

La fiscalidad del *trust* anglosajón en el Derecho Continental: especial referencia a España y Venezuela

Marcel E. ROCHE*

Resumen: El trabajo aborda la fiscalidad del *trust* anglosajón en la familia del derecho civil o continental. El objeto principal es analizar los principios que fundamentan las normas de atribución de rentas obtenidas a través del *trust*. Por tanto, haremos, en primer lugar, un análisis sobre el concepto de *trust* para determinar cómo funciona esta figura. En segundo lugar, analizaremos la recepción del *trust* en los países de derecho civil con el propósito de determinar cómo el derecho privado entiende al *trust*. Hay países que lo adaptaron a los principios de derecho civil, mientras que otros lo rechazaron completamente por considerar que es incompatible con los mismos. Ante esta problemática, analizamos, en tercer lugar, cómo el derecho tributario se apoya del derecho

* Candidato al doctorado en Derecho por la Universidad de Oxford. Maestría en Derecho Tributario por la Universidad de Oxford - *James Bullock Scholar* y *Premio Saïd Centre for Business Taxation* - (2019). Abogado, mención *Cum Laude*, de la Universidad Católica Andrés Bello (2015). Profesor de Derecho Financiero y Tributario en IE University (Madrid). Colegiado en España y Venezuela.

privado para gravar las rentas obtenidas a través del *trust*, pero desarrolla sus propios principios para cumplir con la finalidad de gravar las rentas sobre la base de la capacidad contributiva del perceptor y prevenir la evasión fiscal. Por último, haremos un análisis de las normas fiscales españolas y venezolanas para demostrar cómo dichas normas están orientadas a cumplir con esos dos objetivos.

Palabras clave: *Trusts*, imposición directa, impuesto sobre la renta, impuesto sobre sucesiones y donaciones, transparencia fiscal.

Abstract: *The paper deals with the taxation of the Anglo-Saxon trust in the civil or continental law family. The main objective is to analyze the principles that underlie the rules for the allocation of income obtained through the trust. Therefore, we will first analyze the concept of trust to determine how it works. Secondly, we will analyze the reception of the trust in civil law countries to determine how private law understands the trust. Some countries have adapted it to the principles of civil law, while others have rejected it completely as incompatible with their own legal system. Considering this problem, we will analyze, thirdly, how tax law relies on private law to tax income obtained through trusts but develops its own principles to fulfill the purpose of taxing income based on the recipient's ability to pay and to prevent tax evasion. Finally, we will analyze Spanish and Venezuelan tax regulations to demonstrate how they are oriented towards fulfilling these two objectives.*

Keywords: *Trusts, direct taxation, income tax, inheritance and gift tax, fiscal transparency.*

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿DEFINIR AL *TRUST*?: SU COMPRENSIÓN Y DISTINTOS TIPOS GENERALMENTE UTILIZADOS. III. LA EXPANSIÓN DEL *TRUST* HACIA EL DERECHO CONTINENTAL: UN PROCESO NO UNIFORME. IV. FUNDAMENTOS DE LAS NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS PERCIBIDAS A TRAVÉS DEL *TRUST*: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO TRIBUTARIO. V. EL *TRUST* Y SU RÉGIMEN FISCAL EN ESPAÑA. 1. *Calificación fiscal del trust en España*. 2. *La residencia fiscal del trust*. 3. *Tratamiento fiscal español de las personas que intervienen en el trust*. A. La aportación de bienes al *trust* y el régimen de la LISD – actos *inter vivos*. B. Régimen de la LISD – actos *mortis causa*. C. Régimen de la LIRPF – obtención de rentas a través del *trust*. D. Régimen aplicable por la IRNR. VI. EL *TRUST* Y SU RÉGIMEN FISCAL EN VENEZUELA. 1. *El trust adaptado al derecho continental venezolano a través de la Ley de Fideicomisos de 1956*. 2. *Calificación fiscal del fideicomiso en Venezuela*. 3. *La residencia fiscal del fideicomiso*. 4. *Tratamiento fiscal venezolano de las personas que intervienen en el fideicomiso*. A. La aportación de los bienes al *trust* o fideicomiso, la eventual transmisión de dichos bienes al beneficiario y el régimen de la LISDRC – actos *inter vivos*. B. Régimen de la LISDRC – actos *mortis causa*. C. Régimen de la LISLR – obtención de rentas a través del fideicomiso. D. Régimen aplicable a los no residentes o no domiciliados por la LISLR. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el contexto de la globalización, donde la movilidad del capital se ha incrementado exponencialmente en el último siglo, siempre surgirán situaciones jurídicas donde un Estado deba analizar el régimen legal aplicable cuando un elemento extranjero – y más aún desconocido – interviene en dicha situación.

Un ejemplo es la situación donde interviene un *trust* anglosajón en el derecho continental, el cual genera un sin número de interrogantes en torno al tratamiento fiscal de dicha figura bajo las normas tributarias en las jurisdicciones de derecho continental. De allí la importancia de este trabajo que, precisamente, aborda la fiscalidad del *trust* anglosajón en el derecho continental. En este sentido, haremos un análisis de los fundamentos de las normas españolas y venezolanas que atribuyen y califican las rentas derivadas a través del *trust*. Por tanto, la cuestión general que estudiaremos es: *¿cómo funcionan en España y en Venezuela las normas fiscales que gravan las rentas obtenidas a través del trust?* El objetivo es explicar cómo afectan dichas normas a los sujetos pasivos que planifiquen su patrimonio a través de estos instrumentos.

Esta no es tarea fácil por cuanto el *trust* es una figura que nació en el sistema anglosajón, específicamente, en Inglaterra en el siglo XII (MAITLAND, F. 1894). Esto significa que es una figura concebida bajo los conceptos y principios de un sistema legal muy diferente al sistema continental, al cual pertenecen España y Venezuela. No existe una definición universal del *trust* toda vez que esta figura ha evolucionado constantemente a lo largo de su historia y ha sido utilizada para una variedad de propósitos (SITKOFF, R. 2019). A pesar de ello, es importante entender que el *trust* es, fundamentalmente, una relación entre personas y propiedad, implicando que una persona - llamada *settlor* - transfiere la propiedad de un conjunto de bienes a una persona llamada *trustee* para que este administre y gestione dicha masa de bienes en favor de una persona - o grupo de ellas - llamado beneficiario. El beneficiario puede una tercera persona o el mismo *settlor*. Ahora bien, el derecho anglosajón reconoce la titularidad legal por parte del *trustee* sobre esa masa de bienes transferidos en propiedad y los beneficiarios tienen un interés - cuya naturaleza es debatida ampliamente en la doctrina anglosajona - sobre la masa de bienes transmitidas en *trust*.

Aquí debemos detenernos para delimitar el ámbito de nuestro trabajo conforme a dos puntos. En primer lugar, este no es un trabajo que analizará la naturaleza y orígenes del *trust* por cuanto lo relevante para analizar las normas fiscales españolas es el funcionamiento de dicha figura. El *trust* es una figura que admite una flexibilidad sumamente amplia que permite acomodar los intereses y los objetivos de la persona que quiera crearlo. Casi puede decirse que existen tantas definiciones de *trusts* como *trusts* existen. Por tanto, buscar una definición universal del *trust* es una tarea titánica que no nos llevará a cumplir con los objetivos de este trabajo. Por el contrario, si entendemos que el funcionamiento del *trust* está basado fundamentalmente en una relación de personas con un patrimonio determinado, entonces nos permitirá enfocar la atención en la estructura de esa relación conforme a cada documento de creación. Es decir, realizaríamos una evaluación del *trust* caso por caso. Esta aproximación facilita el estudio de la fiscalidad del *trust* por cuanto las normas tributarias precisan determinar cuál de las personas manifiesta capacidad contributiva en esa relación jurídica creada a través del *trust*, al singularizar quién tiene los lazos más estrechos de propiedad sobre la masa de bienes aportada al *trust*.

En segundo lugar, este trabajo sí se enfocará en la expansión del *trust* desde el mundo anglosajón hacia el mundo continental o civil. Este enfoque queremos darlo para explicar cómo ha sido la recepción del *trust* en el derecho civil. Concretamente, queremos explicar cuál es la postura de los ordenamientos jurídicos tanto español como venezolano respecto a esta figura desde la perspectiva del derecho tanto privado como fiscal. Hay dos razones que motivan esto: la primera razón es que el derecho privado determinará la política tributaria respecto al *trust* (i.e., su no reconocimiento y, por tanto, la aplicación de la política de *transparencia fiscal*); la segunda, y en un punto relacionado, el derecho tributario parte de la apreciación hecha por el derecho privado para calificar a esta figura, pero utiliza sus propios principios para lograr los objetivos de gravar las rentas derivadas a través de los *trusts* con base a la

capacidad contributiva y la lucha contra la evasión fiscal (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, p. 2020).

Luego, el trabajo analiza las normas fiscales que afectan a las situaciones que involucran a *trusts* desde el punto de vista español y el punto de vista venezolano. Especial referencia haremos a las normas del impuesto sobre la renta, aunque mención muy limitada se hará a las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuesto sobre la renta de no residentes. El propósito de este análisis es comprender cómo aplican las normas fiscales españolas y venezolanas a los supuestos de *trusts*.

II. ¿DEFINIR AL TRUST?: SU COMPRENSIÓN Y DISTINTOS TIPOS GENERALMENTE UTILIZADOS

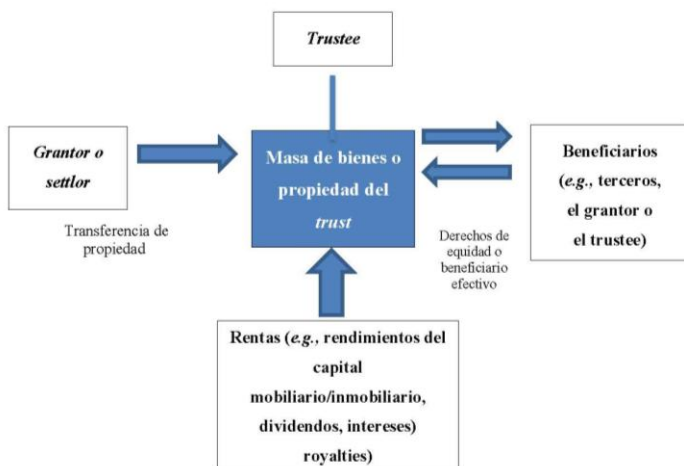
No existe una definición universal del *trust* toda vez que esta figura ha evolucionado constantemente a lo largo de su historia y ha sido utilizada para una variedad de propósitos (SITKOFF, R.H. 2019). El problema de la definición del *trust* no ha sido pacífico y tampoco ha sido resuelto por la doctrina anglosajona. Por tanto, para nuestros propósitos, es mejor entender el funcionamiento del *trust* de manera que podamos identificar sus efectos fiscales.

El *trust* es, fundamentalmente, una relación entre personas y propiedad (BRABAZON, M. 2020). Una persona – generalmente referida como el *grantor* o *settlor* – transfiere la propiedad a un *trustee*, otorgándole titularidad legal sobre esa propiedad. El *settlor* garantiza que la propiedad va a ser administrada de acuerdo con sus deseos al transferir dicha propiedad en fiducia en vez de plena propiedad conforme a lo establecido en el documento de creación del *trust* (*op. cit.* SITKOFF, R.H. 2019). La propiedad será administrada para el beneficio de una persona o grupo de personas denominadas *beneficiarios*. Ellos pueden ser terceras personas, el *settlor* o incluso los *trustees*. La propiedad del *trust* es administrada como una entidad económica sin su propia personalidad jurídica. En este sentido, la propiedad puede responder por los pasivos incurridos por

el *trustee* en la administración del *trust*, pero no para responder por los pasivos propios del *trustee*. Así, el *trust* es legalmente ejecutable por, y en nombre de, los beneficiarios.

Ahora bien, la propiedad dual del sistema anglosajón es el principal punto de diferencia con el concepto absoluto de propiedad del sistema continental. El sistema anglosajón entiende que el título legal del *trustee* sobre la propiedad transferida al *trust* está sujeto a derechos subjetivos o de equidad de los beneficiarios. Por tanto, existe una separación funcional entre el control y la propiedad. Esta separación de propiedad legal del *trustee* y la propiedad del beneficiario – comúnmente conocida en el derecho anglosajón como propiedad dividida o dual – impone una intermediación fiduciaria entre el beneficiario y la propiedad transmitida al *trust*, creando una relación obligacional entre los *trustees* y el beneficiario (SITKOFF, R.H. 2019).

Antiguamente, la ley del *trust* protegía al beneficiario al permitir que el *trustee* tuviera únicamente aquellos poderes establecidos en el documento de creación del *trust*. Sin embargo, en tiempos recientes donde la acumulación de riquezas toma la forma de activos financieros y la globalización ha incrementado la movilidad del capital – la ley del *trust* otorga poderes de administración amplios a los *trustees* para permitir un mayor dinamismo en su gestión. Sin embargo, estas facultades del *trustee* ponen en peligro de mal administración a los beneficiarios, quienes ahora tendrán la facultad de exigir los deberes fiduciarios de *lealtad*, *prudencia* e *información* que funcionan como salvaguarda de sus intereses en la propiedad administrada en el *trust* (GRAZIADEI, M. 1993).

Figura 1: El funcionamiento del *trust*

La Figura 1 demuestra el funcionamiento general de un *trust*. Ahora bien, esta es una situación inicial que puede ser modificada para servir propósitos específicos del *settlor* o creador. Existen varios tipos de *trusts* que pueden variar dependiendo del acuerdo alcanzado. Estos arreglos específicos son especialmente relevantes porque determinan quién tiene derechos sobre las rentas derivadas de, y a través del, *trust* porque demuestran cómo cada una de las personas intervinientes en una relación que involucre a un *trust* tiene un mayor o menor derecho sobre las rentas derivadas, dependiendo del acuerdo alcanzado.

Clásicamente, los *trusts* se dividen entre *trusts* expresos, constructivos, resultantes e implícitos. Los *trusts* expresos surgen por la declaración expresa del *settlor*. Las declaraciones escritas son la regla general, sin embargo, no hay ningún requisito de que la declaración sea por escrito, excepto en los casos que involucren un *trust* de tierras. Los *trust* constructivos surgen por ministerio de la ley, es decir, por medios diferentes de las declaraciones expresas (PENNER, J. 2010). Ahora bien, esta división tiene dos problemas principales en nuestra opinión. El primer problema es que hay omisiones conceptuales significativas por cuanto los *trusts* estatutarios quedan fuera de la

clasificación. El segundo problema es que existen claros solapamientos entre las diferentes categorías que llevan a confusión a la hora de analizar los diferentes tipos de *trusts* utilizados.

Teniendo en cuenta la clasificación clásica anterior, hay mejores divisiones que se centran en determinar por qué surge el *trust* (i.e., expresos vs. no intencionados); quién se beneficia del acuerdo (i.e., personas vs. propósitos), y el rango de poderes del *trustee* (*bare trusts* vs. *trusts* especiales) que ofrecen explicaciones exhaustivas de la relación entre las personas y la propiedad aportada al *trust*. A continuación, haremos una lista ejemplificativa de los tipos de *trust* generalmente utilizados para entender el mayor grado de control sobre la masa de bienes transmitida a dicha institución que sostendrían las personas intervinientes en él. En dicha lista, lo importante es identificar cuál de las personas intervinientes tiene un mayor grado de control sobre las masa bienes transmitidos al *trust*, de manera que podamos identificar a la persona que manifieste la capacidad contributiva a efectos fiscales.

- a. **Bare trust:** este es un *trust* básico donde el beneficiario tiene el derecho absoluto sobre el capital, los bienes en el *trust* y a las rentas generadas de esos activos. En virtud de la relación obligacional entre el *trustee* o fiduciario, los activos serán propiedad legal del *trustee*, quien tiene la responsabilidad de administrar los activos del *trust* con prudencia – en virtud de sus deberes fiduciaros – para generar el máximo beneficio para los beneficiarios o según las directrices del *settlor* o creador, establecidas legalmente. Es importante recalcar que ni el *settlor* ni el *trustee* tienen poder alguno sobre cómo o cuándo el capital o las rentas del *trust* son distribuidas.
- b. **Trust revocable:** en este tipo de *trust*, el *settlor* puede modificar o anular disposiciones. Durante la vigencia del *trust*, las rentas generadas son distribuidas al *settlor*, y solo después de su muerte la propiedad será transferida a los beneficiarios del *trust*. Al contrario de un *bare trust*, el *settlor* sí tiene control sobre la masa de bienes en el *trust*.

- c. **Trust irrevocable:** Este es un tipo de *trust* donde sus términos no pueden ser modificados, enmendados o terminados sin el permiso de los beneficiarios. El *settlor*, habiendo transferido efectivamente toda la propiedad de los activos al *trust*, elimina legalmente todos sus derechos de propiedad sobre los activos y el *trust*. Esto contrasta con el *trust* revocable discutido anteriormente, que permite al *settlor* modificar el *trust*. El beneficiario tiene control sobre la masa de bienes aportadas al *trust*.
- d. **Trust de interés en posesión:** El *trust* de interés en posesión le da al beneficiario un derecho inmediato a los ingresos del *trust*. Se dice que un beneficiario tiene un interés en la posesión cuando él o ella tiene el derecho de disfrutar de la propiedad. Los *trusts* de interés en posesión a menudo se crean como parte de un testamento y una carta de deseos.
- e. **Trust discrecional:** Este *trust* implica un acuerdo por el cual la propiedad se reserva con instrucciones de que se use para el beneficio del beneficiario, y que establece que el *trustee* tiene derecho a acumular, en lugar de pagar al beneficiario, los ingresos anuales generados por la propiedad o una parte de la propiedad misma. Dependiendo de los términos del instrumento que crea este *trust*, dichas rentas pueden acumularse para futuras distribuciones a los beneficiarios o agregarse al capital del *trust*. El *trustee* tiene el poder de dar o negar al beneficiario algunos beneficios bajo el *trust*. El beneficiario no puede obligar al *trustee* a usar ninguna de las propiedades del *trust* para el beneficio del beneficiario. En este tipo de *trust*, el beneficiario no tiene ningún interés que pueda ser transferido o alcanzado por los acreedores a menos que el *trustee* decida pagar o utilizar parte de la propiedad en beneficio del beneficiario.

- f. **Trust de interés fijo:** Comúnmente conocido como un *trust* de renta fija, un *trust* de interés fijo es un tipo de acuerdo fiduciario que incluye instrucciones específicas sobre cómo se realizan los desembolsos de los ingresos contenidos en el fondo. Con este acuerdo, los *trustees* no tienen ningún tipo de discreción cuando se trata de cómo desembolsar fondos a los beneficiarios.
- g. **Life Interest Trust:** Un *trust* de interés vitalicio es un *trust* escrito en un testamento. Esto significa que los *trustees* mantienen los activos en el *trust* en nombre de los beneficiarios. Los testamentos de *trust* de interés vitalicio son especiales porque hay dos tipos de beneficiarios. El inquilino vitalicio obtiene un interés de por vida en la propiedad y están los restantes, que obtienen la propiedad una vez que finaliza el acuerdo de *trust*.
- h. **Trust de Propósito:** Este es un tipo de *trust* que no tiene beneficiarios, sino que existe para promover algún propósito no caritativo de algún tipo. En la mayoría de las jurisdicciones, tales *trusts* no son exigibles fuera de ciertas excepciones limitadas y anómalas, pero algunos países han promulgado legislación específicamente para promover el uso de *trusts* de propósitos no caritativos. Los *trusts* con fines caritativos también son *trusts* técnicamente de propósito, pero generalmente se les conoce simplemente como *trusts* caritativos, los cuales veremos a continuación.
- i. **Trust caritativo:** Un *trust* caritativo es un *trust* irrevocable establecido con fines caritativos. Un *trust* caritativo disfruta de un grado variable de beneficios fiscales en la mayoría de los países. Una terminología importante en los *trusts* caritativo es el término *corpus*, que se refiere a los activos con los que se financia el *trust*, y el término *donante*, que es la persona que dona activos a una organización benéfica.
- j. **Trust resultante:** Un *trust* resultante es un *trust* implícito que surge por ministerio de la ley, donde la

propiedad se transfiere a alguien que no paga nada por ella; y luego se da a entender que ha tenido la propiedad en beneficio de otra persona. Se dice que la propiedad del *trust* “resulta” o salta de nuevo al *settlor* implícito.

- k. ***Trust Quistclose***: Un *trust quistclose* es un método financiero por el cual un acreedor puede mantener un interés de seguridad en préstamos, mediante la inserción de una cláusula en el contrato que limita los fines para los cuales el prestatario puede usar el dinero. Si los fondos se utilizan para un propósito diferente, se crea un *trust* alrededor del dinero para el beneficio del prestamista. Esto permite al prestamista rastrear cualquier fondo gastado inapropiadamente y, en el caso de insolvencia del prestatario, evita que el dinero sea tomado por los acreedores. En el caso *Barclays Bank Ltd contra Quistclose Investments Ltd*, Lord Wilberforce sostuvo que en situaciones de *quistclose*, la intención debe ser crear un *trust* secundario en beneficio del prestamista, que surja si no se cumple el “*trust* primario” (e.g., el uso apropiado del dinero).

Estos diferentes tipos de *trusts* son relevantes para diseñar reglas de atribución de rentas porque determinan quién tiene propiedad o derecho sobre las rentas derivadas a través del *trust* dependiendo del acuerdo alcanzado en su escritura de creación o la situación resultante en *trusts* no expresos. Como se discutió anteriormente, cada tipo de *trust* tiene un acuerdo específico donde el *settlor*, los beneficiarios o el *trustee* tienen un grado de poder y control sobre la masa de bienes entregadas en *trust*. En primer lugar, podemos observar que en un *trust* revocable el *settlor* posee poderes sobre el *trust*. El *settlor* puede modificar o cancelar las disposiciones establecidas en el instrumento de *trust*. Él o ella recibe distribuciones de los ingresos obtenidos y la propiedad se transfiere a sus beneficiarios después de su muerte. Como se discutirá a continuación, esta situación es relevante para determinar quién tiene derecho a

tales rentas que el *settlor* puede usar, disfrutar, controlar e incluso asume los riesgos sobre las rentas a través del *trust*.

En segundo lugar, se puede encontrar una situación diferente en el *bare trust*, el *trust* irrevocable o incluso en el *trust* de interés en posesión, una vez que el *settlor* fallece, ya que se puede determinar que los beneficiarios tienen derecho o tienen un interés adquirido sobre los ingresos, o incluso reciben pagos y distribuciones del *trust*.

En tercer lugar, hay situaciones residuales en las que los *trustee* tienen poderes sobre la propiedad y los ingresos del *trust*. Estos se pueden encontrar en *trusts* de acumulación o discrecionales, donde los *trustees* tienen el derecho de controlar y decidir si acumular los ingresos en lugar de pagarlos a los beneficiarios. El *trustee* puede acumular las rentas para una futura distribución a los beneficiarios o reinvertirlos en el capital del *trust*. Además, el *trustee* puede negar los beneficios a los beneficiarios, y no pueden exigirle que use dichas rentas para la ventaja del beneficiario. A este respecto, el beneficiario no tiene ningún interés que pueda ser transferido o alcanzado por los acreedores a menos que el *trustee* decida pagar o aplicar parte de la propiedad del *trust* en beneficio del beneficiario. Así, los elementos de uso, goce y control están presentes en el *trustee*, haciendo una situación en la que la ley tributaria atribuirá las rentas al *trustee* y en la que el beneficiario o el *settlor* tendrá un crédito por el impuesto pagado por el *trust*.

En conclusión, no existe una definición única del *trust* porque este instrumento cambia constantemente y se puede utilizar para una variedad de propósitos. En este sentido, existen diferentes tipos de *trusts* que demuestran cómo cada una de las personas intervinientes ostenta un cierto grado de poder y control sobre la propiedad -y sus ingresos- dependiendo del resultado u objetivo deseado establecido en la escritura de creación. Estas diferentes situaciones son relevantes para las reglas de atribución de rentas porque demuestran quién tiene el vínculo más cercano con la propiedad aportada al *trust*, así como también el control sobre sus rentas, lo que sirve como la

situación inicial para la cual se diseñan las reglas fiscales sobre los *trusts*.

Una vez que hemos explicado el funcionamiento del trust y discutido la idea de cómo cada tipo de trust puede guardar relevancia para las normas fiscales, entraremos en el análisis del entendimiento del derecho privado español de esta figura.

III. LA EXPANSIÓN DEL TRUST HACIA EL DERECHO CONTINENTAL: UN PROCESO NO UNIFORME

Las leyes fiscales rara vez se escriben desvinculadas de la historia o ajenas a las interacciones con otros sujetos en un mundo globalizado (ROCHE, M.E., 2023). Por tanto, en esta sección, discutimos cómo la globalización impulsó la expansión de la industria de *trusts* hacia el derecho continental, lo cual no ha sido un proceso uniforme. Los efectos de esta expansión son varios. En primer lugar, hizo que los países de derecho civil cuestionaran si las barreras teóricas de su reconocimiento podrían superarse y, en segundo lugar, hizo que los países cuestionaran cómo sus leyes fiscales nacionales interactúan con las decisiones políticas de otros países en una competencia global por fondos fiduciarios (HOFRI-WINOGRADOW, A. 2016). Discutiremos estos temas a continuación. El propósito de esta discusión es comprender el contexto internacional en el que operan las normas fiscales sobre las rentas de los *trusts* y cuáles son las posturas españolas y venezolanas en dicho contexto.

La pregunta es: *¿cómo las jurisdicciones de derecho civil adaptaron el trust a sus sistemas legales?* Hay dos determinantes que influyen en la respuesta a esta pregunta, a saber, la tradición jurídica y la globalización. Éstas son explicaciones opuestas porque mientras que la tradición jurídica explica las barreras formales establecidas inicialmente por los países hacia el *trust*, la globalización explica las razones económicas que han obligado a otros países a superar estas barreras y adaptarlo a sus legislaciones internas. Esta dinámica entre la tradición jurídica y la globalización produjo un proceso de integración, induciendo a los responsables de la formulación de políticas

tributarias a pensar en cómo diseñar sus normas fiscales de acuerdo con sus tradición jurídica, el mercado mundial de fondos fiduciarios y las decisiones de otros países que compiten por ese capital.

La globalización desencadenó estudios comparativos del *trust*, que comenzaron a principios del siglo XX con partes que argumentaban en contra y a favor de su recepción en las jurisdicciones de derecho civil a medida que los fondos fiduciarios se estaban volviendo cada vez más móviles (BRAUN, A. 2014). Durante este período temprano, los estudios comparativos se centraron principalmente en los fundamentos conceptuales del *trust*. Estos académicos preguntaron no solo sobre cómo los *trusts* serían analizados en una situación de conflicto de leyes por jueces de jurisdicciones que carecen de leyes y normas fiduciarias, sino también sobre si sería posible que el *trust* operara en un contexto de derecho civil. En esta etapa, surgió un argumento convencional que planteaba que las características del *trust* bajo el derecho anglosajón entraba en conflicto con principios fundamentales del derecho continental, lo que llevó a los países del derecho civil a enfrentar diferentes desafíos para responder a la cuestión de reconocerlo, así como diseñar sus reglas de atribución de rentas sobre él (Ídem). Este argumento convencional se basó en un enfoque formalista que estudió los fundamentos conceptuales del *trust* y rechazó su adopción en jurisdicciones de derecho civil en la década de 1930, que sigue siendo dominante en algunas jurisdicciones hoy en día, como es el caso de España (GARRIGUES, J. 1953). Según este punto de vista, el concepto dual de propiedad y la extrema flexibilidad del *trust* está en conflicto con tres principios fundamentales del derecho civil o continental, a saber, la propiedad unitaria o absoluta, publicidad y especificidad. Los estudiosos que apoyan este punto de vista argumentaron que el *trust* se caracteriza por su gran flexibilidad y control privado incompatible con las normas de derecho continental (STERK, S.E., 2000).

En este sentido, y bajo el derecho anglosajón, cada *trust* tiene su propio documento de creación, cuyos términos son estipulados o adoptados por el *settlor*. Las decisiones sobre la inversión o la administración de la propiedad del *trust* pueden tomarse o restringirse en la escritura del *trust* o dejarse a la discreción y la decisión futura de los *trustees*. Lo mismo se aplicaría a las decisiones sobre la duración del *trust*, el disfrute final de la propiedad y el disfrute de las rentas derivados de tal figura. Pocas restricciones se aplican a los términos de un *trust*, y, por lo general, no se requiere estar registrado para surtir efectos. Un *trust* puede aislar los activos de los reclamos hechos por los acreedores (Op. Cit. GARRIGUES, J.). Incluso los beneficiarios son inmunes a los pasivos del *trust*. Estas características, argumentan los autores, no se encontrarán en los países de derecho civil, ya que entran en conflicto con los tres principios enumerados anteriormente.

En primer lugar, las jurisdicciones de derecho civil no distinguen entre propiedad legal y equitativa (i.e., *equity*) debido a la concepción unitaria o absoluta de la propiedad. Como se discutió anteriormente, esta propiedad legal absoluta solo puede estar restringida por derechos de propiedad como, por ejemplo, por servidumbres, hipotecas y usufructos, pero no por otra propiedad real ilimitada. En los casos de copropiedad, cada propietario tiene la propiedad completa sobre su cuota parte, lo que significa que cada uno de ellos puede administrar, disfrutar y dispensar libremente de esa parte.

En segundo lugar, la informalidad de los *trusts* entra en conflicto con el principio de publicidad de los derechos de propiedad que prohíbe los *trusts* orales en el derecho civil. Esto significa que las jurisdicciones de derecho civil no permiten una gran flexibilidad comúnmente vista en los *trusts*. Por ejemplo, se presume que la propiedad legal pertenece a la persona que posee un bien mueble o está inscrita como propietaria del bien inmueble en el Registro de la Propiedad. En este sentido, al Registro de la Propiedad le resultará difícil enumerar las propiedades tenidas a través de *trusts*.

En tercer lugar, la concepción tradicional de los *trusts* puede contravenir el principio de especificidad en las jurisdicciones de derecho civil. Los derechos reales sólo pueden existir con respecto a elementos específicos, no con respecto a los bienes en general cuyos componentes individuales pueden cambiar mientras la entidad como tal siga existiendo. Por lo tanto, hay países que todavía rechazan al *trust* con base en los argumentos expuestos anteriormente. España es un ejemplo de este grupo de países que ha rechazado al *trust* sobre la base de estos argumentos, incluso expandiéndolos (HO, L. 2013).

Así, el principio fundamental en el análisis del *trust* desde el punto de vista español es entender que esta institución no está regulada en su ordenamiento jurídico (CÁMARA LA-PUENTE, S. 1999). El motivo de esta situación son los dos aspectos que de manera distintiva caracterizan al *trust* y que hemos discutido anteriormente: la transmisión de unos bienes con la obligación de destinarlos al beneficio de otra persona (e.g., fiducia) – desmembrándose con ello el derecho de propiedad bajo un esquema de naturaleza fiduciaria basado en la confianza – y la creación de un patrimonio separado bajo el simple amparo jurídico de la autonomía de la voluntad de los bienes que lo conforman (TROST, A. y ARRIBAS, D. 2019). Ninguno de estos dos aspectos casa bien con los principios sobre los que se asienta el derecho civil español. Por tanto, los problemas más relevantes que surgen en el análisis jurídico del *trust* desde el punto de vista español son los siguientes (VIRGÓS SORIANO, M., 2006):

- i. La división de la propiedad legal del *trustee* y la propiedad en equidad del beneficiario no es posible en el sistema de derechos reales y tampoco puede ser creada por la autonomía de la voluntad de las partes.
- ii. La transmisión de la propiedad de la masa de bienes exige una justa causa para ello, y la *causa fiduciae* no lo es. Por tanto, los negocios fiduciarios no pueden producir como efecto una transmisión.

- iii. Los principios de responsabilidad patrimonial universal y de *par conditio creditorum* excluye la posibilidad de crear patrimonios especiales del *trustee* en virtud del *trust*.
- iv. España permite solo la creación de fundaciones que persigan un interés general, excluyendo la posibilidad de constituir figuras como las fundaciones familiares o de interés privado que pudieran asemejarse en ciertos aspectos al *trust*.
- v. El derecho sucesorio español establece algunas limitaciones que pueden colisionar con las estipulaciones de un *trust mortis causa*: el papel prevalente del testamento, las limitaciones a las fiducias testamentarias y a las sustituciones fideicomisarias o la protección de los legitimarios.
- vi. Respecto al tratamiento de la inscripción de los derechos del *trustee* y del beneficiario en relación con los bienes aportados al *trust*, el Registro de la Propiedad puede negar el derecho de registro (CHECA MARTÍNEZ, M. 1998).

En virtud de lo anterior, no hay figuras capaces de lograr los efectos que el derecho anglosajón reconoce al *trust*, generando el problema de encajar al *trust* en el sistema jurídico español. En el ámbito de los contratos, pudieran trazarse similitudes, por ejemplo, con el mandato, ya que en el *trust* se otorgan a una persona facultades de disposición del patrimonio en un interés de un tercero, si bien el mandatario nunca podría ser considerado propietario de los bienes como el *trustee*. Las causas contractuales fiduciarias no son aptas para permitir una transmisión de los bienes a favor del *trustee*, de modo que éstos quedan sujetos a las agresiones de los acreedores del beneficiario y así fracasa en comparación con los efectos del *trust*.

Desde el punto de vista sucesorio, las sustituciones fideicomisarias no pueden equipararse al *trust* tampoco por cuanto a diferencia del *trustee*, el fiduciario es un verdadero heredero

cuya posible obligación de conservar y transmitir el patrimonio recibido no es óbice para que pueda disfrutar de los bienes recibidos en su propio beneficio (Op. Cit. TROST Y ARRIBAS). Además, como se ha indicado, el fallecimiento del *trustee* no altera la continuidad del *trust*, si bien la muerte del fiduciario despliega los efectos de la sustitución.

Pudiera pensarse en comparaciones del *trust* con la figura del heredero de confianza que existe en derechos forales donde se le considera heredero mientras no revele su condición o cumpla su encargo de cumplir con la voluntad del testador (e.g., Cataluña). Estos no pueden ser propietarios de los bienes y solo tienen la obligación de administrarlos. Por el contrario, quedarían separado de su propio patrimonio. En este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que los herederos de confianza son herederos nominales y no reales en su sentencia de 17 de noviembre de 2011 (Rec. 4272/2008).

Más aún, pudiera también compararse el *trust* con otras instituciones como las fiducias sucesorias o aragonesas. Éstas presentan una similitud funcional y estructural notable con el *trust* discrecional comentado en la sección anterior, toda vez que el fiduciario recibe un encargo amplio por parte del causante que puede afectar a la identificación de los beneficiarios. La situación de interinidad es similar a la existente cuando el *trustee* no haya designado a los beneficiarios mientras no se ejecute la fiducia y la herencia se encuentre pendiente de asignación (Op. Cit. TROST y ARRIBAS).

Ahora bien, la ausencia de una regulación propia del *trust* en España permea también en el derecho internacional privado que omite pronunciamiento alguno sobre cuál normativa sería aplicable a un *trust* creado en el extranjero por cuanto, como debemos recordar, no puede constituirse de acuerdo con la normativa nacional. Por tanto, los problemas para explicar al *trust* en categorías del derecho civil o continental dificultan la identificación de la norma de conflicto aplicable.

No obstante la discusión anterior sobre las dificultades de asimilar al *trust* a categorías establecidas por el derecho civil,

esto no significa que el hecho del desconocimiento por el ordenamiento jurídico español no implica que un *trust* válido y eficaz conforme a su ordenamiento jurídico de origen no pueda ser reconocido por los órganos jurisdiccionales españoles, tal como lo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia en sus sentencias de 30 de abril de 2008 (rec. 1832/2001), de 28 de febrero de 2018 (rec. 2363/2015) y 5 de junio de 2006 (rec. 5908/2001). Estas decisiones permiten concluir que no debe descartarse de entrada la validez de un *trust* y tampoco debe presumirse su utilización con fines fraudulentos, sino que deben utilizarse las normas de derecho internacional privado. Esto significa que en ningún momento nos encontramos ante una figura basada en una ley extranjera contraria al orden público español (Op. Cit. TROST Y ARRIBAS).

Ahora bien, esta es la postura española y, como hemos mencionado al principio de esta sección, la expansión del *trust* hacia el derecho continental no ha sido uniforme por cuanto existe países del derecho civil que lo han explicado en categorías establecidas en sus legislaciones internas y, por tanto, adaptado a su legislación interna (DE WULFF, C. 1965).

Desde una perspectiva de derecho privado, las jurisdicciones de derecho civil no reconocen el dualismo de derecho y equidad que hacen las jurisdicciones de derecho consuetudinario y, por lo tanto, no existe una división de la propiedad en propiedad legal y equitativa, como hemos discutido anteriormente. Los países de derecho civil tienen un concepto unitario de propiedad basado en la idea de una propiedad legal absoluta como el poder ilimitado para administrar, disfrutar y disponer libremente de la propiedad, tal como hemos comentado anteriormente.

Si consideramos el concepto de *propiedad absoluta* en su significado puro, entonces el *trust* anglosajón sería inviable desde una perspectiva de derecho civil, porque los derechos contractuales o reales sobre las rentas o los activos del *trust* no se pueden dividir entre diferentes sujetos. Sin embargo, esta barrera teórica ha sido superada por un proceso de explicación

del *trust* a través de categorías proporcionadas por algunos países del derecho civil. Para estos países que sí han admitido al *trust*, la *propiedad fiduciaria* es una posibilidad dentro del derecho civil, tanto desde la perspectiva de la teoría como de la práctica.

La *propiedad fiduciaria* bajo el derecho civil puede ser analizada como una instancia en la que los contornos de la propiedad han sido rediseñados al recibir una alineación específica hacia un propósito (MARINI, P. 2007). En este sentido, algunos autores consideran que la titularidad es fiduciaria cuando una persona se convierte en titular con la finalidad de llevar a cabo una tarea, al cierre de la cual la cosa se transfiere de nuevo al actor jurídico que había realizado la enajenación inicial o a un tercero designado por este último (ZENATI-CASTAING, F. y REVET, T. 2008). A este respecto, el fiduciario no es libre de actuar sin ninguna restricción porque debe llevar a cabo actos acordes con el propósito de la fiducia, es decir, el propósito fijado por el fideicomitente (Op. Cit. MARINI, P.). La propiedad fiduciaria no es una fuente de riqueza para el fiduciario porque debe actuar en interés de una tercera persona, el beneficiario, en lugar de en su propio interés (GRIMALDI, M., 1991). Según estos autores, esto justifica ver en la institución de la fiducia sólo la presencia de poderes legales, y no un derecho subjetivo de propiedad.

En este sentido, la propiedad en el derecho civil puede adaptarse a los cambios que se derivan de la *propiedad fiduciaria*. Como un tipo de propiedad, la *propiedad fiduciaria* es distinta porque el fiduciario-propietario está bajo ciertos límites con respecto a sus poderes sobre la cosa. Sin embargo, los atributos tradicionales de la propiedad, a saber, el uso, el goce y la disposición, pueden encontrarse dentro de la *propiedad fiduciaria* porque el fideicomisario tiene en principio todos los poderes sobre la propiedad que se mantiene en fiducia. El hecho de que los derechos relativos al goce, disposición y uso de los bienes del fideicomiso estarían limitados por el propósito de la fiducia no contradice la presencia de estos atributos tradicionales de

propiedad. Además, estos límites son totalmente compatibles con la propia definición de propiedad, que permite restricciones a los derechos del propietario (FRENETTE, F. 1985). Por lo tanto, la propiedad es menos el ejercicio efectivo de todas las prerrogativas conferidas por la propiedad que el estado que facultaría al propietario para ejercerlas (EMMERICH, Y. 2013).

En relación con el concepto de *propiedad fiduciaria*, hay autores que han clasificado el fideicomiso como un *patrimonio especial* (VEGAS ROLANDO, N. 1978). Generalmente, el patrimonio está vinculado a la personalidad, ya que el principio es: una persona, un patrimonio (GRETTON, G. 2000). Esto significa que todas las personas tienen un patrimonio, y nadie tiene más de uno. Además, el patrimonio de una persona es una prenda común que estaría disponible para sus acreedores. Sin embargo, los países de derecho civil han admitido calificaciones de este principio. Así como existe un patrimonio ordinario o general, una persona puede tener un *patrimonio especial*. Los activos del *patrimonio especial* están separados del patrimonio general, y hasta cierto punto el derecho civil ha aceptado la segregación de pasivos (SMITH, L., 2009). En este sentido, la subrogación real explica la doctrina del patrimonio y el patrimonio puede explicar al *trust* en el derecho civil o continental.

El *trust*, en este sentido, es un patrimonio especial donde los derechos de los beneficiarios son derechos subjetivos contra los *trustees* -que tienen propiedad fiduciaria sobre la masa de bienes aportadas al *trust* o patrimonio dado en fideicomiso - y son exigibles contra ese patrimonio especial. Por el contrario, los derechos personales exigibles contra el *trustee* a título personal no son, por lo general, exigibles contra el patrimonio especial (Op. Cit. GRETTON, G.). Bajo esta concepción, no hay necesidad de recurrir a la dualidad de la propiedad como en el caso anglosajón. En lugar de la dualidad de la propiedad, hay dualidad del patrimonio en el derecho civil (Idem).

Sobre la base de la discusión anterior, los *trusts* se pueden explicar en categorías proporcionadas por el derecho civil (GOLDSCHMIDT, R. 1961). Un *trust* afecta tanto al derecho de

obligaciones como al derecho de propiedad, pero no pertenece esencialmente a ninguna de las dos. En cambio, pertenecen a la doctrina del patrimonio que pertenece a derecho de las personas. El *trust* no es una persona porque un patrimonio especial nunca lo es. Sin embargo, un patrimonio especial funciona como una persona, como un fondo autónomo, cuasi personal. En este sentido, una vez que se reconoce un patrimonio especial, se compromete a ver ese patrimonio ya sea como una persona o como una cuasi-persona.

Los patrimonios especiales tienden a funcionar como personas e históricamente han mostrado una tendencia a convertirse en personas. LEPAULLE sugirió que podría ser mejor conceptualizar los fideicomisos como personas. GRETTON ha señalado que, en el lenguaje ordinario, el sustantivo *trust* es una persona-palabra. El lenguaje trata al *trust* como una empresa. Por ejemplo, cuando nos referimos a que un determinado activo es propiedad de un *trust* (es decir, “Esta tierra es propiedad de un *trust*” o “Estas acciones están en manos de un *trust*”).

Conclusivamente, hay países de derecho civil que han adoptado el *trust* en su jurisdicción explicándolo a través de categorías proporcionadas por el derecho civil. Estas categorías son el concepto de *propiedad fiduciaria*, donde el propósito de la fiducia limita los poderes del fideicomisario-propietario sobre la propiedad o patrimonio del fideicomiso, y la calificación del *trust* como *patrimonio especial*, donde los bienes del patrimonio especial se separan del patrimonio general fideicomisario-propietario y los beneficiarios tienen derechos personales exigibles contra ese patrimonio especial. Países que han adoptado este enfoque son Venezuela, Colombia, México y Panamá, siguiendo la Misión Kemmerer de los Estados Unidos a principios del siglo XX (WRIGHT, L.A., 1967). La globalización y el creciente movimiento de capital impulsó a estos países a tomar las medidas, por tanto, de adaptar al *trust* en sus legislaciones internas. El primer país en América Latina en adoptar una Ley de Fideicomisos adaptando al *trust* en su jurisdicción fue Panamá en 1925. Luego, fueron México y El Salvador en 1926 y

1937, respectivamente. Les siguió Guatemala en 1945. En el caso de Venezuela, se creó la Ley de Fideicomisos de 1956 después de haber estudiado un proyecto en la década de los años 40. En Colombia, la primera ley de fideicomisos fue en 1971, seguidos por Perú en 1993 y Argentina en 1995.

Por último, cabe hacer una breve referencia al Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento. Se trata de un tratado multilateral desarrollado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Ley Aplicable a los Fideicomisos. Se concluyó el 1 de julio de 1985, entró en vigor el 1 de enero de 1992 y, en septiembre de 2017, había sido ratificada por 14 países. El Convenio intenta una definición armonizada de *trust*, y establece reglas de conflicto para resolver problemas en la elección de la ley aplicable. Conforme a lo establecido en el Convenio, cada parte reconoce la existencia y validez de los *trusts*. Sin embargo, el Convenio solo se refiere a los fideicomisos con un *trust* escrito. Por tanto, no se aplicaría a los *trusts* implícitos. Adicionalmente, el Convenio establece normas para determinar la ley aplicable a los *trusts* constituidos con un elemento transfronterizo. Sin embargo, el alcance del Convenio es limitado dado que solo ha sido ratificado por 14 países. España y Venezuela no forman para de él.

IV. FUNDAMENTOS DE LAS NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS PERCIBIDAS A TRAVÉS DEL TRUST: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO TRIBUTARIO

Una vez que hemos establecido la comprensión del derecho privado de los *trust* dentro del derecho civil, debemos preguntarnos: *¿qué significa esto para las reglas de atribución de rentas para los trusts en la ley fiscal que pertenecen a dicho sistema?*

Un sistema tributario que busca gravar las rentas de los *trusts* se enfrenta a un conjunto de preguntas fundamentales que sirven como punto de partida sin importar la familia legal

a la que pertenezca. Cualquier diseñador de normas tributarias debe responder a las siguientes preguntas al crear reglas fiscales sobre fideicomisos o *trusts*: ¿quién se considera a efectos fiscales que recibe las rentas por, a través o desde el *trust*: el *settlor*, los beneficiarios o el *trustee*? ¿Hasta qué punto se considera que el *trust* en sí mismo un contribuyente? ¿Cuáles son las principales preocupaciones de considerar al *trust* como un contribuyente? Finalmente, ¿cuándo se gravan las rentas obtenidas por, a través o del *trust*? (Op. Cit. BRABAZON, M. 2020). Para responderlas, el diseñador fiscal debe seguir un criterio basado en un principio que organice la atribución de dichas rentas a personas (es decir, *settlers* y beneficiarios) o a una entidad económica (es decir, el fideicomiso o *trust*). En este sentido, el derecho tributario ordena dicha atribución de rentas sobre la base de dos principios: la capacidad contributiva y la lucha contra la evasión fiscal.

En virtud de estos principios y en virtud de la discusión sobre el entendimiento del *trust* en el derecho privado, podemos afirmar que existe una tensión en la relación entre el derecho privado y el derecho tributario de los países de corte continental. Así, las normas de atribución de rentas se diseñarán por referencia a las nociones de propiedad unitaria o propiedad fiduciaria, dependiendo de si es un país que reconoce o define al *trust* en categorías establecidas por el derecho civil o no-, pero las leyes tributarias desarrollan sus propios principios para determinar adecuadamente la capacidad para contribuir y prevenir la evasión fiscal en las situaciones específicas establecidas en el acuerdo fiduciario o el documento de creación del *trust*.

Los países que reconocen el *trust* o lo explican en categorías proporcionadas por el derecho civil diseñan sus reglas de atribución de rentas por referencia a los atributos de propiedad sobre las rentas del *trust* para determinar quién tiene el vínculo más cercano a ellas. En estos países de derecho civil, el derecho a la renta no se otorga mediante la equidad – como en el mundo anglosajón –, sino más bien mediante la plena propiedad legal. En este sentido, estos países diferencian en cuanto a si el

fideicomiso o *trust* prevé distribuciones o si acumula ingresos. La ley tributaria determinará que el beneficiario está sujeto al impuesto en el primer caso, mientras que en el segundo será el fideicomitente o *settlor* la persona que esté sujeta al impuesto. Estos países van un paso más allá que los países que rechazan el *trust*, y reconocen que el fondo fiduciario puede soportar el impuesto sin perjuicio del hecho de que el fideicomitente o el beneficiario pueden reclamar un crédito fiscal para evitar la doble imposición. Veremos que en el caso de Venezuela la norma fiscal lo trata como un responsable del impuesto. Todo esto se hace por referencia a los conceptos de propiedad fiduciaria y calificando el fideicomiso como patrimonio especial.

Los países que rechacen el *trust* y que no lo expliquen en categorías establecidas por el derecho civil seguirán un ejercicio similar al evaluar los atributos de propiedad sobre las rentas, pero ignorarán por completo al *trust* a efectos fiscales y gravarán a las personas que intervengan en él de acuerdo con base en la naturaleza de la transacción subyacente. Esto, como se mencionó anteriormente, requiere un ejercicio de determinar quién se está beneficiando del acuerdo de *trust* para atribuir las rentas a esa persona. A este respecto, requiere analizar qué tipo de *trust* existe para determinar la naturaleza de dicha transacción subyacente y quién se está beneficiando del *trust* conforme con ese acuerdo específico. Esto se hace preguntando: ¿quién está usando y disfrutando de las rentas? ¿Quién asume los riesgos? ¿Quién tiene el control sobre el acuerdo de *trust*? Los abogados en ejercicio, los jueces y las administraciones tributarias de los países que no reconocen el *trust* invariablemente hacen estas preguntas por referencia a las nociones de propiedad absoluta. Si el *settlor* tiene el control del *trust*, entonces estos países le atribuirán las rentas. Si no lo hace, entonces el país atribuirá los ingresos al beneficiario.

V. EL *TRUST* Y SU RÉGIMEN FISCAL EN ESPAÑA

En la sección anterior, discutimos cómo la figura del *trust* posee unas cualidades que dificultan su explicación en

categorías establecidas en el derecho civil o continental y la política tributaria seguida por España es la de dotar al *trust* de transparencia fiscal.

1. *Calificación fiscal del trust en España*

En esta sección discutiremos cuál es la naturaleza jurídica del *trust* bajo la legislación fiscal española. Existen tres posturas sobre su naturaleza, las cuales pueden resumirse en: (a) considerar que el *trust* es completamente transparente a efectos fiscales; (b) considerar que el *trust* es un contrato, y, por último, (c) considerar que el *trust* es un patrimonio separado. Analizaremos, seguidamente, dichas posturas.

En primer lugar, existe una postura que considera al *trust* como un ente completamente transparente a efectos fiscales. Esto significa que no le reconocería ningún efecto y las rentas percibidas del, por y a través del *trust*. Éstas fluirían directamente hacia sus perceptores, imputándose las. La Dirección General de Tributos (DGT) ha sostenido inicialmente que la figura del *trust* no está reconocida por la legislación española y, por tanto, el *trust* no puede ser sujeto de derechos y obligaciones en su contestación a consulta vinculante V1016-10. Los argumentos de base que utiliza son que (a) España no ha ratificado el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 y (b) que el *trust* implica un patrimonio separado que crea una dualidad en el derecho de propiedad que no es admisible bajo legislación española. La DGT reiteró este criterio en las contestaciones a consultas vinculantes V1991-08 y V0989-14.

En segundo lugar, existe también una postura que considera al *trust* como una relación contractual. Bajo esta postura, el *trust* no existe, aunque sí existan relaciones entre las personas que intervienen en él. TROST y ARRIBAS consideran que esta postura se manifiesta expresamente en pronunciamientos de la DGT. Así, la DGT afirmó, en su contestación a consulta vinculante V0695-17, que la determinación de la titularidad de los elementos patrimoniales de un *trust* está condicionada, a efectos del IRPF, por los acuerdos específicos adoptados en cada caso y por las reglas que rigen los *trusts*.

Por último, existe una postura que considera al *trust* como un *patrimonio separado* a efectos de contemplar su consideración de entidad sin personalidad jurídica, lo cual cabría analizarlo sobre la base del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (“LGT”). Cabe recordar que esta disposición regula, a efectos tributarios, las entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen un patrimonio separado susceptibles de imposición. Esta, cabe acotar, es la postura asumida en muchos países de Latinoamérica mencionados anteriormente, como es el caso de México, Colombia y Venezuela (*op. cit.* VEGAS ROLANDO, N.). Tras la Misión Kemmerer a principios del siglo XX, muchos países del continente americano adoptaron esta postura para explicar al *trust* en categorías establecidas por el derecho civil. Sin embargo, la postura de la DGT ha sido de no pronunciarse sobre ello. Esta omisión, lleva a la doctrina a dividirse entre aquéllos que consideran al *trust* como una entidad susceptible de entrar en el régimen de atribución de rentas – postura que apoyamos – y aquellos que no lo consideran así.

Conclusivamente, la cuestión sobre cómo considerar al *trust* a efectos fiscales españoles está lejos de ser resuelta. Sin embargo, cabe hacer algunos comentarios. La figura del *trust* no debiera continuar siendo desconocida por el solo hecho de ser una figura extranjera y, por ende, ajena al ordenamiento jurídico español (DELGADO PACHECO, A. 2012). Dada la globalización y la vertiginosa movilidad del capital, existe una necesidad de llevar a cabo un estudio que permita explicar al *trust* en categorías establecidas por el derecho español, de manera que permita darle un mejor tratamiento fiscal sobre la base de las relaciones que implica para la certeza y seguridad jurídica de los contribuyentes. Las normas de España no pueden considerarse o estudiarse en un ambiente aislado por cuanto la globalización ha incrementado la movilidad de las personas y del capital. En este sentido, las normas deben analizarse en un contexto de interdependencia y competencia estratégica con las normas de otros países para entender cómo se conjugan (DAGAN, T. 2017). Por tanto, la política de transparencia fiscal del

trust puede generar un desajuste en su tratamiento en relación con otros países que sí lo reconocen, lo cual es denominado por la doctrina tributaria como una *asimetría híbrida*. Así, problemas de doble imposición sobre una misma renta pueden surgir.

Por otra parte, TROST y ARRIBAS son de la opinión que la consideración del *trust* como una entidad en atribución de rentas es poco trascendente por cuanto la cuestión sobre a quién deben ser atribuidas a efectos fiscales las rentas se plantea en términos muy similares tanto si nos fijamos únicamente en la posición del *settlor*, *trustee* o beneficiario para analizar quién de ellos debe tributar por esta renta. A pesar de tener cierta razón, consideramos que esa apreciación es incompleta toda vez que la posibilidad de considerarlo como una entidad en atribución de rentas permite, desde el punto de vista administrativo, recaudar no solo las rentas sino la información sobre ellas que fluyen a través del *trust* como un ente sin personalidad jurídica a través del Modelo 184. Caso contrario ocurre con las sociedades, que sí tienen personalidad jurídica, y donde se centraliza toda la información fiscal. Este punto merece mayor consideración a la hora de descartar la postura que considera al *trust* como una entidad en atribución de rentas y es una recomendación que haríamos para el legislador fiscal.

2. *La residencia fiscal del trust*

Ante la falta de reconocimiento en España, el *trust* siempre implicará un elemento internacional y, consecuentemente, su residencia fiscal no sería reconocida. Por tanto, la residencia fiscal del *trust* es relevante a efectos de determinar la aplicabilidad de los convenios de doble imposición (“CDI”) en situaciones donde se vea involucrado un *trust*. Una persona jurídica o entidad solo tendrá derecho a beneficiarse de la aplicación del convenio en la medida en que sea “residente” de un Estado en los CDI. Así, la residencia fiscal es un elemento indispensable para la aplicación de un CDI. La condición de residente fiscal está asociada a la condición de sujeto pasivo de impuestos. Por cuanto el *trust* carece de personalidad jurídica – lo cual dificulta su consideración como *persona* – y por cuanto a veces no suele

ser considerado como sujeto pasivo del impuesto en su jurisdicción, no se suele calificar al *trust* como residente fiscal en el sentido del convenio, y, por tanto, tampoco sería factible su inclusión en la definición de persona a los efectos de aplicación del convenio.

Sin embargo, el *trust* sí puede ser sujeto pasivo del impuesto. Por ejemplo, si sus rentas son acumuladas y no pagadas al beneficiario, entonces recibe el trato de entidad conforme al párrafo 10 de los Comentarios de 2017 al artículo 1 del Modelo OCDE. Otro ejemplo es el caso del Modelo de los Estados Unidos que sí considera al *trust* en la definición de *persona*, lo cual se plasma en el CDI entre España y el país americano. Esto lo hace sujeto a la condición de que la renta obtenida por el *trust* esté sujeta a imposición como si fuera obtenida por un residente de alguno de los Estados contratantes y permite el acceso a los beneficios del convenio. Esta cuestión no es nueva para la DGT. En su Resolución del 16 de julio de 1992, la DGT analizó un caso donde un *trust* que era residente fiscal en los Estados Unidos vende las acciones que tenía en una sociedad anónima española. La DGT consideró que, al analizar el Protocolo, era posible la aplicación del CDI de modo que la ganancia patrimonial regulada por el artículo 13 párrafo 4 del convenio estuviera exenta, en la medida que, de acuerdo con la legislación fiscal estadounidense, las ganancias estarían exentas para aquellos que fueran residentes fiscales estadounidenses y no para aquellos que no lo fueran.

En cuanto a la ubicación de la residencia del *trust*, por un lado, el criterio que siguen gran parte de los países de tradición anglosajona es el de ubicación de la residencia fiscal del *trustee*, cual lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia del 14 de septiembre en el caso *Trustees of the P. Panayi Trust*. El TJUE decidió que el impuesto de salida del Reino Unido era aplicable toda vez que los *trustees* del *trust* en cuestión habían trasladado su sede de dirección efectiva a Chipre y considerando la pérdida de la residencia fiscal en el Reino Unido. Esto ocasionó que los *trustees* tuvieran que pagar

el impuesto de salida o *Exit Tax*. Por otro lado, otro criterio es aquél de ubicación de los bienes del *trust*, aunque esto no deja de tener sus complicaciones y no estaría exento, por tanto, de discusiones toda vez que el *trust* puede implicar situaciones verdaderamente complejas donde los bienes aportados al *trust* pueden estar ubicados en países distintos.

Para España, el reconocimiento de la residencia fiscal del *trust* es una cuestión compleja toda vez que, al no reconocer a esta institución, no reconocería su residencia fiscal. Esto crea una tensión con aquellas situaciones en donde interviene un acuerdo internacional con países que sí reconocen a la figura. En este sentido, la pregunta sería: ¿estaría España obligada a reconocer al *trust* creado en otro país? La pregunta tendría que ser, en nuestra opinión, afirmativa. Existen, por lo menos, dos situaciones previsibles. Una es la ya comentada con el ejemplo del CDI con los Estados Unidos. En este sentido, España reconoce la creación y residencia fiscal de un *trust* en Estados Unidos. Otra, y de difícil discusión, es el posible reconocimiento por vía de los acuerdos en el marco de la Unión Europea. El TJUE, en la ya comentada sentencia del caso Trustees P Panayi, reconoció la residencia fiscal de un *trust* cuyos *trustees* se reubicaron en Chipre conforme al principio de libertad de establecimiento. Esto lleva a cuestionarnos si, efectivamente, España tuviera que reconocer una situación tal por vía del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

3. *Tratamiento fiscal español de las personas que intervienen en el trust*

En esta sección, analizamos el tratamiento fiscal de las personas que intervienen en el *trust*. Es importante establecer como punto de partida las situaciones que son relevantes a efectos fiscales durante el funcionamiento del *trust*. En este sentido, los supuestos de hecho que analizaremos serán: la creación y aportación de bienes al *trust*, la generación de rentas por los bienes aportados al *trust*, la distribución de dichas rentas para los beneficiarios.

Como las normas fiscales españolas nos llevan a considerar (a) que el trust es transparente a efectos fiscales y (b) que debemos analizar el negocio jurídico que subyace al trust, haremos nuestro análisis basándonos en tres contextos relevantes: (i) el *settlor* tiene la intención de traspasar el patrimonio en vida a su beneficiario a través del trust; (ii) el *settlor* fallece y traspasa la herencia a través del trust, y (iii) supuestos donde cualquiera de las personas intervinientes sea perceptora de las rentas del *trust*. Como podemos observar, cada supuesto nos coloca dentro del ámbito de aplicación de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ("*LISD*"); la Ley del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas ("*LIRPF*"); la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes ("*LIRNR*") o Ley del Impuesto sobre Sociedades ("*LIS*"), según sea el caso.

A. *La aportación de bienes al trust y el régimen de la LISD - actos inter vivos*

El primer supuesto (*i.e.*, la aportación de bienes al trust) nos coloca en el régimen aplicable a la LISD por cuanto existiría la persona del donante, la persona del donatario, y una disminución patrimonial para el primero con el correspondiente aumento patrimonial para el segundo. Así, si el donatario es residente fiscal en España y el trust en cuestión es, por ejemplo, irrevocable, entonces aplicarían las disposiciones de la LISD, siendo *la transmisión del patrimonio* gravable como una donación (*i.e.*, actos *inter vivos*). Si la persona del beneficiario es una persona jurídica, entonces aplicarán las disposiciones de la LIS respecto a los incrementos patrimoniales. En este sentido, la cuestión en este supuesto es: ¿cuándo se considera perfeccionado el hecho imponible del ISD en las transacciones realizadas a través de un *trust*?

El artículo 3(1) de la LISD establece que la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito - *inter vivos* - constituye hecho imponible del impuesto de sucesiones y donaciones. En este sentido, el beneficiario de la donación tributará por el ISD por *obligación real* - si recibe un inmueble ubicado en España que haya sido

aportado al *trust* – o por *obligación personal* si su residencia es en territorio español. Teniendo en cuenta que el ISD es un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, la Administración competente se determina con arreglo a los siguientes puntos de conexión: (a) respecto de *bienes inmuebles* será competente la Comunidad Autónoma donde esté ubicado dicho bien y (b) respecto de *bienes muebles* será competente la Comunidad Autónoma correspondiente a la residencia habitual del donatario. El artículo 28 de la Ley 22/2009 establece un orden para determinar la residencia habitual de una persona. Primero, se considera que existe una residencia habitual en la Comunidad Autónoma donde la persona haya permanecido un mayor número de días durante los 5 años inmediatamente anteriores, contados de fecha a fecha al día anterior al devengo del impuesto. Segundo, se considerará que existe una residencia habitual en la Comunidad Autónoma donde tenga su principal centro de intereses. Por último, se considerará la última residencia declarada a efectos del IRPF.

Ahora bien, cabe preguntarse si el hecho imponible del ISD queda configurado por la mera aportación de bienes y derechos al *trust* o si requiere de un requisito adicional. La DGT, en su contestación a consulta V3394-19 del 11 de diciembre de 2019, estableció que: (i) el *trust* se tiene por no constituido y, por lo tanto, no surten efectos las relaciones jurídicas reguladas por el mismo; (ii) las aportaciones del *settlor* al *trust* no tienen, por lo tanto, efectos; (iii) las transmisiones de bienes y derechos de la persona que constituyó el *trust* – o de los rendimientos producidos por tales bienes y derechos – ordenados por el gestor del *trust* (*i.e.*, *trustee*) a favor de los beneficiarios, a efectos del ordenamiento jurídico español, se consideran transmisiones directas del *settlor* al *beneficiario*, y (iv) la mera aportación del patrimonio al *trust* no constituye el hecho imponible del ISD por cuanto requiere de la formalización de la donación a través del documento notarial de aceptación por parte del donatario.

En virtud de las normas y criterios administrativos discutidos anteriormente, la mera aportación del patrimonio al *trust* no constituye el hecho imponible del ISD por cuanto requiere de la formalización de la donación a través del documento notarial. En este sentido, la donación deberá cumplir con el requisito de formalidad – propio de las liberalidades – mediante escritura pública. Aunque no está exento de discusión, el Notario puede firmar un acta notarial donde reconozca (a) la intención del *settlor* o donante de donar el bien – *animus donandi* –, (b) la aceptación de la donación por parte del donatario, (c) la forma en que se va a transferir el bien (*e.g.*, a través del *trust*) y (d) los detalles del bien a transferir, por ejemplo, si se trata de un inmueble, los datos registrales o si es dinero, la cantidad, los datos de la cuenta bancaria remitente y que recibe. Una vez formalizada la donación, el beneficiario o donatario tendrá 30 días hábiles para presentar la declaración del ISD, a través del Modelo 651, en la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a las normas relevantes al punto de conexión. En este sentido, será contribuyente del ISD el no-residente por obligación real si se trata de un inmueble que se encuentra en España o por obligación personal si se trata de bienes muebles y el donatario es residente habitual en alguna Comunidad Autónoma española.

En conclusión, el hecho imponible del ISD se considera perfeccionado en el momento que se formalice la donación por cuanto es el momento que se realiza la transmisión de la propiedad. Pareciera que la propiedad del patrimonio continuará en cabeza del *settlor* hasta tanto no ocurra la formalización la donación en virtud de que España no reconoce el tratamiento dual de la propiedad, es decir, no diferencia entre titularidad legal y propiedad útil.

B. Régimen de la LISD – actos mortis causa

El caso de las transmisiones patrimoniales a través de actos *mortis causa* es más sencillo que el anterior por cuanto la transmisión de la propiedad del *settlor* al *beneficiario* y el hecho imponible se perfeccionan con la muerte del causante.

El artículo 3(1) de la LISD establece que la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio - *mortis causa* - constituye hecho imponible del impuesto de sucesiones ("ISS"). El artículo 24 LISD establece que el hecho imponible se considera realizado en el día del fallecimiento del causante. Adicionalmente, la DGT, tanto en la contestación a consulta V3394-19 como en la V0312-19, sostuvo que, a efectos fiscales del ordenamiento jurídico español, el fallecimiento del *settlor* producirá, en principio, una transmisión *mortis causa* de los bienes y derechos aportados al *trust*, en la medida en que tal transmisión no se hubo entendido producida con la aportación de los bienes al *trust*.

Como el ISS es un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, la Administración competente se determina con arreglo a la Comunidad Autónoma correspondiente a la residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento. Las disposiciones de la LISD y de la Ley 22/2009 aplicarán para determinar (a) si existe una obligación real o personal de un heredero no-residente o residente en España y (b) la residencia habitual del heredero. El artículo 67 del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ("RLISD") establece que los herederos tendrán un plazo de 6 meses desde el momento del fallecimiento del causante (*i.e.*, fecha que se perfecciona el hecho imponible). Adicionalmente, los artículos 68 y 69 de la RLISD establecen ciertos supuestos para solicitar las prórrogas y las suspensiones del plazo de presentación.

En virtud de las normas discutidas anteriormente, está claro que la muerte del *settlor* constituye una transmisión *mortis causa* del patrimonio hacia el *beneficiario* por cuanto España considera que la mera aportación del patrimonio al *trust* no constituyó una transmisión previa de la propiedad, siempre y cuando se trate de un *trust* revocable. En este sentido, para España, la propiedad del patrimonio aportado al *trust* pasa al *beneficiario* con ocasión de la muerte del *settlor*. Por tanto, el hecho imponible del ISS se configura, igualmente, con la muerte del *settlor*. Es posible que el heredero deba pagar el ISS en España

con arreglo a la LISD e incurra en un error al ignorar la transparencia fiscal del *trust* en España. En la práctica, es importante advertir de esta situación y declarar el patrimonio recibido en herencia dentro de los 6 meses siguientes al fallecimiento del causante o *settlor* a través del Modelo 650 en la Comunidad Autónoma correspondiente.

En conclusión, al igual que en el supuesto de la donación, la mera aportación del patrimonio al *trust* no configura una transmisión patrimonial en los casos de transmisiones *mortis causa* y tampoco tendrá efectos. El patrimonio se entenderá directamente transmitido al heredero/*beneficiario* al momento de la muerte del causante/*settlor*, generando simultáneamente la obligación de declarar el ISS.

C. Régimen de la LIRPF - obtención de rentas a través del *trust*

El tercer supuesto analiza cuándo las personas intervinientes perciben rentas a través del *trust*. En este supuesto, el *trust* está generando ingresos gravables con la LIRPF cuando el *settlor* o los beneficiarios son residentes fiscales conforme al artículo 9 de dicha ley o por la LIRNR cuando no son residentes fiscales españoles, pero están sujetos por obligación personal o real. Por tanto, existen varias cuestiones: (i) ¿quién será responsable por pagar los impuestos por los enriquecimientos generados a través del *trust*?; (ii) ¿cuándo se considerarán gravables los enriquecimientos obtenidos a través del *trust*?, y (iii) ¿qué ocurre en el supuesto de *trusts* que prevean distribuciones a sus *beneficiarios* con intervalos de tiempo superiores a un ejercicio fiscal, que prevean distribuciones y acumulación de rentas de manera simultánea, que prevean distribuciones a beneficiarios pero que se traten de *trusts* revocables, o que prevean distribuciones parciales?

a. Sujetos pasivos del IRPF por las rentas obtenidas a través del *trust*

No existe una norma específica, o especialmente diseñada, para el tratamiento fiscal del *trust* en la LIRPF. En este

contexto, existen argumentos, en nuestra opinión y basado en las discusiones de las secciones anteriores, para sostener razonablemente que los negocios jurídicos llevados a través de un *trust* estarán sujetos, por analogía, al *régimen de atribución de rentas* por cuanto puede considerarse una unidad económica o un patrimonio separado, a pesar de que la legislación fiscal española no reconoce su existencia y lo considera transparente a efectos fiscales.

Como hemos discutido anteriormente, el artículo 35(4) de la LGT establece que tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y *demás entidades, que carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición*. El artículo 6 de la LIS establece que las rentas correspondientes a las entidades que se refiere el artículo 35 (4) de la LGT, así como las retenciones e ingresos a cuenta que hayan soportado, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la Sección 2 del Título X de la LIRPF. Adicionalmente, establece que las entidades en régimen de atribución de rentas no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades (“IS”). Los artículos 86 y 87 de la LIRPF reproducen, casi en términos idénticos, al artículo 6 de la LIS y establecen que las rentas correspondientes a las entidades en régimen de atribución de rentas se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, y que dichas rentas no serán gravadas por el IS.

De acuerdo con lo que entendemos es una interpretación razonable de los artículos discutidos anteriormente, el tratamiento aplicable a los *trusts* en materia de IRPF sería el siguiente:

- i. el *trust* es una unidad económica o patrimonio separado sin personalidad jurídica y, por ende, transparente a fines fiscales, lo que implica que los enriquecimientos percibidos a través de él y bajo la

administración del *trustee* serán gravables en cabeza del *beneficiario* y/o del *settlor*;

- ii. en virtud de lo anterior, en el supuesto en el que el *trust* no prevea distribuciones de rentas a los *beneficiarios*, sino que dichas rentas pasen a formar parte de la masa de bienes aportados al *trust*, tal y como sucedería en los supuestos de los denominados *accumulation trusts* analizados en la primera sección, el IRPF aplicable a dichas rentas recaerá en cabeza del *settlor*. También, este supuesto se daría en los casos donde el *settlor* aún preserve un control sobre la masa de bienes aportadas al *trust*, como en el caso de los *trusts* revocables;
- iii. por el contrario, en el supuesto que el *trust* sí prevea distribuciones a los *beneficiarios*, las rentas percibidas por el *trust* serán imputables a, y por ende gravables en cabeza de, dichos *beneficiarios*. Este supuesto pudiera extenderse a los casos donde el beneficiario inequívocamente tenga un derecho adquirido sobre las rentas percibidas por el *trust* e, incluso, si tiene un nivel de control tal sobre la masa de bienes aportados al *trust* que permita identificar en cabeza de él o ella que tienen el vínculo más cercano, y
- iv. la Administración Tributaria (*v.g.*, AEAT) podría forzar el cobro de las obligaciones tributarias del *settlor* o de los *beneficiarios*, según sea el caso.

Podría concluirse, como regla general, que las rentas percibidas por los *trusts* serían gravables en cabeza de los *beneficiarios* siempre que realice distribuciones hacia ellos o tengan un derecho adquirido sobre las rentas o bienes aportados al *trust*, pero si el documento de creación del *trust* prevé que dichas rentas pasarán a formar parte de la masa de bienes aportados al *trust*, entonces el *settlor* será el responsable por el pago del IRPF causado respecto a dichas rentas.

b. *Naturaleza e imputación temporal de rentas obtenidas a través del trust en el IRPF*

Una vez determinado el sujeto pasivo del IRPF en la sección anterior, la próxima cuestión a analizar es *cuándo* se considerarán gravables los enriquecimientos obtenidos a través del *trust*. Por tanto, analizamos, primero, la naturaleza de la renta que subyace al *trust* para, luego, determinar la imputación temporal de la renta.

El artículo 88 de la LIRPF establece que las rentas de las entidades en régimen de atribución de rentas atribuidas a los socios, herederos, comuneros o partícipes tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de ellos. Por su parte, el artículo 14 de la LIRPF establece, como reglas generales, que los ingresos y gastos que determinan la renta a incluir en la base del IRPF se imputarán al período impositivo que corresponda, de acuerdo con los siguientes criterios:

- i. Los rendimientos del trabajo y los rendimientos del capital se imputarán al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor.
- ii. Los rendimientos de actividades económicas se imputarán conforme a lo dispuesto en la normativa del IS (*i.e.*, devengo).
- iii. Las ganancias y pérdidas patrimoniales se imputarán al período impositivo en que se tenga lugar la alteración patrimonial.

En virtud de las normas discutidas anteriormente, las rentas obtenidas a través del *trust*, bien sea por el *settlor* o el *beneficiario*, conservarán la naturaleza de las transacciones que las produjeron. Por tanto, una vez determinamos la naturaleza de la renta, procedemos a imputarlas temporalmente conforme a las reglas para cada caso. Así, por ejemplo, en el caso de intereses (*i.e.*, rendimientos del capital mobiliario imputables a la base del ahorro), el *beneficiario* o *settlor*, según sea el caso, deberá declarar y pagar el IRPF en el ejercicio en el que dichos intereses sean exigibles; en el caso de una ganancia patrimonial

por la venta de acciones, se imputarán al período impositivo en que se tenga lugar la alteración patrimonial.

En conclusión, una vez determinado quién es el sujeto pasivo del IRPF, procedemos a analizar la naturaleza de la renta para aplicar de manera sistemática las normas de imputación temporal establecidas en el artículo 14 de la LIRPF.

c. *Supuestos de trusts que prevean distribuciones a sus beneficiarios con intervalos de tiempo superiores a un ejercicio fiscal y otros casos*

No existe una norma que regule el supuesto de *trusts* que prevean distribuciones a sus *beneficiarios* con intervalos de tiempo superiores a un ejercicio fiscal, que prevean distribuciones y acumulación de rentas de manera simultánea, que prevean distribuciones a beneficiarios ,pero que se traten de *trusts* revocables, o que prevean distribuciones parciales en la LIRPF. Ahora bien, considerando el planteamiento anterior y tomando en cuenta las conclusiones de las demás secciones, existen argumentos razonables para sostener lo siguiente.

En el supuesto de *trusts* que prevean distribuciones de rentas por períodos indefinidos o con intervalos superiores a un ejercicio fiscal, habrá que prestar atención a lo establecido en el documento de creación del trust a los efectos de determinar si los beneficiarios tienen un derecho adquirido o no sobre esas rentas. Esto permitiría dirimir quién es el sujeto pasivo a efectos del IRPF entre el *settlor* y el beneficiario. Si el *settlor* aún mantiene el control sobre el *trust* (e.g., trusts revocables que prevean distribuciones), las rentas deberían entenderse reinvertidas o acumuladas a la masa de bienes aportados al *trust* y, consecuentemente, ser gravadas en cabeza del *settlor*, mientras no ocurra la distribución de rentas a los beneficiarios. En caso que posteriormente ocurra la distribución en este tipo de *trust*, cabe plantearse la pregunta de si la distribución estaría sujeta al ISD. En este escenario, la eventual distribución al *beneficiario* de rentas que ya fueron gravadas en cabeza del *settlor*, no deberían estar sujetas nuevamente al pago de IRPF en virtud del

principio de prohibición de la doble imposición consagrado en el artículo 80 de la LIRPF.

En el supuesto que el *trust* sea un *bare trust*, irrevocable o incluso en el *trust* de interés en posesión, una vez que el *settlor* fallece, ya que en ese momento se puede determinar que los beneficiarios tienen derecho o tienen un interés adquirido sobre la masa de bienes aportadas al *trust* así como también sobre las rentas, o que incluso reciben pagos y distribuciones del *trust*, las rentas serían gravables en cabeza de dichos beneficiarios conforme a la imputación temporal que les corresponda según su calificación en el artículo 14 de la LIRPF.

D. Régimen aplicable por la IRNR

En esta sección, analizaremos los supuestos donde el IRNR gravaría las rentas obtenidas por, y a través de, un *trust*. En este sentido, tanto el *settlor* como los beneficiarios no serían residentes fiscales en España, lo cual estaría definido por oposición al artículo 9 de la LIRPF, pero las rentas que perciben a través del *trust* estarían gravadas con el IRNR.

El artículo 7 de la LIRNR establece que las rentas correspondientes a las entidades en régimen de atribución de rentas, así como las retenciones e ingresos a cuenta que hayan soportado, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, de acuerdo con lo establecido en esta ley. Conforme al artículo 12 de la LIRNR, constituyen el hecho imponible la obtención de rentas, dinerarias o en especie, en territorio español siempre que dichas rentas no estén sujetas al ISD.

En este sentido, la ley establece una enumeración explícita de rentas que se consideran obtenidas en el territorio español y una relación de supuestos de exención. Por tanto, constituyen rentas obtenidas en territorio español: los rendimientos del trabajo, las actividades o explotaciones económicas, las pensiones, retribuciones de administradores, los rendimientos derivados directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en territorio español, así como la imputación de rentas inmobiliarias. Por último, también serán consideradas rentas obtenidas en

territorio español determinados rendimientos del capital mobiliario como, por ejemplo, dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en fondos propios de entidades residentes en España, los intereses y rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

Adicionalmente, el artículo 15 de la LIRNR establece dos supuestos de sujeción al impuesto, a saber, (a) con establecimiento permanente (EP), donde los contribuyentes tributarían por el total de las rentas obtenidas por el EP independientemente del lugar se su obtención, y (b) sin EP, donde los contribuyentes van a tributar de manera individualizada por cada supuesto de obtención de rentas y sin compensación entre dichas rentas.

En virtud de las normas discutidas anteriormente, un *settlor* o un beneficiario, que no sea residente fiscal en España, pueden estar sujetos a imposición cuando se configure alguno de los factores de conexión y obtengan algunas de las rentas clasificadas anteriormente. Así, por ejemplo, supongamos que existe una sociedad limitada española cuyos activos estén constituidos, principalmente, por bienes inmuebles ubicados en España (*i.e.*, dichos bienes representan más del 50% del valor de sus activos). Esta sociedad realmente no tiene mayor sustancia porque tiene a alguna persona empleada y, ocasionalmente, arrienda los bienes inmuebles. El órgano de administración lo componen una persona residente en España y el resto fuera del país. Un *trust* revocable, cuya residencia fiscal se ubica en los Estados Unidos así como también la tienen el *settlor* y los beneficiarios, tiene la mayoría de las participaciones de la sociedad y decide, mediante acta y resolución de socios, vender los bienes inmuebles.

La pregunta en este ejemplo es si la transacción representa, a efectos españoles, una ganancia patrimonial gravable en España bajo el IRNR por concepto de venta de bienes inmuebles ubicados en su territorio. Más aún, la pregunta presenta una paradoja sobre la base de la discusión de la transparencia fiscal del *trust* por cuanto no habría, en principio, muchas

dudas sobre el tipo de impuesto y la cuota tributaria, pero sí pudiera haberla acerca la identidad del sujeto pasivo (vid. TROST, A. y ARRIBAS).

El artículo 13 del CDI establece que las ganancias de capital que un residente fiscal estadounidense obtenga por la enajenación de bienes inmuebles ubicados en España pueden someterse a imposición en España. Adicionalmente, el artículo 24 (1)(a) del CDI establece que la doble imposición se evitará en Estados Unidos, de acuerdo con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación estadounidense cuando un residente fiscal estadounidense obtenga rentas que pueden someterse a imposición en los España.

Por su parte, el artículo 13.i) 1. establece que son rentas gravables con el IRNR las ganancias patrimoniales cuando procedan, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en territorio español o de derechos relativos a éstos. La DGT concluyó, en su contestación consulta vinculante V0333-19, que la transmisión a título lucrativo de un bien inmueble constituye una ganancia que vendrá determinada por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión del bien inmueble. Adicionalmente, la DGT también concluyó, en su contestación a consulta vinculante DGT V1022-13, que, a efectos fiscales, los bienes inmuebles son aquellos cuyas instalaciones están adheridas al suelo y que al desprenderlos dejarán de cumplir con el propósito para el que fueron construidos.

A efectos españoles, la naturaleza jurídica de la transacción es aquella de una venta de bienes inmuebles gravable con el IRNR en España por cuanto dichos bienes inmuebles estaban ubicados en el territorio de ese país. El artículo 13 del CDI atribuye la potestad tributaria a España para gravar las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de bienes inmuebles ubicados en su territorio, lo cual es consistente con el *principio de beneficios* donde el estado de la fuente tiene el derecho de gravar las rentas vinculadas a bienes inmuebles ubicados en su jurisdicción (AVI-YONAH, R. 2007). El principio, por tanto, manejado por el CDI y por la LIRNR no es la atribución de la

potestad tributaria sobre la base de la residencia, sino por la ubicación del bien inmueble. En este sentido, la ganancia patrimonial será gravada con el 24% en España.

Ahora bien, ¿quién será el sujeto pasivo? Existirían argumentos para sostener razonablemente que el *settlor* del *trust* será el sujeto pasivo del impuesto toda vez que (a) el *trust* es transparente a efectos fiscales españoles, (b) se trata de un *trust* revocable donde dicho *settlor* mantiene el control de la masa de bienes aportadas al *trust* (i.e., de las participaciones de la sociedad y, por ende, de la suerte de los bienes inmuebles) y (c) la ganancia patrimonial sería imputable a él o ella, un no-residente, en virtud de dicha transparencia fiscal. Sin embargo, esta situación puede encontrar un argumento en contrario si estamos en presencia de un *trust* discrecional. El CDI con los Estados Unidos reconoce al *trust* como persona y, por tanto, pudiera ser reconocido como tal a efectos de solicitar los beneficios del tratado. Este, previsiblemente, sería un punto de contención con la Administración Tributaria española que pudiera negar tal condición. En nuestra opinión, España estaría obligada a reconocer al *trust* en virtud de lo establecido en el CDI sobre la base del principio de *pacta suunt servanda*, el hecho de que la jurisprudencia española reconoce a un *trust* constituido con la legislación de origen como válido y que la LIRNR otorga aplicación preferente a lo establecido en los tratados internacionales suscritos por España.

En conclusión, la LIRNR gravaría las rentas percibidas por el *settlor* o un beneficiario, dependiendo del tipo de *trust*, sobre la base de que serían personas no residentes en España que perciben rentas gravables en dicho país, ignorando la presencia del *trust* que esté interpuesto. Sin embargo, hay que prestar especial atención al tratado internacional que pudiera aplicar por cuanto esta conclusión variaría.

VI. EL TRUST Y SU RÉGIMEN FISCAL EN VENEZUELA

En la sección anterior, comentamos sobre los países que sí adoptaron al *trust* en sus jurisdicciones y lo adaptaron a través

de los conceptos de *propiedad fiduciaria* y *patrimonio separado* del fiduciario en el derecho continental. Venezuela pertenece a este grupo de países. Por tanto, esta es una diferencia fundamental con el tratamiento general del *trust* en España y nuestro análisis de la fiscalidad del *trust* o fideicomiso en Venezuela se hará en este contexto.

1. *El trust adaptado al derecho continental venezolano a través de la Ley de Fideicomisos de 1956*

La Ley de Fideicomisos de 1956 resultó de un proceso de adaptación del *trust* al sistema jurídico continental venezolano. Así, Venezuela adaptó esta figura anglosajona a los principios fundamentales del derecho continental con los que estaba en conflicto (op. Cit. GOLDSCHMIDT), logrando explicarla a través de los conceptos de *propiedad fiduciaria* y *patrimonio especial*.

El artículo 1 consolida el concepto de *propiedad fiduciaria* y regula la situación sobre la cual el fideicomitente transfiere la propiedad al fiduciario de los bienes o masa de bienes fideicomitidos.

Es cierto que el fiduciario es un propietario con capacidad de gozar y ejercitar las facultades y atributos inherentes al derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos (TURUHPIAL, H. 1999). Ahora bien, su *propiedad fiduciaria* implica que este derecho no es absoluto y está limitado por los propios términos del acto constitutivo del fideicomiso y, en términos generales, por las obligaciones fiduciarias de administrar, conservar, y restituir el fondo fiduciario cuando llegue la oportunidad (CARMONA y MELONE, 2014).

Adicionalmente, el concepto de patrimonio especial del fiduciario también se materializa en la ley a través del artículo 2, el cual establece que “los bienes transferidos y los que sustituyan a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario”. En este sentido, se reconoce la propiedad del fiduciario para permitir los efectos y fines perseguidos por el fideicomiso que sólo podría conseguirse en la medida en que los bienes fideicomitidos queden desligados de cualquier otra finalidad y

fuera de la prenda común de los acreedores del fiduciario. Así, los patrimonios separados se manifiestan, cuando dos o más masas singulares de bienes o de derechos pertenecientes a un solo sujeto tienen existencia propia (ÍDEM). Así lo ha entendido el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria ("SENIAT") en su consulta número 1973-95 emitida por la Gerencia de Doctrina.

Por tanto, bajo la legislación venezolana, los bienes transferidos al fiduciario no constituyen prenda común de sus acreedores, se reconoce que la propiedad de estos recae dicho fiduciario, pero conformando un patrimonio separado dedicado exclusivamente a conseguir el fin perseguido para el cual fue constituido el fideicomiso. La propiedad no se desdobra en una *propiedad legal* del fiduciario y una propiedad en equidad o *equity* del beneficiario, como ocurre en el sistema anglosajón. La *propiedad fiduciaria* otorga al fiduciario las facultades de la plena propiedad – el uso, goce y disposición –, pero estas facultades están orientadas y limitadas por el propósito del fideicomiso.

En virtud de la propiedad del fiduciario, la Ley de Fideicomisos continúa con el proceso de adaptación a principios del derecho continental, concretamente, al principio de publicidad. El artículo 5 de la ley establece que la transferencia al fiduciario por acto entre vivos de bienes inmuebles o derechos inmobiliarios solamente surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se haga la protocolización del documento constitutivo en la Oficina u Oficinas Subalternas del Registro respectivo. Esto significa dos cosas: la primera, que la propiedad de los bienes inmuebles al fideicomiso se materializa una vez constan en el Registro; la segunda, que este acto otorga publicidad frente a terceros. En términos comparativos, esta situación no es posible en España por cuanto el Registrador de la Propiedad no aceptaría el registro de un inmueble cuya titularidad sea de un *trust* o de un fideicomiso, en su caso.

Por último, el fiduciario está sujeto a obligaciones no solo previstas en el acto constitutivo del fideicomiso, sino también

a obligaciones establecidas en la ley toda vez que debe mantener los bienes fideicomitidos correctamente separados de sus demás bienes. Respecto a estas obligaciones, cabe hacerse la pregunta: ¿cuál es la naturaleza de los derechos del beneficiario en este negocio jurídico? El Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda decidió en su sentencia del 17 de septiembre de 1959 – citada por CARMONA y MELONE – que:

“...la propiedad legal que adquiere el fiduciario constituye un título nominal completamente eficaz en la rama jurídica constituida por el derecho común estricto y la cual se actualiza en los diferentes momentos de la vida de la institución mediante los derechos y los deberes que le corresponden al fiduciario, quien adquiere un título de propiedad sobre los bienes objeto del fideicomiso, lo cual trae como consecuencia indudable la posibilidad de que haga una transmisión de propiedad perfecta de los mismos a terceras personas, quienes adquieren un derecho legítimo y eficaz aun frente a los beneficiarios en todas aquellas hipótesis en que hubieran celebrado una operación a título oneroso y desconocieran la carga o finalidad que afectaba los bienes adquiridos.”

CARMONA y MELONE, así como GOLDSCHMIDT, sostienen que no puede conferirse al beneficiario un derecho real – cuestión que no está ni siquiera resuelta en la doctrina anglosajona – y argumentan que el fiduciario es el único dueño de los bienes fideicomitidos y de sus obligaciones, incluyendo los que limitan el uso y disposición que debe dar a dicha masa de bienes. Ahora bien, esto no obsta a que el beneficiario pueda ejercer acción frente a los terceros de mala fe o que hayan adquirido a título gratuito, los actos del fiduciario efectuados en violación de sus obligaciones (ÍDEM).

Por último, después de la Ley de Fideicomisos, se introdujeron otras normas que regulan al fideicomiso en Venezuela como son el caso del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario- a los efectos de establecer cuáles son las instituciones que deben ser autorizadas para

ejercer de fiduciarios así como establecer un conjunto de obligaciones (vid. Capítulo III) -. La Ley General de Bancos - antecesora de la norma señalada anteriormente - derogó ciertas disposiciones de la Ley de Fideicomiso para pasar a regularlas dentro de la actividad de intermediación financiera. Adicionalmente, la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores - a los efectos de establecer que los depósitos trimestrales y anuales de las prestaciones sociales se efectúen en un fideicomiso (vid. Art. 143).

En conclusión, el derecho privado venezolano adaptó la figura del *trust* a los principios del derecho civil o continental a través de los conceptos de propiedad fiduciaria y patrimonio especial del fiduciario, así como también al principio de publicidad.

2. *Calificación fiscal del fideicomiso en Venezuela*

Venezuela otorga un tratamiento de transparencia fiscal al fideicomiso. Sin embargo, a diferencia de España, le reconoce - impropriamente - a la masa de bienes fideicomitidos el carácter de responsable del impuesto conforme al artículo 28.3 del Código Orgánico Tributario ("COT") (CASTILLO CARVAJAL, 2014). Coincidimos con CASTILLO CARVAJAL en que dicha calificación es precaria. Una correcta técnica legislativa debe asignar al fiduciario como el responsable del impuesto adeudado por los beneficiarios (o por el fideicomitente), según su caso, y no a la masa de bienes.

Ahora bien, al igual que las secciones anteriores, la transparencia fiscal del fideicomiso presenta una serie de interrogantes que conviene analizar. En términos comparativos, el hecho de asignar a la masa de bienes - o al fiduciario - el carácter de responsable ya presenta una diferencia con el tratamiento fiscal español. En nuestro criterio, dicha calificación - a pesar de estar precariamente establecida en la norma - presenta un avance desde el punto de vista administrativo por cuanto permite identificar y gestionar las rentas que fluyen a través del fideicomiso, así como a sus destinatarios. Esto facilita el manejo de la información fiscal por parte de la Administración

tributaria venezolana, quien pudiera reducir sus costos de gestión del impuesto si lo comparamos con un escenario donde deba ubicar la información sobre dichas rentas de manera descentralizada.

3. *La residencia fiscal del fideicomiso*

Esta sección analiza la residencia fiscal del fideicomiso bajo derecho tributario venezolano. Por ello, haremos un análisis de los parámetros para considerar si un fideicomiso es residente en Venezuela y si es posible obtener los beneficios de un CDI en el que Venezuela sea parte. Por tanto, la cuestión es determinar si el *trust* o fideicomiso puede considerarse como una persona capaz de ser residente fiscal en Venezuela.

Tal como hemos comentado anteriormente, el fideicomiso es un arreglo contractual sin personalidad jurídica y por ende transparente a fines fiscales, lo que implica que los enriquecimientos percibidos a través de él y bajo la administración del fiduciario o “*trustee*” serán gravables en cabeza del beneficiario y/o del fideicomitente (*v.g.*, “*settlor*”) conforme lo establecido en el artículo 59 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (“*Ley de ISLR*”). Más aún, el fideicomitente o *trustee* es responsable solidario del pago de los tributos, multas y accesorios de los bienes que administren, reciban o dispongan conforme al artículo 28.3 del COT toda vez que dirigen la disponibilidad de los bienes de una unidad económica que carece de personalidad jurídica (*i.e.*, el *trust*).

En virtud de lo anterior, y desde el punto de vista de las normas internas venezolanas, el fideicomiso constituye una unidad económica que carece de personalidad jurídica. Por tanto, no puede hablarse del fideicomiso como una persona o entidad con personalidad jurídica capaz de ser residente fiscal en Venezuela. En tal caso, las rentas percibidas por y a través del fideicomiso deberán ser atribuidas a las personas que intervengan en dicho arreglo contractual y estarán sujetas a impuesto en Venezuela en la medida que dichas personas intervinientes sean residentes fiscales o posean rentas de fuente venezolana.

El artículo 3 de los CDI suscritos por Venezuela define a las *personas* que estarán sujetas a las normas del convenio en cuestión. Por su parte, el artículo 4 de los CDI establece los criterios para determinar la residencia fiscal. Así, por ejemplo, el artículo 3.1.d) del CDI entre Venezuela y los Estados Unidos establece que el término "*persona*" incluye a un individuo, un patrimonio, un *trust*, una sociedad, una empresa y cualquier otro grupo de personas. El artículo define al *trust* como persona a efectos del convenio. Esto se debe a que en los Estados Unidos un *trust* no tiene personalidad jurídica, pero puede ser transparente a efectos fiscales o tributar como una entidad por derecho propio, dependiendo del tratamiento que las normas tributarias otorguen a los distintos tipos de *trusts*. Por ejemplo, un *grantor trust* no se considera como una entidad sujeta a impuestos, se le otorga el tratamiento de transparencia fiscal y, por tanto, no es una entidad capaz de ser residente fiscal. Los llamados *foreign trusts* con *grantors* estadounidenses también son considerados fiscalmente transparentes si el *trust* puede beneficiar a cualquier persona estadounidense. Los *bare trusts* también son considerados fiscalmente transparentes por cuanto está obligado a distribuir las rentas que percibe dicho *trust*. Ahora bien, la diferencia la encontramos con los *trusts* discrecionales donde el *trustee* o fideicomitente tiene la facultad de acumular, en lugar de pagar al beneficiario, las rentas generadas por la propiedad atribuida al *trust*. Los Estados Unidos consideran a este tipo de *trusts* como opacos a efectos fiscales y, por tanto, son sujetos pasivos del impuesto sobre la renta estadounidense. Conforme a esta situación, el *trust* discrecional pueden solicitar un certificado de residencia fiscal que acredite su condición de residente fiscal en los Estados Unidos. Venezuela, en este caso, reconocerá la residencia fiscal del *trust* discrecional, el cual podrá acceder a los beneficios del CDI.

Por tanto, la posibilidad de considerar a un *trust* como residente fiscal está ligado al tratamiento de opacidad fiscal que la norma interna del país le atribuya al *trust* o, en su caso, al fideicomiso. Por tanto, Venezuela no reconocería la residencia fiscal de un fideicomiso creado en su jurisdicción toda vez que

no ostenta personalidad jurídica y es tratado como transparente a efectos fiscales.

4. *Tratamiento fiscal venezolano de las personas que intervienen en el fideicomiso*

A. *La aportación de los bienes al trust o fideicomiso, la eventual transmisión de dichos bienes al beneficiario y el régimen de la LISDRC - actos inter vivos*

En esta sección analizaremos los efectos de la transmisión de los bienes del fideicomitente al fideicomiso en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y Demás Ramos Conexos ("LISDRC"), así como también los efectos de la eventual transmisión de dichos bienes al beneficiario.

Los efectos de este supuesto serían distintos entre Venezuela y España toda vez que – como comentamos en la sección correspondiente – España no reconoce al *trust* y, por tanto, considera que la figura no está constituida y los efectos de la transmisión se generan directamente entre el *settlor* y el beneficiario. Habrá que prestar atención al tipo de *trust* que se trate y determinar si el beneficiario, efectivamente, tiene facultades de disposición sobre la masa de bienes transferidas al *trust* para verificar la existencia de un donatario como consecuencia de dicha transmisión. En cambio, los efectos en Venezuela son distintos por cuanto, al reconocer la existencia del fideicomiso, se producen dos transmisiones gratuitas de propiedad: la primera, es la transmisión del fideicomitente al fiduciario (*i.e.*, la aportación de bienes); la segunda, del fiduciario al beneficiario (*i.e.*, la eventual transmisión de los bienes al beneficiario) (op. Cit. CARMONA Y MELONE). La cuestión es determinar, en primer lugar, si se produce un hecho imponible del Impuesto sobre Donaciones y, en segundo lugar, cuándo.

El artículo 1 de la LISDRC establece que las transmisiones gratuitas por causa de muerte o por acto entre vivos serán gravadas con el impuesto al que se refiere dicha ley en los términos y condiciones en ella establecidos. Por tanto, la norma, sintética

en su redacción, establece los dos hechos generadores del impuesto: la transmisión gratuita de derechos *mortis causa* y la transmisión gratuita por acto *intervivos* (IDEM). La transmisión *mortis causa* la analizaremos en la siguiente sección. El segundo de los supuestos se refiere al hecho imponible del Impuesto sobre Donaciones.

Siguiendo el análisis de CARMONA y MELONE, la norma establece unos términos amplios toda vez que hace referencia a (i) toda transmisión de derechos - sin hacer distinción alguna -, que (ii) carácter gratuito (iii) se produzca por acto *inter vivos* (IDEM).

Estos tres elementos se verifican en la primera transmisión, es decir, en la transmisión de los bienes del fideicomitente al fiduciario si no existe contraprestación alguna, por cuanto (i) se produce la transmisión de derechos - *e.g.*, la propiedad sobre los bienes fideicomitidos -, (ii) dicha transmisión es gratuita por cuanto no existe una contraprestación por parte del fiduciario y (iii) la transmisión de los bienes, así como las posteriores, ocurren con ocasión de un acto entre vivos, esto es, el contrato de fideicomiso (IDEM). Esto mismo ocurre en la segunda transmisión y, por tanto, si adoptamos una interpretación estricta y aislada del artículo 1 de la LISDRC, entonces llegaríamos a una conclusión donde la Administración Tributaria pudiera exigir el pago del Impuesto sobre Donaciones en ambos momentos.

Sin embargo, esto no sería del todo razonable si hacemos una interpretación teleológica del artículo 16 del COT; 1, 2, 14.2 y 27 de la Ley de Fideicomisos, así como del citado artículo 1 de la LISDRC. Más aún, dicha interpretación debe también invocar a la doctrina. Por tanto, coincidimos con CARMONA y MELONE en que el hecho imponible del Impuesto sobre Donaciones se verifica únicamente en la segunda transmisión por cuanto el *animus donandi* del fideicomitente en el contrato de fideicomiso no es la intención de beneficiar al fiduciario con dicha transmisión, sino la de beneficiar al beneficiario. Este elemento subjetivo, por tanto, no se verifica en la transmisión al

fiduciario, pero sí en la eventual transmisión de los bienes al beneficiario.

El artículo 16 del COT establece que la obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativas a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas, siempre que se hubiesen producido los resultados que constituyen el presupuesto de hecho de la obligación. Por su parte, el artículo 1 de la Ley de Fideicomisos regula la situación sobre la cual el fideicomitente transfiere la propiedad al fiduciario de los bienes o masa de bienes fideicomitidos, consolidando el concepto *propiedad fiduciaria* que le otorga al fiduciario las facultades de la plena propiedad – el uso, goce y disposición –, pero estas facultades están orientadas y limitadas por el propósito del fideicomiso (i.e., la gestión del patrimonio transmitido a favor del beneficiario). El artículo 2 *eiusdem* establece que los bienes transferidos y los que sustituyan a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario, consolidando a su vez el concepto de *patrimonio especial* del fiduciario. A su vez, el artículo 14.2 de la misma ley establece que es obligación del fiduciario el mantener los bienes fideicomitidos debidamente separados de sus demás bienes. Por último, el artículo 27 *eiusdem* establece que, terminado el fideicomiso y satisfechas las obligaciones pendientes, el fiduciario queda obligado a transferir los bienes fideicomitidos a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley y a rendirle cuentas de su gestión. Las normas citadas de la Ley del Fideicomiso claramente establecen las obligaciones necesarias para garantizar que el fiduciario cumpla con el objetivo del fideicomiso: gestionar los bienes a favor del beneficiario.

Respecto de la donación, DE RUGGIERO -citado por CARMONA y MELONE - sostiene que los elementos esenciales del contrato de donación son (i) una atribución patrimonial que produce un enriquecimiento en el donatario y consiguiente empobrecimiento en el donante, y (ii) una causa liberal de la atribución, es decir, la intención de beneficiar o *animus donandi*,

a la que debe corresponder en el donatario la intención de recibir la donación.

En virtud de lo anterior, no existe un *animus donandi* en la transmisión gratuita de los bienes por parte del fideicomitente al fiduciario. Más aún esto se verifica también porque los bienes fideicomitidos se constituyen en un patrimonio separado del fiduciario; el fiduciario es el titular de la propiedad de los bienes, pero sometido a la obligación de transferirlos una vez terminado el fideicomiso; a quien el fideicomitente desea efectivamente transferir la propiedad definitiva de los bienes es al beneficiario, y que el beneficiario nunca pueda ser designado como beneficiario (IDEM).

Conclusivamente, el hecho imponible del Impuesto sobre Donaciones en Venezuela se verifica al momento de transmisión de los bienes por parte del fiduciario al beneficiario.

2. Régimen de la LISDRC – *actos mortis causa*

En esta sección, analizamos si se configura el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones en Venezuela a través del fideicomiso y tras la muerte del fideicomitente.

El artículo 2 de la LISDRC establece que quedan obligados al pago del impuesto establecido en dicha ley los beneficiarios de herencias y legados que comprendan bienes muebles e inmuebles, derechos o acciones situados en el territorio nacional. A su vez, el artículo 15 *eiusdem* establece que el patrimonio neto dejado por el causante se determinará restando de la universalidad de los bienes que forman el activo, la totalidad de las cargas que forman el pasivo, con las reglas y limitaciones establecidas en la ley. Por último, el artículo 16 establece que la cuota líquida del heredero se calculará en base al patrimonio neto dejado por el causante después de restarle el valor de los legados y cargas establecidas por éste, en beneficio de terceros y aplicándoles las exoneraciones que le beneficien como tal.

En virtud de lo anterior, el patrimonio del fideicomitente al momento de su muerte no incluirá los bienes que fueron transmitidos efectivamente al fiduciario por vía del contrato de

fideicomiso con anterioridad al fallecimiento. Así, el fideicomitente no es propietario de dichos bienes al momento de su fallecimiento. Adicionalmente, el contrato de fideicomiso no crea una relación jurídica de carácter hereditario toda vez que el beneficiario no es legatario y tampoco heredero del fiduciario (op. Cit. CARMONA y MELONE). Por el contrario, el beneficiario será titular de un derecho de crédito contra el fiduciario que tiene un origen contractual y no sucesoral (IDEM).

Por tanto, no se configuraría el hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones.

3. *Régimen de la LISLR – obtención de rentas a través del fideicomiso*

A. *Sujetos pasivos del ISLR por las rentas obtenidas a través del fideicomiso*

Como se ha señalado anteriormente, la Ley de ISLR únicamente establece una disposición referente a la tributación de las rentas obtenidas a través de fideicomisos, y lamentablemente su redacción no destaca por su claridad. De acuerdo con dicha norma (artículo 59), *“los enriquecimientos provenientes de bienes dados en fideicomisos se gravarán en cabeza de los beneficiarios del respectivo fideicomiso, pero en caso que la masa de bienes fideicometidos fuese constituida en entidad beneficiaria de tales enriquecimientos, se estimará, a los fines del presente Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley, al fideicomitente como titular de los mismos, sin perjuicio de que responda del pago del impuesto la masa de bienes fideicometidos”*.

Según nuestra interpretación del artículo 59 citado anteriormente, cuya redacción resulta confusa, el tratamiento fiscal aplicable a los fideicomisos en Venezuela sería el siguiente. El fideicomiso es un acuerdo contractual sin personalidad jurídica y, por tanto, tiene un carácter transparente a efectos fiscales en Venezuela. Esto implica que las rentas generadas a través de él y bajo la administración del fiduciario serán gravados en cabeza del beneficiario y/o del fideicomitente (por ejemplo, el “settlor”). En virtud de lo anterior, si el fideicomiso no establece

distribuciones de rentas a los beneficiarios y, en su lugar, las rentas se incorporan al patrimonio fideicomitido (por ejemplo, el “*trust fund*”) como ocurre en los *accumulation trusts*, el ISLR correspondiente a dichas rentas será atribuido y, por lo tanto, gravado a nombre de los fideicomitentes o *settlers*.

Por el contrario, si el fideicomiso prevé la distribución de rentas a los beneficiarios, dichas rentas serán imputadas a, y gravadas en cabeza de, los beneficiarios correspondientes. La Administración Tributaria (SENIAT) tendrá la facultad de exigir el pago de las obligaciones tributarias del fideicomitente o de los beneficiarios, según corresponda, contra los bienes fideicomitados o *trust fund*. Este enfoque reflejaría una interpretación coherente de las disposiciones fiscales aplicables a los fideicomisos, dada la falta de claridad en la norma.

En virtud de lo anterior y, como regla general, podría concluirse que las rentas percibidas por los fideicomisos serían gravables en cabeza de los beneficiarios, pero si el documento de creación del fideicomiso prevé que dichas rentas pasarán a formar parte de la masa de bienes fideicomitados (*corpus*), entonces el fideicomitente será el contribuyente del ISLR causado respecto a dichas rentas. Sin embargo, el artículo 59 de la Ley de ISLR no aclara (a) cuándo se considerarán gravables los ingresos percibidos a través del fideicomiso; (b) si dicha norma aplica a los enriquecimientos percibidos por “*trusts*” creados bajo legislación extranjera; ni (c) qué sucede en el supuesto de fideicomisos que prevean distribuciones a sus beneficiarios con intervalos de tiempo mayores a un ejercicio fiscal, que prevean distribuciones y acumulación de rentas de manera simultánea, que prevean distribuciones a beneficiarios pero que se traten de fideicomisos revocables, o que prevean distribuciones parciales.

B. Naturaleza e imputación temporal de rentas obtenidas a través del fideicomiso en el ISLR

Aunque no está exento de debate, consideramos que, en relación con las inquietudes planteadas en el último párrafo de la sección anterior, existen argumentos sólidos para concluir

que, en virtud de su naturaleza como un acuerdo contractual, su carácter de vehículo fiscalmente transparente, y la aplicación por analogía del tratamiento impositivo establecido en la Ley de ISLR para otras figuras contractuales (como los consorcios y las cuentas en participación), las rentas generados a través de fideicomisos estarán sujetos a tributación conforme a las normas de disponibilidad contempladas en el artículo 5 de la Ley de ISLR. Esto implica que la imposición se regirá por la naturaleza de la transacción que origine la renta gravada. Así, por ejemplo:

- En el caso de intereses, el beneficiario o fideicomitente, según corresponda, deberá declarar y pagar el ISLR en el ejercicio fiscal en el que dichos intereses se hagan *exigibles*.
- En el caso de rentas derivadas de regalías, dividendos o la venta de inmuebles, la tributación se aplicará en el ejercicio en el que el fideicomiso reciba el *pago* correspondiente.
- En situaciones de venta de acciones u otras transacciones de bienes muebles tangibles o intangibles, la tributación se aplicará en el ejercicio fiscal en el que se formalice el negocio jurídico, independientemente de la fecha en que se reciba el pago o de cuándo el fideicomiso distribuya total o parcialmente el precio a los beneficiarios.

Esta interpretación busca reflejar la naturaleza dinámica de las transacciones y garantizar que la tributación se ajuste al momento en que la renta se vuelve disponible.

En el caso de fideicomisos que prevean distribuciones de rentas por períodos indefinidos o con intervalos superiores a un ejercicio fiscal, dichas rentas deberían considerarse reinvertidas o acumuladas en el patrimonio fideicomitado. Por lo tanto, serán gravadas a nombre del fideicomitente mientras no se realice la distribución de rentas a los beneficiarios. En este escenario, una eventual distribución de rentas al beneficiario

que ya haya sido gravada en cabeza del fideicomitente no debería estar sujeta a una nueva imposición del ISLR. Por otro lado, en fideicomisos que contemplen tanto distribuciones a los beneficiarios como acumulación de rentas, los ingresos serán gravables de la siguiente manera: (i) el beneficiario deberá tributar por las rentas efectivamente distribuidas; y (ii) el fideicomitente será el responsable del impuesto sobre las rentas reinvertidas o acumuladas en el patrimonio fideicomitado. En todo caso, ninguna renta podrá ser gravada dos veces, es decir, tanto a nombre del fideicomitente como de los beneficiarios. Finalmente, en el caso de fideicomisos revocables, las rentas que no hayan sido distribuidas a los beneficiarios y respecto de las cuales éstos no tengan un derecho adquirido a percibir las ni a exigir su distribución, deberían tributar exclusivamente a nombre de los fideicomitentes.

No obstante lo anterior, existe el riesgo de que bajo una interpretación literal del artículo 59 de la Ley de ISLR, y en el supuesto de fideicomisos o *trusts* creados bajo leyes extranjeras cuyos documentos de constitución prevean distribuciones de rentas a los beneficiarios sin importar (a) su periodicidad; (b) la creación o no de derechos adquiridos; o (c) otras características del trust; la Administración Tributaria concluya que serán los beneficiarios (y por ende no los fideicomitentes) quienes deban declarar y pagar el ISLR. Esta posición, en nuestro criterio, violaría principios básicos de la tributación al desconocer la capacidad contributiva de los beneficiarios. Dicha violación, por ejemplo, se haría evidente en el supuesto de un beneficiario al que se le obligue a reportar y pagar impuesto sobre una renta que, en virtud de las propias estipulaciones del trust, solo tenga derecho a percibir al vencimiento del trust o peor aún, en el supuesto en el que, al revocársele su condición de beneficiario, pierda su derecho a percibir dicha renta.

C. Régimen aplicable a los no residentes o no domiciliados por la LISLR

En esta sección, analizaremos el tratamiento fiscal del fideicomitente y el beneficiario no residente en Venezuela.

Con la entrada en vigencia de la Ley de 1999, el sistema de ISLR venezolano pasó de un sistema territorial al sistema de renta mundial. En virtud de la adopción del sistema de renta mundial, toda persona natural o jurídica residente o domiciliada en Venezuela está sujeta a impuesto sobre la renta en Venezuela por todos sus enriquecimientos obtenidos, tanto en Venezuela como en el exterior. Las personas naturales o jurídicas no residentes o no domiciliadas y que no tienen una base fija o establecimiento permanente en Venezuela estarán sujetos al impuesto sobre la renta venezolano únicamente por los enriquecimientos de fuente venezolana (ROCHE, E. 2013).

El segundo párrafo del artículo 1 de la Ley de ISLR establece que las personas naturales o jurídicas no residentes o no domiciliadas en Venezuela estarán sujetas al ISLR, siempre que la fuente o la causa de sus enriquecimientos esté u ocurra dentro del país, aún cuando no tengan establecimiento permanente o una base fija en el país.

El artículo 6 de la Ley de ISLR establece que dichas personas, cuando tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país, tributarán exclusivamente por los ingresos de fuente nacional o extranjeras atribuibles a dicho establecimiento permanente o base fija. Por su parte, el artículo 6 *eiusdem* establece que un enriquecimiento proviene de actividades económicas realizadas en Venezuela, cuando alguna de las causas que lo origina ocurra dentro del territorio nacional, ya se refieran esas causas a la explotación del suelo o del subsuelo, a la formación, traslado, cambio o cesión del uso o goce de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales o a los servicios prestados por personas domiciliadas, residentes o transeúntes en Venezuela, y los que se obtengan por asistencia técnica o servicios tecnológicos utilizados en el país. La norma posteriormente establece un listado de las rentas que son causadas en Venezuela entre las cuales enumera las regalías, los enriquecimientos obtenidos por medio de establecimiento permanente o base fija situados en territorio venezolano, las contraprestaciones por toda clases de servicios realizada aprovechada o

utilizada en Venezuela, los enriquecimientos derivados de la producción y distribución de películas y similares para el cine y la televisión, los rendimientos de valores mobiliarios emitidos por sociedades venezolanas o establecimientos permanentes, entre otros tipos de enriquecimientos.

En virtud de las normas discutidas anteriormente, un *settlor* o un beneficiario, que no sea residente fiscal en Venezuela, estará sujeto a imposición cuando obtenga algunas de las rentas clasificadas anteriormente. El principio que subyace es la tributación sobre la base de fuente territorial en Venezuela y/o la presencia de un establecimiento permanente o base fija en el país. Este criterio es consistente con el *principio de beneficios* comentado en la sección homóloga española mediante el cual el país de la fuente tendrá primordialmente el derecho de gravar las rentas derivadas de su jurisdicción (*op. cit.* AVI - YONAH, 2007).

Ahora bien, hay una diferencia fundamental con España. Se trata de la calificación impropia de la masa de bienes transmitidas en fideicomiso como responsable del impuesto. Esto supone, desde el punto de vista administrativo, una ventaja para la Administración Tributaria (SENIAT) a los efectos de tener a una garantía del reporte y cobro del impuesto a través del responsable.

En conclusión, la Ley de ISLR gravará las rentas de fuente territorial que obtengan el *settlor* o el beneficiario no residente o no domiciliado y garantiza la efectiva administración de esas rentas al otorgar la condición de responsable a la masa de bienes entregadas en fideicomiso, que como hemos señalado anteriormente, apoyamos al sector de la doctrina que considera tal calificación como impropia.

CONCLUSIONES

La fiscalidad del *trust* anglosajón en el derecho continental no deja de ser un tema interesante y complejo. Con este trabajo hemos querido explicar el funcionamiento del *trust*, en vez

de intentar la labor titánica de encontrar una definición única. El funcionamiento del *trust* nos permite aprehender los elementos relevantes que nos llevarán a identificar las consecuencias fiscales de un determinado tipo de *trust*. Por ello, a efectos ejemplificativos, discutimos los distintos tipos de *trust* comúnmente utilizados para comprender de qué manera se puede constituir dicha figura para visualizar las distintas posibilidades de su uso. Más aún, nos adentramos en el proceso de expansión del *trust* desde el derecho anglosajón y su recepción en el derecho continental, lo cual fue un proceso lejos de ser uniforme durante el siglo XX y, actualmente, en el siglo XXI. El propósito de analizar dicho proceso histórico es poder analizar la manera en que el derecho privado entiende a esta figura. Ese entendimiento va a tener consecuencias en el mundo del derecho tributario, si bien esta última disciplina aplica sus propios principios para determinar las consecuencias que le son relevantes en virtud de los objetivos de gravar las rentas conforme a la capacidad contributiva de sus perceptores y la lucha contra la evasión fiscal. En este punto, observamos que España rechazó la institución del *trust* por considerarla contraria a principios fundamentales del derecho continental. Esto influyó en la política tributaria española, adoptando, por tanto, la transparencia fiscal del *trust*. Por su parte, Venezuela adaptó al *trust* a su jurisdicción a través de la figura del fideicomiso en un proceso legislativo que comenzó en la década de 1940, pero que efectivamente culminó en 1956 con la Ley de Fideicomisos.

Por último, vimos las normas fiscales de imposición directa sobre los supuestos donde intervienen los *trusts* tanto para personas que son residentes fiscales como personas que no lo son tanto en España como en Venezuela. También, analizamos las normas supuestos donde afectan a las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones, la ley de impuesto sobre la renta de personas físicas y la ley del impuesto sobre la renta de no residentes.

En virtud de la discusión planteada en este trabajo, podemos resumir nuestras conclusiones de la siguiente manera:

1. No existe una definición universal del *trust*. Por tanto, para nuestros efectos, es mejor entender el funcionamiento del *trust* de manera que podamos identificar sus efectos fiscales. El *trust* es, fundamentalmente, una relación entre personas y propiedad. Una vez entendida la dinámica entre el *settlor*, *trustee* y beneficiarios – a partir de cada caso individualmente considerado conforme a lo establecido en el documento de creación del *trust* –, podremos determinar quién tiene mayor vínculo con esa propiedad, lo cual nos sirve para identificar quien es el titular de las rentas conforme a las normas de atribución. Esto es de especial interés para nuestro trabajo.

2. La globalización impulsó la expansión de la industria de *trusts* hacia el derecho continental, lo cual no ha sido un proceso uniforme. Los efectos de esta expansión son varios. En primer lugar, hizo que los países de derecho civil cuestionaran si las barreras teóricas de su reconocimiento podrían superarse y, en segundo lugar, hizo que los países cuestionaran cómo sus leyes fiscales nacionales interactúan con las decisiones políticas de otros países en una competencia global por fondos fiduciarios.

3. Hay países del derecho civil que han adoptado al *trust* en su jurisdicción explicándolo a través de categorías proporcionadas por el derecho civil. Estas categorías son el concepto de *propiedad fiduciaria*, donde el propósito de la fiducia limita los poderes del fideicomisario-propietario sobre la propiedad o patrimonio del fideicomiso, y la calificación del *trust* como *patrimonio especial*, donde los bienes del patrimonio especial se separan del patrimonio general fideicomisario-propietario y los beneficiarios tienen derechos personales exigibles contra ese patrimonio especial. Este es el caso de Venezuela.

4. España, por su parte, considera que el *trust* entra en conflicto con principios fundamentales del derecho civil o continental, a saber, el concepto de propiedad absoluta, la publicidad y la especificidad.

5. La recepción o no por parte del derecho privado del *trust* anglosajón determinará la política tributaria de un país hacia esta figura. En este sentido, España es de la postura que el *trust* anglosajón colide con los principios fundamentales de propiedad absoluta, especificidad y publicidad mencionados anteriormente y, por tanto, no reconoce a esta figura, dándole un tratamiento de transparencia fiscal. Venezuela, por otra parte, lo adaptó a los conceptos de *propiedad fiduciaria* y *patrimonio especial* del fiduciario.

6. Dentro de la política de transparencia fiscal española, existen tres posturas sobre su naturaleza, las cuales pueden resumirse en: (a) considerar que el *trust* es completamente transparente a efectos fiscales; (b) considerar que el *trust* es un contrato, y, por último, (c) considerar que el *trust* es un patrimonio separado. En nuestra opinión, consideramos que la posibilidad de considerarlo como una entidad en atribución de rentas permite, desde el punto de vista administrativo, recaudar no solo las rentas sino la información sobre ellas que fluyen a través del *trust* como un ente sin personalidad jurídica a través del Modelo 184, por ejemplo.

7. Para España, el reconocimiento de la residencia fiscal del *trust* es una cuestión compleja toda vez que, al no reconocer a esta institución, no reconocería su residencia fiscal. Ahora bien, esto crea una tensión con aquellas situaciones en donde interviene un acuerdo internacional con países que sí reconocen a la figura. En este sentido, la pregunta sería: ¿estaría España obligada a reconocer al *trust* creado en otro país? La pregunta tendría que ser, en nuestra opinión, afirmativa por cuanto los tratados internacionales llevarían a España a coordinar una solución con los otros estados contratantes.

8. En un supuesto de aportación de bienes al *trust* cuando el *settlor* y los beneficiarios se encuentran con vida (i.e., actos *inter vivos*), el hecho imponible del ISD se

considera perfeccionado en el momento que se formalice la donación por cuanto es el momento que se realiza la transmisión de la propiedad. Pareciera que la propiedad del patrimonio continuará en cabeza del *settlor* hasta tanto no ocurra la formalización la donación en virtud de que España no reconoce el tratamiento dual de la propiedad, es decir, no diferencia entre titularidad legal y propiedad útil.

9. El caso de las transmisiones patrimoniales a través de actos *mortis causa* es más sencillo que el anterior por cuanto la transmisión de la propiedad del *settlor* al *beneficiario* y el hecho imponible se perfeccionan con la muerte del causante.

10. En virtud de la transparencia fiscal del *trust*, podría concluirse, como regla general a efectos del IRPF, que las rentas percibidas por los *trusts* serían gravables en cabeza de los *beneficiarios* siempre que realicen distribuciones hacia ellos o tengan un derecho adquirido sobre las rentas o bienes aportados al *trust*, pero si el documento de creación del *trust* prevé que dichas rentas pasarán a formar parte de la masa de bienes aportados al *trust*, entonces el *settlor* será el responsable por el pago del IRPF causado respecto a dichas rentas. Este razonamiento dependerá del tipo de *trust* que se haya acordado en el documento de creación a efectos de determinar quién de los sujetos intervinientes tiene un mayor vínculo o control con las rentas percibidas a través del *trust*.

11. En cuanto a la imputación temporal, una vez determinado quién es el sujeto pasivo del IRPF, se debe proceder a analizar la naturaleza de la renta que subyace al *trust* para aplicar de manera sistemática las normas establecidas en el artículo 14 de la LIRPF.

12. En cuanto a los supuestos regulados por la LIRNR, un *settlor* o un beneficiario, que no sean residentes fiscales españoles, quedarán sujetos a imposición en España en la

medida que obtengan rentas gravables en el territorio español conforme al artículo 13 de la LIRNR.

13. Venezuela también otorga un tratamiento de transparencia fiscal al fideicomiso. Sin embargo, a diferencia de España, le reconoce – impropiaamente – a la masa de bienes fideicomitidos el carácter de responsable del impuesto conforme al artículo 28.3 del COT. Coincidimos con la doctrina venezolana en que dicha calificación es precaria. Una correcta técnica legislativa debe asignar al fiduciario como el responsable del impuesto adeudado por los beneficiarios (o por el fideicomitente), según su caso, y no a la masa de bienes.

14. Respecto de la residencia fiscal del *trust*, ambos países no reconocen la residencia fiscal del *trust*. La residencia fiscal está asociada a la condición de ser persona y sujeto pasivo del impuesto. Adicionalmente, la residencia fiscal está ligada al tratamiento de opacidad fiscal que la norma interna del país le atribuya al *trust* o, en su caso, al fideicomiso. Por tanto, España y Venezuela no reconocerán la residencia fiscal de un *trust* o fideicomiso toda vez que en España no puede constituirse un *trust*, y el fideicomiso creado en Venezuela no ostenta personalidad jurídica y es tratado como transparente a efectos fiscales.

15. El hecho imponible del Impuesto sobre Donaciones venezolano se verifica únicamente en la transmisión hecha del fiduciario al beneficiario por cuanto el *animus donandi* del fideicomitente en el contrato de fideicomiso no es la intención de beneficiar al fiduciario con la primera transmisión, sino la de beneficiar al beneficiario. Este elemento subjetivo, por tanto, no se verifica en la transmisión al fiduciario, pero sí en la eventual transmisión de los bienes al beneficiario.

16. El patrimonio del fideicomitente al momento de su muerte no incluirá los bienes que fueron transmitidos efectivamente al fiduciario por vía del contrato de fideicomiso con anterioridad al fallecimiento y, por tanto, el

hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones no se verificaría.

17. Respecto del ISLR venezolano, como regla general, podría concluirse que las rentas percibidas por los fideicomisos serían gravables en cabeza de los beneficiarios, pero si el documento de creación del fideicomiso prevé que dichas rentas pasarán a formar parte de la masa de bienes fideicometidos (*corpus*), entonces el fideicomitente será el contribuyente del ISLR causado respecto a dichas rentas.

18. Adicionalmente, se puede concluir que, en virtud de su naturaleza como un acuerdo contractual, su carácter de vehículo fiscalmente transparente, y la aplicación por analogía del tratamiento impositivo establecido en la Ley de ISLR para otras figuras contractuales (como los consorcios y las cuentas en participación), las rentas generadas a través de fideicomisos estarán sujetos a tributación conforme a las normas de disponibilidad contempladas en el artículo 5 de la Ley de ISLR venezolana.

19. La Ley de ISLR gravará las rentas de fuente territorial que obtengan el *settlor* o el beneficiario no residente o no domiciliado y garantiza la efectiva administración de esas rentas al otorgar la condición de responsable a la masa de bienes entregadas en fideicomiso, que como hemos señalado anteriormente, apoyamos al sector de la doctrina que considera tal calificación como impropia.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía básica

ALFARO, R. *Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil*. La Habana: Cuba Ed. Lex. 1948.

ARROYO I AMAYUELAS, E. *El Trust en el Derecho civil*. Barcelona. Bosch. 2007.

AVI YONAH, R. *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge University Press. 2007.

BARRIÈRE, F. *La réception du trust au travers de la fiducie*. Paris: Litec. 2004.

BRABAZON, M. *International Taxation of Trust Income: Principles, Planning and Design*. Cambridge University Press. 2020.

BRAUN, A. *Trusts in the Draft Common Frame of Reference*. Cambridge Law Journal 70: 327. 2014

_____. *The Framing of a European Law of Trusts. The Worlds of the Trust*. Ed. L. Smith. Cambridge: Cambridge University Press: 277. 2013.

BRAUN, A. y WILLIAMS, S. *Management Devices: Trust, Treuhand, Fiducie. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law*. Eds. S. van Erp and B. Akkermans. Oxford: Hart Publishing: 553. 2012.

Braun, A. *The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts*. Legal Research Papers Series. Paper No. 61/2015. University of Oxford. Diciembre, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, S. Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1757. 1999.

_____. *Trusts in Spanish Law. Trust v Fiducie in a Business Context*. Ed. M. Cantin Cumyn. Bruxelles: Bruylant: 191. 1999.

_____. *El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea*. *Derecho Privado Europeo*. Ed. S. Cámara Lapuente. Madrid: Colex: 1099. 2003.

CARMONA, J. y MELONE, M. Consideraciones impositivas en relación con el contrato de fideicomiso que contenga cláusula sucesoria de pago de cantidades de dinero, o de

adjudicación de bienes inmuebles a los beneficiarios en caso de muerte al fideicomitente. *Revista de Derecho Tributario*. No. 78. 1998.

CASTILLO CARVAJAL, J. *Apostillas sobre los efectos impositivos del contrato de fideicomiso. Los Efectos Tributarios de los Contratos*. En Memoria del Dr. Emilio Roche. XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. AVDT. 2014.

CHECA MARTÍNEZ, M. *El trust angloamericano en el Derecho español*. Madrid: Mc Graw Hill. 1998.

CLARET y MARTÍ, P. *De la Fiducia y del Trust. Estudio de Derecho comparado*. Barcelona: Bosch. 1946.

DAGAN, T. *The Global Market for Tax and Legal Rules*. Florida Tax Review. Vol. 21(1). 2017.

DE WULFF, C. *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*. Bruxelles: Bruylant. 1965.

DE RUGGIERO, R. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Editorial Reus. Madrid. 1929.

DELGADO PACHECO, A. Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de partnerships y trusts en España. *Manual de Fiscalidad internacional*, 2da Edición. Instituto de Estudios Fiscales.

EMMERICH, Y. *Les fondements de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens*. RIDC 2009/1. 2009.

FRENETTE, F. *La propriété fiduciaire. Consotium erudit*. 1985.

GARRIGUES, J. *Law of Trusts*. The American Journal of Comparative Law 2:25. 1953.

GOLDSCHMIDT, R. *The Trusts in the Countries of Latin America*. Inter-American Law Review 3: 29. 1961.

_____. *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*. Caracas: Impr. univ. 1962.

GOLDSCHMIDT, R. and PHANOR, J.E. *El Fideicomiso (trust) en el derecho comparado* (especialmente americano). Buenos Aires: Ed. Arayú. 1954.

GRASSETTI, C. Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico. *Rivista del Diritto Commerciale* 34(1): 345. 1936.

_____. Trust Anglosassone. *Rivista del Diritto Commerciale* 34(2): 551. 1936.

GRAZIADEI, M. *Changing Images of the Law in XIX Century English Legal Thought (The Continental Impulse. The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920)*. Ed. M. Reimann. Berlin: Duncker & Humblot: 115. 1993.

_____. *Diritti nell'interesse altrui: Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*. Trento: Dipartimento di scienze giuridiche, Università degli studi di Trento. 1995.

_____. *The Functionalist Heritage. Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Eds. P. Legrand and R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press: 100. 2003.

GRAZIADEI, M., UGO, M. y SMITH, L. *Commercial Trusts in European Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

GRETTON, G. *Trusts without Equity*. *International and Comparative Law Quarterly* 49: 599. 2000.

GRIMALDI, M. *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre*. Rep. Défrenois. 1991.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P. *Beneficial Ownership in Tax Law and Tax Treaties*. Hart Publishing. 2020.

HO, Lusina. *Trusts: The Essentials. The Worlds of the Trust*. Ed. L. Smith. Cambridge: Cambridge University Press: 1. 2013.

HOFRI-WINOGRADOW, A. *The Demand for Fiduciary Services: Evidence from the Market in Private Donative Trusts*. Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 16-36. 2016.

KORODY, J. *Relatoría General: Los Efectos Tributarios de los Contratos*. En Memoria del Dr. Emilio Roche. XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. AVDT. 2014.

LEPAULLE, P. *Civil Law Substitutes for Trusts*. Yale Law Journal 36: 1226. 1927.

_____. *Les Éléments essentiels du Trust*. Bulletin de la Société de Législation comparée 59: 467. Agen: Imprimerie Moderne. 1930

_____. *Reflections on the Expansion of Trusts*. The American University Law Review 6: 40. 1957.

LUPOI, M. *The Civil Law Trust*. Vanderbilt Journal of Transnational Law 32: 967.

MAITLAND, F. *The Origin of Uses*. Harvard Law Review 8: 127. 1894-1895.

MALUMIÁN, N. *Trusts in Latin America*. New York and Oxford: Oxford University Press. 2009.

MARINI, M. *Rapport au Sénat* No. 442. Senado de Francia. 2008.

MENÉNDEZ MORENO, A. *Sujetos pasivos y responsables tributarios*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. 1997

PENNER, J. *Resulting Trusts and Unjust Enrichment: Three Controversies* in C. Mitchell (ed.), *Constructive and Resulting Trusts*. Oxford. 2010.

ROCHE, E. *Relatoría General Tema I: 70 Años del Impuesto sobre la Renta en Venezuela*. Memorias de las XII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. AVDT 2013.

_____. "La fiscalidad del trust anglosajón en España". *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. 2023.

SITKOFF, R.H. *The Economic Structure of Fiduciary Law*. Boston University Law Review 91: 1039. 2011.

_____. Fiduciary Principles in Trust Law in "The Oxford Handbook of Fiduciary Law" Evan J. Criddle, Paul B. Miller, and Robert H. Sitkoff eds. OUP. 2019. Capítulo 3

SITKOFF, R.H. and KLINK, J. Agency Costs, Charitable Trusts, and Corporate Control: Evidence from Hershey's Kiss-Off. *Columbia Law Review* 108: 749. 2008.

SMITH, L. *Trust and Patrimony*. *Revue générale de droit* 38: 379. 2009.

_____. *Mistaking the Trust*. *Hong Kong Law Journal* 40: 787. 2008.

_____. *The Re-imagined Trust. Re-imagining the Trust*. Trust in Civil Law. Ed. L Smith. Cambridge: Cambridge University Press: 258. 2012.

STERK, S. E. *Asset Protection Trusts: Trust law's Race to the Bottom?* 85 *Cornell Law Review* 1035. 2000. p. 1040-1041

TROST, A. y ARRIBAS, D. *El trust en la fiscalidad internacional*. En F. Serrano Antón, *Fiscalidad Internacional*. Capítulo 36. CEF. 2019.

TURUHPIAL, H. *El Fideicomiso. Contratos Bancarios*. Vol. I. Caracas. 1999.

URQUIZU, A. Tributación de rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España. *Revista Crónica Tributaria* No. 136/2010

VALDÉS COSTA, R. *Curso de Derecho Tributario*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1996.

VEGAS ROLANDO, N. *El fideicomiso en Venezuela*. Ediciones y Distribuciones Magon. 1978.

VILLEGAS, H. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1992.

VIRGÓS SORIANO, M. *El trust y el derecho español*. Thomson Civitas. 2006.

WRIGHT, L.A. *Trusts and the Civil Law – A Comparative Study*. Western Ontario Law Review 6: 114. 1967.

ZENATI-CASTAING, V. y REVET, T. *Les biens*. PUF. 2008.

Legislación citada

Legislación española

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Legislación venezolana

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 1999. Número 36.860.

Ley de Fideicomisos. Gaceta Oficial del 17 de agosto de 1956. Número 496.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Gaceta Oficial del 13 de noviembre de 2014. Número 40.557.

Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores. Gaceta Oficial del 7 de mayo de 2012. Número 6.076 Extraordinario.

Ley de Impuesto Sobre la Renta. Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 2015. Número 6.210 Extraordinario.

Ley del Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y Demás Ramos Conexos. Gaceta Oficial del 22 de octubre de 1999. Número 5.391 Extraordinario.

Jurisprudencia referenciada

Europea:

Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Asunto C646/15 (Trustees of the P. Panayi Accumulation & Maintenance Settlements) de 14 de septiembre de 2017.

Española:

Tribunal Supremo - STS 359/2020 de 01 de julio de 2020

Tribunal Supremo - STS 1632/2008 de 23 de abril de 2008

Tribunal Supremo - STS 338/2008, 30 de abril de 2008

Venezolana:

Sentencia del 17 de septiembre de 1959 del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda.

Comparada:

Barclays Bank Ltd contra Quistclose Investments Ltd [1970] AC 567, House of Lords.

Hong Kong v. Reid [1994] 1 AC 324.

Stack v. Dowden [2007] 2 AC 432.

Doctrina administrativa

Española

DGT V2467-21 de 29 de septiembre de 2021

DGT V3316-20 de 06 de noviembre de 2020

DGT V2033-20 de 19 de junio de 2020

DGT V0970 de 21 de abril de 2020

DGT V3394 de 11 de diciembre de 2020

DGT 0312-19 de 14 de febrero de 2019

DGT V0718-19 de 29 de marzo de 2019

DGT 1256-20 de 05 de mayo de 2020

DGT V0817-18 de 26 de marzo de 2018

DGT V2812-17 de 02 de noviembre de 2017

DGT V2467-21 de 29 de septiembre de 2021

DGT V0989-14 de 07 de abril de 2014

DGT V1991-08 de 30 octubre de 2008

Venezolana:

Consulta número 1973-95 emitida por la Gerencia de Doctrina.