

LA IRREGULARIDAD EN EL IRPF DE LOS RENDIMIENTOS DE LAS *STOCK OPTIONS*

(Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 9 de julio de 2008, rec. núm. 5/2007) *

ANDRÉS GARCÍA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto:

LA Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008 ha declarado ilegal, por extralimitación del Reglamento respecto a la Ley, el inciso del artículo 10.3 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, que aprobaba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que exigía que el derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones concedido a los trabajadores (*stock options*) «solo pudiese ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión», para considerar irregular el rendimiento derivado del ejercicio del mismo y, por tanto, para que esta renta pudiese beneficiarse de la aplicación de la reducción prevista en el artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La decisión del Tribunal Supremo es de gran importancia, no solo respecto a los casos que aún estén pendientes de resolución definitiva a los que, por aplicación del requisito mencionado, se les hubiese negado la aplicación de la reducción, sino también porque la regulación actual, contenida en el artículo 11.3 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el actual Reglamento del IRPF, recoge en términos idénticos el requisito en cuestión, sin que la relación entre la Ley y el Reglamento actuales se haya visto modificada. En consecuencia, los argumentos mantenidos en la Sentencia del Tribunal Supremo para declarar la mencionada ilegalidad reglamentaria pueden ser esgrimidos por los contribuyentes a los que, por aplicación de la normativa actual, se les haya negado la aplicación de la reducción por irregularidad de los rendimientos del trabajo prevista en el artículo 18.2 de la actual Ley del IRPF y la doctrina del Tribunal Supremo habrá de ser, lógicamente, aplicada por los Tribunales que conozcan de estas controversias.

En este trabajo analizamos la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada, dando un repaso previo al mecanismo de las *stock options* y al régimen tributario de las mismas en el IRPF, deteniéndonos, finalmente, en el estudio de los requisitos determinantes de la irregularidad de los rendimientos derivados de las mismas, que dan acceso a la aplicación de la reducción prevista en el artículo 18.2 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del IRPF.

Palabras clave: IRPF, *stock options*, rendimientos del trabajo irregulares y reducción.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núm. 307 (octubre 2008), págs. 88-96. La Sentencia también se recoge en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ029233.

Sumario

1. Introducción.
2. El mecanismo de las *stock options*.
3. La calificación a efectos del IRPF del rendimiento derivado de las *stock options*.
4. Los requisitos de irregularidad de los rendimientos derivados del ejercicio de los derechos de opción sobre acciones.

1. INTRODUCCIÓN

Constatava el profesor PALAO en los albores de la presente década cómo un nuevo término inglés del vocabulario financiero, *stock options*, había pasado a formar parte del lenguaje diario en España a raíz, fundamentalmente, de la relevancia mediática que en nuestro país alcanzó el plan de incentivos para directivos de alguna conocida empresa de telecomunicaciones¹. Ello no era sino la punta del iceberg, pues el término ya gozaba de una amplia extensión en el ámbito de las grandes empresas, como bandera visible de las políticas de personal gestadas en las multinacionales norteamericanas, que no tardaron en ser importadas por las empresas españolas².

Comenzó, pues, la singladura de las *stock options* por el mundo jurídico nacional, en el que, como la nave *Argo*, que partió al mando de *Jasón* en busca del vellocino de oro, pronto encontrarían importantes obstáculos en el camino, por obra, principalmente, de la normativa fiscal³. Ha tenido que venir ahora el Tribunal Supremo –cual la diosa *Atenea* para *Jasón* y los argonautas– a remover alguno de esos obstáculos, declarando *ilegal*, en la Sentencia de 9 de julio de 2008, (NFJ029233), alguno de los requisitos que el Reglamento del IRPF exigía para que la renta procedente de las *stock options* fuese considerada, atendiendo a su período de generación, como renta irregular y, en consecuencia, le fuese aplicable a la misma la reducción que para este tipo de rentas se prevé en la normativa del IRPF a fin de amortiguar el impacto de la progresividad de la tarifa en el ejercicio en que se imputan dichas rentas⁴.

¹ Cfr., PALAO TABOADA, C., «Agitation in Spanish Law on Stock Options», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 54, núm. 4/2000, pág. 181.

² Como destaca COLMENAR VALDÉS, S., «La tributación de las opciones de compra de acciones a favor de empleados: estudio de una polémica», *Impuestos*, tomo II/2001, pág. 453, el auge de las nuevas políticas retributivas en nuestro país «se inicia en los años ochenta a impulso de las multinacionales norteamericanas que trasladan e imponen a sus filiales españolas sus políticas de personal, adoptándose con posterioridad por las grandes empresas domésticas españolas».

³ Considera LASARTE ÁLVAREZ, J., *Régimen fiscal de los rendimientos de trabajo vinculados a las acciones*, Estudios Financieros, Madrid, 2007, pág. 145, que las *stock options* «comienzan a pasar de moda principalmente por obra del legislador fiscal, a lo que se une la falta de atención de la normativa laboral.»

⁴ Como señala ALONSO GONZÁLEZ, L. M., «Fiscalidad de las *stock options* como rendimiento del trabajo en especie», *Impuestos*, Tomo I/2000, pág. 435, «la progresividad de la tarifa del IRPF está pensada para una base imponible integrada por rentas generadas durante el período impositivo de duración anual. Ante rentas que requieren un plazo más largo para su generación debe buscarse alguna solución tendente a restar progresividad al impuesto ya que la demora en la realización de la renta acostumbra a indicar que durante el plazo de espera se ha estado privado de su disfrute.»

En concreto, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo declara ilegal, por extralimitación del Reglamento respecto a la Ley, y por tanto anula, el requisito establecido en el artículo 10.3 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, que aprobaba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de que el derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones concedido a los trabajadores *solo pudiese ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión*, para que el rendimiento procedente del mismo se considerase irregular, por tener un período de generación superior a dos años y, en consecuencia, se beneficiase de la reducción establecida en el artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ⁵.

La decisión del Tribunal Supremo es importante, pues supone facilitar el acceso a la aplicación de la reducción prevista en la normativa del IRPF para las rentas irregulares a los rendimientos derivados de los derechos de opción sobre acciones o participaciones otorgados a los trabajadores de las empresas (*stock options*). Y ello porque, justamente, en los países de nuestro entorno uno de los atractivos que presentan las *stock options* radica en el carácter favorable de su régimen fiscal, que, por un lado, permite frenar la expatriación o cambio de residencia fiscal de determinados cuadros directivos de las empresas hacia países que tienen una fiscalidad más ventajosa, y, por otro lado, puede favorecer el desarrollo de las jóvenes empresas en crecimiento o expansión ⁶.

Además, la Sentencia supone un primer aldabonazo en el muro fiscal que urgentemente construyó nuestro Legislador en torno a las *stock options*, en exceso mediatizado por el *escándalo social* que generó el plan de incentivos a directivos de *Telefónica* ⁷. Lo cual es también indicativo de la necesidad de una mayor reflexión por parte del Legislador sobre el tratamiento fiscal de las *stock options* ⁸. Y con mayor razón, cuando el debate sobre el régimen fiscal de las *stock options*, especialmente por

⁵ Señalaba, en concreto, el artículo 10.3 del RIRPF-1999, aplicable en el momento de producirse los hechos que dan lugar al pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008, que comentamos, que «a efectos de la reducción prevista en el artículo 17.2.a) de la Ley del Impuesto, se considerará rendimiento del trabajo con período de generación superior a dos años y que no se obtiene de forma periódica o recurrente, el derivado de la concesión del derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones a los trabajadores, cuando solo puedan ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión, si, además, no se conceden anualmente».

⁶ En este sentido, GUIMBERT, S. y VALLAT, J. C., «La fiscalité des stock options: une perspective internationale», *Economie et Statistique*, núm. 344, 2001, pág. 3. Matizan estos autores, no obstante, que el interés de las *stock options* radica más que en su eventual ventaja fiscal, en la posibilidad que ofrecen de diferir la remuneración de los trabajadores y de repartir el riesgo entre los inversores y los trabajadores, lo que contribuirá a favorecer la inversión e innovación empresarial.

⁷ Con fina agudeza describe PALAO TABOADA, C., «Agitation in Spanish...», cit., pág. 181, el clima mediático-social generado en España por el caso de las *stock options* de Telefónica.

⁸ La doctrina ya había advertido de la necesidad de que el Legislador español reconsiderase el trato fiscal de las *stock options*. Así, por ejemplo, para ALONSO GONZÁLEZ, L. M., «Fiscalidad de las *stock options*...», cit., pág. 442, «es lamentable que las soluciones legislativas se dicten en atención a supuestos tan concretos que hasta puede ponerse nombre y apellidos de los destinatarios de la reforma». COLMENAR VALDÉS, S., «La tributación de las opciones de compra de acciones...», cit., pág. 453, en un sugerente y fundamentado estudio reclama un «sistema claro y preciso que regule el tratamiento tributario de las opciones con arreglo a su naturaleza jurídica y económica, con la adecuada dosis de neutralidad que le es exigible, todo ello de conformidad con los principios superiores de justicia tributaria y de capacidad económica que impone el artículo 31 de nuestra Constitución». Señala, asimismo, LASARTE ÁLVAREZ, J., *Régimen fiscal...*, cit., pág. 145, que «no vemos en los rendimientos obtenidos por ejercicio de opciones de compra sobre acciones ninguna diferencia sustancial con las demás vías de remuneraciones especiales que justifiquen ese riguroso trato fiscal. Todo indica que se trata de una reacción normativa ante determinados casos concretos en la que predominó la impulsividad sobre el razonamiento; y tal forma de legislar nos parece inconveniente.»

lo que a la aplicación de la reducción por irregularidad de los rendimientos se refiere, está planteado actualmente en los Tribunales, que han comenzado a dictar un buen número de resoluciones en las que deciden sobre cuestiones de un gran calado jurídico, pues se refieren a la propia virtualidad de los principios de justicia tributaria consagrados en el artículo 31 de la Constitución ⁹.

En el plano formal, podría pensarse, a primera vista, que la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos ha perdido gran parte de su relevancia, al referirse a un texto normativo ya derogado, pues sabido es que contamos desde hace un par de años con una nueva Ley del IRPF (la Ley 35/2006, de 28 de noviembre) y con un nuevo Reglamento del Impuesto (Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo). Pero, lejos de ello, al haber recogido el nuevo RIRPF la norma controvertida con la misma redacción que tenía en el RIRPF-1999 y al haberse mantenido inalterada a este respecto la relación entre la Ley y el Reglamento, la Sentencia cobra una nueva dimensión, pues, anulado el antiguo precepto normativo, sigue vigente el nuevo precepto que perpetua en idénticos términos el requisito reglamentario declarado ilegal ¹⁰. Lo cual, por una parte, obligará seguramente al Legislador a tomar buena nota de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y a modificar rápidamente la redacción del artículo 11.3 del RIRPF-2007 para adecuarla a la misma, y, por otra parte, generará una evidente expectativa a la devolución de lo ingresado indebidamente en aquellos contribuyentes a los que se les haya negado la aplicación de la reducción del 40 por 100 prevista en el artículo 11.3 del RIRPF-2007 por aplicación del repetido requisito reglamentario, pues está claro que, instando el correspondiente litigio, podrán obtener un pronunciamiento favorable de los Tribunales que, además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desembocará, a la postre, en una declaración de ilegalidad referida ya al precepto recogido en el RIRPF-2007 por parte del Tribunal Supremo ¹¹.

Además, como advierte el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos, es procedente la admisión y resolución de la cuestión de ilegalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a pesar de que la disposición reglamentaria cuestionada esté ya derogada, porque la misma aún es susceptible de seguir produciendo efectos, lógicamente, respecto a concretos asuntos en

⁹ Entre las últimas resoluciones, cfr. SAN de 31 de enero de 2008 (rec. 86/2005), STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2008 (rec. 238/2005) o STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2008 (rec. 1484/2003). La doctrina mantenida por la Audiencia Nacional es objeto de un excelente comentario de WERT ORTEGA, M., «La constitucionalidad de la modificación en 1999 del artículo 17.2.A de la Ley del IRPF: El caso de las *stock options*», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 274, 2006, págs. 141 y ss.

¹⁰ Como señala el artículo 11.3 del RIRPF-2007, «a efectos de la reducción prevista en el artículo 18.2 de la Ley del Impuesto, se considerará rendimiento del trabajo con período de generación superior a dos años y que no se obtiene de forma periódica o recurrente, el derivado de la concesión del derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones a los trabajadores, *cuando solo puedan ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión*, si, además, no se conceden anualmente». (La cursiva es nuestra para destacar la coincidencia con la redacción del precepto declarado ilegal del RIRPF-1999).

¹¹ Como ya advierte el Auto del TJSJ de Madrid de 23 de julio de 2007, por el que se interpone la cuestión de ilegalidad contra el artículo 10.3 del RIRPF-1999, que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, y que es recogido en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta, «El hecho de que se trate de un precepto reglamentario derogado, no impide el planteamiento de la presente cuestión de ilegalidad, como ha admitido el citado Tribunal [TS] en sentencia de 14 de febrero de 2006, rec. 4/2005. No obstante, la redacción y la relación Ley Reglamento, se ha seguido manteniendo con ligeras variaciones en las sucesivas reformas aplicables a posteriores ejercicios fiscales, sobre las que esta sentencia no se pronuncia por no ser objeto del presente recurso.»

los que la misma haya sido aplicada y que hayan dado lugar a una controversia aún no resuelta definitivamente ¹².

En este trabajo, pues, al hilo del comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo referida, nos proponemos analizar los requisitos que exige la normativa del IRPF para considerar como renta irregular a la derivada de los derechos de opción sobre acciones a favor de los trabajadores, para lo cual, comenzaremos, en primer lugar, con una breve configuración de este instrumento retributivo y de la calificación y régimen tributario en el IRPF de los rendimientos que genera, para concluir con el detenido examen de los mencionados requisitos y de los argumentos que han llevado al Tribunal Supremo a declarar ilegal la exigencia reglamentaria de que el derecho de opción solo pueda ejercitarse transcurridos dos años desde su concesión para que la renta pueda considerarse irregular.

2. EL MECANISMO DE LAS STOCK OPTIONS

Las opciones sobre acciones a favor de empleados o *stock options* se identifican con aquel negocio jurídico en virtud del cual una empresa concede a todos o a algunos de sus trabajadores, generalmente de forma gratuita, un derecho de adquisición de acciones de la propia empresa o de alguna entidad vinculada a la misma a un precio predeterminado, derecho que podrá ejercitarse en una fecha o período de tiempo establecido, durante el cual lo normal es que se exija la permanencia del beneficiario de tal derecho como trabajador de la empresa ¹³.

Consisten, pues, en esencia, en la concesión a los trabajadores de la empresa de un derecho de opción de compra sobre las acciones de la propia empresa o de una entidad perteneciente al mismo grupo a un precio predeterminado que, normalmente, será inferior al valor normal de mercado o de cotización de los títulos subyacentes, esto es, de las acciones en cuestión ¹⁴.

En la estructura de las *stock options* cabe apreciar usualmente las siguientes fases o elementos ¹⁵:

¹² Como señala la STS de 9 de julio de 2008, que comentamos, «no obsta a la conclusión alcanzada [estimación de la cuestión de ilegalidad] el hecho de que la disposición afectada se encuentre actualmente derogada, pues a pesar de ello es susceptible de seguir produciendo efectos, debiéndose señalar que en la Sentencia de esta Sección de 14 de febrero de 2006, tras invocar la del Pleno de la Sala de 3 de marzo de 2005 y la del Tribunal Constitucional 273/2000, de 15 de noviembre, se ha dicho por lo que se refiere a la admisión de las cuestiones de ilegalidad relativas a normas derogadas, que "debe predicarse, con carácter general, la admisión de las mismas cuando no exista certeza de la total inexistencia de asuntos concretos pendientes de la aplicación de la referida norma..."».

¹³ Cfr., ÁLVAREZ BARBEITO, P., «Las opciones sobre acciones en el IRPF», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 217, 2001, págs. 9 y ss.

¹⁴ Como señala COLMENAR VALDÉS, S., «La tributación de las opciones...», cit., pág. 462, el precio de adquisición de las acciones o participaciones viene establecido en el acto mismo de la concesión y ordinariamente consiste en el valor de mercado o de cotización del activo subyacente de la opción en la fecha misma del otorgamiento del derecho, aunque en ocasiones se establece un descuento sobre dicho precio.

¹⁵ Seguimos en este punto la explicación de COLMENAR VALDÉS, S., «La tributación de las opciones...», cit., pág. 461 y ss.

1. La aprobación del Plan de opciones sobre acciones. El Plan tiene por objeto determinar las condiciones y requisitos de la concesión de los derechos de opción sobre las acciones y de la aprobación del mismo no se deriva, en principio, ninguna consecuencia en el plano tributario. El Plan se aprueba con un plazo de duración limitado y es necesario que el mismo contenga, al menos, las siguientes especificaciones: a) el plazo máximo de vigencia de la autorización otorgada al órgano administrativo o ejecutivo de la sociedad para la concesión de las opciones; b) el número máximo de acciones o participaciones sociales sobre las que –en relación con un determinado colectivo de empleados– podrán versar las opciones; c) las condiciones exigibles en los empleados para ser sujetos susceptibles de la concesión o para que puedan ejercitar las opciones que se les conceden, y d) la determinación de los elementos esenciales del contrato definitivo de compra cuya futura celebración a instancia del empleado constituye el objeto del derecho que se otorga y que el propio acto de concesión de la opción deberá reflejar, esto es, el precio de adquisición de las acciones, el período de ejercicio de la opción y la intransmisibilidad *inter vivos* de las opciones.
2. La concesión de la opción. Se trata de la concesión unilateral por parte de la sociedad a los empleados beneficiarios de los derechos de opción de compra de un número determinado de acciones de la sociedad, que esta habrá de emitir o adquirir para su suscripción o venta al empleado luego de haber ejercitado este los derechos de opción concedidos ¹⁶. A partir de este momento es cuando comenzarían a tener virtualidad las consecuencias fiscales ligadas a la concesión de las opciones. En el acto de concesión de la opción se establece el precio de compra de las acciones que constituyen los títulos subyacentes de los derechos de opción concedidos.
3. El período de carencia o de retención. Normalmente, el ejercicio del derecho de opción queda sometido a término, de manera que el empleado beneficiario de las opciones no podrá ejercitar estas hasta que haya llegado para la empresa la fecha de cumplimiento. Ese término no suele configurarse como fecha cierta e inexcusable de ejercicio, sino como el día inicial de un nuevo período durante el cual el empleado puede decidir libremente sobre el ejercicio de su respectiva opción.
4. Período de ejercicio. Una vez llegado el término establecido en la concesión de los derechos de opción, comienza el plazo de ejercicio de tales derechos. El ejercicio de la opción se realiza exigiendo el empleado a la empresa la celebración del contrato definitivo de compraventa de acciones a que la empresa se había obligado, en las condiciones prefijadas en su otorgamiento, adquiriendo el empleado un número de acciones igual o inferior al establecido en la concesión y al precio predeterminado por esta última, con independencia del valor que las acciones puedan tener al tiempo de ese ejercicio.
5. Transmisión de las acciones adquiridas. Una vez adquiridas las acciones el empleado deviene titular dominical de las mismas y, en consecuencia, puede proceder a su transmisión cuando lo considere oportuno, materializando las plusvalías latentes en el momento de su adquisición.

¹⁶ Sobre las distintas posibilidades que tiene la empresa para cumplir su compromiso con los trabajadores beneficiarios de los derechos de opción sobre acciones, *vid.*, LUCAS DURÁN, M., «Fiscalidad de las *stock options*: un apunte», *Quincena Fiscal*, núm. 22/1999, págs. 11 y ss.

Vista, pues, la estructura de las *stock options*, se advierten las funciones que las mismas cumplen como mecanismo de retribución de los trabajadores de la empresa beneficiarios de las mismas, ya que, existe una plusvalía latente consistente en la utilidad o beneficio económico que estos obtienen por la diferencia entre el valor de las acciones cuando son adquiridas en virtud del ejercicio de los derechos de opción (el valor de cotización o mercado de las acciones en ese momento) y el precio al que han sido efectivamente adquiridas a resultas del ejercicio de ese derecho de opción sobre las mismas, esto es, el precio predeterminado en el acto de concesión de la opción. Esa plusvalía latente podrá materializarse o hacerse líquida mediante la transmisión de las acciones adquiridas por su precio de mercado. Habida cuenta de ello, está claro el interés de los trabajadores beneficiarios en que la marcha de la empresa durante el período de carencia o retención del ejercicio de la opción evolucione de forma favorable al aumento de la cotización en el mercado de las acciones, con lo que se alían los intereses de los inversores y de los directivos de la empresa¹⁷. Asimismo, al establecerse como condición para el ejercicio de los derechos de opción concedidos la permanencia como trabajador de la empresa al tiempo previsto para dicho ejercicio, se consigue la *fidelización* a la empresa de los trabajadores beneficiarios de estos derechos de opción sobre acciones¹⁸.

3. LA CALIFICACIÓN A EFECTOS DEL IRPF DEL RENDIMIENTO DERIVADO DE LAS STOCK OPTIONS

Parece claro que las rentas derivadas de los derechos de opción sobre acciones a favor de los empleados constituyen un rendimiento del trabajo a efectos del IRPF, ya que encuentran encaje en la definición que de tales rendimientos establece el artículo 17.1 de la LIRPF, cuando considera rendimientos íntegros del trabajo «todas las contraprestaciones y utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias 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»¹⁹.

Y ello, como ha destacado la Dirección General de Tributos, aunque los derechos de opción sobre acciones se ejerciten una vez concluida la relación laboral entre la empresa concedente de tales derechos y el trabajador beneficiario de los mismos, por ejemplo, cuando en el respectivo plan se contemple la posibilidad de tal ejercicio una vez extinguida la relación laboral²⁰. O cuando tales

¹⁷ Sobre ello, cfr., GUIMBERT, S. y VALLAT, J. C., «La fiscalité des stock options...», cit., págs. 5 y ss.

¹⁸ Cfr., LUCAS DURÁN, M., «Fiscalidad de las *stock options*...», cit., págs. 10 y ss.

¹⁹ La mayoría de la doctrina califica el rendimiento derivado de las *stock options* como rendimiento del trabajo, así, por ejemplo, LUCAS DURÁN, M., «Fiscalidad de las *stock options*...», cit., págs. 12 y ss.; FALCÓN Y TELLA, R., «Régimen fiscal de las opciones sobre acciones a favor de empleados: algunas cuestiones pendientes tras la Ley de Acompañamiento para 2000», *Quincena Fiscal*, núm. 1/2000, págs. 5 y ss.; PALAO TABOADA, C., «Agitation in Spanish...», cit., págs. 181 y ss.; ÁLVAREZ BARBEITO, P., «Las opciones sobre acciones...», cit., pág. 12.

²⁰ Como se señala en la Contestación de la DGT a la consulta vinculante núm. V1209/2007, de 11 de junio de 2007 (NFC026243), «la concesión de opciones de compra de acciones de una empresa a los empleados de la misma o de otras entidades del grupo, residentes o no residentes, por su condición de tales, debe de calificarse como rendimiento del trabajo el especie». Y para este Centro directivo, «el hecho de que el consultante ya no preste sus servicios en la entidad concedente de las

derechos de opción no puedan ser ejercitados por el trabajador beneficiario de los mismos sino por sus herederos ²¹.

La otra categoría de rentas en la que, tal vez, podrían encontrar acomodo es la de las ganancias y pérdidas patrimoniales, pero el artículo 33.1 de la LIRPF, acorde con la función de categoría residual o de cierre que otorga a esta clase de renta, establece muy claramente que la calificación de una renta como ganancia o pérdida patrimonial se efectuará «salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos», y ya hemos visto como, mediando una relación laboral, las contraprestaciones y utilidades directas o indirectas derivadas de la misma han de calificarse como rendimiento del trabajo ²².

Desde la perspectiva del Derecho laboral también ha sido calificado el rendimiento derivado del ejercicio de los derechos de opción sobre acciones a favor de los empleados como salario. Como señala la STS de 26 de enero de 2006, [rec. 3813/2004 (NSJ020063)], «de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y solo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida por tanto en el cálculo de la indemnización de despido. La primera utilidad, que es la que cabe considerar salario si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la "constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado". La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador, mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en "la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción"» ²³.

opciones sobre acciones en el momento del ejercicio de las mismas, no modifica la calificación del rendimiento obtenido como rendimiento del trabajo».

- ²¹ Como señala la Contestación de la DGT a la consulta vinculante núm. V0964/2008, de 14 de mayo de 2008 (NFC029434), «los rendimientos derivados del ejercicio de las opciones tributarán por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como rendimientos del trabajo de los herederos conforme al artículo 17 de la LIRPF, al derivar directa o indirectamente del trabajo personal, si bien no del contribuyente sino de un tercero, lo cual no es obstáculo para su calificación como rendimientos del trabajo pues tal consideración tienen las pensiones de viudedad y orfandad, entre otras.»
- ²² No obstante, no han faltado intentos por parte de la doctrina, como el de COLMENAR VALDÉS, S., «La tributación de las opciones...», cit., pág. 467 y ss., de calificar el rendimiento derivado directamente del ejercicio de los derechos de opción, esto es, la plusvalía latente puesta de manifiesto por diferencia entre el valor de cotización o mercado de las acciones adquiridas y el precio predeterminado al que son adquiridas por el beneficiario del derecho de opción, fijado con antelación en el momento de concesión de tal derecho de opción, como una ganancia patrimonial a efectos del IRPF, restringiendo la calificación de rendimientos del trabajo exclusivamente para la concesión misma de los derechos de opción, dotados también de un contenido patrimonial y un valor económico.
- ²³ Y para esta STS de 26 de enero de 2006, las opciones sobre acciones a favor de los empleados se asignan en contraprestación del trabajo realizado, pues, «el propósito de "atraer y conservar" el personal figura ciertamente entre los objetivos del plan, pero no de manera exclusiva sino compartida con el de "proporcionar más incentivos a dichas personas" y "promover los buenos resultados de la sociedad". El diseño del plan apunta por tanto a asignar beneficios a los trabajadores, al menos en parte, en contraprestación o contrapartida del trabajo realizado, y no solo a compensar la "fidelidad" o mantenimiento continuado de la relación de trabajo por cuenta de la entidad empleadora con posible sacrificio de otras alternativas profesionales. Dicha correspondencia o contrapartida con el trabajo prestado (el esfuerzo desplegado, la calidad del mismo, los resultados obtenidos, etcétera) es la nota característica del concepto legal de salario acuñado en el artículo 26 ET». En el mismo sentido, con anterioridad, STS de 1 de octubre de 2002 [rec. 1309/2001(NSJ011589)], STS de 11 de abril de 2002 (rec. 1538/2001), STS de 10 de abril de 2002 [rec. 1441/2001 (NSJ011238)]y STS de 24 de octubre de 2001 (rec. 3295/2000).

Además, se trata de un rendimiento del trabajo percibido en especie, pues lo que se consigue con el ejercicio del derecho de opción es la adquisición de las acciones subyacentes a tales derechos al precio prefijado en el acto de concesión de las opciones, lo que encaja en la definición que de las rentas en especie aporta el artículo 42.1 de la LIRPF, cuando incluye entre las mismas «la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda».

Ello obliga, lógicamente, a valorar esta renta en especie, pues no se ha adquirido dinero sino un título-valor representativo de la participación en el capital de la entidad que, lógicamente, otorga a su titular todos los derechos inherentes a la condición de socio.

Hay que tener en cuenta, a tal efecto, que de acuerdo con el criterio de la Dirección General de Tributos, en el caso de que los derechos de opción sobre acciones no sean transmisibles *inter vivos*, –que será lo usual– el rendimiento del trabajo en especie se devenga en el momento en el que se ejercita el derecho de opción, imputándose el rendimiento al período impositivo en el que se produce tal ejercicio, mientras que si los derechos de opción sobre acciones si son transmisibles *inter vivos*, el rendimiento se devenga en el mismo momento de concesión de tales derechos de opción, imputándose a ese período impositivo el rendimiento ²⁴.

En el caso normal o usual de opciones sobre acciones, las mismas serán intransmisibles, por lo que el devengo del rendimiento se producirá en el momento de ejercitarse el derecho de opción y la valoración de esta renta en especie, de acuerdo con lo señalado en el artículo 43 de la LIRPF, se efectuará por «la diferencia positiva entre el valor de cotización de la acción el día en que se ejercite la opción de compra y la cantidad satisfecha por el beneficiario de la misma» ²⁵. La atribución de esta renta en especie queda sometida, lógicamente, a la obligación de realizar el correspondiente ingreso a cuenta.

En estos casos en los que se adquieren acciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo como consecuencia del ejercicio de los derechos de opción sobre acciones concedidos al trabajador, es posible aplicar la exención prevista en el artículo 42.1 a) de la LIRPF, de hasta 12.000 euros, siempre que se cumplan las condiciones previstas, al respecto, en el artículo 43 del RIRPF ²⁶.

Hay que señalar que desde la óptica del Derecho laboral la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sigue un criterio distinto en cuanto a la calificación del rendimiento derivado del ejercicio de los derechos de opción sobre acciones concedidos por la empresa a favor de los trabajadores. En efecto, por extraño que parezca, dicha utilidad que obtiene el trabajador se califica como un salario en metálico y no en especie ²⁷.

²⁴ Como señala la Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0053/2008, de 11 de enero de 2008 (NFC028338), «dicho rendimiento del trabajo se devengará, al tratarse de opciones sobre acciones intransmisibles, en el momento en el que el trabajador ejercite sus derechos de opción de compra». Sobre el criterio mantenido al respecto por la DGT, cfr., SALVADOR VALDÉS, C., «La tributación de las opciones...», cit., pág. 457 y ss.

²⁵ Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0053/2008, de 11 de enero de 2008 (NFC028338).

²⁶ En este sentido, cfr., Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0132/2007, de 22 de enero de 2007 (NFC024809) y Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0053/2008, de 11 de enero de 2008 (NFC028338).

²⁷ Cfr., STS de 26 de enero de 2006 [rec. 3813/2004 (NSJ020063)].

Conviene advertir, asimismo, que existe una modalidad de estos incentivos empresariales a favor de los trabajadores, mediante la entrega de derechos de opción sobre acciones, que no implican, al ser ejercitados, una entrega efectiva de las acciones de la empresa, sino la entrega en metálico de la diferencia del valor de mercado o cotización de la acción en el momento de ejercicio del derecho de opción y el precio predeterminado de la misma en el acto de concesión de los derechos de opción²⁸. En este caso está claro que el rendimiento obtenido es dinerario y no en especie, al no existir adquisición material de los títulos-valor²⁹.

Por último, respecto a la transmisión posterior de las acciones adquiridas en virtud del ejercicio de los derechos de opción, la misma es susceptible de generar para el transmitente ganancias o pérdidas patrimoniales, que serán gravadas en el IRPF conforme a lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes de la Ley del Impuesto. A tal efecto, el precio de adquisición será el valor de mercado de las acciones en el momento en el que se ejerció el derecho de opción y, a efectos de computar el período de generación de esta ganancia patrimonial (la ganancia de transmisión), se tomará como fecha inicial la de la adquisición de tales acciones, esto es, la del momento de ejercicio del derecho de opción³⁰.

4. LOS REQUISITOS DE IRREGULARIDAD DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE OPCIÓN SOBRE ACCIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 18.2 de la LIRPF, se aplicará una reducción del 40 por 100 a los rendimientos íntegros del trabajo que, desde el punto de vista temporal de su obtención o generación sean irregulares, esto es, que excedan el período impositivo normal del IRPF que es de un año. A tal efecto, el mencionado artículo establece dos supuestos en los que se produce esa irregularidad temporal respecto a la obtención de los rendimientos del trabajo. El primero de ellos atiende al período de generación de los mismos, estableciendo la Ley como requisito para la aplicación de la reducción que los rendimientos «tengan un período de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente». Se trata, por tanto, del supuesto de irregularidad por generación de los rendimientos en más de dos años.

El segundo supuesto atiende a la existencia de una notoria irregularidad en cuanto a la percepción en el tiempo de los rendimientos, señalando la Ley que la reducción se aplicará a aquellos rendimientos «que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo». Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de irregularidad por notoria percepción irregular de los rendimientos en el tiempo.

²⁸ Sobre ello, cfr., LUCAS DURÁN, M., «Fiscalidad de las *stock options*...», cit., pág. 11, que, siguiendo la inventiva financiera anglosajona, califica este supuesto como derechos de opción de compra de acciones virtuales o fantasma (*stock appreciation rights, phantom share option o phantom option*).

²⁹ Como señala la Contestación de la DGT a la Consulta vinculante V0132/2007, de 22 de enero de 2007 (NFC024809), cuando los derechos de opción sobre acciones se liquidan por diferencias, «recibiendo una cantidad en metálico equivalente a la diferencia entre el valor de mercado de las acciones en el momento del ejercicio y el precio de ejercicio de la opción, (...), los rendimientos del trabajo obtenidos (...) se califican como rendimientos dinerarios».

³⁰ En este sentido, Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V1984/2006, de 5 de octubre de 2006 (NFC023647).

La reducción del 40 por 100 se somete a un límite en cuanto a la base de su aplicación, esto es, en cuanto a la cuantía del rendimiento irregular que puede beneficiarse de la misma. Este límite viene representado, con carácter general, por el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el IRPF por el número de años de generación del rendimiento, si bien, en el caso de rendimientos derivados del ejercicio de opciones sobre acciones concedidas a favor de los trabajadores se duplicará ese límite cuando concurren los requisitos contemplados al efecto en el artículo 18.2 de la LIRPF. Cuando no concurren esos requisitos al rendimiento irregular derivado de las *stock options* se le aplicará el límite general de la base de la reducción. La cuantía del salario medio anual se fijará reglamentariamente teniendo en cuenta las estadísticas del Impuesto sobre el conjunto de los contribuyentes en los tres años anteriores.

Como es sabido, la introducción en la normativa del IRPF de este límite máximo a la base de la reducción de los rendimientos íntegros del trabajo por irregularidad, no previsto, por cierto, para otro tipo de rendimientos distintos a los del trabajo, estuvo motivada, precisamente, por las *stock options*, en un intento del Legislador fiscal de limitar el beneficio fiscal que podrían gozar los rendimientos procedentes de las mismas³¹. Sobre ello ya hemos hecho referencias a lo largo de este trabajo y no nos vamos a detener en el estudio de las implicaciones jurídicas que esta decisión del Legislador puede comportar, pues ello excedería del ámbito de este trabajo y nos distraería del objetivo que nos hemos propuesto, de analizar, al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008, los requisitos establecidos en la normativa del Impuesto para la calificación como rendimientos irregulares, atendiendo a su período de generación, de los procedentes del ejercicio de los derechos de acción sobre acciones que nos ocupan.

Volviendo, pues, a los dos supuestos de irregularidad temporal de los rendimientos del trabajo, está claro, respecto al segundo de ellos, esto es, el debido a la notoria irregularidad temporal de la percepción del rendimiento, que solo se considerarán irregulares aquellos casos previstos expresa y taxativamente por el Reglamento del Impuesto, en concreto, por el artículo 11.1 del mismo³². Entre la enumeración de supuestos previstos en ese precepto reglamentario, no existe ninguno relativo a los rendimientos derivados del ejercicio de los derechos de opción sobre acciones concedidos a favor de los trabajadores, por lo que podemos descartar que, por este motivo, puedan ser calificados tales rendimientos como irregulares³³. Incluso, la Dirección General de Tributos ha ido más lejos, considerando que la cancelación por la empresa de las opciones previamente otorgadas a cambio de un pago único dinerario a favor de los trabajadores beneficiarios de las mismas no puede calificarse, a efectos de lo previsto actualmente en el artículo 11.1 del RIRPF, como un pago en compensación o reparación de complementos salariales, supuesto

³¹ Sobre ello, *vid.*, por ejemplo, FALCÓN Y TELLA, R., «Régimen fiscal de las opciones...», cit., págs. 5 y ss.; WERT ORTEGA, M., «La constitucionalidad de la modificación...», cit., págs. 141 y ss.

³² De la dicción del precepto se desprende que se trata de una lista cerrada de supuestos, pues claramente señala que «se considerarán rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, exclusivamente, los siguientes, cuando se imputen en un único período impositivo (...)».

³³ Como señala el Auto del TSJ de Madrid de 23 de julio de 2007, en el que el Tribunal plantea la cuestión de ilegalidad referida al artículo 10.3 del RIRPF-1999 que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008, que comentamos y que es recogido en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta, «debemos llamar la atención, sobre los rendimientos del trabajo en especie consistentes en el derecho de opción sobre acciones concedido por la empresa a su trabajador, puesto que no están incluidos dentro de los rendimientos irregulares por notoriedad de la disposición reglamentaria. Si merecen el calificativo de irregulares, lo serán exclusivamente en función de su período de generación».

este que sí se contempla entre los casos de rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo³⁴. Lo cual, cuando menos, supone una cierta contradicción con la consideración que desde el Derecho laboral se otorga a las utilidades derivadas de las *stock options*, pues ya hemos apuntado que se las considera salario.

Por lo tanto, la calificación de los rendimientos derivados del ejercicio de los derechos de opción sobre acciones como irregulares tendrá que venir dada por el primero de los supuestos previstos en el artículo 18.2 de la LIRPF, esto es, porque el período de generación de esos rendimientos sea superior a dos años siempre que no se obtengan de forma periódica o recurrente. El artículo 11.3 del RIRPF, en desarrollo de la previsión legal, ha establecido específicamente respecto a los rendimientos del trabajo derivados de la concesión del derecho de opción de compra de acciones o participaciones a los trabajadores que se considerará que tiene un período de generación superior a dos años y que no se obtiene de forma periódica o recurrente, «cuando solo puedan ejercitarse transcurridos más de dos años desde su concesión, si, además, no se conceden anualmente»³⁵.

Dos son, pues, los requisitos o condiciones establecidos por el RIRPF en el caso específico de las *stock options* para concretar cuándo el rendimiento tiene un período de generación superior a dos años y no se obtiene de forma periódica o recurrente, cuya concurrencia en el caso concreto determinará la aplicación de la reducción prevista en el artículo 18.2 de la LIRPF. El primero, que los derechos de opción sobre acciones concedidos a los trabajadores no se puedan ejercitar hasta transcurridos más de dos años, esto es, que el período de carencia o retención del derecho de opción sea superior a los dos años, de acuerdo con las especificaciones contenidas al respecto en el respectivo Plan y, en su caso, en el acto de concesión de tales derechos. El segundo de los requisitos que establece el artículo 11.3 del RIRPF es que los derechos de opción sobre acciones no se conceden anualmente.

El primero de estos requisitos, como ya hemos señalado, es el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008 declara ilegal, por suponer una extralimitación reglamentaria respecto a lo dispuesto en el artículo 17 de la LIRPF-1998, si bien, claro está, referido al artículo 10.3 del RIRPF-1999. Para comprender adecuadamente el razonamiento y la motivación del Tribunal, es necesario, primero, tener claros los hechos desencadenantes, a la postre, de esta declaración de ilegalidad.

El contribuyente había solicitado la rectificación de su autoliquidación del IRPF correspondiente al período impositivo de 1999 porque entendía que le era aplicable la reducción prevista en el artículo 17.2 de la LIRPF-1998 al haber ejercitado los derechos de opción sobre acciones concedidos por su empresa transcurridos más de dos años desde que tales derechos le fueron otorgados. La Administración tributaria y, posteriormente el TEAR de Madrid, entendieron, por el contrario, que no le resultaba aplicable a esos rendimientos la reducción del artículo 17.2 de la LIRPF-1998 porque el

³⁴ En este sentido, Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0111/2007, de 22 de enero de 2007 (NFC023923).

³⁵ Esta concreción que hace el artículo 11.3 del RIRPF-2007 de lo que la LIRPF considera rendimiento con período de generación superior a dos años y que no se obtiene de forma periódica o recurrente, es idéntica a la que hacía el artículo 10.3 del RIRPF-1999, a la que afecta la declaración de ilegalidad de la STS de 9 de julio de 2008, de la que nos ocupamos.

artículo 10.3 del RIRPF-1999 exigía que los derechos de opción no se pudieran ejercer hasta que no hubiesen transcurrido más de dos años desde su concesión. Esto es, en el contrato de concesión de las opciones se había estipulado que las mismas se podían ejercer transcurrido un año y, aunque el contribuyente las ejerció efectivamente cuando ya habían transcurrido más de dos años, la Administración entendió que al tener las opciones un plazo de carencia o retención inferior a los dos años, no procedía la calificación de los rendimientos obtenidos como irregulares, por generados en más de dos años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.3 del RIRPF-1999³⁶.

Con buen criterio, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid da la razón al contribuyente y, posteriormente, instada la cuestión de legalidad, esta es estimada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008³⁷. Como señala el Tribunal Supremo «resultaría contradictorio que el rendimiento que se califica como irregular por el transcurso de dos años desde la concesión de la opción haya de perder esa calificación porque el titular hubiera tenido la posibilidad, no hecha efectiva, de ejercitar la opción con anterioridad al cumplimiento de dicho plazo. El resultado sería además irrazonable y todo porque se introduciría en el hecho imponible y en el devengo del impuesto un elemento del pasado que es la mera expectativa que durante un tiempo existió de ejercitar la opción antes de transcurrir dos años desde la concesión»³⁸. En consecuencia, entiende el Tribunal que el artículo 10.3 del RIRPF-1999 está «imponiendo de esta forma una limitación no prevista en la Ley que se hace especialmente patente cuando, como dice la sentencia, "entre la concesión y su ejercicio han transcurrido más de dos años, independientemente de que en el contrato, acuerdo o pacto entre cedente y cesionario (empleador o empleado) se establezca un límite temporal mínimo para su ejercicio"»³⁹.

El primer requisito, por tanto, para que el Reglamento quede ajustado a la Ley solo debe exigir que el derecho de opción se ejercite una vez transcurridos más de dos años desde su concesión, con independencia de cual sea el período de carencia o retención en cuanto a la posibilidad de su ejercicio, esto es, con independencia de que este período sea inferior o superior a dos años, pues lo relevante es

³⁶ Como se señala en la STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2006 (rec. 1766/2003), que aborda el caso que da lugar a la STS de 9 de julio de 2008 –aunque dicha Sentencia fue anulada y sustituida por la del TSJ de Madrid de 11 de junio de 2007–, «en el acuerdo firmado por el interesado con su empresa se establece en su estipulación cuarta que las opciones atribuidas no podrán ser ejercitadas antes de haber transcurrido doce meses». El TEAR y la Administración tributaria, en cambio, consideran que no se cumple el requisito de dos años previsto en el artículo 17.2 de la Ley 40/1998 y en el artículo 10.3 del Real Decreto 214/1999 porque «las opciones atribuidas al reclamante podían haber sido ejercitadas una vez transcurridos doce meses desde la fecha de la firma del acuerdo entre la entidad de crédito y el beneficiario de la opción». El contribuyente, por su parte, alega que «transcurrieron más de dos años entre la fecha del contrato de opción de compra, en junio de 1997, y la fecha en la que se ejecutó la opción, en diciembre de 1999». Un caso similar se resuelve en la STSJ de Madrid de 4 de junio de 2008 [rec. 119/2005 (NFJ029944)], de la que es ponente el Magistrado Gandarillas Martos y que da lugar, también, a la interposición de una cuestión de ilegalidad por la misma razón.

³⁷ En la doctrina, ya había advertido FALCÓN Y TELLA, R., «Régimen fiscal...», cit., pág. 9 de la extralimitación reglamentaria en este punto, pues, en su opinión, «el artículo 10.3 del Reglamento exige que la opción solo pueda ejercitarse transcurridos más de dos años de su concesión, con manifiesta extralimitación (además de habilitación insuficiente), pues parece que también han de considerarse generados con más de dos años de antelación los rendimientos derivados del ejercicio efectivo con posterioridad a los dos años de concesión de la acción (aunque no existiera ningún período de retención y por tanto pudiera haberse ejercitado antes la opción)».

³⁸ Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 9 de julio de 2008 (NFJ029233).

³⁹ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia que comentamos.

el período efectivo de generación de la renta y este habrá de computarse desde la concesión del derecho de opción hasta su ejercicio efectivo por parte del trabajador beneficiario del mismo.

Respecto al segundo requisito que establece el artículo 11.3 del RIRPF-2007 para considerar el rendimiento como generado en más de dos años, que los derechos de opción no se concedan anualmente, tanto el Tribunal de Justicia de Madrid como el Tribunal Supremo consideran que no supone –en referencia al art. 10.3 del RIRPF de 1999– una extralimitación reglamentaria al considerarlo una puntualización y aclaración del precepto legal ⁴⁰. Sin embargo, en este punto, sí que disintimos del criterio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, acogido por el Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos. A nuestro juicio, existe una identidad de razón entre este requisito y el que sí ha sido declarado ilegal por el Tribunal. El precepto reglamentario, tal y como está redactado, parece que está exigiendo que entre las condiciones de otorgamiento de las opciones sobre acciones no se contemple la concesión anual de las mismas, con independencia de si en el caso concreto, aun contemplándose esta, tales opciones se concedieron o no anualmente. La idea que queremos exponer se ve muy clara si analizamos el criterio de la Dirección General de Tributos sobre la concurrencia de este requisito reglamentario. Así, en un caso en el que el consultante había recibido en 1995 el derecho de opción de compra sobre acciones de la empresa en la que prestaba sus servicios, derechos que podían ser concedidos por dicha empresa anualmente, aunque solo fueron concedidos en dicho ejercicio, ejercitada la opción de compra por el consultante en el año 2005, ese Centro Directivo entiende que el rendimiento obtenido no es irregular por no tener un período de generación superior a dos años, ya que se reconocía al trabajador la posibilidad de resultar beneficiario de la concesión de las opciones de compra de acciones con una periodicidad anual ⁴¹.

No parece que el criterio mantenido en casos como este se ajuste a lo señalado en el artículo 18.2 de la LIRPF, cuya dicción es clara cuando señala que los rendimientos «no se obtengan de forma periódica o recurrente», y no que no exista la posibilidad de que tales rendimientos sean obtenidos de forma periódica o recurrente, como parece querer decir, en cambio, el artículo 11.3 del RIRPF y como, sin duda, interpreta la Dirección General de Tributos ⁴².

⁴⁰ Como señala el Auto del TSJ de Madrid, en el que se plantea la cuestión de ilegalidad que da lugar a la Sentencia que comentamos y que es recogido en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta, dicho requisito «no es más que consecuencia de la limitación legal que prohíbe la calificación legal de irregularidad de aquellos rendimientos obtenidos de forma periódica o recurrente. Lo anual, lo que se repite año tras año, tiene carácter periódico, por lo que se convierte en forma habitual de retribución y sale de la razón de ser de la reducción. Por ello, consideramos que el Reglamento, sobre este extremo, no hace más que puntualizar y aclarar la previsión legal». En el mismo sentido, STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2007 [rec. 2094/2003 (NFJ029945)].

⁴¹ Este es el supuesto planteado en la Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0024/2005, de 14 de enero de 2005 (NFC020782), en el que, claramente la DGT interpreta que «el Reglamento posibilita la aplicación de la reducción del 40 por 100 a los rendimientos íntegros derivados del ejercicio de opciones de compra que tengan un período de generación superior a dos años, siempre y cuando no se reconozca al trabajador la posibilidad de resultar beneficiario de la concesión de las opciones de compra con una periodicidad anual, es decir, que la posibilidad de resultar beneficiario de la concesión de opciones de compra se produzca, al menos, en años alternos». De acuerdo con ese criterio, entiende la DGT que «en el caso contemplado en la consulta, el Plan de opciones de compra de acciones otorga a los empleados afectados la posibilidad de resultar beneficiarios del mismo anualmente, aunque puede suceder que, por no cumplirse los requisitos y condiciones establecidos en el Plan, la concesión tenga lugar en años alternos. En consecuencia, el rendimiento del trabajo en especie derivado del ejercicio de las opciones de compra no se beneficiará de la reducción del 40 por cien».

⁴² Otro caso ilustrativo de este criterio es el planteado en la Contestación de la DGT a la Consulta vinculante núm. V0964/2008, de 14 de mayo de 2008 (NFC029434).

La Sentencia del Tribunal Supremo ha dado un paso acertado, sancionando el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y declarando la ilegalidad del requisito reglamentario que exigía que las opciones solo pudiesen ejercitarse transcurridos dos años desde su concesión. Pero, como hemos comentado, quizá se haya quedado corta en su apreciación, pues también parece que el requisito de que tales opciones no se concedan anualmente supone una extralimitación respecto a la Ley que lo que exige, desde nuestro punto de vista, es que, efectivamente, las opciones no se hayan concedido de forma periódica o recurrente al trabajador.