales Decretos 214/1999, de 5 de febrero, y 326/1999, de 26 de febrero)*. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 182.

Para los bonos de disfrute no existe una norma semejante. El artículo 48.3 hace referencia únicamente a los bonos «entregados». Tampoco la escasa doctrina sobre el particular se ha pronunciado sobre la titulización o no de estos bonos pero creemos que existen ciertos indicios que pueden ayudar a pensar que, en la mayor parte de las ocasiones, los bonos se documentarán en títulos. De un lado, la doctrina, al referirse a los bonos de disfrute, suele hacerlo en términos de títulos⁴¹. De otro, creemos que resulta muy ilustrativa la distinción terminológica respecto de las ventajas especiales de fundadores y promotores de sociedades anónimas. El término bono (también cédula o parte) se asocia a la idea de título, mientras que la ventaja especial conduce más bien a la no titulización.

La exclusión de los **bonos** de disfrute, títulos, en principio, del ámbito de los rendimientos del trabajo, aconsejaba, en pura perspectiva gramatical, dejar de hablar de entrega, pues, como hemos visto, ni la titulización es requisito necesario para la existencia de ventajas especiales de fundador, ni ésta, caso de producirse, debe ser coetánea al nacimiento de la ventaja. La posibilidad de que las ventajas especiales no se titulen se compadece mal con afirmar que éstas se entregan, siendo mucho más correcto hablar de reserva, como de hecho lo hacía el artículo 25.j) de la Ley 18/1991 y lo hace el 16.2.g) de la Ley 40/1998.

2) El segundo argumento que aporta PÉREZ ROYO apunta a que la Ley ha incluido esta norma en su artículo 16, referido a los rendimientos en dinero del trabajo, en lugar de hacerlo en los preceptos dedicados a las retribuciones en especie.

Menor justificación, a nuestro juicio, tiene el segundo argumento expuesto por PÉREZ ROYO para sostener su tesis en torno a la tributación de las ventajas especiales de fundadores y promotores. Sostiene PÉREZ ROYO que la Ley ha incluido a las ventajas especiales de fundadores y promotores en su artículo 16 y, por tanto, entre los rendimientos dinerarios del trabajo. Creemos que el argumento no resulta satisfactorio, en la medida en que sigue anclado en la formulación normativa de los rendimientos del trabajo en la Ley 18/1991. En efecto, dicha Ley recogía en su artículo 24 una definición general de rendimientos del trabajo para distinguir, posteriormente, en sus artículos 25 y 26, entre contraprestaciones y utilidades y retribuciones en especie. La sistemática de la Ley 40/1998 difiere notablemente. En su artículo 16 se hace alusión a un concepto genérico de rendimiento del trabajo, que incluye tanto retribuciones dinerarias como retribuciones en especie. Sin embargo y a diferencia de la Ley 18/1991, no establece la norma dos listas diferenciadas de rendimientos dinerarios y en especie. Al contrario, existen en los números 1 y 2 del artículo 16 dos listas ejemplificativas, una de las cuales (la del número 2) incluye las ventajas especiales de contenido económico. Como argumento adicional debe añadirse que las contribuciones o aportaciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones, así como las cantidades satisfechas por empresa-

⁴¹ En este sentido CACHÓN BLANCO, José Enrique. *Derecho del Mercado de Valores (Tomo I)*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 370. SÁNCHEZ ANDRÉS, Anibal. «La acción y los derechos del accionista. Las acciones». /En/ *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo IV. Vol 1.º. Madrid: Civitas, 1994, pp. 63-64. BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)*. Volumen II. Madrid: Prensa Castellana, 1970, pp. 745-752. Este autor aunque, de forma ciertamente confusa, denomine a los bonos de disfrute, acciones de goce, al entrar en el análisis de la amortización de acciones se refiere a la necesidad de hacer obligatoria la entrega de **títulos de goce**.

rios para hacer frente a sus compromisos por pensiones, aparecen enumeradas también en el artículo 16 de la nueva Ley [16.1.e) LIRPF]; sin embargo, no parece que esta inclusión en el listado de dicho precepto invite a pensar en su carácter dinerario ⁴². Tanto su exención de ingreso a cuenta (artículo 95.2 RIRPF ⁴³) como su inclusión en el artículo 44 LIRPF (a efectos de valoración), indican su naturaleza de rendimiento en especie. Como vemos, la inclusión en los listados del artículo 16 LIRPF de ninguna manera puede significar la atribución al rendimiento de un carácter dinerario.

3) Señala PÉREZ ROYO que el artículo 44, que contiene una enumeración de rendimientos en especie con pretensiones de exhaustividad, no haya incluido en la lista la entrega de las ventajas especiales del fundador.

Para este autor las ventajas especiales de contenido económico no aparecen recogidas en el artículo 44 de la LIRPF siendo que, siempre según este autor, nos encontramos ante un precepto con «ciertas pretensiones de exhaustividad». De la no inclusión en dicho artículo de las ventajas deduce este autor un argumento adicional para defender la no tributación como rendimiento en especie del trabajo de la reserva de los derechos especiales de contenido económico.

Este argumento no resulta admisible y ello por diversas causas. No existe en el artículo 44 LIRPF la pretensión de exhaustividad que PÉREZ ROYO pretende. Como ya sabemos, la Ley 40/1998 ha decidido eliminar el listado de retribuciones en especie que contenía el artículo 26 de la Ley 18/1991 y sobre cuyo carácter no exhaustivo se pronunció la doctrina ⁴⁴. Sin embargo, la disposición y el objetivo del nuevo artículo 44 de la LIRPF es bien distinto. No se trata con este precepto de calificar una serie de retribuciones como en especie sino de establecer normas de valoración para ciertas retribuciones. No sólo debe extraerse esta conclusión del propio contenido del precepto, de carácter netamente valorativo, sino del capítulo en que se encuentra inserto ⁴⁵. No creemos que la no inclusión de la reserva de derechos especiales en el listado del artículo 44 LIRPF tenga las consecuencias queridas por PÉREZ ROYO. Además, aun cuando así fuera, tampoco resulta aceptable referirse a una cierta pretensión de exhaustividad, si atendemos al párrafo 1.º del precepto ⁴⁶, cuya formulación genérica supone admitir *a priori* que las diferentes normas de valoración se refieren a posibles retribuciones en especie del trabajo personal, pero no a todas las posibles.

⁴² De hecho el propio PÉREZ ROYO reconoce su condición de rendimiento en especie sin que su inclusión en el artículo 16 le merezca siquiera una mención: PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta... op. cit.* p. 121.

⁴³ En efecto, sólo los rendimientos en especie están sometidos a ingreso a cuenta, como se deriva de la propia naturaleza de este pago a cuenta y como, por otro lado, señala el artículo 69.2 del RIRPF

⁴⁴ ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie... op. cit.*, pp. 30 y 34. Señala además este autor que en la tramitación parlamentaria de la Ley 18/1991 se presentaron dos enmiendas tendentes a conceder al listado de retribuciones un carácter taxativo; estas enmiendas no fueron aceptadas. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos... op. cit.*, pp. 277-278.

⁴⁵ CAPÍTULO IV (Reglas especiales de Valoración).

⁴⁶ Señala dicho párrafo primero: «Con carácter general, las rentas en especie se valorarán por su valor normal de mercado, con las siguientes especialidades».

4) Que la distinción entre entrega de las partes y rendimiento es artificial, en la medida que los títulos de las mismas carecen de un valor patrimonial al margen del derecho que incorporan.

Por último, indica PÉREZ ROYO que la distinción entre los partes del fundador y la participación en beneficios derivada de los mismos es artificial, por cuanto dichos títulos no tienen un valor patrimonial diferenciable del derecho que incorporan. Para sustentar esta tesis, se oponen los partes de fundador a las acciones liberadas, aduciendo que estas segundas tienen un valor patrimonial autónomo que las hace acreedoras de una hipotética cuota de liquidación⁴⁷. Tampoco podemos estar de acuerdo con este argumento, y ello por las siguientes razones:

- a) No es cierto que las partes de fundador carezcan de un valor patrimonial diferente del derecho que incorporan. La doctrina mercantilista se refiere, para la acción, y como contenido jurídico-económico de la misma, al derecho o facultad a negociarla o transmitirla⁴⁸. Este derecho adicional, de contenido jurídico-patrimonial distinto al de la participación en beneficios, se deduce claramente tanto de la naturaleza de las partes de fundador como de su regulación en el artículo 11 de la LSA. La doctrina sostiene, de forma unánime, que las ventajas especiales de fundadores y promotores podrán transmitirse, a menos que el contenido propio del derecho así lo impida. Y podrán transmitirse siguiendo las normas establecidas en el Código de Comercio para la transferencia de créditos no endosables (artículos 347 y 348 Cc)⁴⁹, o, en caso de titulizarse, conforme a lo previsto por los artículos 55 y 56 de la LSA para la transmisión de acciones nominativas. Lo que debe quedar claro en cualquier caso es que la LSA favorece claramente la transmisibilidad de las ventajas, se admitan o no los efectos frente a terceros en los casos en que los derechos no se incorporan a títulos. Y no es que la titulización presente, en sí misma, un contenido jurídico-patrimonial, sino que su posibilidad representa una especial dimensión en lo que a la posibilidad de transmitir el derecho se refiere.
- b) Pero existe aún un argumento, que creemos definitivo, frente a lo expuesto por PÉREZ ROYO. Se comparan, como dijimos, las partes de fundador y las acciones liberadas, en el sentido de entender que las segundas, como representativas de una porción del capital social, habi-

⁴⁷ PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta...op. cit.* p. 112.

⁴⁸ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. «La Sociedad Anónima: la acción en general». /En/ *Curso de Derecho Mercantil (Tomo I)*. Madrid: Civitas, 1999, p. 824. BROSETA PONT, Manuel. *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1984, p. 19. Con mayores matices, calificando la disponibilidad como facultad de disposición derivada del derecho subjetivo de participación social: PERDICES HUETOS, Antonio. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Madrid: Civitas, 1997, p. 39.

⁴⁹ GARRIGUES, Joaquín; URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. 3.ª ed., rev. Madrid: Imp. Aguirre, 1976, p. 262. NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas. Doctrina, jurisprudencia y Directivas Comunitarias adaptadas a la Ley de 25 de julio de 1989*. Volumen I. Madrid: 1989, p. 605. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op. cit.*, p. 830 (aunque de forma ciertamente confusa). VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.* p. 2.647. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, p. 354. Aunque sin aportar argumentos, destacados sectores doctrinales parecen estar en contra de que en aquellos casos en que no exista titulización de la ventaja su transmisión *inter vivos* pueda rebasar el ámbito de las relaciones internas de la sociedad. En este sentido: BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 319. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 50.

litan una participación en la cuota liquidatoria. A la parte de fundador se le niega dicho contenido. Pues bien, esta afirmación confunde la práctica con la configuración jurídica posible de las partes de fundador. El único límite de carácter cualitativo que el artículo 11 de la LSA establece respecto del contenido de las ventajas es que éste sea de carácter económico. De esta manera, la doctrina mercantilista reconoce, de forma mayoritaria, que la participación en la cuota liquidatoria de la Sociedad Anónima pueda constituirse en contenido de las ventajas especiales de fundadores⁵⁰. Y nada impide, siempre y cuando se respeten los límites a los que se refiere el artículo 11 de la LSA, que las ventajas especiales de fundadores y promotores tengan un doble objeto: la participación en beneficios y en la futura cuota liquidatoria. Como se ve, las diferencias no son tantas que justifiquen un trato fiscal diferenciado para la entrega de partes de fundador y de otro tipo de títulos, señaladamente acciones.

Podría objetarse a este respecto que las partes de fundador ni confieren ni pueden conferir derechos de orden político. La doctrina mercantilista, partiendo de la redacción del antiguo artículo 12 de la LSA, y del actual 11, se ha negado de forma sistemática a que los derechos políticos del accionista puedan atribuirse al tenedor de partes de fundador⁵¹. Sin embargo, tampoco es éste un argumento convincente por cuanto, aunque los derechos políticos del accionista sean susceptibles de valoración económica o patrimonial, no priva ello a las partes de fundador del elemento patrimonial añadido que su transmisibilidad supone.

⁵⁰ GARRIGUES, Joaquín. URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.* p. 258. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada...op. cit.*, p. 155. NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 601-602. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op. cit.*, pp. 823-824. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, p. 2.636. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, p. 342. Niega esta posibilidad OTERO LASTRES, siguiendo a DE LA CÁMARA (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*. Tomo I. 2.ª edición. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1977, p. 489 y ss.). Además de la inaplicabilidad de los límites establecidos por el antiguo artículo 12 de la LSA, aduce OTERO dos argumentos adicionales: 1) La Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 en que se hacía referencia a los «bonos y cédulas que incorporen **algún derecho sobre los beneficios sociales**». 2) De conformidad con el artículo 94 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, sólo los accionistas podrán ser beneficiarios de la entrega de nuevas acciones o del aumento de valor de las existentes como consecuencia de un aumento de capital con cargo a reservas. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, pp. 23-27. A nuestro juicio la redacción del artículo 11 de la LSA invalida esta interpretación apoyando un posible contenido amplio de las ventajas especiales de fundadores y promotores.

⁵¹ BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 323 (aunque reconoce la posibilidad de que los Estatutos faculten a los tenedores de las partes para asistir a la Junta General con voz, pero sin voto, como interesados que son en la buena marcha de los asuntos sociales). GARRIGUES, Joaquín; URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 259. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, pp. 19-29, que, como sabemos, mantiene la posición más restrictiva al respecto en la doctrina española. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada...op. cit.*, p. 155. NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.* p. 601. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op. cit.*, pp. 818-819. Aunque esta autora se plantea si es lo mismo el contenido económico que el patrimonial, y a pesar de su conclusión contraria al contenido político de las ventajas especiales, resalta ciertas dificultades derivadas de estos límites, como la falta de información del tenedor de las partes. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, pp. 2.636-2.637. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, pp. 342-343.

Creemos que las críticas expuestas respecto de la tesis que aboga por la tributación de las partes de fundador como rendimientos del trabajo en todo caso, y sólo en lo que al rendimiento del derecho se refiere, son suficientes como para mantener que, conforme al sistema normativo vigente, la reserva de los derechos (titulizados o no) tributará como rendimiento en especie del trabajo, mientras que el derecho en sí deberá vincularse con el régimen de los rendimientos del capital mobiliario.

Sin embargo, aún queda un argumento adicional al que la doctrina no ha hecho referencia. Debemos plantearnos si los beneficios de los que derivan los rendimientos del parte han sido gravados en el Impuesto sobre Sociedades. Si así fuera, sería procedente la aplicación del mecanismo reconocido en la LIRPF para evitar la doble imposición, consistente, como es de sobra conocido, en imputar los rendimientos conforme a diversos porcentajes, para, posteriormente, practicar una deducción en la cuota líquida. Sin embargo, este mecanismo sólo se prevé para los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad⁵². Por ello, si la participación en beneficios derivada de los partes de fundador tributara, como propone PÉREZ ROYO, como rendimiento del trabajo, y las asignaciones a partes de fundadores y promotores fueran consideradas aplicación del beneficio contable, y no gasto deducible en el IS, la doble imposición no podría corregirse, al menos en principio.

No obstante, procede plantearse primeramente si las asignaciones a las partes son consideradas aplicación del beneficio, o por el contrario reciben la calificación de gastos deducibles. Es éste un tema no exento de polémica, tanto en la doctrina mercantil como en la financiera, antes y después de la aprobación de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades.

Durante la vigencia de la Ley 61/1978, las dudas podían resolverse partiendo de ciertos preceptos de la Ley. Así, el artículo 13.d) consideraba deducibles «*Las cantidades devengadas por terceros en contraprestación directa o indirecta de servicios personales, siempre que dichos terceros estén adscritos o hayan prestado servicios relacionados con la actividad económica productiva correspondiente*». Por su parte y en consonancia con el precepto anterior, el artículo 14.b) indicaba que no tienen la consideración de partidas deducibles «*Las participaciones en beneficios por cualquier concepto distinto de la contraprestación de servicios personales a que se refiere el artículo anterior de esta ley, incluso el de los partícipes en cuentas*».

⁵² Si el contenido de la ventaja especial consiste en la participación en la cuota de liquidación de la sociedad tampoco existirá corrección de la doble imposición. El artículo 36.Seis del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre (RIRPF) establecía que, a efectos de la deducción por doble imposición de dividendos, tendría la consideración de tales la parte de la cuota de liquidación sujeta efectivamente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo el precepto fue derogado por el Real Decreto 536/1997, de 14 de abril. El problema pues no se plantea respecto de las ventajas especiales que tengan como objeto la participación en la cuota de liquidación pues, como vemos, en ésta no se corrige la doble imposición en ningún caso.

A partir de estos preceptos la doctrina tributaria entendió las asignaciones a partes de fundador como no deducibles⁵³. No se ofrecen argumentos para ello, salvo por la cita de los apartados correspondientes de los artículos 13 y 14 de la Ley. La jurisprudencia y las resoluciones económico-administrativas no son mucho más explícitas, aunque sí que tratan de fundamentar, más que con la mera cita de los preceptos legales, su posición:

1) De un lado, se ha sostenido que el tenedor de partes de fundador no es un tercero, como exige el artículo 13.d) de la LIS, sino que, por el contrario, constituye más bien un socio encubierto⁵⁴. Esta afirmación, que parece fundarse en la consideración clásica de la doctrina francesa del tenedor de partes de fundador como asociado o «socio de segundo orden», no merece mayor atención por cuanto, como veremos, la figura del socio y la del tenedor de partes de fundador no pueden equipararse en ningún sentido.

2) También ha sostenido la jurisprudencia, en algunos casos, la falta de prueba por parte de la sociedad de los servicios personales prestados por el fundador en los ejercicios a los que se refieren las actuaciones. En definitiva, lo que no detectan estas sentencias es la necesaria conexión entre gasto e ingreso a efectos de que el primero de ellos resulte deducible⁵⁵, pero no tanto por la exigencia contable de correlación de ingresos y gastos, sino como exigencia del texto del artículo 13 de la Ley. De aquí se deduce, de forma unánime, que estas cantidades están llamadas a retribuir directa o indirectamente capital propio y, por lo tanto, de conformidad con el artículo 14.a) de la propia Ley y el 125 del RIS no pueden considerarse gastos deducibles⁵⁶.

En cualquier caso, y sin perjuicio de que, desde la perspectiva de las exigencias normativas de la Ley 61/1978, pudiesen tener mucho sentido los argumentos expuestos, creemos que la norma antecesora de la Ley que comentamos jugó un papel crucial en la consideración de las asignaciones a partes de fundador como aplicación del beneficio y no como gastos deducibles. En este sentido el artículo 18.1 del Texto Refundido del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, aprobado por el Decreto 3359/1967, de 23 de diciembre, había dispuesto: «No tendrán la consideración de partidas deducibles: 1. Las remuneraciones de las participaciones en el capital social, bonos de disfrute, partes de fundador y cualquier otra participación en los beneficios por título que no sea remuneración directa de los servicios prestados a la entidad como gestores, directores, administradores consejeros o empleados de la misma». En este sentido, resulta muy indi-

⁵³ BANACLOCHE PÉREZ, Julio. *El Impuesto sobre Sociedades: estudio teórico y práctico*. Jaen: Hesperia, 1981. CARBAJO VASCO, Domingo. *La tributación de los bonos o partes de fundador...op. cit.*, p. 83.

⁵⁴ Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de marzo de 1995 (F.J. 4.º). También Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de diciembre de 1996 (F.J. 4.º).

⁵⁵ Así, Resolución del TEAC de 26 de julio de 1995 (Considerando 5.º). Sobre el mismo asunto Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de abril de 1999 (F.J. 4.º).

⁵⁶ Resolución del TEAC de 26 de julio de 1995 (Considerando 5.º). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de marzo de 1995 (F.J. 4.º). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de diciembre de 1996 (F.J. 4.º). Audiencia Nacional de 5 de abril de 1999 (F.J. 4.º). MORENO CEREZO, Félix. *Impuesto sobre sociedades: Régimen general*. Madrid: Ministerio de Hacienda, Servicio de Publicaciones, 1981, p. 123.

cativo que las Sentencias que se enfrentaron, durante la vigencia de la Ley 61/1978, a la deducibilidad de determinados conceptos fronterizos entre la aplicación del beneficio y el gasto deducible, siguieran haciendo referencia a dicho precepto ⁵⁷.

Con la aprobación de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, la regulación cambia sustancialmente. Como sabemos, en esta norma, salvo por lo que se refiere a los ajustes extracontables, desaparecen las normas referentes a los ingresos computables y los gastos deducibles sustituyéndose, en su artículo 10.3, por una remisión expresa a la normativa contable mercantil. En la actualidad se mantiene, únicamente, en el artículo 14 de la LIS, la regla que indica que no son deducibles los gastos que representen una retribución de los fondos propios, prescripción perfectamente ociosa, pues resulta sustancialmente idéntica a la prevista en el Derecho Contable. El problema ha pasado, pues, de la interpretación de las normas fiscales, al conocimiento de la regulación contable de las partes de fundador. De lo que se trata, en definitiva, es de saber si las asignaciones a estas partes son consideradas gastos deducibles o, por el contrario, se entienden como una aplicación del beneficio.

Ciertas posiciones minoritarias han defendido la configuración como gasto deducible, y no como aplicación del beneficio de las asignaciones a partes de fundador. Los argumentos de este sector doctrinal se centran en una interpretación particular de la disposición contenida en el artículo 11 de la LSA. Estos autores consideran que el artículo 11 de la citada Ley no recoge un orden de prelación en el reparto del beneficio, pues la reserva legal está en cualquier caso asegurada, sino que, por el contrario, establece únicamente una regla para el cálculo de la remuneración de los bonos ⁵⁸. De ahí deducen que estas asignaciones deben ser consideradas gastos deducibles.

A pesar de la indudable autoridad de los autores que han sostenido esta tesis, no nos parece que el argumento sea suficiente. El hecho de que el artículo 11 de la LSA establezca un límite a las ventajas especiales, y no un orden de prelación ⁵⁹, en nada afecta a la naturaleza contable (gasto o aplicación) de las asignaciones.

De otro lado, debe hacerse notar que la doctrina mercantilista más autorizada siempre ha considerado, y sigue considerando, que las asignaciones a partes de fundadores se constituyen técnicamente como aplicación del resultado, siempre que su contenido patrimonial sea efectiva-

⁵⁷ Así: Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de abril de 1994 (Considerando 3.º). Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de junio de 1995 (Considerando 5.º). Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de octubre de 1995 (Considerando 5.º). Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1997 (Considerando 4.º).

⁵⁸ En este sentido: CEA GARCÍA, José Luis. «En torno a la propuesta de aplicación del resultado: implicaciones contables de algunos aspectos controvertibles». /En/ *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 101-102, p. 70. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto; MARTÍN ZAMORA, María Pilar. *El Impuesto sobre Sociedades. Régimen General*. Madrid. Ed. Estudios Financieros, 1998, p. 531.

⁵⁹ Este orden vendría garantizado en cualquier caso por el artículo 214 de la LSA: «En todo caso una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social».

mente ése ⁶⁰. Sin embargo, debe reconocerse que la justificación para esta calificación no ha sido sobrada, limitándose estos autores a citar la referencia expresa del antiguo artículo 12 y el vigente 11 de la LSA al beneficio. Tampoco la jurisprudencia, que mantiene esta misma posición, resulta mucho más explícita. En efecto, las dos sentencias ⁶¹ que tratan este aspecto se limitan a indicar que si bien la «doble imposición se produce, las más de las veces, por el reparto de dividendos, ello no implica que no pueda producirse de modo distinto (bonos de disfrute, **partes de fundador...**). Quizás, en el caso de la jurisprudencia existe una razón para este déficit argumentativo y es que en realidad no se juzgaba si estas asignaciones constituían un reparto de beneficios o unos gastos deducibles, sino que se citaban a título anecdótico, para demostrar el concepto «amplio» de dividendo a efectos de deducciones por su doble imposición.

Conocemos pues la posición mayoritaria, pero en cualquier caso se sigue echando en falta una argumentación. Creemos que existen al menos dos razones esenciales para sostener que las asignaciones a partes de fundadores y promotores constituyen aplicación del beneficio, una de orden meramente lógico y otra de naturaleza jurídico-contable:

1) En aquellos supuestos, que son los más frecuentes, en que el contenido patrimonial de las partes del fundador consista en una participación en los beneficios de la sociedad, si consideramos las asignaciones a los partes como gastos deducibles, terminamos desembocando en una contradicción lógica de imposible resolución. El beneficio se define como la diferencia entre los ingresos y los gastos del ejercicio; si las asignaciones a partes de fundador se consideran gastos, deben detrarse de los ingresos para obtener el beneficio; sin embargo para conocer la cantidad de la asignación debe acudir al beneficio pues ésta constituye un porcentaje sobre el mismo. Fácilmente puede entenderse que estas operaciones no tienen solución, pues debemos acudir para el cálculo de una de las partidas negativas de la cuenta al saldo de la misma, siendo que este saldo deriva de una operación sobre la que influye esa partida negativa ⁶².

⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *La Determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*. Roma; Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1955, p. 167. BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 322. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil...op. cit.*, p. 490 (de forma implícita). OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 31. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada...op. cit.*, p. 152. Se suele citar a ILLESCAS como un defensor del carácter deducible de estas asignaciones y creo que eso no es correcto. Señaló este autor: «*Que esas ventajas se configuren como participación es posible, pero nada impide que las mismas puedan configurarse como gastos siempre que se observen los límites legales*». (ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1973, p. 174 (nota 92). Compartimos sin reparos esta afirmación por cuanto lo que se dice es que son posibles otros contenidos para las ventajas especiales, y en esos casos, las asignaciones que de éstas se deriven podrán ser consideradas gastos deducibles.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1998 (F.J. 7.º) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de noviembre de 2000 (F.J. 2.º).

⁶² Algo semejante sostuvo SÁNCHEZ CALERO respecto a las retribuciones de los administradores en la Ley de 1951. Señalaba este autor: «*El beneficio de ejercicio es el resultado de la diferencia entre los componentes positivos y negativos que le forman y están expresados en la cuenta. Sólo después de estar concluida la cuenta podrá saberse el resultado del ejercicio, y sobre ese resultado es sobre el que se ha de calcular la parte correspondiente a los administradores...[...] y es evidente que no se puede conocer la cuantía de esa participación si todavía el beneficio no ha sido calculado*». SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *La determinación y la distribución del beneficio neto...op. cit.*, p. 81.

2) Sólo forzando el principio de la correlación de ingresos y gastos en su vertiente sustantiva es posible correlacionar las asignaciones a partes de fundador con la obtención de ingresos en el ejercicio en que se retribuyan. Por ello, la asimilación al régimen de los gastos de constitución pretendida por algún sector doctrinal ⁶³ no es posible ⁶⁴. Además se nos plantea una cuestión a la que no se termina de dar respuesta, y es cómo valorar estos «gastos». Tanto si se decide llevarlos a resultados de una vez en el primer ejercicio, como si se activan, la cantidad dependerá de los beneficios futuros conforme a los que se calcula la participación del fundador.

Concluyendo, si se asume la posición mayoritaria de la doctrina mercantil y también de la jurisdicción contencioso-administrativa en torno a la naturaleza de las asignaciones a partes de fundador ⁶⁵, deberá concluirse que, salvo que se aplique un mecanismo corrector en el Impuesto sobre la Renta, estos rendimientos sufrirán una doble imposición. Ésta es la última cuestión a la que la tesis de PÉREZ ROYO, respecto a la tributación de las partes de fundador, no da respuesta ⁶⁶.

2.3. La tributación de la entrega y el rendimiento de la ventaja. Problemas de doble imposición en el gravamen del rendimiento y de la transmisión de la parte.

Creemos haber descrito suficientemente cuál es la situación jurídico-positiva respecto de la entrega de las ventajas especiales de fundadores y promotores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se impone ahora, partiendo de ese régimen que ya conocemos, describir los problemas de doble imposición que de él se pueden derivar, si es que así es.

Ya hemos adelantado que la doctrina mercantilista y también tributaria se han manifestado con cierta frecuencia contra la regulación fiscal vigente de las ventajas especiales de fundadores y promotores. Se ha dicho en este sentido que la regulación es confusa, cuando no, que desemboca en fenómenos de doble imposición. Sin embargo, el estudio de estos fenómenos de doble imposición no resulta enteramente satisfactorio y las soluciones aportadas, creemos, desacertadas e imposibles en el derecho español vigente.

⁶³ MARTÍN ZAMORA, María Pilar. *El Impuesto sobre Sociedades...op. cit.*, p. 547.

⁶⁴ Existen motivos adicionales para negar esta posible asimilación. De un lado el Derecho Comparado aconseja limitar las activaciones de estos gastos. Así el § 248 del HGB prohíbe la activación de estos gastos, justificando la doctrina esta norma en el principio de prudencia (KNOBBE-KEUK, Brigitte. *Bilanz und Unternehmenssteuerrecht*. 9 Auflage. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, p. 48). De otro es conveniente resaltar que estos gastos pueden contemplarse como alternativa a las partes de fundador, pagando la sociedad en su momento a los fundadores sus servicios y considerando a éstos como simples acreedores ordinarios pero sin acometer una operación de partes de fundador. Esta alternativa, perfectamente legítima, ha sido planteada en la doctrina española: PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada... op. cit.*, pp. 153-154.

⁶⁵ Resulta evidente que, partiendo de la tesis minoritaria también expuesta, no existiría problema alguno de doble imposición y por tanto, tanto si el rendimiento de la parte tributara como del trabajo como si lo hiciera conforme al régimen de los rendimientos del capital, no procedería la aplicación de ningún mecanismo correctivo de la doble imposición.

⁶⁶ Cuando valoremos el régimen vigente de las partes de fundador y propongamos un sistema alternativo nos ocuparemos del difícil tema de la corrección de la doble imposición en supuestos no previstos expresamente por la Ley positiva.

Partiendo de la doble imposición que, según doctrina mayoritaria, se deriva de la tributación de la entrega y el rendimiento de la ventaja, la doctrina ha extraído conclusiones diversas en lo que a la concurrencia del gravamen de la entrega y del rendimiento se refiere. Se ha dicho que puesto que el gravamen de la entrega recae sobre el valor actual de los futuros rendimientos del bono no podrán gravarse los rendimientos del mismo, pues éstos ya han tributado de forma anticipada en la entrega ⁶⁷. De forma más moderada se apunta que como rendimiento de la parte sólo tributará el exceso sobre el valor asignado al mismo en la entrega y regulado en el artículo 5.Dos del RIRPF (artículo 46 del RIRPF vigente) ⁶⁸. No estamos de acuerdo con ninguna de las dos posturas expuestas, y ello por las razones que exponemos seguidamente.

Efectivamente, debe enjuiciarse, como lo hacen los autores a los que nos hemos referido, la posible doble imposición interna que se produce al estar gravada la entrega de la parte y su rendimiento. Sin embargo, parece haberse pasado por alto que también la tributación de la transmisión de la parte puede resultar de difícil compatibilidad con el gravamen de su entrega. Analicemos los dos supuestos por separado.

En primer lugar, debemos encargarnos de la posible doble imposición que se produce por el gravamen de la entrega y el rendimiento de forma concurrente. Hemos visto ya que la escasa doctrina que hace frente a este problema parte de la existencia efectiva de una doble imposición provocada precisamente por el gravamen de la entrega y del rendimiento de la parte. Sin embargo, no existe un planteamiento de carácter técnico sobre si en realidad concurre o no dicha doble imposición. Desde luego, el concepto de doble imposición, si es que de tal concepto puede hablarse, no resulta del todo claro en la doctrina. Podemos entender sin embargo que se produce tal doble imposición cuando una misma manifestación de capacidad económica da lugar a varias obligaciones tributarias a cargo del mismo sujeto pasivo, durante un mismo período o evento ⁶⁹. Se dice, pues, que en el concepto de doble imposición confluyen tres notas de diverso género: la subjetiva, la objetiva y la temporal.

Se dice con cierta frecuencia que la doble imposición requiere conceptualmente que la tributación venga impuesta por poderes tributarios diferentes, mientras que, si por el contrario emanan las imposiciones del mismo poder, nos desplazamos al ámbito del doble gravamen ⁷⁰. Este cambio, aparentemente terminológico, puede hacer que un determinado supuesto deslizándose al ámbito del doble gravamen o de la doble imposición económica se vea sometido a restricciones de carácter

⁶⁷ LÓPEZ-NUÑO TUÑÓN, Manuel. *Bonos de disfrute, títulos similares y acciones liberadas. Algunas consideraciones sobre la incidencia de los Bonos de disfrute, Títulos similares y Acciones liberadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.* /En/ *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 152, 1981, p. 483.

⁶⁸ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...* *op. cit.*, p. 265.

⁶⁹ RUIZ GARCÍA, Ramón. *La deducción por dividendos...* *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ RUIZ GARCÍA, Ramón. *La deducción por dividendos...* *op. cit.*, p. 37-38. SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht. Außensteuerrecht. Doppelbesteuerungsrecht.* 2 Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1998, p. 587.

mucho menos intenso que las propias de la doble imposición en sentido jurídico ⁷¹. En nuestra opinión, y con la lógica cautela del que no afronta el problema de forma monográfica, el poder tributario del o de los que provengan las imposiciones no puede ser criterio para distinguir la doble imposición de carácter jurídico y económico. Sin perjuicio de lo equivocada que pueda ser la categoría de la doble imposición económica, no creemos que las especiales restricciones, propias de la doble imposición jurídica, puedan depender de la autoridad o autoridades que en el caso ostenten el poder tributario. El fundamento generalmente reconocido como obstáculo a la doble imposición, el principio de capacidad económica ⁷², impide, a nuestro juicio, que se atemperen las exigencias respecto de la doble imposición por el mero hecho de que el poder tributario, que impone las distintas prestaciones, sea el mismo. Puede que determinadas normas internas reguladoras de la doble imposición, pensamos en los artículos 6.2 y 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, sirvan a objetivos de distribución de competencias en un estado descentralizado, y que, por tanto, se impongan precisiones ajenas al principio de capacidad contributiva, pero creemos que tanto en la doble imposición internacional, como en la doble imposición interna por el mismo poder tributario, esto no es así. Por ello, el hecho de que una hipotética doble imposición sobre la entrega y sobre el rendimiento de la ventaja especial provenga del mismo poder tributario (el Estado en este caso) no puede servir como argumento para atenuar las consecuencias que se derivan de la doble imposición jurídica ⁷³.

Advertidos sobre estos extremos, debemos afrontar el problema que planteábamos. ¿Concorre una doble imposición en el gravamen de la entrega y del rendimiento de la ventaja especial de fundador? Creemos que no y ello por las razones que siguen. Tratemos los diversos requisitos de la doble imposición jurídica por separado:

- a) Identidad subjetiva. No cabe duda alguna respecto de la identidad subjetiva. En el caso de que la parte no haya sido transmitida coincidirá el sujeto pasivo gravado como perceptor de la parte y del rendimiento que éste genere. El supuesto no plantea más problemas.
- b) Identidad objetiva. Es quizás el requisito objetivo el que mayores problemas ha planteado y sigue planteando, tanto en el ámbito de la doble imposición interna, como en el de la internacional. La forma de entender el elemento objetivo del concepto de doble imposición

⁷¹ RUIZ GARCÍA, Ramón. *La deducción por dividendos...op. cit.*, p. 36. Mucho se ha discutido sobre la distinción entre doble imposición económica y jurídica. Lo que debe quedar claro, en cualquier caso, es que mientras que la doble imposición en sentido jurídico contraviene el principio de justicia tributaria en su sentido más genérico, la doble imposición económica debe corregirse, más bien, tomando como fundamento la equidad. En este sentido se pronunció BLUMENSTEIN. BLUMENSTEIN, Ernst. *System des Steuerrechts*. Zürich: Schulthess Polygrafischen Verlag, 1971, p. 157.

⁷² La doctrina alemana se ha manifestado de forma reiterada sustentando este fundamento constitucional, incluso en el ámbito internacional. En este sentido: KNECHTLE, Arnold. *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts: erläutert an Beispielen des internationalen Steuerrechts der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*. Basel; Stuttgart: Helbing Lichtenhahn, 1976, p. 52 y ss. TIPKE, Klaus. «Verständigungsverfahren: Rechtsanspruch auf Beseitigung der Folgen einer Doppelbesteuerung oder bloßer Rechtsreflex?». /En/ *Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, 1972, p. 589 y ss. SCHAUMBURG, Harald. «Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Internationalen Steuerrecht». /En/ *Die Steuerrechtsordnung in der Diskussion*. Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1995, p. 143 y ss. SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht...op. cit.* pp. 600-605.

⁷³ En contra RUIZ GARCÍA, Ramón. *La deducción por dividendos...op. cit.*, pp. 37-38 y la bibliografía por él citada.

conecta, precisamente, con la definición ⁷⁴ que ofrecíamos al principio de este epígrafe. Existía, decíamos, doble imposición, cuando **una misma manifestación de capacidad económica** da lugar a varias obligaciones tributarias a cargo del mismo sujeto pasivo, durante un mismo período o evento. Deben considerarse manifestaciones de capacidad económica en un nivel conceptual restringido, de manera que sea posible la comparación. Ahora debe aplicarse esta idea al problema del gravamen de la entrega de los partes de fundador.

El interrogante que debemos resolver consiste, precisamente, en saber si el rendimiento de la parte es la única manifestación de capacidad económica que se deriva de este instrumento, o si, por el contrario, existe alguna otra expresión de capacidad que se ponga de manifiesto durante el período de existencia del título. A este interrogante hemos dado respuesta más arriba cuando tratábamos de rebatir la artificiosidad de la distinción entre derecho y rendimiento denunciada por PÉREZ ROYO. Vimos en aquel momento que la transmisibilidad de los partes contenía un valor económico, traducido en manifestación de capacidad económica. Esta manifestación, por nimia que pueda resultar, excluye la doble imposición jurídica por falta de concurrencia del requisito objetivo. Problema distinto es que la valoración de la entrega, de la que se encarga el artículo 46 RIRPF, pueda resultar excesiva. Éste es un tema que trataremos más adelante.

- c) Identidad temporal. Las conclusiones a las que hemos llegado con anterioridad serían suficientes como para no tener que realizar consideraciones adicionales respecto de la concurrencia o no de doble imposición interna. Sin embargo, resulta adecuado reseñar que la identidad temporal, que, como vimos, también requería el concepto de doble imposición, no se produce en el caso que nos ocupa. Obsérvese que los dos gravámenes supuestamente concurrentes se producirán siempre en períodos impositivos distintos, pues sería excepcional que, en el mismo período impositivo en que se entregan las partes, los tenedores de éstos puedan ya participar en los beneficios de la sociedad. No obstante, debe quedar claro que el requisito de identidad temporal se viene poniendo en duda por la doctrina cada vez con mayor frecuencia, alegándose que su exigencia incondicionada excluiría prácticamente los supuestos de doble imposición jurídica ⁷⁵.

Es posible plantearse un problema adicional. Si el gravamen de la entrega se fundamenta en la transmisibilidad de la parte, parece lógico plantearse los distintos límites a la transmisibilidad que permite la legislación mercantil. En la medida en que concurren dichos límites la posibilidad de la doble imposición estará siempre presente. Pueden plantearse tres hipótesis distintas; que las partes no sean transmisibles en absoluto; que concurren límites a su transmisibilidad derivadas de su falta de titulización; que concurren límites a su transmisibilidad derivadas de previsiones estatutarias. Veamos estos supuestos por separado:

⁷⁴ Definición que tomábamos de RUIZ GARCÍA.

⁷⁵ SPITALER, Armin. *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*. Köln: Otto Schmidt, 1967, p. 198. MÖSSNER, Jörg Manfred. *Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung- Vorzüge, Nachteile, aktuelle Probleme. /En/ Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*. Köln: Otto Schmidt, 1985, p. 139. SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht...op. cit.*, p. 589.

1) Partes de fundador intransmisibles.

Parece que el párrafo segundo del artículo 11 de la LSA, al señalar que las ventajas especiales de fundadores y promotores «podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, **cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales**», está vetando restricciones de tal magnitud que conviertan a la parte en intransmisible ⁷⁶. Están pensando estos autores, lógicamente, en aquellos partes de fundador que tengan por contenido un derecho económico no concedido *intuitus personae*.

Una de las grandes discusiones en la doctrina mercantil, respecto de los partes de fundador, ha sido, precisamente, el contenido posible de éstos. Conforme al texto del artículo 12 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se libró una batalla interesante respecto del mismo ⁷⁷. Un importantísimo sector doctrinal ⁷⁸ se inclinó por admitir cualquier contenido económico en las ventajas especiales de fundadores y promotores: desde una participación en los beneficios o en la cuota de liquidación, pasando por exclusivas de suministro, etc. Para ello, se utilizaron argumentos diversos, entre los cuales figuraba: de un lado, el necesario pronunciamiento de la Junta respecto del contenido de los derechos, el alejamiento de nuestra Ley de Sociedades Anónimas respecto del artículo 2.340 del *Codice civile* italiano en este punto ⁷⁹, que por lo demás había servido de modelo al precepto de la Ley española; así como el enunciado literal del citado artículo 12 en combinación con el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, se discutía esta posibilidad por algunos autores, alegando que el reconocimiento de contenidos diversos privaba de sentido a los límites establecidos por el artículo 12, respecto de la cuantía y duración de las partes ⁸⁰. Tras la reforma de 1989, el contenido literal del artículo de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a **derechos especiales de contenido económico** parece no dejar lugar a dudas respecto de la posibilidad de contenidos diferentes a la participación en beneficios de la sociedad ⁸¹. Pues bien, si, por regla general, las partes

⁷⁶ En este sentido se ha manifestado la doctrina. Conforme a la Ley de 1951 BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)*...op. cit., p. 320, aunque sólo en el caso de que los partes se hayan titulizado, pues, como vimos, si no es así las transmisiones *intervivos*, según BÉRGAMO, no desplegarán efectos frente a la Sociedad. Respecto de la Ley vigente. NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*...op. cit., p. 606. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores*...op. cit., p. 830. Esta última, aportando una razón de peso como es la aplicación por analogía del artículo 63.2 de la LSA, que prohíbe las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores*...op. cit., p. 2.647. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores*...op. cit., p. 354.

⁷⁷ Sobre esta polémica en la Ley de 1951 ver: OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares*...op. cit., pp. 19-29.

⁷⁸ GIRÓN TENA, José. *Derecho de Sociedades Anónimas (según la ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid: Imp. Provincial, 1952, p. 140. BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)*...op. cit., p. 312. GARRIGUES, Joaquín; URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*...op. cit., pp. 258-259.

⁷⁹ Señala dicho precepto: Éstos (se entiende los partes) no podrán estipular un ventaja distinta a la participación en el beneficio.

⁸⁰ VICENTE Y GELLA, Agustín. *Dictámenes*. Volumen I. Zaragoza: 1975, p. 96 (citado por OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares*...op. cit., p. 24). DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*...op. cit. p. 490. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares*...op. cit., pp. 24-29.

⁸¹ Y así se pronuncia la doctrina de forma unánime: NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*...op. cit. pp. 601-602. GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Volumen III. Madrid: Trivium, 1990, pp. 176-177. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores*...op. cit., pp. 816-826. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores*...op. cit., pp. 2.636-2.638. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores*...op. cit. pp. 341-345.

pueden ser transmitidas, la admisión de todo tipo de contenidos económicos en el mismo provoca, precisamente, tipos de partes intransmisibles por su propia naturaleza. En este sentido aquellas ventajas especiales que tengan por contenido un derecho de suministro de materias primas o de exclusivas comerciales no podrán ser transmitidas.

La doctrina, tanto española como extranjera, imagina supuestos diversos, aunque, en la práctica, son escasos⁸². La falta de transmisibilidad de la parte debe llevar aparejada, a nuestro entender, la no tributación de la entrega. Si, como vimos más arriba, la no concurrencia de una doble imposición jurídica en el gravamen de la entrega y del rendimiento de la parte traía causa de la transmisibilidad de la ventaja, si ésta no concurre, lógico será que no se sujete tampoco la entrega. Pero no se trataría de considerar la tributación por la entrega del parte como un crédito de impuesto, como parecerían insinuar LÓPEZ NUÑO y MALVÁREZ, sino de considerar la entrega no sujeta. Esta forma de entender la solución al problema de la doble imposición, que se produce cuando el parte es intransmisible, presenta una doble ventaja respecto del crédito de impuesto: a) Si se asume la tesis de MALVÁREZ, en el sentido de que lo tributado por la entrega podrá deducirse en la tributación de los rendimientos, se plantea seguidamente el problema de cómo distribuir lo pagado entre los distintos ejercicios en que el parte produzca rendimientos. Nos encontramos con una laguna de muy difícil integración. Si la entrega, en los casos de intransmisibilidad, se entiende no sujeta, este problema no se planteará. b) El artículo 46 del RIRPF se encarga de la valoración de la entrega de la parte, pero sólo para los supuestos en que en que consista en un porcentaje sobre los beneficios de la sociedad. Lógicamente, cuando el contenido de la parte lo constituya un derecho como los que hemos visto más arriba, su valoración deberá realizarse conforme a reglas distintas a las previstas en el artículo 46 del RIRPF. Estos rendimientos, en principio, deberían ser valorados conforme a su valor normal de mercado, con todas las dificultades que ello implicaría. Entender no sujeta la entrega de los partes intransmisibles por naturaleza libera del difícil problema práctico de valorar derechos de carácter intangible como el de exclusiva, a efectos tributarios. Desde luego, en cada entrega de bienes o prestación de servicios, que constituyan el rendimiento de la parte, se planteará este problema de valoración; sin embargo, calcular el valor de mercado operación a operación es más sencillo que calcular este *a priori* respecto de un derecho de duración plurianual.

⁸² En la doctrina española se ha señalado: el suministro de materiales, de materias primas o de productos terminados [BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 312; GARRIGUES, Joaquín; URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 258; NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.* p. 602; GARRIDO DE PALMA, Víctor. *Las sociedades de capital...op. cit.*, p. 177. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op. cit.*, p. 825], los derechos de exclusiva [BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 312; NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 602; VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, p. 2639; VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, p. 344] o derechos de uso y habitación, derechos de entrada libre en instalaciones o compromisos de prestación de garantías crediticias (VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, p. 2.639; VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.* p. 344). En la doctrina alemana también se admiten contenidos amplios como contratos de exclusiva para el aprovisionamiento de bienes o la prestación de servicios, limitaciones de competencia, utilización de los inmovilizados materiales o inmateriales de la empresa (JUNKER, Michael. «Der Sondervorteil im Sinne des § 26 AktG». /En/ *Zeitschrift für das gesamte Unternehmens und Wirtschaftsrecht*, 159, 1995, p. 213). No ocurre así en cambio en la doctrina italiana pues el artículo 2.340 del Códice impide otro contenido distinto a la participación en beneficios.

Desde luego, la tesis aquí expuesta no tiene apoyo en el Derecho positivo, pero creemos que resulta coherente, si no *de lege lata* al menos *de lege ferenda*.

2) Límites a la transmisibilidad por falta de titulización.

Procede plantearse, en segundo lugar, un supuesto al que cierta doctrina muy minoritaria ha hecho alusión en el plano mercantil. La autoridad de los mercantilistas que han planteado el supuesto, así como nuestra pretensión de no dirimir polémicas ajenas al derecho tributario, aconsejan que nos ocupemos del mismo.

Pues bien, tanto BÉRGAMO⁸³ como OTERO LASTRES⁸⁴ se han manifestado en el sentido de que cuando las ventajas especiales no estén titulizadas serán transmisibles *mortis causa*, y su transmisión *inter vivos* nunca podrá rebasar el ámbito de las relaciones internas. Como se ha denunciado recientemente⁸⁵ esta restricción encuentra escaso fundamento en el texto de la ley, tanto de la vigente como de la de 1951, añadimos nosotros. Sin embargo, debe plantearse cuál sería la consecuencia jurídica en caso de que jurisprudencialmente prosperara esta tesis. ¿Debería en ese caso aplicarse el régimen previsto para los partes intransmisibles, al que ya nos hemos referido, o el de los transmisibles? A nuestro juicio, el hecho de que hipotéticamente los efectos (jurídico-mercantiles) de la transmisión de un parte no titulado fueran inoponibles a la sociedad, en ningún caso perjudica o minora la capacidad económica que la disponibilidad o transmisibilidad de la parte representa. En este sentido, si se asumiese esta tesis, a efectos mercantiles, la solución fiscal del problema sería idéntica a la que veremos seguidamente.

3) Por último, debemos centrarnos en el análisis del problema de mayor calado que presentan los límites a la transmisibilidad de las partes de fundador. Ya hemos visto que ninguna disposición estatutaria puede convertir los partes en intransmisibles, salvo que el derecho que incorporan no permita otra cosa. Sin embargo, y así lo explicita el artículo 11.2 de la LSA, la transmisibilidad sí podrá limitarse. El problema pues, y asumiendo que el fundamento del gravamen de la entrega del parte está precisamente en su transmisibilidad, será determinar si los hipotéticos límites impuestos a la transmisibilidad del parte tendrán o no efectos fiscales.

MALVÁREZ concluye que, existan o no restricciones a la libre transmisibilidad de las partes, la tributación de la entrega de éstos será igual⁸⁶. Además de esta posición no existen mayores alusiones al problema.

⁸³ BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)*...*op. cit.*, p. 319.

⁸⁴ OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares*...*op. cit.*, p. 50.

⁸⁵ GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores*...*op. cit.*, p. 830.

⁸⁶ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. «Régimen fiscal de la entrega a los trabajadores de acciones de la empresa». /En/ *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. N.º 169, abril, 1997, p. 151 (nota 10 *in fine*).

Dada la similitud de este caso con la entrega de acciones que incorporan límites a su transmisibilidad, quizás convenga conocer cuáles han sido los planteamientos de la doctrina tributarista al respecto. Se trata de un tema que a pesar de su indudable importancia práctica no parece haber despertado una excesiva atención doctrinal. Quizás ello se deba a la exención que a partir de 1 de enero de 1997 se estableció, respecto de la entrega de acciones, a ciertos trabajadores en determinadas circunstancias ⁸⁷.

VIDAL MARTÍ ha señalado a este respecto que «si las acciones gozan de libre disposición, el momento que se toma como referencia para determinar el beneficio es el de la fecha de emisión. Si existen restricciones en cuanto al poder de disposición por el empleado, cuando aquéllas cesen ⁸⁸». Muy diferente ha sido la interpretación aportada por la Dirección General de los Tributos que ha considerado indiferentes las restricciones a la transmisión para el momento de gravamen de la entrega o de su valoración ⁸⁹. A nuestro entender, no existe problema alguno para aplicar las soluciones aportadas para las restricciones a la transmisión de acciones al ámbito de las partes de fundador. El fundamento del gravamen de la entrega lo constituye la transmisibilidad de la parte; ni el derecho de suscripción preferente, que forma parte del contenido de la acción, aunque no de la ventaja especial ⁹⁰, ni los derechos políticos típicos del accionista, a los que no puede acceder el tenedor del parte, justifican por sí solos un trato diferente, a estos efectos, siendo que el gravamen de la entrega del título encuentra su fundamento en la transmisibilidad del mismo.

⁸⁷ Véase artículo 43.2 de la Ley 40/1998.

⁸⁸ VIDAL MARTÍ, B. *Problemática fiscal de las retribuciones en especie en el ámbito de los rendimientos del trabajo*. /En/ XXXVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1990, p. 175 y ss. (citado por MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *Régimen fiscal de la entrega a los trabajadores de acciones...op. cit.*, p. 151).

⁸⁹ Consulta de 29 de junio de 1989 (citada por MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *Régimen fiscal de la entrega a los trabajadores de acciones...op. cit.*, p. 151). Igual solución ha aportado la Dirección General de los Tributos en su Resolución de 11 de diciembre de 1997 cuando, habiendo declarado que la entrega de acciones quedaba sujeta al impuesto por incumplirse los requisitos del artículo 26 de la LIRPF, no realizó pronunciamiento alguno respecto de las restricciones a la transmisibilidad de las acciones que según la consulta concurrían en el caso. Resulta curioso que la jurisprudencia alemana, con un sistema en este punto muy similar al español, se ha pronunciado en el mismo sentido, negando la relevancia a efectos de valoración o imputación temporal de las restricciones convencionales a la transmisión de acciones entregadas a los trabajadores. En este sentido BFH v. 27.3.1981 – VI R 132/78, BStBl II 1981, 577 (578). BFHE 133, 206. Citadas por TRZASKALIK, Christoph. *Vereinnahmung und Verausgabung. § 11 EStG*. /En/ KIRCHOF, Paul; SÖHN, Hartmut. *Einkommensteuergesetz Kommentar*. Heidelberg: C.F. Müller, 1994, 51 Lfg., p. 21, § 11 B 62. Igual conclusión en jurisprudencia menor respecto de los derechos de disfrute (*Genußrechte*) no titulizados (*nicht verbrieft*) en BFHE 156, 468. BStBl II 89, 608. Citada por DRENSECK, Walter. *§ 19 EStG*. /En/ SCHMIDT, Ludwig. *Einkommensteuergesetz Kommentar*. 17 Auflage. München: C.H. Beck, 1998, p. 1577, § 19 Tz. 50.

⁹⁰ Es un tema discutido en la propia doctrina española si el derecho de suscripción preferente de acciones puede o no ser contenido de las ventajas especiales de fundadores y promotores. La doctrina parece inclinarse de forma mayoritaria por negar este posible contenido. De un lado, se niegan a admitir éste aquellos que sostienen una interpretación rigurosa del contenido de los derechos especiales limitándolo a la participación en beneficios: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil...op. cit.*, p. 490. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 26. Sin embargo, también entre aquellos que admiten un contenido amplio de las ventajas especiales de fundadores y promotores existe una clara reticencia a admitir que éste pueda abarcar los derechos de suscripción preferente. En este sentido: BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 323. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal. *El derecho de suscripción preferente del accionista*. Madrid: Civitas, 1974, p. 352. GARRIGUES, Joaquín; URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 259. NEILA NEILA, José María. *La nueva Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 601. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op. cit.*, pp. 824-825. GARRIDO

Y precisamente por este fundamento del gravamen, no nos parece acertada, no ya la interpretación de la Dirección General de los Tributos, que es ajustada a derecho, sino la simplicidad de la norma de valoración que contiene el artículo 46 del RIRPF. La DGT no podía establecer distingos en cuanto al momento o cuantía de la tributación de la entrega de las acciones cuando no estaba exenta porque tampoco la LIRPF ni el RIRPF realizan distinción alguna. Cualquier modulación de la tributación de la entrega de acciones, en este sentido, debería entenderse *contra legem*. Ello no implica, sin embargo, que nos mostremos conformes con la igual valoración de la entrega de aquellas partes que presenten restricciones a su libre transmisibilidad. La inexistencia de normas que modulen la valoración de la entrega de las partes de fundador según que existan o no restricciones a su transmisibilidad es, seguramente, contraria al principio de capacidad económica y, por ello, corresponde tratar estos problemas cuando afrontemos la norma especial de valoración contenida en el artículo 46 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta.

Menores problemas plantea el gravamen de la entrega de la parte con el de su futura transmisión. Aunque la doctrina preste poca atención al supuesto, es perfectamente imaginable que el titular de la ventaja la transmita. Dicha transmisión tributaría como ganancia o pérdida patrimonial, tomando como valor de adquisición la valoración inicial del bono. Así lo indican la ley, la doctrina⁹¹ y, desde luego, el sentido común. Debe quedar claro que la tributación de la entrega y de la transmisión de la parte no presentan problema alguno de doble imposición.

DE PALMA, Víctor. *Las sociedades de capital...op. cit.*, pp. 176-177. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. «El derecho de suscripción preferente». /En/ *Derecho de Sociedades Anónimas III. Modificación de Estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*. Volumen I. Madrid: Civitas, 1994, p. 578. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, p. 2.637. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, p. 343. Indican estos autores, de un lado al contenido político que junto al económico existe, sin duda, en los derechos de suscripción preferente. Además alegan que el artículo 158 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas reserva el derecho de suscripción preferente a los accionistas y titulares de obligaciones convertibles. Sin embargo, donde más se ha discutido el tema es en Italia que paradójicamente, como ya sabemos, presenta una legislación (artículo 2.340 del Codice Civile) enormemente restrictiva respecto del contenido de los partes. A favor de que el derecho de suscripción preferente pueda ser contenido de los partes: FRÉ, Giancarlo. *Artículo 2.340 (limiti dei benefici riservati ai promotori)*. /En/ *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Libro Quinto-Del Lavoro. Della Società per Azioni*. Tomo I. Sesta Edizione. Bologna-Roma: Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1997, pp. 134-135. Ver en este sentido la doctrina concordante citada por el autor (nota 3). En contra COLOMBO, Giovanni. *Sulla illiceità della riserva d'opzione ai promotori*. /En/ *Rivista di Diritto Commerciale*, 1961, II, p. 444. PACCHI PESUCCI. «Limiti dei benefici riservati ai soci fondatori». /En/ *Rivista delle Società*, año 26.º, 1981, 1.269-1.270. SPATAZZA, Gaspere. *Le Società per azioni*. Tomo primo. Costituzione- Azioni. Torino: UTET, 1985, p. 260. CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Comentario breve al Codice Civile*. 3.ª edición. Padova: Cedam, 1988, p. 1.750. FERRARA, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le Società*. Nona Edizione. Milano: Giuffrè, 1995, p. 407 (nota 1). CELESTE, Giuseppe. «Atto constitutivo e statuto». /En/ *Trattato teorico pratico delle Società*. IPSOA, 1999, p. 32 (nota 137). Además se ha pronunciado en este sentido la Sentencia del Tribunal de Roma de 2 de noviembre de 1972 e implícitamente la Sentencia del Tribunal de Génova de 20 de junio de 1960.

91 MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...op. cit.*, pp. 270-271. En contra LÓPEZ NUÑO-TUÑÓN con un argumento más que discutible. Señala este autor: «En el caso de que el trabajador, primer poseedor del bono, proceda a su enajenación a un tercero, la contraprestación o cantidad dineraria percibida no es más que el cobro anticipado de los futuros rendimientos del bono, por lo que parece que esta enajenación no debe tener trascendencia fiscal, ya que se trata de un incremento de patrimonio que ya ha sido gravado por el concepto de rendimientos del trabajo en el momento de la entrega del Título». LÓPEZ-NUÑO TUÑÓN, Manuel. *Bonos de disfrute, títulos similares y acciones liberadas...op. cit.*, p. 483.

2.4. La valoración de la entrega de las ventajas especiales de fundadores y promotores. El artículo 46 del RIRPF.

Como ya hemos dicho en reiteradas ocasiones, la LIRPF ha optado por gravar la entrega de las partes de fundador como rendimiento en especie del trabajo. Esta opción conlleva, igualmente, la necesidad de adoptar una norma de valoración de las partes en el momento de la entrega. Como sabemos, el artículo 44.1 de la LIRPF contiene una regla de valoración general para todas aquellas retribuciones en especie que carezcan de regla especial, detallando el propio precepto reglas especiales para determinadas retribuciones. Entre las citadas reglas especiales no figura ninguna que haga referencia a las ventajas especiales de fundadores y promotores. En principio, deberían valorarse conforme a su valor normal de mercado. Sin embargo, y sin que resulte excesivamente clara la razón, desde la LIRPF de 1978, la valoración de las ventajas especiales de fundadores y promotores se ha ido relegando a los sucesivos Reglamentos de desarrollo (así en el artículo 44 de los Reglamentos de 1979 y 1981; en el artículo 5.2 del Reglamento de 1991 y en el 46 del de 1999).

Este proceso de deslegalización, único en las retribuciones en especie ⁹², plantea una duda de primer orden que conviene plantearse antes de pasar a analizar la regla de valoración en sí misma. La doctrina ha criticado duramente el artículo 46 del reglamento vigente (5.Dos del derogado RD 1841/1991), por considerarlo contrario a los principios de legalidad ⁹³ y de jerarquía normativa ⁹⁴. Creemos que deben distinguirse ambos motivos porque con frecuencia se confunden.

No creemos que pueda sostenerse una vulneración del principio de legalidad tributaria por el hecho de que la valoración de la entrega se encuentre regulada en una norma de rango reglamentario. Resulta casi un tópico, a estas alturas, referirse al carácter relativo de la reserva de ley en derecho tributario. A partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/1992, de 11 de diciembre, parece haber quedado claro, al menos en la jurisprudencia del TC, que la base imponible, dada la complejidad que en un sistema tributario moderno puede alcanzar, puede ser corregulada por el reglamento, sin que en este ámbito específico la reserva de ley pueda entenderse absoluta. Esta postura puede ser criticable, en la medida de que la base imponible, como elemento de cuantificación que

⁹² Si se observan los artículos 42 a 47 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, podrá comprobarse que, sólo para la entrega de ventajas especiales de fundadores y promotores, existe una norma específica de valoración. Tanto la norma general, como el resto de normas especiales, están contenidas en el artículo 44 de la Ley 40/1998.

⁹³ En este sentido LACASA SALAS, José Hernani; PASO BENGEOA, Jesús María. «Comentarios al nuevo reglamento del IRPF». Madrid: *Gaceta Fiscal*, 1992, p. 30. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF*. Valladolid: Lex Nova, 1994, p. 439. ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie...op.cit.*, p. 103. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...op. cit.*, p. 266. GONZÁLEZ ORTIZ, Diego. *La tributación de los derechos especiales de contenido económico...op. cit.*, p. 65.

⁹⁴ MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo...op. cit.*, p. 439. VEGA HERRERO, Manuela. «Retribuciones en especie del trabajo personal: valoración, rendimiento computable e ingreso a cuenta (comentario al artículo 27 de la Ley del IRPF)». /En/ *Comentarios a la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas y la Ley del impuesto sobre el patrimonio: homenaje a Luis Mateo Rodríguez* / Eugenio Simón Acosta (coordinador); prólogo, Rafael Calvo Ortega Simón Acosta, Eugenio. Pamplona: Aranzadi, 1995. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...op. cit.*, p. 266. PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta...op. cit.*, p. 112.

es, debe ser entendido como elemento esencial del tributo y, por lo tanto, reservado a la ley ⁹⁵. Sin embargo, si la tomamos como punto de partida, difícilmente podrá sostenerse que la deslegalización de la valoración vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria. Cosa distinta es que, como ha sostenido cierto sector minoritario, el RIRPF esté regulando el presupuesto de hecho del tributo, es decir, el hecho imponible, respecto del que el Tribunal Constitucional no ha relativizado la reserva de ley. En efecto, se ha sostenido que «el artículo 5.Dos del Reglamento (actual artículo 46 del RIRPF) da entrada a una retribución en especie no prevista en la Ley del Impuesto y por lo tanto a una concreción del hecho imponible». «[...] 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 ⁹⁶». No podemos estar de acuerdo con esta visión del problema. Resulta difícil sostener que el artículo 5.2 del Reglamento de 1991 (o el 46 del vigente) introduce una retribución no contemplada en la Ley, a menos que se sostenga, como vimos que hacía PÉREZ ROYO, la tributación exclusiva del rendimiento de la parte y como rendimiento del trabajo ⁹⁷.

Sin embargo, sí que nos mostramos conformes con aquellos autores que sostienen la nulidad del artículo 46 del RIRPF por vulneración del principio de jerarquía normativa. En efecto, el artículo 44 de la LIRPF recoge una norma general de valoración de las retribuciones en especie, aplicable «a falta de norma específica». El citado artículo 46 contraviene dicha norma general. Sin perjuicio de esta ilegalidad, debe analizarse el elenco de problemas que plantea el citado artículo 46 del RIRPF.

Creemos que son tres los problemas esenciales que se derivan de la deficiente redacción del artículo 46 ⁹⁸ del vigente RIRPF:

1) **Ámbito de aplicación.** El propio artículo 46 del RIRPF restringe notablemente su ámbito de aplicación, declarando que sólo en aquellos casos en que la ventaja especial consista en un porcentaje sobre los beneficios de la sociedad se utilizará el método de cálculo por él previsto. Como sabemos, el contenido de la ventaja especial puede ser muy distinto, consistiendo en un derecho a participar en la cuota de liquidación, a participar en una cantidad fija del beneficio, derechos de exclusiva, derechos de suministro, etc. Respecto de estos últimos, como vimos, no se plantea problema alguno, por cuanto su intransmisibilidad por naturaleza determina la no sujeción de la entre-

⁹⁵ Para una crítica de esta jurisprudencia CHECA GONZÁLEZ, Clemente; MERINO JARA, Isaac. «Los principios de capacidad económica y de reserva de ley y el impuesto sobre incremento de valor de los terrenos. (Comentarios a la STC 221/1992 de 11 de diciembre)». /En/ *Crónica Tributaria*, n.º 67, 1993, pp. 142-146.

⁹⁶ GONZÁLEZ ORTIZ, Diego. *La tributación de los derechos especiales de contenido económico...op. cit.*, p. 65.

⁹⁷ No creemos que GONZÁLEZ ORTIZ sostenga semejante tesis, cuya crítica, no obstante, ya hemos tenido ocasión de desarrollar. El artículo 46 del RIRPF se limita a valorar una renta sujeta por la Ley en su artículo 16.2.g).

⁹⁸ Señala este precepto: «Los derechos especiales de contenido económico que se reserven los fundadores o promotores de una sociedad como remuneración de servicios personales, cuando consistan en un porcentaje sobre los beneficios de la entidad, se valorarán, como mínimo, en el 35 por 100 del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en los beneficios que la reconocida a los citados derechos».

ga. Sin embargo, cuando la ventaja consista en la participación en una cantidad fija de beneficios o en la cuota de liquidación, el problema de valoración resulta evidente. A falta de norma específica, sería aplicable la regla general a la que ya hemos hecho referencia, es decir, la valoración por su valor normal en el mercado. Y aquí debemos plantear diversos supuestos:

- Que el contenido del derecho venga representado por una retribución fija anual al fundador o promotor. Esta modalidad no es, desde luego, común ⁹⁹. Sin embargo, conviene plantearse cuál es la valoración en la entrega de estas partes. La doctrina se encuentra dividida al respecto. Para algunos autores, todos aquellos partes de fundador que tengan un contenido distinto a la participación en un porcentaje de los beneficios sociales deberán tributar conforme a la antigua regla residual del artículo 27.1.f) de la LIRPF de 1991 (actual artículo 44.1 de la Ley 40/1998) ¹⁰⁰.

Para el caso específico de la participación en una cantidad fija del beneficio, MORENO FERNÁNDEZ defiende una tesis alternativa. Para solucionar el problema, propone que se espere a conocer el beneficio del ejercicio para averiguar cuál ha sido el porcentaje de participación efectiva aplicando posteriormente las prescripciones del artículo 5.Dos del Reglamento. Otra solución, siempre según este autor, sería determinar qué porcentaje del capital social representa la cantidad fija atribuida al fundador aplicando posteriormente el citado artículo 5.Dos. No podemos estar de acuerdo con ninguna de las soluciones propuestas por MORENO FERNÁNDEZ. En efecto, y como vimos más arriba, denunciaba MORENO FERNÁNDEZ que el artículo 5.Dos del Reglamento contravenía el principio de jerarquía normativa por cuanto la LIRPF ya contiene una regla de valoración general de las retribuciones en especie para las que no exista una norma específica. Es por lo tanto absurdo que se pretendan extender los efectos de las prescripciones contenidas en un precepto ilegal, a partes cuyo contenido queda claramente fuera del ámbito de aplicación del artículo. Sin embargo, también pueden formularse críticas a cada una de las soluciones propuestas.

Respecto de la primera posibilidad, creemos que los obstáculos son evidentes. Si para valorar la entrega de la parte debe esperarse a que la sociedad determine su beneficio, la valoración del título siempre se realizará en un ejercicio distinto a aquel en el que la parte se entregó. Por ello, siempre procedería declarar la entrega de la parte en una declaración-liquidación complementaria. Una interpretación que obligue sistemáticamente al particular a cumplir sus obligaciones presentando declaraciones complementarias no puede resultar admisible. De otro lado, no queda tampoco claro si el beneficio al que debe esperarse es el del ejercicio inmediatamente posterior a aquel en que se entregue la parte porque, como sabemos, las ventajas especiales pueden prolongar sus efectos por un período máximo de 10 años. Esto no queda claro en la propuesta de MORENO FERNÁNDEZ y así surge la duda de qué beneficio deberá tomarse como referencia en caso de que la ventaja sea de duración plurianual. Respecto de la segunda solución no creemos tampoco que presente

⁹⁹ En este sentido OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁰ ROZAS VALDÉS, José Andrés. Rendimientos del trabajo en especie...*op.cit.*, p. 107. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...op. cit.*, p. 268.

visos razonables de prosperar. El porcentaje de participación en los beneficios que indica el Reglamento no creemos que pueda hacerse extensivo al capital social pues las relaciones y características de ambas magnitudes son bien distintas. Puede que la regla del antiguo 5.Dos (actual 46 del RIRPF) sea irracional, pero eso no es motivo para extender su irracionalidad a ventajas especiales con contenidos distintos.

Seguramente debamos acudir a la norma específicamente dispuesta por la Ley para todas aquellas retribuciones en especie respecto de las que no exista una norma específica: su valoración por el valor normal en el mercado. Sin duda y como la doctrina recalca con insistencia, el valor de mercado presenta una dificultad esencial que es precisamente la de su determinación. El vigente artículo 41.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta define el valor normal en el mercado como la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes, salvo prueba en contrario. Esta definición puede ayudar, quizás, a clarificar la valoración de la entrega del parte de fundador cuando consista éste en una cuantía fija del beneficio. Parece claro, que el límite superior de la valoración de un parte cuyo contenido consista en una o varias cuantías fijas de los beneficios futuros será la suma de éstos. Ningún comprador, en principio, pagaría un coste superior. Es dudoso también que un comprador pague la misma cantidad que recibirá en los años siguientes. Lo más normal es que en estos casos se fije una rentabilidad *a priori* pagándose la suma de los beneficios a los que da derecho la parte, menos la rentabilidad pactada. En cualquier caso, ésta resulta desconocida en el momento de la entrega del parte.

Sin embargo, este planteamiento nos sitúa frente a un problema de orden esencial: el hecho de que lo entregado al fundador se calcule como una cantidad fija o como un porcentaje en los beneficios de la sociedad tendrá consecuencias fundamentales en términos cuantitativos respecto de su tributación ¹⁰¹. Esta diferencia de trato podría justificarse, en principio, en que la cuantía fija, frente al porcentaje de participación, presenta una mayor garantía para un hipotético adquirente, en principio ajeno a la sociedad, y desconocedor de su marcha. Esta justificación debe enjuiciarse con matices. De un lado, la garantía de la retribución mediante cuantía fija resulta una verdad a medias. En efecto, la garantía no es absoluta pues la sociedad puede no tener beneficios o tener beneficios en cuantía insuficiente para cubrir los derechos de los tenedores de partes de fundador. Suponemos, en este caso, que las partes de fundador, cuando fijan una cuantía fija, deben condicionarla a la existencia efectiva de beneficio ¹⁰². De otro lado, esta mayor facilidad de transmisión no puede

¹⁰¹ En efecto imagínese una sociedad anónima con un capital social de 20.000.000 de pesetas. Se concede una ventaja especial del 5% de sus beneficios netos, según balance, en sus primeros diez años de existencia, y durante esos diez años su beneficio anual es de 5 millones de pesetas. La entrega del título tributará según el artículo 46 del RIRPF como sigue 5% (participación anual) de [35% de 20 millones (capital social)] = 350.000 pesetas. Si por el contrario, el contenido del derecho consiste en una participación anual en 250.000 pesetas en el beneficio de la sociedad, el valor de mercado del parte ascenderá a 2.500.000 pesetas. Siendo que el rendimiento del parte ha sido el mismo en ambos casos, su entrega ha tributado, en el segundo caso, en mucha mayor cantidad que en el primero. Aunque el fundamento del gravamen de la entrega es, como sabemos, la transmisibilidad del parte, no parece ajustado un tratamiento tan desigual de las entregas según los contenidos de la ventaja.

¹⁰² Así lo entiende una muy autorizada doctrina: GARRIGUES, Joaquín. URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 258. SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*. Roma: Consejo Superior de investigaciones científicas (Delegación), 1955, pp. 166-177. OTERO

justificar, por sí sola, una desproporción tan acusada en el gravamen de las ventajas especiales de fundadores y promotores, según que su contenido se calcule como un porcentaje en el beneficio o como una cantidad fija. Las divergencias valorativas en este punto resultan absolutamente inadmisibles.

- Distinto problema se plantea, en lo que atañe a la valoración, cuando el contenido de la ventaja especial consiste en una participación en la cuota de liquidación de la sociedad. Que el contenido de las ventajas especiales de fundadores y promotores pueda consistir en una porción de la cuota de liquidación resulta especialmente discutido en la doctrina mercantilista. No se trata ya de la discusión inveterada en torno al carácter amplio o estricto del contenido de la ventaja especial, al que ya hemos hecho referencia; por el contrario, para negar este posible contenido del derecho se alegan razones adicionales. De un lado, se señala que el límite temporal que establece la LSA (10 años en la vigente y 15 en la de 1951) hará difícil la percepción de esta porción de cuota por cuanto generalmente transcurrirán más de diez años entre la constitución de la sociedad y su liquidación ¹⁰³. Sin embargo, este argumento no puede resultar en absoluto determinante en la medida que no excluye por sí mismo que la participación en la cuota de liquidación pueda constituirse en objeto de la ventaja especial. Existe otro argumento de mayor peso al que también ha hecho alusión la doctrina mercantilista. Tomando como base el artículo 94 de la LSA de 1951 ¹⁰⁴, OTERO LASTRES ha negado la posibilidad de que la participación en la cuota de liquidación pueda ser el contenido de una ventaja especial de fundador. Si la asignación gratuita de nuevas acciones o el aumento del valor nominal de las antiguas atañe sólo a los que ya eran accionistas, lógico es que si la operación de aumento de capital con cargo a reservas supone un reparto anticipado del patrimonio social, les esté vetado a los tenedores de partes de fundador participar en la cuota de liquidación ¹⁰⁵. Sin embargo, creemos, que esta forma de razonar resulta errónea. El paralelismo que OTERO pretende entre la liquidación de la sociedad y el aumento de capital con cargo a reservas no es tal. La doctrina mercantilista ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la operación al estudiar el problema que nos ocupa con una perspectiva inversa a la que pretende OTERO. Se planteaba así la pregunta en torno a si los tenedores de partes de fundador, cuyo contenido con-

LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 31. En contra se alinea ILLESCAS ORTIZ sosteniendo que los partes de fundador no deben vincularse siempre y de forma necesaria al beneficio, pudiendo constituirse simplemente como gastos de la sociedad y no como participaciones en sentido técnico. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *El derecho del socio al dividendo...op. cit.*, p. 174 (nota 92). Esta tesis, creemos, comprende adecuadamente que los límites establecidos a los contenidos de las ventajas especiales del fundador en la sociedad anónima son precisamente eso, límites, y que, por lo tanto, no pueden vincular el contenido efectivo de la ventaja. De prosperar esta tesis, sería posible la constitución de una ventaja especial de fundador de rendimiento enteramente garantizado cuya transmisión por lo tanto se asemejaría a la de los títulos representativos de la cesión a terceros de capitales propios.

¹⁰³ En este sentido OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 25. MUÑOZ MARTÍN, Noemí. *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima*. Valladolid: Lex Nova, 1991, p. 397.

¹⁰⁴ Que señalaba: «el aumento de capital podrá también realizarse con cargo a las reservas disponibles de la sociedad mediante traspaso de la cuenta de reservas a la de capital, y entrega a los accionistas de nuevas acciones ordinarias en proporción a las que ya posean sin exigirles desembolso alguno».

¹⁰⁵ OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, pp. 25-27.

sistiera en la participación en la cuota de liquidación, tenían también derecho a la entrega de acciones de forma gratuita en los supuestos de aumento de capital con cargo a reservas. Y se ha dicho en este sentido que dicha operación de aumento de capital no supone una liquidación anticipada, sino por el contrario una retención indefinida en el patrimonio social de ciertos fondos renunciando a su disponibilidad ¹⁰⁶. Este argumento sería suficiente, creemos, para desbaratar la tesis sostenida por OTERO LASTRES. Sin embargo, concurre una idea adicional que creemos que debe resultar capital para resolver este problema. Hemos repetido en diversas ocasiones que, a pesar de ser amplio el contenido hipotético de las ventajas especiales de fundadores y promotores, quedan en todo caso excluidos los derechos de carácter político. Sería absurdo que tras una ampliación de capital con cargo a reservas, los tenedores de partes de fundador adquirieran derechos políticos por vía indirecta, con la asignación gratuita de acciones. Ésta es la razón por la cual ni del artículo 94 de la antigua LSA ni del actual 158 puede derivarse que también los tenedores de partes deban beneficiarse de la entrega gratuita de acciones. Como vemos, el argumento de la liquidación anticipada no tiene cabida en este ámbito y, por tanto, tampoco procede pues su utilización para negar a la participación en la cuota de liquidación, como contenido hipotético de las ventajas especiales de fundadores y promotores.

Resuelta la posibilidad de que la participación en la cuota de liquidación sea contenido de las ventajas especiales queda pendiente el problema de su valoración. Para discernir el difícil problema de valoración que estos títulos plantean cuando consisten en una participación en la cuota de liquidación, es preciso preguntarse previamente sobre la naturaleza jurídica de estos derechos. Históricamente, se sostuvo que los partes de fundador tenían naturaleza de acción ¹⁰⁷. Y ello precisamente porque portaban, según esta corriente, los dos elementos básicos de la acción: la participación en beneficios y la libre transmisibilidad a terceros. Sin embargo y como la doctrina detectó tempranamente, carecen las partes de un elemento consustancial a la acción: no representan una parte alícuota del capital social. La discusión a partir de este tajante argumento se ha centrado en conocer si las ventajas espe-

¹⁰⁶ PIÑÓN PALLARÉS, Alfonso. *Las reservas en las Sociedades Anónimas*. Madrid: Confederación española de Cajas de Ahorros, 1974, p. 334. MARTÍNEZ NADAL, Apol.lònia. *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 476.

¹⁰⁷ Ésta fue la tesis sostenida, precisamente, para la determinación del gravamen de las partes de fundador en la jurisprudencia francesa de principios de siglo. Así la Sentencia del Tribunal de Casación de 16 de noviembre de 1904: S., 1906, I, p. 49; D., 1906, I, p. 491. Sin embargo, como ha señalado la doctrina francesa, esta asimilación obedecía a la necesidad de encasillar los partes en la categoría de acción u obligación a efectos de liquidación tributaria. (HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gaston; JAUFFRET, Alfred. *Droit Commercial...op. cit.*, pp. 295-296). Esta razón, indudablemente endeble a efectos de calificación, no impidió que los tribunales civiles franceses recondujeran la categoría a una forma jurídica más adecuada. En atención a la ausencia de participación en la gestión societaria, los tribunales empezaron a calificar a los portadores de partes de fundador como acreedores eventuales de beneficios. En este sentido: Lyon 14 de junio de 1911, sous Civ. 20 juin 1917, D. 1917.1.134, S. 1917.1.33. La ley de 23 de enero de 1929 vino a zanjar la polémica en su artículo 1 que «estos títulos (los partes de fundador) no confieren a sus propietarios la calidad de asociado». Sobre esta ley y el acierto de la mediación de esta ley en la determinación de la naturaleza jurídica de los partes de fundador puede consultarse: CORDONNIER, Paul. *Le nouveau régime de parts de fondateur d'après la loi du 23 janvier 1929*. Bordeaux: Imprimerie Cadoret, 1929, pp. 21-25.

ciales constituyen derechos ordinarios de crédito ¹⁰⁸, derechos de crédito especiales o *sui generis* ¹⁰⁹, o derechos de asociados o socios de segundo orden ¹¹⁰. Cualquiera que sea la tesis que asumamos, respecto de la naturaleza de los partes, dentro siempre de la idea del derecho de crédito, creemos que debemos llegar a una conclusión evidente. Si el contenido de la ventaja especial consiste en un derecho de crédito que debe deducirse del haber social para la determinación de la cuota de liquidación conforme al artículo 277.2.1.º de la LSA, no puede decirse, en propiedad, que el contenido del derecho sea una participación en la cuota de liquidación, pues el contenido del derecho es un crédito como el que puede ostentar cualquier otro acreedor social. La valoración se realizará conforme a las reglas que hemos visto para las cuantías fijas en el punto anterior.

Problema distinto es que se fije una participación efectiva en la liquidación por el tenedor de la ventaja especial. Creemos, desde luego, que los propietarios de las ventajas especiales no podrán participar en el capital social que se devuelve a los accionistas. Ello resulta contrario al espíritu del propio artículo 277 de la LSA, que parece conectar, con toda claridad, el reparto de capital social con las aportaciones efectivas del mismo por los accionistas. Se pone de manifiesto de forma plena lo que ya dijimos más arriba: la ventaja especial de fundador no representa una parte alícuota del capital social. Sin embargo, como es sabido, es muy posible que el haber social repartible supere la cantidad de capital social desembolsado, de tal manera que lo que se reparta sean beneficios de ejercicios anteriores o del mismo ejercicio en que la sociedad se liquida. No existe impedimento alguno para que el contenido de la ventaja especial de fundador consista precisamente en una participación en este remanente ¹¹¹. Y ahora estamos en plena disposición de llegar finalmente a la solución del problema que nos ocupa, que no es otro que el de la valoración de la entrega de estos derechos. Si la participación en este remanente se cifra mediante una cuantía

¹⁰⁸ Como ha sostenido de forma mayoritaria la doctrina alemana: SCHLEGELBERGER, Franz; QUASSOWSKI, Leo; HERBIG, Gustav; GEßLER, Ernst; HEFERMEHL, Wolfgang. *Aktiengesetz. Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937 Kommentar*. Berlin: Franz Vahlen, 1939, § 19 Anm 3 (p. 74). WILHELMI, Sylvester; VON GODIN, Reinhard. *Aktiengesetz vom 6.9.1965. Kommentar*. 4 Auflage. Berlin: De Gruyter, 1971, § 26 Anm. 2. BARZ, Carl Hans. *Aktiengesetz. Großkommentar*. 3. neuarb. Auflage. Berlin: De Gruyter, 1970-1975, § 26 Anm. 3. CLAUSSEN, Carsten Peter; ZÖLLNER, Wolfgang. *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*. 2 Auflage. Köln: Heymann, 1986, § 26, Rdn.3. JUNKER, Michael. *Der Sondervorteil im Sinne...op. cit.*, p. 211.

¹⁰⁹ Ésta es la teoría que se sostiene en España de forma mayoritaria: BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, pp. 317-318. GARRIGUES, Joaquín. URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op. cit.* p. 263. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, pp. 18-19. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, p. 338. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, pp. 2.632-2.633.

¹¹⁰ HOUPIN, Charles. BOSVIEUX, Henry. *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*. t. I. 5 édition. Paris: Journal des Notaires et des Avocats, 1925, p. 502 y ss.

¹¹¹ Respecto de unos títulos, como los bonos de disfrute, que tampoco representan una parte alícuota del capital social, por cuanto éste se ha devuelto al antiguo accionista, se han manifestado en este sentido sectores importantes de la doctrina: GIRÓN TENA, José. *Derecho de Sociedades Anónimas...op. cit.*, p. 226 y ss. PORZIO, Mario. *L'estinzione della società per azioni*. Napoli: Casa Editrice Eugenio Jovene, 1959, p. 175.

fija, deberá acudir a las reglas que ya hemos analizado. Si por el contrario, se fija dicha participación como un porcentaje del remanente, creemos que la solución más adecuada será la aplicación de la regla de valoración prevista en el artículo 46 del RIRPF. En efecto, aunque hablemos de una participación en la cuota de liquidación, conviene no perder de vista que en este caso nos encontramos ante una participación en beneficios, aunque ésta se difiera al momento de la liquidación de la sociedad.

Queda por resolver un problema de orden ciertamente menor a este respecto. La doctrina mercantilista discute, desde hace tiempo, si los límites de orden temporal y cuantitativo que el artículo 11 de la LSA impone a las ventajas especiales, cuyo contenido consista en una participación en beneficios, son también aplicables a aquellas que tengan por contenido un derecho distinto. Respecto del límite temporal (las ventajas especiales se concederán por un período máximo de diez años), la mayor parte de la doctrina mercantilista se inclina por su aplicación a las ventajas cualquiera que sea su contenido ¹¹². Sin embargo, no queda del todo claro qué ocurre en aquellos casos en que el derecho consiste en una participación en la cuota de liquidación cuando la sociedad se ha liquidado transcurridos más de diez años desde su fundación. Cabrían al menos dos soluciones: entender inadmisibles la ventaja negando al fundador su participación en el remanente, o que este segundo alcance como máximo a los beneficios que se hayan generado en los diez primeros años de existencia de la sociedad. Sin duda, en la doctrina mercantilista, la opción de la nulidad parcial es la admitida de forma casi unánime ¹¹³. Aunque la doctrina no es muy clara ¹¹⁴, respecto a la forma de reducir la ventaja por aplicación del límite temporal, parece que la segunda opción, a la que hemos hecho alusión con anterioridad, sería la única imaginable, es decir, que la participación en el remanente se limite a los beneficios generados por la sociedad en sus diez primeros años de existencia ¹¹⁵. Ahora debe anali-

¹¹² GARRIGUES, Joaquín. URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op cit.* p. 260. CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil...op. cit.*, p. 490. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op cit.*, p. 827. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.* p. 348. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Las ventajas de fundadores y promotores...op. cit.*, pp. 2.640-2.641.

¹¹³ GARRIGUES, Joaquín. URÍA, Rodrigo. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas...op cit.*, p. 261. OTERO LASTRES, José Manuel. *Las ventajas particulares...op. cit.*, p. 37. GÓMEZ MENDOZA, María. *Derechos especiales de fundadores y promotores...op cit.*, p. 828. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *Ventajas de los fundadores...op. cit.*, p. 352.

¹¹⁴ Con la excepción de CÁMARA del que tomamos la solución: CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil...op. cit.*, p. 490.

¹¹⁵ Queremos dejar constancia sin embargo de nuestro desacuerdo. La opción asumida por la doctrina mercantilista respecto del incumplimiento del límite temporal impuesto por la LSA creemos que deja sin sentido al propio límite porque lo reconduce al ámbito cuantitativo. El límite de 10 años al que se refiere la ley, aunque desde una óptica generalista pueda cumplir un objetivo de precaución general frente a las ventajas, desempeña, a nuestro juicio, un papel diferente que el referido al porcentaje de participación en los beneficios sociales. Mientras que este segundo tiene como finalidad sin duda alguna un límite respecto de la cuantía de la ventaja, el límite temporal creemos que obedece, más bien, a la necesidad de evitar una situación de pendencia ilimitada en el tiempo, de un derecho de crédito contra la sociedad. En este sentido, la superación del límite temporal debería llevar aparejada la nulidad de la ventaja, pues caso de no ser así, una ventaja especial consistente en un derecho sobre la cuota de liquidación de la sociedad, si ésta se liquida transcurridos más de 10 años desde su fundación, contravendría claramente el espíritu y finalidad del límite. Nuestra idea inicial, en el sentido de no mediar en disputas mercantiles, nos lleva, sin embargo, a desarrollar nuestra argumentación conforme a las tesis mayoritarias.

zarse, en qué medida, el transcurso de más de diez años entre la fundación de la sociedad y su liquidación debe afectar a la valoración de la entrega del parte cuyo contenido consista en una participación en la cuota liquidatoria. En principio, podría parecer que la limitación cuantitativa a la que ya nos hemos referido (beneficios generados en los 10 primeros años de existencia de la sociedad) debería ser suficiente para que la valoración de la entrega de la parte no variara, a pesar del transcurso de más de diez años entre fundación y liquidación. Sin embargo, tras esta afirmación, aparentemente correcta, se esconde una falacia. Obviamente, el artículo 46 del RIRPF parte del supuesto típico, es decir, un derecho con una duración máxima de diez años o menor. Y conforme a esa duración, grava la entrega, o, más bien, considera cuál ha de ser el gravamen correcto de dicha entrega. Ahora, debemos volver al fundamento del gravamen de la entrega del parte que, como vimos, no era otro que su transmisibilidad. Y debemos plantearnos si el mayor período de transmisibilidad, en el caso que analizamos, debe conducir a un aumento proporcional de la valoración de la entrega. La doctrina tributarista se ha planteado un supuesto similar para las ventajas especiales cuyo contenido consiste en una participación en los beneficios de la sociedad, cuando el derecho tiene un límite temporal inferior a los diez años. MALVÁREZ propone dos soluciones alternativas y de consecuencias muy diferentes. Considerar que la regla de valoración del artículo 5.Dos del RIRPF opera como módulo de valoración cuando el derecho dura un año y por lo tanto la valoración deberá multiplicarse por el número de años de duración del derecho. O pensar que la regla de valoración está pensada para una duración de diez años, con lo que a efectos de calcular el valor de la entrega, cuando el derecho es de menor duración, deberá practicarse la correspondiente reducción proporcional ¹¹⁶.

Aun cuando la valoración se pone en conexión con el volumen hipotético de rendimientos futuros, tesis que no aceptamos, sí que puede resultar útil la idea de que la duración del derecho debe incidir en la valoración de la entrega. Tomemos ahora como punto de partida el fundamento del gravamen de la entrega, es decir, la transmisibilidad. Podría pensarse que un mayor período de pendencia del derecho conduce a una ampliación del tiempo en que la ventaja es transmisible y, por ende, a la necesidad de supervalorar la entrega respecto de aquellas ventajas limitadas a diez años de duración. Sin embargo, resulta dudoso, de un lado, que el mayor período de pendencia aumente la posibilidad de transmisión y, de otro, que las relaciones entre período de pendencia y cifra de valoración sean proporcionales como deben serlo, para MALVÁREZ, en la participación en beneficios, a juzgar por las fórmulas correctivas propuestas. El escaso fundamento de un gravamen mayor aconseja mantener, en pos de la seguridad jurídica, la regla de valoración del artículo 46 del RIRPF en sus propios términos también cuando el contenido de la ventaja consista en una participación en la cuota de liquidación.

2) Regla mínima de valoración. El deficiente precepto recogido en el artículo 46 del RIRPF para la valoración de la entrega de ventajas especiales de fundadores y promotores presenta una dificultad interpretativa especial, para la que la doctrina ha aportado diversas soluciones que a nuestro parecer resultan inadecuadas. Señala el citado precepto que «Los derechos especiales de contenido económico que se reserven los fundadores y promotores de una sociedad como remuneración de servicios personales, cuando consistan en un porcentaje sobre los beneficios de la entidad, se valora-

¹¹⁶ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...op. cit.*, pp. 269-270.

rán como mínimo, en el 35 por ciento del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en los beneficios que reconocida a los citados derechos». Pues bien, ese carácter mínimo de valoración preocupa a la doctrina, por cuanto no es fácil desentrañar su sentido. Las interpretaciones, como decíamos, han sido variadas. Algunos no encuentran motivo alguno para este inciso normativo ¹¹⁷. También proliferan las interpretaciones tendentes a supervalorar la entrega de las partes. Señalan estos autores que la regla reglamentaria podría estar pensada para ventajas especiales de duración anual, siendo así que, cuando la duración fuese plurianual, el valor mínimo debería multiplicarse por el número de años de duración ¹¹⁸. Por último, se ha sostenido la posibilidad de que el inciso haga referencia a aquellos casos en los que en los documentos contables, en los estatutos de la sociedad, o en el mercado, la valoración de las partes pudiera ser superior ¹¹⁹. Ninguna de estas explicaciones resulta satisfactoria. La primera, porque no resuelve el problema. La segunda interpretación de la norma desemboca en un gravamen desmedido de la entrega de los partes, que además no tiene apoyatura legal de ningún tipo. En cuanto a la tercera visión, convierte a la norma reglamentaria en un precepto de carácter supletorio, naturaleza que no le es propia.

La interpretación del precepto debe ser diferente. Para ello, resulta primordial el momento en que aparece en la norma reglamentaria de valoración el inciso del que nos ocupamos. Hasta el Reglamento de 1991 no aparece alusión alguna a la valoración mínima en los Reglamentos del Impuesto sobre la Renta. En efecto, el artículo 44 ¹²⁰ del Real Decreto 2615/1979 y del Real Decreto 2384/1981, que desarrollaron a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no hacían alusión a esta valoración mínima. El inciso aparece en el Reglamento de 1991 que desarrollaba a la Ley de ese mismo año. No es casual que la aparición del inciso «como mínimo» venga acompañada de la desaparición del adverbio «solamente», para referirse al contenido del derecho. Mientras que los Reglamentos anteriores hacían referencia al supuesto en que la ventaja sólo concedía un derecho a participar en los beneficios de la entidad, a partir de 1991 no se hace ya referencia a esa exclusividad. Y es ahí donde creemos que está la clave del inciso. Si la ventaja sólo contiene un derecho a participar en beneficios, el Reglamento tasa la valoración conforme a sus propios criterios y no resulta necesario hacer alusión a la valoración mínima. Sin embargo, si la ventaja consiste en una participación en beneficios pero no sólo en ella, puesto que como hemos visto su contenido puede ser variado, la valoración será mínima: la participación en beneficios se valore conforme al Reglamento y el resto de derechos conforme a las reglas procedentes. Lo que pretenden evitar los Reglamentos de 1991 y 1999 con este inciso es que una ventaja de contenido complejo se valorará, a partir de una

¹¹⁷ PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta...op. cit.*, p. 112. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo...op. cit.*, p. 440.

¹¹⁸ GORDILLO, Miguel; JIMÉNEZ, Ernesto; NÚÑEZ, Iñaki; REY, Fernando. *El Impuesto sobre la Renta...op. cit.* p. 143. Sin embargo sostengan esta tesis de forma mucho más contundente en: GORDILLO, Miguel; JIMÉNEZ, Ernesto; NÚÑEZ, Iñaki. *Las nuevas leyes del impuesto sobre la renta y el patrimonio*. Madrid: Arthur Andersen, 1991, p. 112. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos...op. cit.* pp. 267-268 (entre otros argumentos).

¹¹⁹ ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie*. Madrid: Civitas, 1994, p. 106.

¹²⁰ Los respectivos artículos 44 de ambos Reglamentos señalaban: «Cuando la contraprestación consista en partes de fundador, bonos de disfrute o títulos similares que solamente concedan el derecho a participar en los beneficios de una Entidad, se estimará como importe de la misma el 50 por 100 del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en los beneficios que la reconocida a los mencionados títulos.

interpretación estricta de la regla de valoración, sólo por la participación en beneficios que habilita, sin tener en cuenta el resto de contenidos hipotéticos de la propia ventaja que deben ser gravados. La interpretación que ofrecemos respeta escrupulosamente la letra de la ley, es coherente con la historia legislativa del precepto y no desemboca en gravámenes exagerados y contrarios a la más simple noción de seguridad jurídica.

3) Las limitaciones a la transmisibilidad de los partes. Ya hemos señalado más arriba la opinión que nos merece el que el artículo 46 del RIRPF no introduzca modulación alguna a la regla general de valoración de la entrega de los partes para aquellos casos en que concurren limitaciones a la libre transmisibilidad de los títulos. Sin embargo, no puede esta modulación deducirse a partir de las reglas vigentes, con lo que la tarea moduladora debe quedar encomendada a futuras reformas del Reglamento.

3. LA TRIBUTACIÓN DEL RENDIMIENTO DE LAS VENTAJAS ESPECIALES DE FUNDADORES Y PROMOTORES

Ya hemos tenido ocasión de manifestarnos sobre la oportunidad de distinguir, a efectos tributarios, la entrega de los partes y su rendimiento. Como vimos más arriba, la tributación de la entrega encuentra su fundamento en la natural e inderogable transmisibilidad de la parte. Como es bien sabido, la tributación de estos activos no se limita al gravamen como rendimiento en especie del trabajo de su entrega. A pesar de los esfuerzos de ciertos sectores de la doctrina, por reconducir al ámbito de los rendimientos del trabajo la tributación de estas figuras a lo largo de toda su existencia jurídica, tesis de las que ya nos hemos ocupado, resulta necesario afrontar ahora, cómo ha de tributar en el IRPF el rendimiento efectivo que se deriva de la parte, es decir, cómo ha de gravarse la participación en beneficios, en el remanente de cuota de liquidación, los derechos de exclusiva, los suministros y cualquier otro contenido económico posible de la ventaja.

A este respecto y si excluimos a los partidarios de una tributación exclusiva de los rendimientos como rendimientos del trabajo, puede sostenerse que la doctrina defiende de forma unánime su tributación como rendimientos del capital mobiliario ¹²¹. Esta tesis puede resultar correcta, pero creemos que debemos matizar sus implicaciones porque creemos que adolece de algunos defectos de imprecisión. De un lado, debemos cuestionarnos si todos los rendimientos de la parte, independientemente de su clase, deben tributar como rendimientos del capital, pues sólo resulta esto claro cuando dicho contenido consista en participaciones en beneficios, pero no en los casos de cuotas liquidatorias ni en los derechos de suministro o exclusivas comerciales. Como veremos, el contenido del

¹²¹ MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo... op. cit.* p. 438. ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie... op. cit.*, p. 102. CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco. *Los rendimientos del capital... op. cit.*, pp. 552-553. MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos... op. cit.*, p. 261. PEDRAZA BOCHONS, José Vicente. *Rendimientos del capital mobiliario... op. cit.*, pp. 182-183. GORDILLO, Miguel; JIMÉNEZ, Ernesto; NÚÑEZ, Iñaki; REY, Fernando. *El Impuesto sobre la Renta... op. cit.*, p. 210.

derecho determina la fuente de renta en que tributa el rendimiento de la parte. De otro lado y dentro de las partes cuyo rendimiento tributa como rendimiento del capital mobiliario, procede cuestionarse si la ubicación dada por la doctrina es la más adecuada. Veamos estos problemas por separado:

1) La doctrina se inclina de forma unánime por ubicar los rendimientos del capital mobiliario derivados de las partes de fundador en el vigente artículo 23.1.a).2.º de la LIRPF, precepto que incluye entre los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, a «los rendimientos procedentes de cualquier tipo de activos, excepto la entrega de acciones liberadas, que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, facultan para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal ¹²²». Tanto en la Ley del Impuesto vigente como en su más inmediata predecesora existe un problema de primer orden que impide, al menos en principio, encajar los rendimientos procedentes del parte en el número 2.º del artículo 23.1.a) de la LIRPF. Señala el precepto que la causa de los beneficios, ventas operaciones o ingresos debe ser distinta de la remuneración del trabajo personal. Para intentar salvar este inciso, la doctrina ha elaborado algunas soluciones que no resultan del todo convincentes. Se ha señalado en este sentido que mientras que la entrega trae causa del trabajo desarrollado, el rendimiento generado por la parte viene derivado de la propiedad o usufructo del título ¹²³. Otros autores creen, sin embargo, que el último inciso del precepto obedece más bien a la exclusión de las retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración o de las Juntas que, en cualquier caso, deben ser calificadas como rendimientos del trabajo. Señalan estos autores que los partes de fundador se entregan en compensación por los trabajos realizados para la constitución de la sociedad ¹²⁴. Creemos que ambas explicaciones pueden ser rebatidas.

A nuestro juicio, afirmar que los rendimientos de la parte traen causa de la propiedad del título y, justificar así, la inclusión de los rendimientos de la ventaja en la segunda categoría del artículo 23.1.a), no tiene excesivo sentido, y ello, porque si acudimos al concepto de rendimiento del capital, (al que se refiere el artículo 19 de la propia Ley), podemos comprobar que el hecho de que el rendimiento provenga de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente, es característica general de los rendimientos del capital. En efecto, si entendemos que el inciso en dicho precepto obedece al deseo del legislador de excluir rendimientos que no proceden de la titularidad de un bien o derecho, privamos de su sentido al mismo, en la medida en que ésta es una exigencia que se deriva de un concepto más general: el de rendimiento del capital mobiliario.

¹²² Entre los autores que defienden este encuadre del rendimiento algunos, por motivos cronológicos, se refieren a la redacción del artículo 37 de la Ley 18/1991 (antigua Ley de Impuesto sobre la Renta) que recogía en el segundo inciso del párrafo una prescripción idéntica a la vigente. Las diferencias no obstante pueden detectarse entre la primera categoría de rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad [artículo 23.1.a) 1.º de la LIRPF] de la vigente Ley y su predecesora en el artículo 37 de la Ley 18/1991. Señalaba este último precepto: «Quedan incluidos dentro de esta categoría los dividendos, primas de asistencia a Juntas y participaciones en los beneficios de sociedades o asociaciones así como cualquier otra utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio o asociado. El vigente 23.1.a) 1.º incluye entre los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad «los dividendos, primas de asistencia a Juntas y participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad».

¹²³ ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie...op.cit.*, p. 102.

¹²⁴ CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco. *Los rendimientos del capital...op. cit.*, p. 553-554.

Respecto de la segunda explicación al precepto, tampoco podemos mostrarnos conformes. No resulta necesaria la exclusión de las retribuciones a administradores y gestores de la sociedad del ámbito de los rendimientos del capital mobiliario, por cuanto las normas que disciplinan los rendimientos del trabajo enumeran expresamente dichas retribuciones como rendimientos del trabajo personal ¹²⁵. Creemos que esta afirmación sería adecuada en el sistema de la Ley 44/1978 en el que, de un lado, no se incluían las retribuciones de consejeros y administradores en los listados de rendimientos del trabajo personal, y de otro, se excluían expresamente del ámbito de los rendimientos del capital mobiliario en el artículo 17.2.b) de la propia Ley ¹²⁶. Esta explicación perdió su virtualidad de forma absoluta en la Ley de 1991 ¹²⁷, que introdujo en el listado de rendimientos del trabajo a las retribuciones de administradores, sustituyendo la alusión a dichas retribuciones en el seno de los rendimientos del capital mobiliario por el más genérico vigente en la actualidad (por causa distinta de la remuneración del trabajo personal).

A nuestro juicio, el difícil encaje de las partes de fundador en el artículo 23 de la LIRPF obedece a la incorrecta ubicación que le ha pretendido dar la doctrina. En la Ley 18/1991 era difícil encajar los rendimientos derivados de las partes de fundador en una categoría distinta a la que hemos hecho referencia (la del artículo 37.1 inciso 2.ª). El encaje en el primer inciso de este punto 1 resultaba dificultoso, puesto que parecía que los rendimientos allí previstos estaban reservados para los títulos de los que fueran propietarios los que tuvieran la condición de socio asociado o accionista ¹²⁸. Las dos vías que hubieran podido servir en la Ley 18/1991 para sostener el encaje de los rendimientos del parte en la frase 1.ª del artículo 37.1 de la LIRPF parecen no resultar excesivamente convincentes. Podría haberse sostenido el carácter de asociado *sui generis* o de segundo grado, que, en ocasiones, se ha predicado del tenedor de los partes de fundador. Esta tesis, además de manifiestamente minoritaria en la propia doctrina francesa que la ideó ¹²⁹, se enfrenta con la difícil tarea de explicar cómo un asociado, por muy de segundo orden que sea, carece de toda expectativa sobre las pérdidas de la sociedad. No resulta admisible. De otro lado, cabría sostener desde una perspectiva literalista, que la condición de socio, accionista o asociado sólo viene exigida para la categoría

¹²⁵ En este sentido puede consultarse el artículo 16.2.e) de la LIRPF en que se califican como rendimientos del trabajo: «Las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos».

¹²⁶ Señalaba dicho precepto: 2. En particular, se incluirán entre dichos rendimientos (rendimientos del capital mobiliario): [...] b) Cualquier clase de títulos jurídicos, excepto aquellos a que se refiere el penúltimo párrafo del epígrafe a) del número 8 del artículo 20, que estatutariamente facultan para participar en los beneficios de una sociedad o asociación, por algún concepto distinto del de la remuneración directa de los servicios prestados a la entidad, como directores, gestores, consejeros, administradores o empleados de la misma.

¹²⁷ Podría pensarse que nos encontramos ante una norma incluida en la Ley 18/1991 sólo por motivos de acarreo histórico, sin embargo, si esto fuera así, no se explicaría demasiado bien los cambios de dicción en los artículos 37 y 23 de las Leyes de 1991 y 1998 frente a la Ley 44/1978.

¹²⁸ Señalaba el precepto: «Quedan incluidos dentro de esta categoría (rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad) los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en los beneficios de sociedades o asociaciones, así como cualquier otra utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio asociado o accionista».

¹²⁹ Pone de relieve este marcado carácter minoritario CORDONNIER, Paul. *Le nouveau régime de parts de fondateur...op. cit.*, p. 21. En España en igual sentido: BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro. *Sociedades Anónimas (Las acciones)...op. cit.*, p. 317.

residual de rendimientos a la que se refiere la citada primera frase («así como cualquier otra utilidad percibida de una entidad en virtud de la condición de socio, accionista o asociado»). Sin embargo, aun siendo conforme con el texto de la norma, contravendría claramente la sistemática que las dos frases del artículo 37 han pretendido diseñar. En el antiguo artículo 37 de la Ley 18/1991, cada una de las frases parece estar destinada a una categoría de rendimientos del capital mobiliario procedentes de la participación en los fondos propios de la entidad: en el primer inciso se hace referencia a los rendimientos de activos propiedad de socios, accionistas o asociados, mientras que, seguidamente, el artículo se ocupa de aquellos que obtienen rendimientos sin contar con esa condición subjetiva. Puede decirse que en la Ley 18/1991 encuadrar los rendimientos procedentes de los partes en la segunda categoría a la que nos referimos era necesario, a pesar de los inconvenientes que ya hemos descrito.

La situación en la nueva Ley del Impuesto de 1998 es bien diferente. El artículo 23.1.a) de la LIRPF (referido a los rendimientos procedentes de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad) distingue hasta cuatro categorías diferentes de rendimientos y facilita notablemente el problema de encuadre que ahora nos ocupa. Pervive, obviamente, la dificultad ya detectada para su inclusión en el supuesto de hecho del artículo 23.1.a).2.º, pues el precepto sigue exigiendo que los beneficios, ventas u operaciones se obtengan por causa distinta de la remuneración del trabajo personal. La duda ahora reside en si los rendimientos de las partes deben encuadrarse en el artículo 23.1.a).1.º o en el 23.1.a).4.º, es decir, en el grupo de los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad o en el de cualquier otra utilidad, distinta de la de los puntos 1.º, 2.º ó 3.º, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe.

En efecto, el artículo 23.1.a).1.º alude a las participaciones en beneficios sin requerir a estos efectos la condición de socio, asociado o accionista. Y, precisamente de esta manera, hace encajar a la perfección los rendimientos de los partes de fundador, pues no encontramos el importante inconveniente que detectábamos en el número 2 de ese mismo artículo. Para la ubicación de los rendimientos de la parte en este punto, no creemos que suponga un obstáculo el hecho de que el resto del precepto aluda a los dividendos y primas de asistencia a juntas, que, obviamente, sí derivan de la condición de socio, accionista o asociado. La categoría residual de rendimientos del capital mobiliario que derivan de dicha condición se ha trasladado ahora al 23.1.a).4.º de la ley. Sin embargo, un añadido de dicho precepto residual nos hace plantearnos una duda adicional. Dichas utilidades residuales deben derivar de la condición de socio, asociado, accionista o partícipe. Si sólo se hiciera referencia a los tres primeros conceptos no habría problema, pero, en este sentido, la Ley 40/1998 ha introducido una innovación incluyendo la figura del partícipe. Debemos plantearnos, pues, si la participación en beneficios derivada de la parte debe tributar en el 23.1.a).1.º o en esta última categoría, ya que, sin duda, el tenedor de un parte de fundador puede ser calificado como partícipe. La doctrina no parece haber mostrado excesivo interés por este concepto añadido. En este sentido, se ha afirmado que la condición de partícipe podría estar refiriéndose a los rendimientos obtenidos por el cuenta-partícipe no gestor de los contratos de cuentas en participación¹³⁰. Esta solución, además

¹³⁰ En este sentido GORDILLO, Miguel; JIMÉNEZ, Ernesto; NÚÑEZ, Iñaki; REY, Fernando. *El Impuesto sobre la Renta...op. cit.*, p. 211.

de plantear el problema que la misma doctrina ha detectado (puede inducir a pensar que estos rendimientos no son deducibles en el Impuesto sobre Sociedades), no resuelve enteramente el problema que nos ocupa, pues tampoco alcanzamos a discernir si la exclusiva función del añadido es referirse a dichos rendimientos.

Creemos que hay al menos dos argumentos que aconsejan ubicar los rendimientos procedentes de los partes de fundador cuando consisten en participaciones en beneficios en el artículo 23.1.a).1.º:

- 1) Si se ubican en el punto 4.º no se resolverá la doble imposición que de hecho se produce ¹³¹.
- 2) El párrafo cuarto prevé la existencia de utilidades distintas a las previstas en los puntos anteriores; por tanto, una participación en beneficios difícilmente puede encajar en él. Dicho precepto está pensado para rendimientos distintos a la participación en beneficios.

Debe concluirse, pues, que el lugar correcto de ubicación de los rendimientos de las partes de fundador, cuando consistan en una participación en beneficios (calculada como porcentaje o como cantidad fija), será el artículo 23.1.a).1.º de la LIRPF.

2) Como hemos indicado ya en numerosas ocasiones, el rendimiento de los partes de fundador puede no consistir en una participación en los beneficios de las sociedades. Al contrario, ya hemos visto que, entre otros contenidos posibles, la doctrina mercantilista hace referencia a una participación en la cuota de liquidación, la concesión de una exclusiva comercial, suministros a precios ventajosos, etc. Pues bien, en derecho tributario no se han extraído de forma satisfactoria las consecuencias jurídico-tributarias que esta diversidad de contenidos entraña, en lo que a la tributación del rendimiento de la parte se refiere. Se alude, sin más, a la tributación del rendimiento de la parte como rendimiento del capital mobiliario, quizás por reducción de los contenidos a la participación en beneficios de cualquier tipo de entidad. Sin embargo, creemos que en aquellos casos en que el contenido del derecho no sea una participación en beneficios el rendimiento de la parte tributará como corresponda a su contenido, por cuanto ni el artículo 23.1.a).1.º (donde preferimos ubicar dichos rendimientos), ni el 23.1.a).2.º (donde la doctrina los ubica de forma mayoritaria) recogen una norma específica para la tributación de las partes, sino para la tributación de participaciones en beneficios de cualquier tipo de entidad. En esta medida, no puede sostenerse que dicho precepto realiza una recalificación del rendimiento de la parte a la categoría de rendimientos del capital mobiliario, en contra de su naturaleza específica conforme al contenido del propio derecho. El rendimiento de la parte debe tributar siempre conforme a dicha naturaleza. Debemos plantearnos, pues, la tributación de dichos rendimientos de acuerdo con sus diferentes posibles contenidos:

- a) Que el contenido del derecho consista en una participación en la cuota de liquidación. Ya nos hemos pronunciado, en páginas anteriores, sobre cómo entendemos la participación en la cuota de liquidación derivada de un parte de fundador. El problema se plantea ahora al determinar si la participación en beneficios del tenedor del parte, derivada de la liquidación societaria, debe tributar como ganancia patrimonial (siguiendo el régimen que para la

¹³¹ En efecto el artículo 23.1.b) de la LIRPF no prevé la aplicación del mecanismo de corrección de la doble imposición en los rendimientos descritos en los puntos 3.º y 4.º de la letra a) del artículo 23.1 de la Ley.

disolución de sociedades establece el artículo 35.1.e) de la LIRPF) o como rendimiento del capital mobiliario (atendiendo a que constituye exclusivamente una participación en beneficios). Respecto de los accionistas de la sociedad, la jurisprudencia ha sido terminante en el sentido de afirmar que tanto la parte de la cuota liquidatoria, representativa de la devolución de la aportación, como aquella que deriva del reparto de beneficios acumulados y no distribuidos, debe tributar en su totalidad como ganancia patrimonial ¹³². El problema reside ahora en saber, precisamente, si dicha tesis debe trasladarse a la participación en la cuota de liquidación propia de los partes de fundador.

Una parte de fundador no es una acción, eso es algo que creemos haber dejado claro. Sin embargo, la similitud jurídico-económica entre los beneficios asignados al accionista y los asignados al tenedor de partes de fundador tras la liquidación de la sociedad aconsejan un tratamiento uniforme de la figura. Bien es cierto que dicha calificación excluirá la corrección de la doble imposición, que se produce por el gravamen de los beneficios correspondientes en el IS y en el IRPF, y es que, como ya sabemos, a partir de 1997 (RD 536/1997, de 14 de abril) se optó por eliminar dicha corrección para este supuesto. Sin embargo y aunque somos conscientes de que no es ésta la forma de corregir la doble imposición, debe tenerse en cuenta que, tributando como ganancia patrimonial, el rendimiento del parte tributará al tipo proporcional al que la LIRPF grava la base liquidable especial, puesto que, en la mayor parte de las ocasiones, transcurrirá más de un año entre la entrega del parte y la liquidación de la sociedad.

- b) Que el contenido de la parte consista en la concesión al tenedor de una exclusiva comercial. Si seguimos la tesis mantenida hasta el momento, en torno a la tributación de los rendimientos de la parte, también en los casos en que éstos consistan en una exclusiva comercial o prohibición de competencia para la sociedad, deberá seguirse el criterio que corresponda para la tributación del concreto rendimiento. No es, desde luego, la tributación de las exclusivas comerciales un tema que haya sido tratado por la doctrina tributarista en ningún sentido. Sin embargo, siguiendo la lógica del sistema, sí creemos que puede sostenerse que un derecho de exclusiva, así como una prohibición de competencia, podrían formar parte del inmovilizado inmaterial ¹³³. Por lo tanto, y puesto que el fundador o promotor tributará en

¹³² En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de 7 de octubre de 1998 del Tribunal Supremo. Se pretendía con esta sentencia, muy bien elaborada en todos sus aspectos, atajar ciertas interpretaciones del derogado RIRPF de 1981 (RD 2384/1981, de 3 de agosto) que en su artículo 127. apdo. 5.º establecía: «En los casos de disolución de sociedades tendrá la consideración de dividendo, a los efectos de la deducción regulada en este artículo, la parte de la cuota de liquidación social que corresponda a beneficios no distribuidos, siempre que éstos hubieran tributado por el Impuesto sobre Sociedades en la forma prevista en el apartado 1, de este artículo, la que se imputará a rendimientos del capital mobiliario y, por lo tanto, no constituirá incremento del patrimonio». Se dijo, expresamente, que la totalidad de la cuota de liquidación, independientemente de su origen, debía tributar como ganancia patrimonial, y que la asimilación de dicha cuota al dividendo se producía única y exclusivamente a los efectos de aplicar la deducción por doble imposición de dividendos.

¹³³ En este sentido se manifiesta de forma mayoritaria la doctrina alemana: KIRCHHOF, Paul; SÖHN, Hartmut. *Einkommensteuergesetz Kommentar*. Band 4 (§ 5, 6 bis Teil B). Heidelberg: C.F. Müller, 26 Erg. Lfg. März 1991, p. 167 (§ 5 Rdnr. F 391). ADLER, Hans; DÜRING, Walter; SCHMALTZ, Kurt. *Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, Publg nach den Vorschriften des Bilanzrichtlinien-Gesetzes. Pflichtfortsetzung*.

este caso como persona física, en el IRPF, o jurídica, en el IS, el derecho de exclusiva deberá contabilizarse conforme a los criterios que para el inmovilizado inmaterial establece el Plan General de Contabilidad, con las correcciones lógicas que, para su amortización, establece el artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. A estos efectos, y si el fundador es una persona física, debe recordarse la remisión que el artículo 26 de la Ley 40/1998 establece a las normas de determinación de la base imponible en el IS.

4. LA TRIBUTACIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE LAS VENTAJAS ESPECIALES

Ninguna particularidad presenta la tributación de la ganancia o pérdida obtenida por la transmisión del bono o cédula del fundador o promotor titular del mismo, excepción hecha de los problemas de valoración a los que ya nos hemos referido *supra*. En efecto, siguiendo los artículos 32 a 34 de la LIRPF, la ganancia o pérdida patrimonial que se derive de la ventaja especial que, conforme a su naturaleza, sea transmisible se determinará por el valor de transmisión del parte, minorado por su valor de adquisición. Así, cuando la ventaja especial consista en la participación en un porcentaje de los beneficios de la sociedad, el valor de adquisición se calculará conforme a la regla del artículo 46 del RIRPF y, en los demás casos, la valoración se hará conforme al valor normal en el mercado. En cuanto al valor de transmisión, estará constituido por el importe real por el que se haya llevado a cabo la enajenación.

5. ANÁLISIS VALORATIVO DE LAS VENTAJAS O PARTES DE FUNDADOR

Una vez analizada la tributación de las ventajas o partes de los fundadores y promotores de las sociedades en la legislación vigente, concluimos que el legislador ha optado por distinguir la entrega o constitución de las ventajas y los rendimientos futuros que éstas, en su caso, generen, calificando los primeros como rendimientos del trabajo [artículo 16.2.g) de la LIRPF] y los segundos como rendimientos del capital mobiliario [artículo 23.1.a) 1.º de la LIRPF].

Llegados a este punto, pretendemos ahora hacer un análisis *de lege ferenda* sobre la tributación adecuada, a nuestro juicio, de las ventajas o partes de fundador, siendo conscientes de que nos apartamos de la regulación legal para realizar un estudio puramente valorativo.

Band 5. 5 Auflage. Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1995, p. 140. WEBER GRELLET, Heinrich. *Gewinn bei Vollkaufleuten. /En/ Einkommensteuergesetz Kommentar. (Hrsgb. Ludwig Schmidt)*. 17 Auflage. München: Beck, 1998, p. 376 (§ 5, Rz 300). HEUER, Gerhard; HERMANN, Carl; RAUPACH, Arndt. *Einkommensteuer und Körperschaftsteuergesetz Kommentar*. Band 4. § 5 EstG. 21 Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1998, p. 725 (Anm. 1580-1583). SCHREIBER, Jochem. /En/ *Blümich. Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz. Kommentar*. 16 Auflage. Band 1. München: Franz Vahlen, 2000, p. 177 (Rz. 740).

Para ello, conviene llevar a cabo una reflexión previa relativa a la conveniencia o no de gravar el contenido económico del derecho en que consiste la ventaja especial, que se manifiesta en la transmisibilidad de la parte de fundador, capacidad económica de carácter puramente potencial ¹³⁴.

Uno de los problemas que suscita el gravamen de una manifestación de capacidad económica potencial se plantea con la efectividad ulterior de esa potencialidad, porque, aunque la doble imposición que supondría este nuevo gravamen se corrige tomando como valor de adquisición la cantidad por la que ya se ha tributado, sin embargo, ello no evita que se haya anticipado el pago del tributo, por cuanto la parte de la cuota que correspondería pagar en el momento de la transmisión se ha hecho efectiva con carácter previo. Además, si la ventaja especial no genera rendimiento alguno, las posibilidades reales de transmisión del bono se verían seriamente reducidas con el transcurso de los años. Con lo cual, podríamos encontrarnos con que el fundador o promotor ha tributado por la titularidad de una parte que no le ha reportado ningún beneficio real.

Otro argumento que pone de manifiesto la conveniencia de gravar sólo el beneficio que, en su caso, se derive de la parte de fundador lo constituye la enorme desproporción existente entre la capacidad económica, puesta de manifiesto con la titularidad de la parte de fundador, y el gravamen al que se somete esta manifestación de renta. Son precisamente estas circunstancias las que provocan un régimen jurídico excesivamente gravoso para los fundadores y promotores y hacen que esta figura retributiva sea sustituida, en la práctica, por otras formas más beneficiosas para el particular, desde la perspectiva fiscal ¹³⁵.

Por otro lado, si se gravase solamente el rendimiento que pudiera derivarse de la ventaja especial, se evitaría el régimen dual de estas figuras, en función de su transmisibilidad o no. También se eludirían las desigualdades que se producen al gravar de manera igual una parte que carece de restricciones a su transmisibilidad y otro que sí las tiene, circunstancias estas a las que nos hemos refe-

¹³⁴ MALVÁREZ PASCUAL asemeja la potencialidad a la que hace referencia el Tribunal Constitucional en la STC 37/1987, de 26 de marzo, que estableció que: «Basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo». MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto. *La tributación de los rendimientos de trabajo percibidos en especie...* op. cit., p. 264. La potencialidad a que hacía referencia el Tribunal Constitucional era precisamente la finalidad extrafiscal que pretendía el Impuesto sobre Tierras Infrutilizadas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, esto es, gravar una renta que en un régimen de explotación adecuado se podría haber obtenido y no se ha logrado alcanzar por la escasez de esfuerzos en su aprovechamiento, que, si bien no es identificable con la capacidad económica potencial que se pone de manifiesto con la mera transmisibilidad del bono de fundador, relativiza la exigencia de una capacidad económica real y efectiva, posibilitando el gravamen de una manifestación de capacidad económica meramente potencial. En contra, CHECA GONZALEZ, Clemente. *El Impuesto sobre tierras infrutilizadas de la Comunidad Autónoma Andaluza. Comentario a la sentencia TC S 37/1987 de 26 marzo /En/ Impuestos, 1987, pp. 670-673; CHECA GONZALEZ, Clemente. MERINO JARA, Isaac. *Los principios de capacidad económica y de reserva de ley y el Impuesto sobre incremento de valor de los terrenos...* op. cit., p. 142. Entienden estos autores que sólo es conforme con el principio de capacidad económica el gravamen de la renta que real y efectivamente se produzca.*

¹³⁵ Como recursos más empleados en la práctica PÉREZ DE LA CRUZ señala dos: a) documentar los trabajos en proyectos, estudios, memoranda, etc., entregándolos físicamente a la sociedad y considerarlos como aportaciones de capital por el valor convencional que se les asigne; b) justipreciar esos trabajos e incluirlos como gastos de primer establecimiento. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. *La fundación cualificada...* op. cit., p. 153.

ruido en otro lugar de este trabajo. Con un régimen jurídico que gravase sólo el rendimiento efectivamente obtenido, no existiría desigualdad entre el bono transmisible y la ventaja especial que por su naturaleza sea intransmisible, por cuanto esta distinción, que pone de manifiesto una mayor capacidad económica del primero respecto de la segunda, será susceptible de gravamen cuando se lleve a cabo, en su caso, la efectiva transmisión, generando una ganancia patrimonial. En efecto, la ganancia patrimonial puesta de manifiesto con la transmisión de la ventaja económica sería el valor de transmisión ya que el valor de adquisición sería 0¹³⁶.

De lo hasta ahora expuesto, se llega a la conclusión de la conveniencia de gravar un único rendimiento, como contraprestación de los servicios personales prestados por los fundadores y promotores de la sociedad. Conviene ahora abordar la calificación que, a efectos del IRPF, merecerían estos trabajos, determinando si se realizan en el marco de una relación laboral o si, por el contrario, se trata de actividades económicas o profesionales. Este aspecto es fundamental en un impuesto analítico como el IRPF, donde la renta obtenida por el sujeto pasivo recibe un tratamiento determinado en función de su calificación jurídica. Sin ánimo de ser reiterativos, conviene recordar que en este punto no estamos analizando la legislación vigente, que es clara al respecto, al calificar en el artículo 16.2.g) de la LIRPF como rendimiento del trabajo los derechos especiales de contenido económico que se reserven los fundadores y promotores como remuneración de servicios personales, sino que estamos analizando la naturaleza de esas actividades, para determinar la que, a nuestro juicio, debería haber sido la calificación legal.

Antes de entrar en este análisis, conviene dejar claro, desde el principio, que el rendimiento que se deriva de la ventaja o parte de fundador, que normalmente será un porcentaje de participación en el beneficio de la sociedad, retribuye una actividad, trabajo o servicio previo, lo que implica que, con independencia de la forma en que se remunere, no estamos ante rendimientos procedentes del capital en ningún caso¹³⁷, sino ante rendimientos del trabajo o de actividades económicas.

La distinción fundamental entre ambas categorías de renta¹³⁸ radica en las notas **ajenidad y dependencia**, predicables de los rendimientos del trabajo, frente a las de **independencia y riesgo propio** que caracteriza a las actividades económicas¹³⁹, las cuales no se definen por el sujeto que

¹³⁶ HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Rendimientos del capital mobiliario...* op. cit. p. 241.

¹³⁷ En contra, el profesor HERRERA MOLINA sostiene que se trata de rendimientos procedentes del capital mobiliario, HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Rendimientos del capital mobiliario...* op. cit. pp. 240-241.

¹³⁸ El artículo 16.1 de la LIRPF considera «rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dineraria o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas». Por otro lado, en el artículo 25.1 de la LIRPF se califican como «rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno sólo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

¹³⁹ Con independencia de los problemas que plantea la delimitación de ciertas actividades, este elemento distintivo no plantea problemas en la doctrina que se mantiene unánime al respecto; así: PÉREZ ROYO, Ignacio. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas...* op. cit., pp. 80-83 y 189-190. CAZORLA PRIETO, Luis M.^a y PEÑA ALONSO, José Luis. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 40/1998 y su Reglamento)*, p. 143. VICENTE-ARCHE DOMINGO, Fernando. *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*. op. cit. p. 223.

realiza tales actividades (empresarios o profesionales), sino por la actividad en sí misma desarrollada ¹⁴⁰. Por tanto, un rendimiento procedente de un determinado servicio, trabajo o actividad será calificado como procedente de actividades económicas con independencia de que se trate de un acto aislado, realizado por un contribuyente que habitualmente no lleva a cabo actividades empresariales o profesionales ¹⁴¹.

Idéntica calificación jurídica merece el supuesto en el que esa prestación de servicio, aun realizándose de manera accesoria u ocasional, guarde una relación directa con el objeto de la actividad que normalmente desarrolla el fundador o promotor, como sucedería en el supuesto de la ventaja especial que consistiera en un derecho de exclusiva, cuya relación con la actividad principal del fundador o promotor resulta evidente ¹⁴².

Los trabajos desarrollados por los fundadores para la creación de sociedades son actividades económicas y ello es así porque, en la realización de la actividad por la que se remunera al fundador, se dan las notas de independencia y riesgo, propias de esta categoría de renta. El fundador realiza esos trabajos en un marco de autonomía propia y corriendo con el riesgo de perder el trabajo realizado en caso de no llevarse a cabo la constitución de la sociedad, esto es, llevando a cabo la **ordenación por cuenta propia** de los recursos, con la intención de **intervenir**, a través de la creación de la sociedad, **en la producción de servicios**. Piénsese en los gastos en que pueda incurrir el fundador, si no se crea finalmente la sociedad; esos gastos habrán corrido por cuenta del propio fundador ¹⁴³, que carece de empleador que le remunere por los trabajos realizados. Y no puede recurrir al empleador, porque en realidad no existe sociedad, la cual carece de personalidad jurídica en tanto no sea inscrita en el Registro Mercantil ¹⁴⁴, no pudiéndose hablar en puridad de relación laboral alguna. Por tanto, de lo expuesto hasta ahora, cabe inferir que resulta más correcto, de conformidad con la naturaleza de las partes de fundador, calificar los rendimientos que de su titularidad se deriven como procedentes de la realización de actividades económicas y no, como califica la ley, como rendimiento del trabajo, al no darse las notas de dependencia y ajenidad.

Para apoyar la tesis sostenida, conviene volver al origen histórico de las ventajas o partes de fundador al que hicimos referencia en la primera nota al pie en la introducción de este trabajo. Su origen se fija en los trabajos preliminares llevados a cabo por una sociedad de estudios, para la cons-

¹⁴⁰ MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF*. Valladolid: Lex Nova, 1994, p. 146.

¹⁴¹ MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF... op. cit.*, p. 148. Para el autor, *no es necesaria la habitualidad de la actividad para calificar un determinado rendimiento (a efectos del IRPF) como profesional o empresarial*. Piénsese por ejemplo en un dictamen jurídico que realiza un profesor de universidad.

¹⁴² Así lo ponen de manifiesto las Resoluciones de la Dirección General de Tributos en Resoluciones de 9 de febrero de 2000, 15 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000 y 28 de abril de 2000 relativas a la calificación de los rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios y similares; y Resolución de 12 de junio de 1998, que califica los rendimientos obtenidos por el comisionista como rendimiento de actividades empresariales cuando asuman el riesgo y ventura de las operaciones mercantiles que realicen.

¹⁴³ OTERO LASTRES, Jose Manuel. *Las ventajas particulares en la fundación de la Sociedad Anónima... op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁴ Artículo 7.1 de la LSA.

trucción del Canal de Suez. Cada uno de los 100 socios que constituía dicha sociedad de estudios recibió posteriormente una parte de fundador de la Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez. De ello se desprende que, ya desde los inicios y en numerosas ocasiones, los trabajos previos requieren conocimientos específicos y para su realización se crean sociedades de estudio, cuya actividad tiene un claro carácter empresarial o profesional ¹⁴⁵.

A mayor abundamiento, la actual Ley 40/1998 incluye como novedad en los rendimientos del trabajo aquellos obtenidos por cursos, conferencias, seminarios y derechos de autor, en el artículo 16.2.c) y d) y, posteriormente, matiza en el apartado 3 que cuando se deriven de la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, se calificarán como rendimientos de actividades económicas. Sin embargo, los derechos que se reservan los fundadores y promotores de sociedades por los servicios personales no se incluyen en el párrafo 3 porque, a diferencia de los anteriores rendimientos, éstos vienen siendo calificados por las legislaciones anteriores como rendimientos procedentes del trabajo ¹⁴⁶. Esto es un defecto que, a nuestro juicio, se viene padeciendo desde los inicios de las regulaciones precedentes y que puede deberse a la intención de evitar la presión fiscal indirecta que se produciría con los deberes formales derivados de la calificación de estos rendimientos como procedentes de actividades económicas ¹⁴⁷.

Por todo lo expuesto, entendemos que las ventajas o partes de fundador son un rendimiento que deriva de una relación puramente mercantil que, por una cuestión de orden técnico, debería calificarse como rendimientos procedentes de actividades económicas ¹⁴⁸.

Esta propuesta *de lege ferenda* encuentra el mismo obstáculo que ya planteamos al analizar la tesis de PÉREZ ROYO sobre la tributación de las ventajas especiales de fundadores y promotores. En efecto, el desvincular la tributación de los rendimientos de la parte, del régimen de los rendimientos del capital mobiliario, supone, en principio, la imposibilidad de corregir la doble imposición derivada del gravamen del beneficio en el Impuesto sobre Sociedades, y del rendimiento en el Impuesto sobre la Renta.

¹⁴⁵ Vid. nota al pie n.º 1 en la introducción de este trabajo. PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. «La fundación cualificada (ventajas de fundadores o promotores y aportaciones "in natura")». /En/ *La reforma del Derecho Español de Sociedades de capital*. Madrid: Civitas, 1987, pp. 156-157.

¹⁴⁶ Para ver la evolución legislativa vid. Introducción de este trabajo.

¹⁴⁷ En este sentido ARGÜERO REQUERA, C.; CORTÉS MARTÍNEZ, J. A. El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Madrid: Pirámide, 1980, p. 87; PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...* op. cit., p. 95.

¹⁴⁸ MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF...* op. cit., pp. 437-438; BANACLOCHE PÉREZ, Julio. *Los rendimientos del trabajo*. Comentarios a las leyes tributarias y financieras. T II. Madrid: Edersa, 1983, p. 126; CALERO GALLEGU, Juan. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Manual del Sistema Tributario Español. Dir. GARCÍA AÑOVAROS, Jaime. 8.ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 92; FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Comentario al Artículo 14 de la LIRPF de 1978*. Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Madrid: Civitas, 1983, p. 129; ROZAS VALDÉS, José Andrés. *Rendimientos del trabajo en especie...* op. cit., p. 99.

Existiría, no obstante, una solución a este problema. Cabría, en línea de principio, plantear la aplicación del mecanismo de corrección de doble imposición a los rendimientos generados por los partes de fundador aunque éstos tributarán como rendimientos de actividades económicas. Ello pasaría, necesariamente, por la integración analógica de una hipotética laguna existente en el régimen jurídico tributario de los partes de fundador en la fuente de renta ya citada. Analicemos esta posibilidad con mayor detenimiento.

Parece claro, desde hace algún tiempo, que los límites a la integración analógica de las normas de derecho tributario deben entenderse en sus propios términos, es decir, en los establecidos por el artículo 23.3 de la LGT ¹⁴⁹. Así, ha señalado la doctrina que la prohibición de integración analógica se limita, precisamente, a las normas que disciplinan el hecho imponible y las exenciones y bonificaciones, pero no a materias como los sujetos del tributo o los elementos cuantitativos del mismo ¹⁵⁰. A partir de esta tesis, debemos plantearnos si es posible que, por vía analógica, se aplique el mecanismo de corrección de la doble imposición de dividendos a los hipotéticos rendimientos de actividades económicas generados por las partes de fundador. A nuestro juicio, deben ponderarse las siguientes razones:

1) Debemos plantear, en qué medida el concepto de exención abarca a las que ha dado en llamarse técnicas desgravatorias, entre las cuales se encuentra, sin duda, la deducción por doble imposición de dividendos. Es ésta una cuestión discutida en la doctrina. Existe una cierta tendencia a entender que la exención aglutina, como concepto genérico, a cualquier medida tributaria con efectos desgravatorios ¹⁵¹. Si así fuera, los límites a la analogía establecidos por el artículo 23.3 de la LGT deberían hacerse extensivos a la deducción por doble imposición de dividendos. No podemos, sin embargo, mostrarnos conformes con esta tesis unitarista. Las exenciones de un lado y el resto de técnicas desgravatorias que conoce el ordenamiento jurídico tributario (deducciones, bonificaciones, etc.) obedecen a razones muy distintas y, lo que es más importante, operan en momentos y elementos estructurales del tributo de todo punto divergentes. Así, pueden distinguirse las exenciones, tendencialmente orientadas a operar respecto del hecho imponible, y otros beneficios que inciden fundamentalmente en los elementos de cuantificación del tributo ¹⁵². Creemos, pues, que la supues-

¹⁴⁹ Artículo 23.3 de la LGT: «[...] 3. No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones».

¹⁵⁰ PÉREZ ROYO, Fernando. «Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria». /En/ *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991, p. 385.

¹⁵¹ LOZANO SERRANO, Carmelo. *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 37 y ss. PONT CLEMENTE, Juan Francisco. *La exención tributaria (Análisis jurídico general con especial aplicación al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y al IVA)*. Madrid: Edersa, 1986, p. 21. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *La exención tributaria*. Madrid: Colex, 1990, p. 70 y ss.

¹⁵² A favor de una tesis no unitarista en torno al concepto de exención de la totalidad de las técnicas desgravatorias se han manifestado en nuestra doctrina: SOLER ROCH, María Teresa. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*. Madrid: Civitas, 1983, pp. 51-52. FALCÓN Y TELLA, Ramón. *Exenciones, beneficios fiscales y derechos adquiridos en el Impuesto sobre Sociedades*. /En/ *Crónica Tributaria*, n.º 58, 1989, pp. 49-52. En igual sentido y muy recientemente ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan. *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir*. Madrid: McGraw-Hill, 1999, pp. 118-122. Estas páginas pueden servir como una excelente descripción del estado de la cuestión en esta materia.

ta *vis extensiva* del concepto de exención difícilmente puede servir para restringir la aplicación analógica de las normas que disciplinan deducciones ¹⁵³.

2) Si bien, como hemos dicho, las exenciones y el resto de técnicas desgravatorias no son conceptualmente equivalentes, y ello en principio juega a favor de una integración analógica de la laguna que nos ocupa, como veremos, esta misma distinción evitará dicha aplicación. Con frecuencia, tiende a leerse el artículo 23.3 de la LGT entre líneas, centrando la atención de los límites a la integración analógica en los conceptos de hecho imponible y exención. Sin embargo, no debe olvidarse que el precepto se refiere también a las bonificaciones. Procede cuestionarse pues, en qué medida el concepto de bonificación puede hacerse extensivo también a las deducciones si es que, estructuralmente, nos encontramos ante cosas distintas. Recientemente se han sostenido ciertas notas que apuntan a una efectiva distinción estructural entre ambos conceptos: la extrafiscalidad de la bonificación frente al carácter subjetivizador o técnico de la deducción; se ha dicho también que mientras que la bonificación opera considerando de forma aislada un componente total de renta, en las deducciones esto no ocurre así ¹⁵⁴. Ahora la cuestión reside en decidir si estas supuestas notas de distinción estructural pueden servir para entender que la prohibición de integración analógica de las normas que recogen bonificaciones puede entenderse también extensible a las que tipifican deducciones. En principio, parece difícil restringir el uso de la analogía para la corrección de la doble imposición que se pudiera producir sobre las partes del fundador.

3) Hasta ahora no ha resultado difícil entender aplicable la deducción por doble imposición de dividendos, desde los propios términos del artículo 23.3 de la LGT. Sin embargo, es admitido por la doctrina más reconocida que la formulación del citado precepto no resulta excesivamente afortunada ¹⁵⁵, por lo que extraer consecuencias jurídicas de sus propios términos puede no resultar metodológicamente muy acertado. Recientemente, se ha sostenido una postura muy coherente respecto del contenido propio del artículo 23.3 de la LGT. Partiendo de la función de garantía del precepto (garantía para el sujeto pasivo por la no extensión del hecho imponible y del activo por la

¹⁵³ Existe a este respecto una antigua Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Res. de 23 de noviembre de 1965) en la que se sostuvo, respecto de una deducción semejante contenida en la Tarifa III de Utilidades, que se trataba en realidad de una exención fiscal y que por tanto debía interpretarse restrictivamente (*sic*). RUIZ GARCÍA, de quien tomo la referencia, critica con razón esta Resolución descartando la calificación de la deducción (como exención y sospechando que la misma obedecía más al deseo de aplicar una línea interpretativa, hoy ya superada en torno a las exenciones. RUIZ GARCÍA, Ramón. *La deducción por dividendos... op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁴ En este sentido ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan. *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir...op. cit.* p. 90. Señala ARRIETA además una tercera nota distintiva cuya entidad nos resulta difícil de entender. La bonificación presenta una función de reducción parcial y no eliminación total de la deuda tributaria. Y nos preguntamos: ¿no presentan las deducciones también esa función reductora parcial? VELARDE ARAMAYO, creemos que con mayor precisión técnica, toma como elemento estructural de distinción la incidencia en componentes concretos del presupuesto de hecho (bonificaciones) o en todos los elementos del mismo de forma indiscriminada, llegando a la conclusión de que la razón de esta distinción estructural trae causa del carácter promocional de conductas que es propio de las bonificaciones. VELARDE ARAMAYO, María Silvia. *Beneficios y minoraciones en Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 102-103.

¹⁵⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. *Comentario al artículo 24.1 de la Ley General Tributaria. /En/ Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*. Volumen I. Madrid: Edersa, 1982, p. 195. En igual sentido citando la misma obra VELARDE ARAMAYO, María Silvia. *Beneficios y minoraciones...op. cit.*, p. 181.

no extensión de exenciones y bonificaciones), se apunta que lo prohibido por el 23.3 *in fine* es la aplicación analógica de los beneficios fiscales ¹⁵⁶. Creemos que con esta interpretación se supera, de un lado, lo ilógica que sería la prohibición de la analogía para la integración de todas las técnicas desgravatorias y, de otro, no se da cabida a una interpretación formalista del precepto en que sólo aquello bautizado legislativamente como bonificación sea insusceptible de integración por vía analógica.

Ahora falta por determinar si la deducción por doble imposición de dividendos en el IRPF puede o no ser conceptuada como un beneficio fiscal en sentido propio. La cuestión, aun habiendo sido discutida en la doctrina, creemos que no presenta en la actualidad género alguno de duda. RUIZ GARCÍA, tomando como punto de partida las disposiciones al respecto en la Ley 44/1978 [artículo 29. g)] sostuvo que el mecanismo de corrección en el IRPF presentaba una naturaleza extrafiscal que aconsejaba su inclusión en la categoría de beneficio fiscal, frente a su carácter, marcadamente técnico, en el Impuesto sobre Sociedades ¹⁵⁷. Sin embargo, la configuración de la deducción a partir del mecanismo de corrección implantado por la Ley 42/1994, así como las reformas de orden sistémico que se derivan de la Ley 40/1998, creemos que han terminado de arrumbar la posible naturaleza extrafiscal ¹⁵⁸ de la deducción por doble imposición en el IRPF ¹⁵⁹.

En efecto, como hemos visto, la deducción por doble imposición de dividendos tiene un marcado carácter técnico, lo que provoca que difícilmente pueda sostenerse su orientación extrafiscal. La deducción por doble imposición de dividendos no es un beneficio fiscal y, en esa medida, parece que su aplicación por vía analógica no debe quedar descartada.

Cualquier propuesta de interpretación de la normativa vigente ¹⁶⁰ o *de lege ferenda* que proponga la tributación de las partes de fundador (de su rendimiento) en otra fuente de renta que no sea los rendimientos del capital mobiliario deberá reproducir este razonamiento, o proponer que el legislador entre en razón a este respecto, entendiendo que la forma de corregir la doble imposición, allí donde se produce, no pasa por la recalificación o la extensión más allá de sus términos estrictos del concepto de dividendo, sino por la aplicación de los mecanismos correctores donde se haga necesaria su aplicación sin apriorismos ni ideas preconcebidas.

¹⁵⁶ VELARDE ARAMAYO, María Silvia. *Beneficios y minoraciones...op. cit.*, p. 183.

¹⁵⁷ RUIZ GARCÍA, Ramón. *La deducción por dividendos...op. cit.*, pp. 174-177.

¹⁵⁸ Este carácter técnico se deriva, no sólo del sistema de eliminación de la doble imposición que aspira a corregirla por completo, sino de su ubicación en la estructura del impuesto (como deducción en la cuota líquida) como reflejo de un pago anticipado. PÉREZ ROYO, Fernando. *Manual del Impuesto sobre la Renta...op. cit.*, pp. 571-572.

¹⁵⁹ En contra de esta visión ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan. *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir... op. cit.*, p. 98, que tomando la referencia de RUIZ GARCÍA, a la que ya hemos hecho alusión, sigue manteniendo dicho carácter extrafiscal. Sin embargo creemos que esta calificación no resiste un análisis de la legislación vigente.

¹⁶⁰ Me refiero a la postura ya analizada de PÉREZ ROYO (véase 2.2).

CONCLUSIONES

1) Desde una perspectiva puramente descriptiva, la Ley 40/1998, reguladora del IRPF, distingue la entrega de la ventaja especial, de la obtención, en su caso, del ulterior rendimiento. La entrega está gravada, en virtud del artículo 16.2.g), como rendimiento del trabajo, excepción hecha de la tributación de la parte que remunere un trabajo meramente formal, que, desde una perspectiva restrictiva, mercantilmente hablando, estará sometida al IS y D.

2) La distinción entre entrega y rendimiento de la ventaja no supone un doble gravamen, por cuanto en la primera, el objeto del mismo está constituido por la posibilidad de transmisión del bono, y en la segunda, por el rendimiento efectivo que se obtenga. El artículo 16.2.g) de la LIRPF sólo grava la entrega de partes que sean susceptibles de transmisión, con independencia de que ésta esté restringida.

3) La valoración de la ventaja especial que consista en un porcentaje sobre los beneficios de la entidad se realizará de conformidad con el artículo 46 del RIRPF, resultando éste conforme con el principio de legalidad, aunque plantee severos inconvenientes desde una perspectiva jerárquica. El resto de ventajas transmisibles se valorarán por su valor normal en el mercado.

4) Los rendimientos obtenidos por la ventaja especial tributarán si su contenido es una participación en beneficios, según artículo 23.1.a).1.º de la LIRPF y según su propia naturaleza, en el resto de supuestos.

5) *De lege ferenda*, proponemos la conveniencia de gravar sólo el rendimiento que se llegue a obtener como consecuencia de la ventaja especial y su calificación como rendimiento de actividades económicas.