

**FRANCISCO JOSÉ DELMAS GONZÁLEZ***Inspector de Hacienda del Estado***Extracto:**

**E**L presente trabajo tiene por objeto contribuir a disipar las dudas existentes acerca de la posible aplicación, como partida deducible, de los gastos de administración y custodia para la determinación de los rendimientos del capital mobiliario en el caso de las comisiones satisfechas por parte de los clientes a las sociedades de gestión de carteras, cuando éstas llevan una gestión discrecional de las carteras de valores de los clientes. La característica básica de este mecanismo de gestión consiste en la concesión de poderes exhaustivos por parte del cliente en favor de la entidad para que ésta intervenga en los mercados de valores de acuerdo con su mejor criterio con vistas a rentabilizar la posición inversora de aquél. Dicho mecanismo se contrapone al de gestión asesorada en el cual la sociedad consulta al cliente cada operación.

El autor considera que respecto de la normativa derogada, mediante una interpretación razonable de la misma, se puede llegar a la conclusión de que no resulta posible la aplicación de la partida deducible aludida a las comisiones satisfechas a las gestoras que lleven una gestión discrecional de carteras. Situación que queda totalmente aclarada con la aprobación de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al señalarse expresamente en ésta la imposibilidad de aplicar la partida deducible aludida en el supuesto de que se trate de una gestión discrecional de carteras.

---

## *Sumario:*

---

- I. Introducción.
  - II. Los contratos en cuestión.
    - 1. Contratos de cuenta corriente o cuentas bancarias en general.
    - 2. Contrato de depósito de títulos.
    - 3. Contrato de gestión de cartera.
  - III. La remuneración de los contratos.
  - IV. Alcance del concepto de gastos de administración y custodia.
  - V. Análisis de la situación derivada de la aprobación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto precisar el alcance del concepto de gastos de administración y custodia, como partida deducible para la determinación de los rendimientos del capital mobiliario en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y evaluar su posible aplicación a las comisiones que repercuten las sociedades de gestión de carteras a sus clientes.

Igualmente se estudiará la situación en que quedará la nueva normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas respecto de la cuestión citada en el encabezamiento.

Pero antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión resulta necesario contemplar el problema desde una perspectiva más amplia, tomando como referencia las operaciones típicas y habituales realizadas por las entidades financieras, en general, y por las entidades bancarias, en particular, para posteriormente delimitar el marco de aplicación de los citados gastos deducibles.

## II. LOS CONTRATOS EN CUESTIÓN

La actividad bancaria típica está relacionada o tiene por objeto, básicamente, el dinero, que es la materia prima por excelencia sobre la que recae el negocio bancario. Con el dinero las entidades bancarias realizan sus operaciones activas, fundamentalmente a través de los créditos otorgados a las empresas y familias, cuya contrapartida son las operaciones pasivas, a través de la captación de depósitos mediante cuentas bancarias.

Adicionalmente, el negocio bancario se concreta también en lo que se ha dado en llamar actividad *parabancaria*, que está relacionada con el depósito y administración de títulos-valores o anotaciones en cuenta.

Conviene analizar a continuación, de forma breve, los contratos bancarios típicos que afectan tanto al dinero como a los títulos-valores o anotaciones en cuenta.

## 1. Contratos de cuenta corriente o cuentas bancarias en general.

Estos contratos se caracterizan porque ha de mediar la realización de un depósito de efectivo por parte de un cliente en una entidad de crédito. Lo definitorio de esta modalidad contractual es la custodia del bien que se deposita en un primer momento y, por supuesto, de los depósitos sucesivos que se pudieran ir realizando. Al contrato, adicionalmente, se le pueden añadir otros servicios, como el de caja.

Este tipo de contratos, con independencia del principio de libertad de pactos contemplado en el Código Civil, y la peculiaridad de tratarse de contratos de adhesión cuya supervisión corresponde al Banco de España, tiene su encaje jurídico, según un enfoque mayoritario de la doctrina, en la regulación de los contratos de depósito mercantil, artículos 303 a 310 del Código de Comercio (en lo sucesivo C. Com.), ambos preceptos inclusive, aunque un segmento de la doctrina pone en cuestión que se trate de verdaderos depósitos.

En efecto, en estos contratos el cliente entrega al banco una cantidad de dinero cuya propiedad adquiere la entidad de crédito, que puede disponer de esa suma, pero que asume la obligación de devolver esa misma cantidad, incrementada en los intereses pactados, en el momento acordado con el cliente. Por tanto, la disposición por parte del banco no es totalmente libre, ya que debe ser realizada con prudencia y está sometida a una serie de controles administrativos para posibilitar que la entidad pueda devolver el importe depositado, cuando así sea solicitado por el cliente.

El argumento que ha sostenido parte de la doctrina, que ha cuestionado que se trate de verdaderos depósitos, como ya se ha indicado, se apoya en que el componente de custodia, consustancial a todo depósito, aparece muy desdibujado en esta modalidad contractual.

En el caso de las cuentas bancarias, a diferencia del depósito de títulos o de la administración de anotaciones en cuenta, como se verá más adelante, existe una autorización tácita para usar el bien depositado, como consecuencia de la función económica de intermediación que cumplen las entidades bancarias.

El banco no está obligado a guardar el bien depositado, el deber de custodia se convierte en una obligación de administración prudente y diligente de los recursos depositados.

Todo lo anterior ha hecho que parte de la doctrina considere que los contratos de cuentas bancarias constituyen una figura diferenciada, *sui generis*, de los contratos de depósito, aunque mantengan similitudes con este tipo de contratos.

Desde este punto de vista, y atendiendo a la función económica realizada por el depósito bancario, en el caso de depósitos a la vista y cuentas corrientes o libretas de ahorro, cuyas funciones básicas son las de custodia y el servicio de caja, se puede concluir que se está ante un contrato de depósito con todas sus consecuencias.

Sin embargo, respecto a los depósitos a plazo, la doctrina considera que su perfil jurídico podría encajarse en el ámbito de los contratos de préstamo, regulados en el artículo 311 y siguientes del C. Com.

Enlazando con lo anterior, resulta procedente efectuar un breve comentario respecto a la existencia de las cuentas financieras, en las que resulta evidente que predomina el componente de inversión y que se caracterizan por proporcionar una rentabilidad más elevada que otro tipo de depósitos bancarios. En ellas el cliente autoriza a la entidad a que invierta el saldo en la adquisición de activos financieros para proporcionar la rentabilidad pactada en el contrato. Esa nota relativa a la disposición total no debe suponer ningún factor diferenciador respecto de las otras modalidades de cuentas bancarias, puesto que, como ya se ha indicado, los bancos y cajas de ahorro, por la función económica que realizan de creadores de dinero, están autorizados, en todos los casos, a disponer, con la debida prudencia, de la totalidad del importe depositado, siempre condicionado a que cuando lo solicite el cliente se le devuelva una cuantía equivalente más los intereses pactados, aunque lo atípico en esta modalidad de cuentas bancarias es el activo subyacente en el que se invierte y que desnaturaliza el cometido básico de las entidades financieras en lo relativo a la creación de dinero y, en definitiva, a la función de intermediación que tienen atribuida.

Lo realmente determinante es que la entidad, en todos los casos, cuando sea requerida por el cliente va a estar obligada a devolver una cuantía equivalente, más los intereses. Ello nos lleva a concluir que este tipo de cuentas responde al perfil jurídico de los depósitos mercantiles.

En definitiva, a los efectos del objetivo del presente trabajo y considerando lo expuesto, se puede concluir que, respecto a la totalidad de las cuentas bancarias, debe resultar de aplicación la figura del depósito mercantil, por el carácter sustituible y fungible del dinero y por la obligación de la entidad de reintegrar una cuantía equivalente a la depositada más los intereses correspondientes.

Hay que destacar, por su importancia en la regulación del depósito mercantil, el artículo 308 del C. Com., precepto en el que se regulan las obligaciones del depositario, en el que se señala que «los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de sus vencimientos, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a disposiciones legales».

Del contenido del precepto transcrito se puede afirmar que el depositario, es decir, la entidad que asume el compromiso de velar por el patrimonio del cliente-inversor, tiene que llevar a cabo una serie de actividades encaminadas a preservar la integridad de los bienes del depositante, de manera que no se le produzca un perjuicio, entre otras, el cobro de intereses, que constituyen parte del núcleo básico de los rendimientos del capital mobiliario.

Para finalizar, se puede señalar que el contrato de depósito mercantil se caracteriza por una gestión estática destinada a conservar el valor de los bienes depositados, en este caso el dinero, donde debe predominar la protección y el mantenimiento del efectivo depositado, obligaciones que corresponden a la entidad depositaria, que deberá actuar con la debida diligencia para no perjudicar el depósito efectuado por el cliente.

## 2. Contrato de depósito de títulos.

La letra k) del artículo 71 de la Ley 24/1988 <sup>1</sup>, de 28 de julio, del Mercado de Valores, se refería a este servicio como aquel que prestan las entidades cuando pueden «actuar, por cuenta de sus titulares, como depositarios de valores representados en forma de títulos, o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta».

El artículo 71 citado relaciona las actuaciones que pueden llevar a cabo las sociedades y agencias de valores, entidades con competencia para intervenir en los mercados de valores, si bien el artículo 76 de la misma ley, en su letra a), permite que los bancos y cajas de ahorro puedan «desarrollar las actividades contempladas en las letras a) a f) y h) a m)», del repetido artículo 71. Por consiguiente, tanto aquéllas como los bancos y las cajas de ahorro pueden proporcionar el servicio de depósito de títulos en sentido amplio <sup>2</sup>.

Esta precisión relativa a los bancos y cajas de ahorro resulta necesario formularla, ya que estas entidades constituyen el núcleo básico del sistema financiero y son las entidades que canalizan la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario.

---

<sup>1</sup> La Ley 37/1998, de 16 de noviembre, modifica la Ley 24/1988, de 24 de julio. En este ámbito se produce una recalificación de la actividad de depósito en relación con la figura contractual que se analiza más adelante, esto es, la actividad de gestión discrecional e individualizada de carteras de valores. En efecto, la actividad propiamente de depósito disminuye de categoría al calificarse como una de las actividades complementarias que pueden desempeñar las empresas de servicios de inversión, denominación esta última recién acuñada en el nuevo ordenamiento para referirse a las empresas mediadoras del mercado. Así en la letra a) del número 2 de la nueva redacción del artículo 63 de la Ley 24/1988 se establece que se considerarán actividades complementarias, entre otras, las siguientes:

«a) El depósito y administración de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo, comprendiendo la llevanza del registro contable de los valores representados mediante anotaciones en cuenta».

No obstante, esta consideración como actividad complementaria, a diferencia de la actividad de «gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores», que figura en la letra d) del apartado 1 del artículo 63 no cambia la situación previa, ni tiene especial incidencia respecto del cometido diferenciado que desempeñaban ambas modalidades contractuales con carácter previo a la modificación de la Ley del Mercado de Valores y del que desempeñarán en un futuro de resultados de la modificación llevada a cabo con dicha ley.

<sup>2</sup> De la redacción de la nueva Ley del Mercado de Valores cabe deducir que podrán desarrollar la actividad de depósito, calificada como actividad complementaria, las siguientes entidades:

- Las empresas de servicios de inversión. Tendrán dicha consideración: las sociedades y agencias de valores y las sociedades gestoras de carteras (*vid.* art. 64.1 de la nueva redacción dada por la Ley 37/1998).
- Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión, podrán realizar todas las actividades reseñadas en el artículo 63 (*vid.* art. 65 de la nueva regulación).
- Las empresas de servicios autorizadas en otros Estados miembros, ya realicen su actividad mediante sucursal, ya la realicen en régimen de libre prestación de servicios (*vid.* art. 71 de la nueva ley).

Hay que resaltar, además, que la actividad de la letra k), anteriormente transcrita, se contrapone a la actividad de la letra j) <sup>3</sup>, realizable también por sociedades, agencias de valores, bancos y cajas de ahorro, y que tiene por objeto «gestionar carteras de valores de terceros, en cuyo caso no podrán negociar por cuenta propia con el titular de los valores objeto de la gestión», que constituye el núcleo de la tercera modalidad contractual, que más adelante se analizará.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, el contrato de depósito de títulos, en sentido amplio, se corresponde con la letra k) del artículo 71, mientras que el contrato de gestión de carteras se corresponde con una actividad distinta de la anterior, la de la letra j) del mismo artículo.

A la vista de lo indicado hay que poner de manifiesto la diferente terminología utilizada en la letra k) para denominar lo que, en realidad, constituye la misma actividad, el depósito. En un caso, para los valores, algunos autores <sup>4</sup> se inclinan por señalar que las empresas de servicio de inversión realizan dicha actividad en calidad de depositarias, mientras que, en el caso de las anotaciones en cuenta, se denominaría a la actividad realizada por las entidades como de administración. Este tratamiento diferenciado no tiene por sí mayor trascendencia; se trata de la misma actividad de depósito, lo que sucede es que, desde un punto de vista estricto, las anotaciones en cuenta no pueden depositarse puesto que son referencias informáticas. Por ello, hay que concluir que, en este caso, la administración y el depósito son términos equivalentes.

En la medida en que se trata de un contrato de depósito, con un perfil mucho más claro en este caso que en el de las cuentas bancarias, lo ya expuesto en relación con la figura del depósito mercantil resulta plenamente aplicable a esta modalidad contractual. Ya se ha señalado que la característica básica del contrato de depósito es la conservación y custodia de los títulos o anotaciones en cuenta, de forma que se produzca una administración diligente por parte de la entidad, encaminada a realizar las actividades señaladas en el artículo 308 del C. Com. anteriormente transcrito, así como atender a las prescripciones establecidas en los artículos 1.758 a 1.784 del Código Civil, ambos preceptos inclusive. Efectivamente, en este caso, las obligaciones tienen un contenido más amplio, ya que los cometidos que asume el depositario se incrementan. Entre otros, se pueden destacar los siguientes:

- Todo depositario debe guardar o conservar los títulos depositados o administrar diligentemente los valores anotados.
- La entidad depositaria está obligada a realizar todos los actos necesarios para que los títulos depositados conserven los derechos que les correspondan.

---

<sup>3</sup> La contraposición mencionada se mantiene con la nueva regulación, si bien la letra k) se califica como actividad complementaria y la letra j), por el contrario, bien pudiera calificarse como actividad principal, aunque dicha denominación no figura en la normativa.

<sup>4</sup> En este sentido se pronuncia TAPIA HERMIDA, A., en *Contratos bancarios*, Editorial Civitas, págs. 609 a 681. La misma delimitación efectúa FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. y DE CARLOS BELTRÁN, L. en *El Derecho del Mercado financiero*, Editorial Civitas, año 1992, págs. 588 a 595.

- Al igual que en el caso precedente, el depositario debe reintegrar el depósito cuando así sea solicitado por los clientes.
- No debe servirse de los títulos depositados, tal y como señala el artículo 1.767<sup>5</sup> del Código Civil, en este caso el perfil del depósito es más claro que en el contrato de cuenta bancaria.
- Obligación de abonar los intereses y dividendos que proporcionen los títulos depositados.
- Obligación de realizar todos los actos necesarios para que los valores depositados conserven sus derechos, es decir deberá efectuar, por ejemplo, el abono de los dividendos pasivos que fueran exigibles por cuenta del cliente, la suscripción de acciones, así como la recepción de los valores que se entreguen en concepto de dividendo, acudir al canje de títulos, etc.

### 3. Contrato de gestión de cartera.

La letra j) del artículo 71 de la Ley del Mercado de Valores posibilita la gestión de carteras de valores de terceros, actividad distinta de la actividad de administración y depósito de valores, como ya se ha indicado<sup>6</sup>.

Estos contratos comprenden un modelo completo de gestión caracterizado por su dinamismo y que incluye actos de disposición sobre los bienes depositados o administrados, lo que lleva aparejado el otorgamiento de amplios poderes que facilita el cliente en favor del gestor.

Tales contratos se pueden definir como aquellos que comprenden un servicio integral de gestión personalizada y profesional sobre un conjunto de valores negociables por cuenta y encargo de su propietario, el cual se obliga a remunerar en la forma contractualmente prevista el servicio de gestión realizado.

Son contratos cuya característica básica es la administración dinámica de los bienes depositados, a diferencia de la administración estática característica de las otras modalidades contractuales previamente analizadas. En efecto, la característica esencial de los contratos de depósito es que el depositario<sup>7</sup> de los bienes no puede utilizar los bienes depositados sin permiso expreso del cliente.

<sup>5</sup> Artículo 1.767 del Código Civil: «El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante.

En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios».

<sup>6</sup> Ya se ha indicado anteriormente que la nueva redacción de la Ley del Mercado de Valores considera esta modalidad contractual como una de las actividades principales que pueden desempeñar las empresas de servicios de inversión así como otras entidades de crédito autorizadas para llevar a cabo esas actividades en virtud de lo señalado en la letra d) del artículo 63.2.

<sup>7</sup> En este sentido, el artículo 1.768 del Código Civil es claro cuando señala que «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato».



te, ha de limitar su cometido al mantenimiento de los activos depositados; por el contrario, en la modalidad contractual que ahora se analiza, se podrá facultar al gestor, mediante unos poderes amplios que concede el cliente, para que pueda desarrollar su cometido, cuya finalidad es mediar e intervenir en los mercados para rentabilizar mediante inversiones y desinversiones los fondos del cliente. En la presente modalidad contractual, esa nota de dinamismo es la que confiere la característica básica a este tipo de contratos, que se concretan en una obligación de actividad que asume la entidad, la de intervención en los mercados con objeto de obtener una rentabilidad de la negociación de los títulos, cuya contrapartida va a ser la exigencia al cliente de una comisión en función de la rentabilidad obtenida.

La nota de dinamismo es la que diferencia a las actividades contempladas en la letra j) del artículo 71, respecto del mantenimiento del patrimonio de la letra k) del mismo artículo, referida a los depósitos de valores en sentido estricto.

El marco jurídico de estos contratos de gestión de carteras se apoya en los artículos 244 a 280 del C. Com., relativos a la comisión mercantil como consecuencia de lo señalado en el artículo 1.768 del Código Civil <sup>8</sup>.

### III. LA REMUNERACIÓN DE LOS CONTRATOS

Una vez definido, someramente, el perfil de los diferentes contratos, es preciso contemplar las retribuciones por el servicio prestado. Es evidente que las actividades reseñadas no se realizan de forma gratuita. Han de estar, lógicamente, remuneradas.

La remuneración consiste, normalmente, en la percepción de una comisión. En el ámbito de los depósitos, el artículo 1.779 de Código Civil señala que «el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito». La entidad gestora o depositaria cargará, por tanto, una comisión, que se corresponderá con las operaciones efectuadas, que en la mayor parte de los supuestos cubrirán de forma directa los gastos corrientes en que ha incurrido la entidad como consecuencia de las operaciones llevadas a cabo.

Lo anterior, que resulta válido para las entidades que realizan contratos de depósito, no resulta aplicable para los contratos de gestión de carteras, cuya retribución es de naturaleza indirecta y nada, tiene que ver con los gastos en que haya incurrido la entidad. Las fórmulas de pago, en este caso, son dispares, podrían ser, bien un sistema de comisión fija en función del volumen de cartera gestionado, bien un sistema dinámico o de comisión variable, en función de los resultados obteni-

---

<sup>8</sup> En este sentido véase nota anterior.

dos en la gestión, o bien un sistema mixto, con elementos de las dos modalidades anteriores, aunque normalmente las gestoras se inclinan por un sistema de comisión fija en función del patrimonio gestionado <sup>9</sup>.

#### IV. ALCANCE DEL CONCEPTO DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA

A la vista de todo lo anterior, estamos en disposición de evaluar el alcance del concepto de los gastos de administración y custodia, a los efectos de aplicar la deducción y determinar los rendimientos netos del capital mobiliario.

Considerando la ubicación de la deducción en concepto de gastos de administración y custodia en el artículo 39.uno <sup>10</sup> de la anterior Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, partida deducible de los rendimientos del capital mobiliario, tendrán cabida en este concepto, únicamente, aquellos gastos o comisiones de naturaleza directa exigidos por las entidades por la realización de las funciones desarrolladas y conexas con las de depósito mercantil, que son las que van a proporcionar, básicamente, los rendimientos del capital mobiliario, acreedores a la deducción de gastos de custodia y administración. Dichas funciones se encuentran perfectamente detalladas en el artículo 308 del C. Com. y están destinadas, como ya se ha indicado, al mantenimiento de la integridad patrimonial, y no se corresponden, en ningún caso, con la facultad de disposición de los títulos o anotaciones en cuenta depositados o administrados por la entidad, actividad propia de la gestión discrecional de cartera, puesto que en este último supuesto pueden producirse variaciones patrimoniales.

No resultará aplicable dicho concepto, en consecuencia, a aquellas comisiones satisfechas a agencias y sociedades de valores o entidades bancarias que efectúan una gestión discrecional de las carteras de los clientes, puesto que trasciende su actividad de la figura del depósito mercantil para acomodarse a la figura de la comisión mercantil, aunque incidentalmente lleven a cabo actividades encaminadas a la preservación del patrimonio, actividades reflejadas en el artículo 308 del C. Com., como son el cobro de intereses, dividendos, etc., puesto que no constituyen el objetivo básico de su actividad. En su caso, y si ello fuera posible, aquellos gastos podrían tenerse en cuenta para la determinación de las variaciones patrimoniales originadas por la gestión llevada a cabo por la entidad, en la medida que pudieran individualizarse operación por operación.

---

<sup>9</sup> En este ámbito es muy ilustrativo el artículo del diario *El País Negocios* del domingo día 13 de septiembre de 1998, pág. 20, en el que se señala en la cabecera que «las entidades cobran en torno al 1% del importe del patrimonio por el servicio de asesoría y gestión».

<sup>10</sup> Artículo 39.uno de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, donde se señala que: «Tendrán la consideración de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto del capital mobiliario, exclusivamente los de administración y custodia».

En definitiva, en los contratos sobre cuentas bancarias, en los que el banco asume la misión de velar por la integridad del patrimonio del cliente, podrían resultar deducibles aquellos gastos o comisiones que repercuta la entidad al cliente y que tengan por objeto la compensación de los gastos en que incurre la entidad al realizar sus obligaciones (art. 308 del C. Com.). Podrían incluirse, en este punto, las comisiones por apunte, por saldo mínimo, por mantenimiento, etc., aunque no podría resultar extrapolable a otro tipo de servicios ligados a la facultad de autorización de medios de pago vinculados a los depósitos, como, por ejemplo, las tarjetas de crédito o débito, expedición de cheques, todos ellos servicios por los que se percibe normalmente una comisión.

En cuanto al tratamiento de los gastos deducibles en el ámbito de los contratos de depósito y en los contratos de gestión de carteras, se puede señalar lo siguiente:

- 1.º En relación con los contratos de depósito de títulos o administración de anotaciones en cuenta, deben incluirse en el apartado de gastos de administración y custodia aquellos gastos en que incurra la depositaria en el ejercicio del servicio al que está obligada en virtud del artículo 308 del C. Com., por el cobro de intereses, dividendos, gastos generados por acudir a ampliaciones de capital, etc.
- 2.º Respecto a los contratos de gestión de cartera, caracterizados por la realización de una gestión discrecional, que lleva aparejada amplias facultades de disposición con el otorgamiento de amplios poderes de actuación por parte del cliente, no resulta posible ni razonable reconducir los gastos o comisiones que repercuta, en este caso, la entidad al cliente por la realización de la actividad, al concepto de gastos de administración y custodia. Las comisiones satisfechas se deberán tener en cuenta, únicamente, en la medida que puedan individualizarse, para la determinación de las concretas variaciones patrimoniales.

En este último sentido se ha pronunciado la doctrina administrativa. Efectivamente en consulta evacuada por la Dirección General de Tributos y fechada el 3 de abril de 1998 en relación con los gastos que pudieran ser deducibles en el ámbito de la gestión discrecional de carteras, se ha señalado que «las comisiones satisfechas por los clientes a las entidades dedicadas a prestar el servicio de gestión de carteras no podrán ser deducibles en concepto de gasto de administración y custodia en los términos establecidos por el artículo 39.uno de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

## **V. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DERIVADA DE LA APROBACIÓN DE LA LEY 40/1998, DE 9 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS**

El artículo 24.1 a) de la citada ley señala que para la determinación del rendimiento neto del capital mobiliario se podrán deducir, entre otros, los siguientes gastos:

«a) Los gastos de administración y depósito de valores negociables. A estos efectos, se considerarán como gastos de administración y depósito aquellos importes que repercutan las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito u otras entidades financieras que, de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tengan por finalidad retribuir la prestación derivada de la realización por cuenta de sus titulares del servicio de depósito de valores representados en forma de títulos o de la administración de valores representados en anotaciones en cuenta.

No serán deducibles las cuantías que supongan la contraprestación de una gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, en donde se produzca una disposición de las inversiones efectuadas por cuenta de los titulares con arreglo a los mandatos conferidos por éstos.»

El precepto transcrito tiene por objeto impedir la deducción de cualesquiera cuantías satisfechas a una entidad que efectúe una gestión discrecional de carteras por un potencial cliente que acuerde con aquélla la llevanza de una gestión de cartera de tales características.

Asimismo, persigue delimitar aquellos gastos que resultan deducibles de aquellos que no lo son atendiendo al perfil de las inversiones y a la naturaleza de los rendimientos que se obtengan. Es preciso que las rentas tengan el carácter de rendimientos del capital mobiliario atendiendo al concepto que se da en la norma a este tipo de rendimientos. Resulta pertinente señalar que quizá el precepto no fuera necesario, puesto que a la misma conclusión pretendida podría llegarse por la vía de la interpretación administrativa, en la línea antedicha, ya que la lógica y la propia estructura de la determinación de rendimientos en el impuesto llevan a esa conclusión. Ante todo hay que subrayar la finalidad didáctica del precepto en cuestión.

Es un hecho constatable la enorme popularidad con que cuenta en estos momentos la inversión en los mercados de valores. En este sentido, se ha apreciado que existe un incremento notable de los depósitos de valores, que se caracterizan porque el inversor o titular del depósito asume el riesgo de la inversión. Asimismo, soporta los gastos derivados de la inversión o desinversión, es decir, las comisiones que debe satisfacer a la entidad que media en la operación con motivo de la transmisión en el mercado. Dichas cuantías no serán deducibles, puesto que la renta generada con motivo de la transmisión no va a tener la consideración de rendimiento del capital mobiliario; no obstante, se tendrán en cuenta para la determinación de la ganancia o pérdida patrimonial (p. ej.: transmisiones de valores de renta variable).

Por el contrario, esa asunción del riesgo de la inversión no existe en los contratos de gestión de cartera. Efectivamente, como ya se ha indicado, en este tipo de contratos se produce un acuerdo entre la gestora y el cliente por el cual aquélla, en virtud de unos poderes de disposición muy amplios otorgados por el cliente, interviene en el mercado comprando y vendiendo valores por cuenta de éste con la finalidad de rentabilizar al máximo las posiciones inversoras del mandante.

Para formalizar este tipo de contratos resulta preciso contar con un patrimonio bastante elevado <sup>11</sup>. Hay que señalar que normalmente las rentas obtenidas por el cliente y derivadas de la actuación de la gestora proceden de las ganancias obtenidas de la intervención en los mercados, por tanto, no se producirían rendimientos del capital mobiliario, lo que justifica plenamente el planteamiento normativo de la ley, aunque lo anterior habría que matizarlo respecto de las rentas derivadas de valores de renta fija <sup>12</sup>.

Finalmente, cabe apuntar la falta de lógica que supondría una interpretación en sentido contrario, es decir, la posibilidad de permitir la deducibilidad de los gastos que satisfagan los clientes a las entidades gestoras cuando éstas lleven a cabo una gestión discrecional de la cartera. Ello provocaría los siguientes efectos negativos:

1. Constituiría un factor de regresividad en la estructura del impuesto al favorecer sin justificación alguna la deducibilidad de determinados gastos para personas que ceden la gestión de su patrimonio a entidades especializadas, personas que, normalmente, cuentan con un patrimonio elevado, impidiéndose dicha deducción a otras personas que asumen el riesgo de la inversión por ellas mismas al no contar con los recursos suficientes para la gestión de su patrimonio por una entidad especializada.
2. Se produciría una ruptura en la estructura del impuesto al poderse considerar gastos dentro de un concepto de renta al que no corresponden los correlativos ingresos.
3. Podría encarecer el importe de los servicios que prestan las entidades gestoras al asumirse el coste fiscalmente.
4. Encarecería enormemente el presupuesto de gastos fiscales, sin justificación aparente, al quebrar la estructura del impuesto en cuanto a los gastos que han de deducirse o tenerse en cuenta para determinar las diferentes fuentes de renta.

---

<sup>11</sup> El artículo de prensa referido en la nota 9 es muy ilustrativo en este sentido, puesto que señala que determinadas gestoras exigen un mínimo de 15 millones por patrimonio a gestionar.

<sup>12</sup> El apartado 2 del artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas califica, entre otras, como rendimientos del capital mobiliario, las contraprestaciones derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos.

**BIBLIOGRAFÍA**

- FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. y DE CARLOS BELTRÁN, L. (1992). *El derecho del mercado financiero*, Editorial Civitas, págs. 588 a 595.
- TAPIA HERMIDA, A. y otros (1992). *Contratos bancarios*, Editorial Civitas, págs. 603 a 687.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. y otros (1992). *Contratos bancarios*, Editorial Civitas, págs. 117 a 153.
- TAPIA HERMIDA, A. y otros (1998). *Contratos bancarios y parabancarios*, Editorial Lex Nova, págs. 1.003 a 1.059.
- DIRECTIVA 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (DOCE de 6 de julio de 1993-L. 141).
- LEY 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- LEY 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- LEY 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (BOE de 10 de diciembre de 1998).
- CONSULTA de la Dirección General de Tributos de 3 de abril de 1998 [vid. *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núms. 185-186, págs. 206 a 208].