



La fiscalidad del trust anglosajón en España

Marcel E. Roche

Asociado del Departamento Fiscal de Baker McKenzie (España)

marcel.roche@bakermckenzie.com

Extracto

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 derivadas a través del trust. Por tanto, haremos, en primer lugar, un análisis sobre el concepto de trust para definir cómo funciona dicha 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 fiscal se apoya en el derecho privado para gravar las rentas derivadas a través del trust, pero desarrolla sus propios principios para cumplir con la finalidad del derecho fiscal, es decir, gravar las rentas sobre la base de la capacidad contributiva del perceptor y la prevención de la evasión fiscal. Por último, haremos un análisis de las normas fiscales españolas para demostrar cómo dichas normas están orientadas a cumplir con esos dos objetivos.

Palabras clave: trusts; fiscalidad directa; impuesto sobre la renta; transparencia fiscal.

Recibido: 18-05-2023 / Aceptado: 19-06-2023 / Publicado: 05-09-2023

Cómo citar: Roche, M. E. (2023). La fiscalidad del trust anglosajón en España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 485-486, 5-36. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19101>



Taxation of the Common Law Trust in Spain

Marcel E. Roche

Abstract

This paper addresses how the trust is taxed in Spain. The main objective is to analyze the foundations of the attribution rules to income derived from this non-recognized figure in the Spanish legal system. Therefore, we will, firstly, analyze the concept of the trust to understand how this figure functions. Secondly, we will analyze how the trust was expanded toward civil law countries with the purpose to determine how private law understands the trust. There are civil law countries that do recognize the trust and adapted it to civil law principles, while there are others that do not because they consider that it conflicts such principles. Considering this problem, we analyze, thirdly, how tax law uses private law to tax income derived through the trust, but develops its own principles to fulfill its objectives, namely, to tax according to ability to pay and prevent tax avoidance. Finally, we will analyze how Spanish rules are designed to follow these principles.

Keywords: trusts; direct taxation; income tax; fiscal transparency.

Received: 18-05-2023 / Accepted: 19-06-2023 / Published: 05-09-2023

Citation: Roche, M. E. (2023). La fiscalidad del trust anglosajón en España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 485-486, 5-36. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.19101>



Sumario

1. Introducción
 2. El trust: su comprensión y distintos tipos generalmente utilizados
 3. La expansión del trust hacia el derecho continental: el derecho privado español y su rechazo como institución
 4. Fundamentos de las normas de atribución de rentas percibidas a través del trust: la relación entre el derecho privado y el derecho tributario
 5. El trust y su régimen fiscal en España
 - 5.1. Calificación fiscal del trust en España
 - 5.2. La residencia fiscal del trust
 - 5.3. Tratamiento fiscal español de las personas que intervienen en el trust
 - 5.3.1. La aportación de bienes al trust y el régimen de la LISD –actos *inter vivos*
 - 5.3.2. Régimen de la LISD –actos *mortis causa*
 - 5.3.3. Régimen de la LIRPF –obtención de rentas a través del trust
 - 5.3.3.1. Sujetos pasivos del IRPF por las rentas obtenidas a través del trust
 - 5.3.3.2. Naturaleza e imputación temporal de rentas obtenidas a través del trust en el IRPF
 - 5.3.3.3. Supuestos de trusts prevean distribuciones a sus beneficiarios con intervalos de tiempo superiores a un ejercicio fiscal y otros casos
 - 5.3.4. Régimen aplicable por el TRLIRNR
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. 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 (Trost y Arribas, 2019).

Un ejemplo es la situación donde interviene un trust anglosajón en España, que no es reconocido por su jurisdicción y genera un sin número de interrogantes en torno al tratamiento fiscal de dicha figura bajo las normas tributarias españolas. De allí la importancia de este trabajo que, precisamente, aborda la fiscalidad del trust anglosajón en España. En este sentido, haremos un análisis de los fundamentos de las normas españolas que atribuyen y califican las rentas derivadas a través del trust. Por tanto, la cuestión general que estudiaremos es: *¿cómo funcionan en España 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, 1894). Esto significa que es una figura concebida bajo los conceptos y principios de un sistema legal muy diferente al sistema continental, al cual pertenece España.

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 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 del ordenamiento jurídico español 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 *transparencia fiscal*); la segunda, y en un punto relacionado, el derecho público fiscal 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 en la capacidad contributiva y la lucha contra la evasión fiscal (Hernández González-Barreda, 2020).

Luego, el trabajo analiza las normas fiscales que afectan a las situaciones que involucran a trusts desde el punto de vista español. Especial referencia haremos a las normas del impuesto sobre la renta (IRPF), aunque mención muy limitada se hará a las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD) e impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR). El propósito de este análisis es comprender cómo aplican las normas fiscales españolas a los supuestos de trusts. Una vez tengamos este análisis realizado, entraremos a analizar cómo se conjugan las normas españolas con las demás normas de países donde la figura es reconocida. En este sentido, queremos demostrar que el análisis del trust es forzosamente realizado en un contexto de interdependencia con otras normas de otros países como consecuencia de la globalización y la alta movilidad del capital.

2. El trust: su comprensión y distintos tipos generalmente utilizados

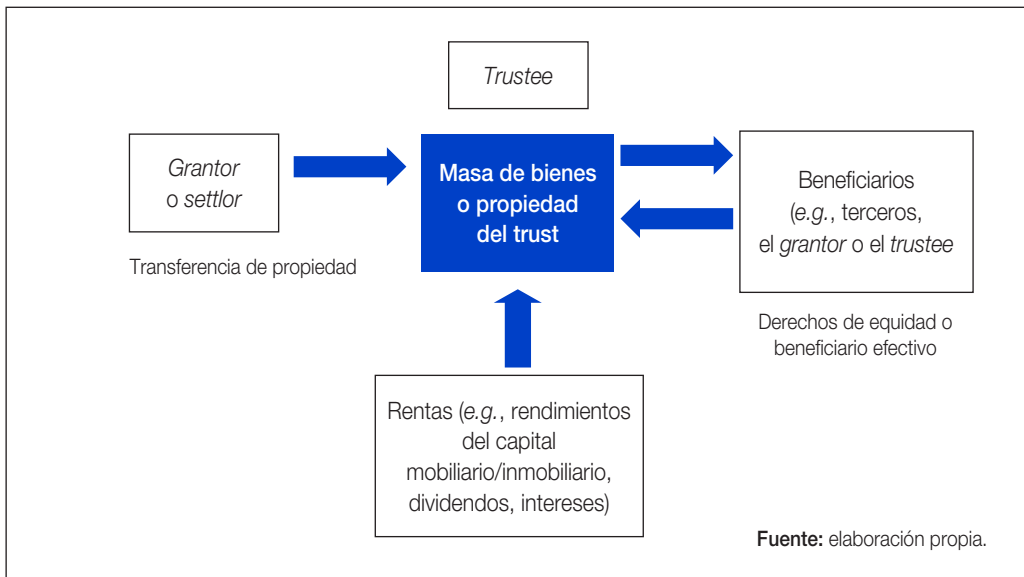
No existe una definición universal del trust toda vez que esta figura ha evolucionado constantemente a lo largo de su historia y ha sido utilizada para una variedad de propósitos (Sitkoff, 2019). El problema de la definición del trust no ha sido pacífico y tampoco ha sido resuelto por la doctrina anglosajona. 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, 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, 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 inclu-

so 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, 2019).

En tiempos lejanos, 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*. 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, 2003).

Figura 1. El funcionamiento del trust



La figura 1 demuestra el funcionamiento general de un trust. Sin embargo, 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 que exija la declaración por escrito, excepto en los casos que involucran un trust de tierras. Los trust constructivos surgen por ministerio de la ley, es decir, por medios diferentes de las declaraciones expresas (Penner, 2010). Ahora bien, esta división tiene dos problemas principales. 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. Nos enfocaremos en la segunda clasificación, es decir, quién se beneficia del trust por cuanto este elemento es relevante 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 creación del 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 los ingresos 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 ingresos 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 o el vínculo más cercano con la propiedad del trust y 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.

3. La expansión del trust hacia el derecho continental: el derecho privado español y su rechazo como institución

Las leyes fiscales rara vez se escriben desvinculadas de la historia o ajenas a las interacciones con otros sujetos en un mundo globalizado. 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, 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 cuál es la postura española 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. Estas 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 algunos 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 su 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, 2015). Durante este periodo temprano, los estudios comparativos se centraron principalmente en los fundamentos conceptuales del trust. Los 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 entraban 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 (*idem*). 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 por ejemplo Alemania y España (Garrigues, 1953). Según este punto de vista, el concepto dual de propiedad y la extrema flexibilidad del trust está en conflicto con tres principios fundamentales, a saber, la propiedad unitaria o absoluta, publicidad y especificidad del derecho civil. 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, 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, 1953). 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 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 registrar 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 solo 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 la confianza 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, 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 Lapuente, 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 (Trost y Arribas, 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, 2006):

- a) 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.
- b) 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.

- c) Los principios de responsabilidad patrimonial universal y de *par conditio creditorum* excluye la posibilidad de crear patrimonios especiales del *trustee* en virtud del trust.
- d) 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.
- e) 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.
- f) 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, 1998).

En virtud de lo anterior, bajo la postura española, no hay figuras en el derecho civil 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 estos quedan sujetos a las acciones 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, 2019). 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. Estos no pueden ser propietarios de los bienes y solo tienen la obligación de administrarlos. Por el contrario, quedarían separados de su propio patrimonio. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que los herederos de confianza son herederos nominales y no reales en su Sentencia de 17 de noviembre de 2011 (rec. núm. 4272/2008 –NFJ045269–).

Más aún, pudiera también compararse el trust con otras instituciones como las fiducias sucesorias o aragonesas. Estas 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, 2019).

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, 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 en sus Sentencias de 30 de abril de 2008 (rec. núm. 1832/2001) y de 5 de junio de 2006 (rec. núm. 5908/2001) y en el Auto de 28 de febrero de 2018 (rec. núm. 2363/2015). 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, 2019).

Ahora bien, esta es la postura española y, como hemos mencionado al principio de este epígrafe, la expansión del trust hacia el derecho continental no ha sido uniforme por cuanto existen países del derecho civil que lo han explicado en categorías establecidas en sus legislaciones internas y, por tanto, adaptado a su legislación interna (De Wulf, 1965). A pesar de no ser el tema central de este trabajo, lo analizaremos brevemente a efectos de contraponer la postura española y explicar posteriormente su política tributaria.

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 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 usar, gozar y disponer libremente de la propiedad, tal como hemos comentado anteriormente.

Si consideramos el concepto de *propiedad absoluta* en su significado más 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, 2008). 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 y Revet, 2008). A este respecto, el fideicomisario 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, 2008). La propiedad fiduciaria no es una fuente de riqueza para el fideicomisario porque debe actuar en interés de una tercera persona, el beneficiario, en lugar de en su propio interés (Grimaldi, 1991). Según estos autores, esto justifica ver en la institución de la fiducia solo 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 fideicomisario-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 el potencial de 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, 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, 2009).

En relación con el concepto de *propiedad fiduciaria*, hay autores que han clasificado el fideicomiso como un *patrimonio especial* (Vegas Rolando, 1978). Generalmente, el patrimonio está vinculado a la personalidad, ya que el principio es: una persona, un patrimonio (Gretton, 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, 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, 2000). 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, 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 al 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, cuasipersonal. 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 cuasipersona.

Los patrimonios especiales tienden a funcionar como personas e históricamente han mostrado una tendencia a convertirse en personas. Lepaulle (1957) sugirió que podría ser mejor conceptualizar los fideicomisos como personas. Gretton (2000) ha señalado que, en el lenguaje ordinario, el sustantivo trust es una persona-palabra. El lenguaje trata al trust como una persona. 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, 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, seguida por Perú en 1993 y Argentina en 1995.

4. 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 de los países de derecho civil?

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 los ingresos 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 es un contribuyente? ¿Cuáles son las principales preocupaciones de considerar al trust como contribuyente? Finalmente, ¿cuándo se gravan los ingresos obtenidos por, a través o del trust? (*op. cit.* Brabazon, 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, *settlors* 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 público (*i. e.*, tributario) de los países de corte continental. Así, las normas de atribución de ingresos 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 puede reclamar un crédito fiscal para evitar la doble imposición. Todo esto se hace por referencia a los conceptos de propiedad fiduciaria y calificando el fideicomiso como patrimonio especial. Por una parte, el concepto de *propiedad fiduciaria* permitirá que el fideicomiso o trust esté sujeto a impuestos y, por la otra, la intensidad de los derechos subjetivos que los beneficiarios (o el fideicomitente o *settlor*, dependiendo del acuerdo) tienen sobre ese patrimonio especial del fideicomisario-propietario determinará qué tan fuerte es el vínculo con el ingreso o renta.

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 los ingresos, pero ignorarán por completo al fideicomiso o trust a efectos fiscales y gravarán a las personas que intervengan en él de acuerdo con 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 de acuerdo 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 los ingresos. Si no lo hace, entonces el país atribuirá los ingresos al beneficiario.

Esta última es la política tributaria seguida por España. En el próximo epígrafe, por tanto, analizaremos el régimen fiscal del trust en España.

5. El trust y su régimen fiscal en España

En el epígrafe 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.

5.1. Calificación fiscal del trust en España

En este epígrafe 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 fluirían directamente hacia sus perceptores, imputándoseles. 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 la Consulta vinculante V1016/2010, de 14 de mayo (NFC038188). 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 las Consultas vinculantes V1991/2008, de 30 de octubre (NFC031151), y V0989/2014, de 7 de abril (NFC051411).

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 (2019) consideran que existen pronunciamientos donde esta postura se manifiesta expresamente. Así, la DGT afirmó, en su contestación a la Consulta vinculante V0695/2017, de 16 de marzo (NFC064477), 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, 1978). 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 aquellos 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, 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, 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 (2019) 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.

5.2. 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 para evitar la 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 (*op. cit.* Trost y Arribas, 2019).

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 de 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 de capital regulada por el artículo 13, párrafo 4, del convenio estuviera exenta, en la medida en 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*, como así ha resuelto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-646/15 –NFJ067704–) 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, el criterio que siguen los países que no reconocen al trust es aquel 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. El beneficio fiscal de la exención de la plusvalía estaría otorgado en la medida en que en los Estados Unidos prevea en su legislación interna dicha exención. 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).

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

En este epígrafe, 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 y la distribución de dichas rentas para los beneficiarios. Estos supuestos serán analizados sobre la base de las tres personas que intervienen en esta relación: el *settlor*, el beneficiario y el *trustee*.

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 las personas físicas (LIRPF); del texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR) o de la Ley del impuesto sobre sociedades (LIS).

5.3.1. 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, 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 ISD. 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 señala 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 cinco 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 la Consulta V3394/2019, del 11 de diciembre (NFC074734), decidió que: a) el trust se tiene por no constituido y, por lo tanto, no surten efectos las relaciones jurídicas reguladas por el mismo; b) las aportaciones del *settlor* al trust no tienen, por lo tanto, efectos; c) 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 d) 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 discutidas 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 correspondiente en la comunidad autónoma 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 en que se formalice la donación por cuanto es el momento en 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.

5.3.2. 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 sobre sucesiones (ISS). El artículo 24 de la LISD determina que el hecho imponible se considera realizado en el día del fallecimiento del causante. Adicionalmente, la DGT, tanto en la contestación a la Consulta V3394/2019 como en la V0312/2019, 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 del impuesto sobre sucesiones y donaciones (RISD) establece que los herederos tendrán un plazo de seis meses desde el momento del fallecimiento del causante (*i. e.*, fecha que se perfecciona el hecho imponible). Adicionalmente, los artículos 68 y 69 del RISD 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. En este sentido, para España, la propiedad del patrimonio aportado al trust pasa al *beneficiario* con ocasión de la muerte del *settlor*. Por lo 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 seis meses siguientes al fallecimiento del causante o *settlor* a través del modelo correspondiente en la comunidad autónoma.

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.

5.3.3. 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 el TRLIRNR cuando no son residentes fiscales españoles, pero están sujetos por obligación personal o real. Por lo tanto, existen varias cuestiones: a) ¿quién será responsable por pagar los impuestos por los enriquecimientos generados a través del trust?; b) ¿cuándo se considerarán gravables los enriquecimientos obtenidos a través del trust? y c) ¿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?

5.3.3.1. 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 los epígrafes 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 señala 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 dispone que las rentas correspondientes a las entidades a las 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 regulado 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 e indican 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:

- a) 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*.

- b) 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 el primer epígrafe, 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.
- c) Por el contrario, en el supuesto de 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.
- d) La Administración tributaria (v. g., AEAT) podría forzar el cobro de las obligaciones tributarias del *settlor* o de los *beneficiarios*, según sea el caso, contra los bienes aportados al trust.

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.

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

Una vez determinado el sujeto pasivo del IRPF en el epígrafe anterior, la próxima cuestión a analizar es *cuándo* se considerarán gravables los enriquecimientos obtenidos a través del trust. Por lo 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 señala 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 periodo impositivo que corresponda, de acuerdo con los siguientes criterios:

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

5.3.3.3. Supuestos de trusts 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 los demás epígrafes, existen argumentos razonables para sostener lo siguiente.

En el supuesto de trusts que prevean distribuciones de rentas por periodos 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 de que 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 de 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 se puede determinar que los beneficiarios tienen derecho o tienen un interés adquirido sobre los ingresos, 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.

No obstante lo anterior, existe el riesgo de que, bajo una errónea interpretación de la ley y de los documentos que crean a los trusts bajo leyes extranjeras, la Administración tributaria concluya que serán los *beneficiarios* (y por ende no los *settlors*) quienes deban declarar y pagar el IRPF sin importar la periodicidad de la renta; la creación o no de derechos adquiridos; u otras características del trust. Esta posición, en nuestro criterio, violaría principios básicos de la tributación al desconocer la capacidad contributiva de los *beneficiarios*, así como también una violación al principio de doble imposición internacional.

5.3.4. Régimen aplicable por el TRLIRNR

En este epígrafe, 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. Cabe hacer la acotación de que, con carácter previo a la aplicación del IRNR, habrá que tomar en cuenta la aplicación de la normativa internacional (e. g., CDI, Directivas de la Unión Europea) porque tendrán aplicación preferente sobre las normas del TRLIRNR.

El artículo 7 del TRLIRNR 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. En este sentido, el artículo 37 del TRLIRNR define a las entidades en atribución de rentas y establece que tendrán tal consideración las entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas.

Conforme al artículo 12 del TRLIRNR, 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 te-

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 del TRLIRNR 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 de 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 comentadas, un *settlor* o un beneficiario, que no sean residentes fiscales 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 el *settlor* y los beneficiarios, tiene la mayoría de las participaciones de la sociedad –suponiendo que el Registro Mercantil haya hecho la inscripción de la sociedad en este supuesto– y decide, mediante acta y resolución de socios, vender los bienes inmuebles.

La pregunta en este ejemplo trabajado 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 de la identidad del sujeto pasivo (*vid.* Trost y Arribas, 2019).

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 señala 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 España.

Por su parte, el artículo 13 i).1 regula 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 estos. La DGT concluyó, en su contestación a la Consulta vinculante V0333/2019, de 15 de febrero (NFC071393), que la transmisión a título lucrativo de un bien inmueble constituye una ganancia que vendrá determinada por la dife-

rencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión del bien inmueble. Adicionalmente, la DGT también concluyó, en su contestación a la Consulta vinculante V1022/2013, de 1 de abril (NFC047312), 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, 2007). El principio, por tanto, manejado por el CDI y por el TRLIRNR 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 y es que 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 sunt servanda*, el hecho de que la jurisprudencia española reconoce a un trust constituido con la legislación de origen como válido y que el TRLIRNR otorga aplicación preferente a lo establecido en los tratados internacionales suscritos por España.

En conclusión, el TRLIRNR 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.

6. Conclusiones

La fiscalidad del trust anglosajón en España no deja de ser un tema interesante y complejo. La decisión de España de dotarle de transparencia fiscal al trust no obedece a un simple capricho del legislador fiscal, sino que obedece a una amplia gama de razones donde

intervienen la tradición, la cultura jurídica, la globalización y los intereses del país para proteger sus bases impositivas ante un instrumento tan flexible y extraño a los principios del derecho civil o continental.

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 para traducir su análisis en el derecho público (*i. e.*, derecho fiscal). 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 último, vimos las normas fiscales de imposición directa sobre los supuestos donde intervienen los trusts tanto para personas que son residentes fiscales españoles como personas que no lo son. Así, analizamos las normas, supuestos donde afectan a las normas del ISD, la LIRPF y el TRLIRNR.

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

- Primera. 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 quién es el titular de las rentas conforme a las normas de atribución. Esto es de especial interés para nuestro trabajo.
- Segunda. 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.

- Tercera. Hay países del 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. 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.
- Cuarta. 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 de 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.
- Quinta. Dentro de la política de transparencia fiscal, 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. Si tuviéramos que recomendar al legislador fiscal, consideramos que la posibilidad de considerar al trust 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. 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.
- Sexta. 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 en que se formalice la donación por cuanto es el momento en 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 de 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.

- Séptima. 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.
- Octava. 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.
- Novena. 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.
- Décima. En cuanto a los supuestos regulados por el TRLIRNR, un *settlor* o un beneficiario, que no sea residente fiscal español, quedará sujeto a imposición en España en la medida en que obtengan rentas gravables en el territorio español conforme al artículo 13 del TRLIRNR.

Referencias bibliográficas

- Avi-Yonah, R. (2007). *International Tax as International Law*. Cambridge University Press.
- Brabazon, M. (2020). *International Taxation of Trust Income*. Cambridge University Press.
- Braun, A. (2015). The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts. *Legal Research Papers Series. Paper No. 61/2015*. University of Oxford.
- Cámara Lapuente, S. (1999). Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1757.
- Checa Martínez, M. (1998). *El trust angloamericano en el Derecho español*. McGraw-Hill.
- Dagan, T. (2017). The Global Market for Tax and Legal Rules. *Florida Tax Review*, 21(1).
- Delgado Pacheco, A. (2012). Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de partnerships y trusts en España. *Manual de Fiscalidad internacional*. (2.^a ed.). Instituto de Estudios Fiscales.
- Emmerich, Y. (2009). Les fondements de la fiducie française face au trust de la com-

- mon law: entre droit des contrats et droit des biens. *RIDC* 2009/1.
- Frenette, F. (1985). La propriété fiduciaire. *Les Cahiers de droit*, 26(3), 727–737.
- Garrigues, J. (1953). Law of Trusts. *The American Journal of Comparative Law*, 2(1).
- Goldschmidt, R. (1961). The Trusts in the Countries of Latin America. *Inter-American Law Review*, 3.
- Graziadei, M. (2003). *The Functionalist Heritage. Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. (Eds. P. Legrand and R. Munday). Cambridge University Press.
- Gretton, G. (2000). Trusts without Equity. *International and Comparative Law Quarterly*, 49.
- Grimaldi, M. (1991). *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre*. Rep. Défrenois.
- Hernández González-Barreda, P. (2020). *Beneficial Ownership in Tax Law and Tax Treaties*. Hart Publishing.
- Ho, L. (2013). *Trusts: The Essentials. The Worlds of the Trust*. (Ed. L. Smith). Cambridge University Press.
- Hofri-Winogradow, A. (2016). 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*.
- Lepaulle, P. (1957). Reflections on the Expansion of Trusts. *The American University Law Review*, 6.
- Maitland, F. (1894). The Origin of Uses. *Harvard Law Review*, 8(3).
- Marini, M. (2008). *Rapport au Sénat N° 442*. Senado de Francia.
- Penner, J. (2010). Resulting Trusts and Unjust Enrichment: Three Controversies. En C. Mitchell (Ed.), *Constructive and Resulting Trusts*. Oxford.
- Sitkoff, R. H. (2019). Fiduciary Principles in Trust Law in Trust Law. En Evan J. Criddle, P. B. Miller y R. H. Sitkoff (Eds.), *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (capítulo 3). OUP.
- Smith, L. (2009). Trust and Patrimony. *Revue générale de droit*, 38.
- Sterk, S. E. (2000). Asset Protection Trusts: Trust law's Race to the Bottom? *85 Cornell Law Review* 1035, 1.040-1.041.
- Trost, A. y Arribas, D. (2019). *El trust en la fiscalidad internacional*. En F. Serrano Antón, *Fiscalidad internacional* (capítulo 36). CEF.
- Virgós Soriano, M. (2006). *El trust y el derecho español*. Thomson Civitas.
- Wright, L. A. (1967). Trusts and the Civil Law – A Comparative Study. *Western Ontario Law Review*, 6.
- Wulf, C. de. (1965). *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*. Bruylant.
- Zenati-Castaing, V. y Revet, T. (2008). *Les biens*. PUF.

Marcel E. Roche. Asociado del Departamento Fiscal de Baker McKenzie Madrid. Candidato al doctorado en Derecho por la Universidad de Oxford. Maestría en Derecho Tributario en la Universidad de Oxford (James Bullock Scholar y Premio Said Centre for Business Taxation). Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (*Cum Laude*). Profesor de Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la IE University. Está colegiado en Madrid y Venezuela.