



ANÁLISIS DEL OFFSHORE TRUST EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA

Ester Lea Patty Guisbert

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



UNIVERSITAT
ROVIRA i VIRGILI

ANÁLISIS DEL OFFSHORE TRUST EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA

ESTER LEA PATTY GUISBERT



TESIS DOCTORAL

2022

Ester Lea Patty Guisbert

ANÁLISIS DEL OFFSHORE TRUST
EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA

TESIS DOCTORAL

dirigida por el Dr. Àngel Urquizu Cavallé

Departamento
de Derecho Privado, Procesal y Financiero



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona
2022



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat "**Anàlisi de l'Offshore Trust a la imposició sobre la renda**", que presenta Ester Patty Guisbert per a l'obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meua direcció al Departament de Dret Privat, Processal i Financer d'aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado "**Análisis del Offshore Trust en la imposición sobre la renta**", que presenta Ester Patty Guisbert para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled "**Analysis of the Offshore Trust in income taxation**", presented by Ester Patty Guisbert for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Private, Procedural and Financial Law of this university.

Tarragona, 22 d'agost de 2022

El/s director/s de la tesi doctoral
El/los director/es de la tesis doctoral
Doctoral Thesis Supervisor/s

Àngel Urquizu Cavallé

Agradecimientos

A Dios por motivar y fortalecer mi vida cada día, a mi familia por el cariño constante, y a mi comunidad de amigos por el apoyo incansable.

ÍNDICE

ÍNDICE	5
RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	22

CAPÍTULO I

CONCEPCIÓN DEL TRUST Y EL *OFFSHORE TRUST*

1.1. ORIGEN Y NOCIÓN GENERAL DEL <i>TRUST</i>	27
1.1.1 Introducción	27
1.1.2 Definición	29
1.1.3 Despliegue contemporáneo	33
1.1.4 Sujetos que intervienen	36
a. El constituyente o settlor	37
b. El Administrador o trustee	38
c. Los beneficiarios o beneficiaries.....	40
1.1.5 Concepción del trust	42
1.1.6 Características esenciales	46
a. Crea un patrimonio separado que responde a una finalidad y se constituye en una entidad sin personalidad jurídica	46
b. Produce una separación de las facultades inherentes al derecho de propiedad, no se asemeja al fideicomiso y la titularidad del fondo del trust es nominal.....	48
c. Dentro su estructura tripartita, una de las posiciones puede recaer en una misma persona.....	50
1.1.7 Tipos de <i>Trust</i>	51
a. Trust Testamentario	51
b. Trust Inter Vivos	51
c. Trust Privado	52
d. Trust Público	52
e. Trust Irrevocable	53
f. Trust Revocable	54
g. Trust Discrecional	55
h. Trust de Participación	56
1.2. <i>TRUST</i> CONSTITUIDO EN EL EXTRANJERO U <i>OFFSHORE TRUST</i>	56
1.2.1. Definición de un <i>Offshore Trust</i>	56
1.2.2. Finalidades de un <i>Offshore Trust</i>	59
a. Mayor protección de activos al desconectarse del sistema tributario del país anglosajón.....	59
b. Reducción de impuestos y desgravación mientras no se distribuyen los rendimientos.....	61
c. Libertad de selección del lugar donde obtener mejores ventajas.....	62
1.2.3. <i>Offshore Trust</i> irrevocable y discrecional	62

CAPÍTULO II

PERCEPCIÓN DEL *OFFSHORE TRUST* EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

2.1. EL <i>OFFSHORE TRUST</i> Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL.....	65
2.1.1. Nuevo desafío para las administraciones tributarias.....	65
2.1.2. <i>Offshore trust</i> como mecanismo de planificación fiscal internacional.....	67
2.2. EL <i>OFFSHORE TRUST</i> FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y LEY APLICABLE AL TRUST SEGÚN LA HCCH	70
2.2.1. Objetivo del Convenio de la HCCH	70
2.2.2. Relevancia de la Ley aplicable al trust.....	71
2.2.3. Connotación del Reconocimiento del trust.....	73
2.2.4. Caracteres relevantes del Convenio de la HCCH	75
2.2.5. Efectos de la ratificación y adhesión al Convenio de la HCCH	76
2.3. EL <i>OFFSHORE TRUST</i> Y LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS PARA LA UE	77
2.3.1. Directiva de la UE y las rentas que genera el trust.....	77
2.3.2. Informe del PE y la constitución de trust.....	79
2.4. EL <i>OFFSHORE TRUST</i> PARA LA COMPETENCIA FISCAL	81
INTERNACIONAL Y LAS NORMAS TFI	
2.4.1. Soberanía fiscal y los sistemas fiscales.....	81
2.4.2. Vehículos de inversión y normas TFI.....	82
2.4.3. Normas TFI y el diferimiento fiscal.....	85
2.4.4. Objetivo de las normas TFI y el <i>offshore trust</i>	86
2.5. EL <i>OFFSHORE TRUST</i> Y EL BENEFICIARIO EFECTIVO O FINAL	89
2.5.1. Controversia del término beneficiar owner.....	89
2.5.2. El término beneficiar owner en el ámbito fiscal.....	91
2.5.3. Beneficiario efectivo final y los trusts.....	93
2.5.4. <i>Offshore trusts</i> y la identificación del beneficiario.....	94

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO FISCAL DE LAS RENTAS DEL *OFFSHORE TRUST*

3.1. ASPECTOS NECESARIOS PARA ANALIZAR EL TRATAMIENTO FISCAL DEL <i>OFFSHORE TRUST</i>.....	97
a. Vehículo de inversión sin personalidad jurídica y la neutralidad tributaria.....	99
b. Fragmentación del derecho de propiedad y la divergencia sistémica.....	100
3.2. <i>OFFSHORE TRUST</i> EN PAÍSES SIGNIFICATIVOS DE SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN.....	102
3.2.1. <i>Offshore trust</i> en los Estados Unidos	102
3.2.2. <i>Offshore trust</i> en el Reino Unido.....	109
3.3. <i>OFFSHORE TRUST</i> EN PAÍSES SIGNIFICATIVOS DEL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL.....	113
3.3.1. Problemática en los sistemas continentales.....	113
3.3.2. <i>Offshore trust</i> en España.....	116
3.3.3. <i>Offshore trust</i> en Argentina.....	126
3.4. EL <i>OFFSHORE TRUST</i> Y LAS JURISDICCIONES COOPERANTES	128
3.4.1. De paraísos fiscales a jurisdicciones no cooperantes.....	128
3.4.2. El trust en el Modelo de AI y los estándares de Intercambio de información....	132
3.4.3. Jurisdicciones no cooperantes y problemática fiscal de las cooperantes.....	135

3.4.4. Problemática de los Offshore Trust y las entidades cooperantes.....	138
a. Malta	141
b. Mónaco.....	142

CAPÍTULO IV

DEBATES TEÓRICOS PARA UN NUEVO TRATAMIENTO FISCAL AL OFFSHORE TRUST

4.1. ASPECTOS QUE JUSTIFICARÍAN UN NUEVO TRATAMIENTO FISCAL AL OFFSHORE TRUST	144
a. Elusión fiscal	148
b. Evasión fiscal	149
c. Fraude de Ley	149
d. Economía de opción	150
4.2. ALTERNATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	152
4.2.1. Métodos del Derecho internacional privado	152
a. Método analógico o de calificación funcional	153
b. Método de la especialización normativa	155
c. Método de Declaración de inexistencia	159
4.2.2. Teorías de calificación o colisión del Derecho internacional privado.....	161
a. Teoría de la Lex Fori.....	162
b. Teoría de la Lex Causae.....	162
c. Teoría autárquica empírica.....	163
d. Teoría de la coordinación.....	164
4.3. ALTERNATIVA DE CALIFICACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA A EFECTO FISCAL.....	165
4.3.1. Problemática y resistencia a la personificación.....	163
4.3.2. Concepción de la personalidad jurídica y las distorsiones en el proceso.....	167
4.3.3. Crítica y propuesta alternativa de personificación mediante atribución.....	169
4.4. ALTERNATIVAS EN LA ARMONIZACIÓN FISCAL Y LA COMPARACIÓN JURÍDICA.....	172
4.4.1. Teoría de las uniones y distorsiones económicas.....	172
4.4.2. Teoría general de la integración económica internacional.....	175
4.4.3. Teoría de la aplicación de la comparación jurídica para la armonización fiscal	178
a. Relación de la comparación jurídica y la armonización	179
b. Vías para la armonización.....	181
c. Críticas al trabajo conjunto de la comparación jurídica y la armonización...	182
i. Eurocentrismo.....	183
ii. Privatismo.....	184
d. Marco de comparación recomendable para la armonización.....	184
i. Tratamiento de las diferencias y similitudes al armonizar.....	185
ii. Problemática idiomática al armonizar.....	186
iii. Textualismo y contextualismo al armonizar.....	187
iv. Tránsito de lo analítico a lo normativo para armonizar.....	189
v. Comparación jurídica frente a la uniformación, armonización y unificación.....	190
4.3.4. Teoría de los trasplantes jurídicos.....	192
a. Posturas respecto a los trasplantes jurídicos.....	194
b. Tipología de los trasplantes legales según la motivación del	

importador.....	199
I. Trasplantes jurídicos para ahorrar costos.....	199
ii. Trasplantes jurídicos determinados desde el exterior	200
iii. Trasplante jurídico entrepreneur.....	201
iv. Trasplante que genera legitimidad.....	201
4.3.5. Propuesta de un nuevo lus Commune.....	203
OBJETIVOS	206
METODOLOGÍA	206
CONCLUSIONES	208
BIBLIOGRAFIA	220

RESUMEN

La globalización y la internacionalización de la economía de las últimas décadas han estimulado cambios en la libre circulación de capitales y el comercio, promoviendo un incremento de transacciones internacionales sin que las distancias y fronteras sean un límite de manera considerable, permitiendo que en la actualidad se pueda identificar a los denominados sujetos pasivos globales, porque sus operaciones involucran a más de un país y sus capitales generan ganancias alrededor del mundo de un extremo a otro. Este panorama ha venido dificultando el control tributario, y las legislaciones han quedado obsoletas frente a mecanismos cada vez más sofisticados y útiles para evadir o eludir las cargas fiscales, cuyo empleo, puede ser legal en ciertos países, pero no en otros, así como, puede basarse en movimientos económicos legales, pero no tener un fin justificable, o simular la necesidad de ciertas transacciones, pero buscar en realidad la reducción o des-imposición de la carga tributaria.

En este contexto, la economía de opción o la planificación fiscal internacional ha permitido optar vías fiscales más beneficiosas o menos onerosas dentro de la legalidad, cuyas operaciones económicas han sido consideradas legales, en la medida que no vulneren la norma directamente, y sean también lícitas, en la medida que no constituyan elusión. No obstante a ello, la planificación fiscal internacional se ha convertido en un problema para las administraciones tributarias del mundo, debido a que han viabilizado la toma de destinos con mayores ventajas tributarias que terminan deslocalizando las bases imponibles y las conducen hacia jurisdicciones con ventajas fiscales, generando mayores desafíos para las administraciones tributarias que tienen el deber de defender el interés tributario contra la afectación de los intereses fiscales locales e internacionales.

De esta manera, se ha fijado la atención sobre los mecanismos que se emplea para disminuir el pago de impuestos, es decir, aquellos mecanismos que les permiten escabullirse del total o parte de las obligaciones tributarias mediante el aprovechamiento de factores como: la no regulación o no reconocimiento de figuras jurídicas dentro de los sistemas jurídicos en que intervienen, así como, la presencia de diferentes localizaciones que intervienen en los relacionamientos mediante operaciones económicas internacionales, sumado a, la combinación de jurisdicciones cuyas disposiciones jurídicas generan inaplicabilidades cuando convergen entre sí, y otros factores que ensamblados deliberadamente, podrían permitir conseguir mayor protección frente a las obligaciones tributarias, o evitar su pago en una parte de las jurisdicciones de la cadena productiva o en todas las jurisdicciones que intervienen, a través de la denominada “planificación fiscal agresiva”.

Las referidas operaciones económicas internacionales, no solo suelen instrumentarse a través de compañías o empresas, sino también a través de vehículos de inversión o de gestión de patrimonio que facilitan la realización de actividades empresariales y de inversión pasiva, tanto de personas naturales como jurídicas, quienes obtienen rentas, pero no necesariamente tributan por ellas en el país de su residencia, debido a que, en sistemas fiscales de fuente territorial, solo los sujetos domiciliados tributan por rentas obtenidas en el exterior. Por ello, se ha hecho énfasis en que, dentro de los tipos de vehículos de inversión se incluirían a los *trust*, los cuales, se han hecho muy atractivos por los inversionistas, debido a que, cuando son de carácter discrecional tienen la posibilidad de diferir el nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren, no se generan las obligaciones fiscales, al no llegarse a percibir ninguna renta aún.

El *trust* es una figura jurídica nacida y desarrollada en el Derecho anglosajón, la cual, fue y continúa siendo usada por una persona o más (*settlers*) para que transmitan bienes y derechos a un fondo, o patrimonio separado que crea sin personalidad jurídica (*trust*), a efecto de dejarlos bajo el control de otra persona de su confianza (*trustee*), a quien le otorgan la titularidad y la obligación de gestionarlo o administrarlo en favor de terceras personas beneficiarias (*beneficiaries*). En primer lugar, esta figura jurídica se destaca por crear un fondo o patrimonio sin personalidad jurídica, que es autónomo y separado de las personas que intervienen en el (*settlor, trustee y beneficiaries*). En segundo lugar, el *trust* se destaca por separar en dos las facultades inherentes del derecho de propiedad del fondo o patrimonio que crea, y, en consecuencia, otorgar las facultades legales y formales al administrador (*trustee*), y las facultades materiales y económicas a los beneficiarios. Y, en tercer lugar, en un sentido más amplio, se destaca por servir de instrumento para beneficiar a terceras personas.

El *trust* es una figura jurídica anglosajona especialista en la transferencia y administración de bienes, cuya flexibilidad y versatilidad es tan amplia que puede constituirse en una variedad infinita de tipos de *trusts* según la necesidad y finalidad que persiga el constituyente para beneficiar a terceras personas, pero siempre a través de la creación de una relación jurídica trilateral entre: el propietario original de los bienes o derechos que constituyen el patrimonio, denominado constituyente (*settlor*); el administrador designado por el propietario original para administrar los bienes o derechos aportados al *trust* (*trustee*); y, los beneficiarios quienes reciben el capital y réditos de su administración. Por encima de ello, es a partir de la constitución del *trust* que el administrador (*trustee*) recibe facultades legales y formales para gestionar el patrimonio del *trust*, y los beneficiarios reciben facultades materiales y económicas sobre el mismo patrimonio, es decir, es el momento clave en que ambos (*trustee y los beneficiaries*) se convierten en titulares de *states* o propiedades distintas sobre un mismo bien o derecho que compone el fondo o patrimonio del *trust*.

El *trust* es una figura jurídica ampliamente conocida y utilizada en países regidos bajo el Derecho anglosajón por los beneficios fiscales y de seguridad que brinda, empero, resulta desconocida en los países que se rigen por el Derecho continental o Civil Law, en cuyos ordenamientos jurídicos no ha sido posible asimilar la separación del derecho de propiedad en dos que lo caracteriza, y su creciente uso transfronterizo ha sumado complejidad a la aspiración de darle un tratamiento, a tal punto que, ha impulsado que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado HCCH emita el Convenio de la Haya de 1 de Julio de 1985 para regular la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento internacional, a fin de simplificar o eliminar el rechazo del *trust* por parte de los sistemas jurídicos de Derecho continental. Sin embargo, después de haber entrado en vigencia el 1 de enero de 1992, su ratificación y adhesión fue escasa.

El *trust* es sin duda una de las contribuciones más significativas del Derecho anglosajón para el Derecho universal, por sus capacidades de transferir y administrar patrimonios en beneficio de terceras personas, pero principalmente por su perdurabilidad desde la edad media en que fue instituida originalmente por la falta de reconocimiento del derecho de propiedad del caballero (*settlor*) y/o de sus beneficiarios por parte del Derecho entonces vigente o Derecho Común (*Common Law*), específicamente cuando las personas de confianza (*trustee*) se negaban a devolver las tierras que los caballeros (*settlers*) les habían encomendado administrar hasta su retorno de las Cruzadas. De modo que, fue constituido como una institución jurídica con la creación del derecho de equidad (*Equity Law*) y el reconocimiento del derecho de propiedad del caballero (*settlor*) y sus beneficiarios. Presentando una forma diferente de concebir el derecho de propiedad a través de su separación, originada en la dualidad que, el mismo Derecho anglosajón alcanzó con la incursión de la equidad (*Equity Law*), por la que, la titularidad del administrador (*trustee*) quedó bajo jurisdicción y defensa en los tribunales del Derecho Común

(*Common Law*), y la propiedad material de los beneficiarios bajo la jurisdicción y defensa de los tribunales de la Equidad (*Equity Law*).

En su estado básico, el *trust* se caracteriza por crear un patrimonio separado del patrimonio de los sujetos que intervienen (*settlor*, *trustee*, y *beneficiaries*), y por enmarcarse en la categoría de patrimonio de afectación, debido a que, se desprende de un patrimonio original para formar uno nuevo con un fin específico, el cual, al crearse de manera separada del patrimonio del administrador (*trustee*) y de los beneficiarios, no puede ser tocado ni reclamado por acreedores de los sujetos intervinientes, tras haber quedado destinado al cumplimiento de los fines por el que fue creado, de modo que, es autónomo a cualquier vínculo jurídico y su gestión afecta solo al conjunto de bienes que se constituyen como patrimonio de afectación. Asimismo, se caracteriza por no ser admitido por los sistemas jurídicos continentales, debido a su forma dual de concebir el derecho de propiedad a partir de la autonomía de la voluntad, y contradecir los derechos reales absolutos e inalterables establecidos por la codificación continental, así como, por permitir que las facultades de los sujetos intervinientes puedan recaer en una misma persona y ser solapadas, dejando que el propietario original pueda reservarse para sí, diferentes niveles de intervención en el *trust*.

Dentro de los múltiples tipos de *trust* existentes, nos concentramos en los *offshore trusts*, los cuales, se constituyen en *trusts* básicos creados fuera del país de residencia habitual de la persona que lo origina (el constituyente o *settlor*), y de quienes son designados como beneficiarios. Este tipo de *trust* se caracteriza por estar constituido en jurisdicciones extranjeras cuya legislación es económica y fiscalmente más favorable, por lo que, también es denominado vehículo extranjero de inversión. Su creación se caracteriza por dar la libertad de elegir el lugar desde donde se obtendrán mejores ventajas o mayor protección de activos, al facilitar la desconexión del sistema tributario del país anglosajón, y conseguir la reducción de impuestos o desgravación mientras no se distribuyen los rendimientos, sumado que, si es de carácter irrevocable, el constituyente (*settlor*) queda desvinculado totalmente del fondo o patrimonio autónomo que constituye, y le es posible demostrar a los tribunales que no le pertenecen ni tiene el control sobre él, y que se encuentra en gestión del *trustee*. Y, si además es de carácter discrecional, el administrador (*trustee*) decide quiénes serán los beneficiarios y cuando los designará, así como, la forma en que serán distribuidos los beneficios, haciendo más compleja la forma de atribuir rentas e identificar a los beneficiarios, cuya designación queda en suspenso mientras no se distribuyan las rentas, facilitando de esta manera el diferimiento fiscal.

Los *offshore trust* son vehículos de inversión y de gestión de patrimonio que facilitan la realización de actividades empresariales y de inversión pasiva, tanto de personas físicas como jurídicas, quienes obtienen rentas, pero no necesariamente tributan por ellas en el país de su residencia, debido a que, en sistemas fiscales de fuente territorial, solo los sujetos residentes tributan por rentas obtenidas en el exterior, por tanto, se hace muy atractivos para los inversionistas por su carácter discrecional que posibilita el diferimiento del nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren, no se generan las obligaciones fiscales. Mas aún, cuando el *offshore trust* esta domiciliado fiscalmente es una jurisdicción extranjera con alícuotas bajas o nulas haciéndose posible reducir las cargas fiscales, y más aún cuando interviene un país de fuente territorial, en el que, los vehículos de inversión residentes no tributan por rentas de fuente extranjera. De esta manera, se presenta como instrumento idóneo para conducir rentas de un país a otro.

Frente a este tipo de conductas, las normas TFI o de transparencia internacional, ignoran la decisión de diferir las rentas pasivas, y las imputan directamente a quien consideran controlador, haciendo que los vehículos jurídicos se hagan transparentes a efectos fiscales, por considerar

que las rentas son obtenidas directamente por el controlador o beneficiario efectivo. En este sentido, las normas TFI buscan evitar que las rentas deslocalizables se ubiquen en jurisdicciones fiscales convenientes para evitar o diferir el pago del impuesto a la renta en el país de residencia, haciendo que las rentas sean consideradas distribuidas, como si la entidad o instrumento jurídico que las genera no existiera, por lo que, han venido aplicándose las normas TFI sobre los *offshore trusts*, calificándoles como entidad transparente, a fin de promover la equidad del sistema tributario en busca de que las rentas locales sean gravadas de la misma forma que las extranjeras.

La problemática fiscal del *trust* se concentra en identificar al “beneficiario efectivo o final”, es decir, a la persona que verdaderamente controla u obtiene los resultados por encima de lo establecido formalmente a efectos del impuesto a la renta. En vehículos jurídicos sin personalidad como los *trusts*, cuya estructura es más sofisticada, resulta mucho más difícil determinar quién tiene el control efectivo, debido a que, no solo la propiedad del fondo o patrimonio del *trust* está separada en dos, sino también la titularidad y el control efectivo. Asimismo, las facultades de la titularidad pueden estar solapadas, pudiendo el constituyente (*settlor*) ser a la vez beneficiario, o el administrador (*trustee*) y beneficiario ser la misma persona. Siendo aún más complejo en el caso de los *offshore trusts* que se vinculan a varias legislaciones, y algunas de ellas desconocen el *trust* o no regulan en sus ordenamientos jurídicos, dando lugar a que, al no estar especificado legalmente, no sea posible identificar a los obligados al pago del impuesto a la renta. Y, aunque se llegase a identificar al controlador del *offshore trust*, la siguiente problemática se concentraría en la falta de definición de “beneficiario efectivo” o “beneficiario final”, y la discordancia con la definición de sujeto pasivo o contribuyente del impuesto a la renta en la legislación fiscal local. Por lo que, al no haber concordancia ni aceptación de la concepción de los *trust* en una gran parte de legislaciones, la definición de “beneficiario final efectivo”, tampoco tendría aplicación práctica a efectos de los *offshore trust* desplazados a nivel global.

La globalización y la internacionalización de la economía han profundizado la problemática fiscal del control de cumplimiento de obligaciones tributarias de actividades económicas transfronterizas, al haber provisto el terreno propicio para el empleo de esquemas de planificación fiscal internacional cada vez más sofisticadas. En cuyo contexto, los *offshore trusts* han sido considerados uno de los mejores mecanismos de protección de patrimonio y de planificación fiscal, debido a que, al fragmentar el fondo o patrimonio del *offshore trust* en dos, puede deslocalizar sus partes en diferentes jurisdicciones, donde la figura jurídica del *trust* puede o no estar sujeta a tributación, o estar exencionada, o presentar una gravabilidad reducida, siendo muy estratégica la libertad que proporciona para elegir jurisdicciones. Sumado a que, si los *offshore trusts* son discrecionales, se favorecen del diferimiento fiscal, o no distribución de las rentas a los beneficiarios, y si además son de carácter irrevocable, se favorecen de la desimposición o no gravabilidad de las rentas, al quedar desvinculado el propietario original o constituyente (*settlor*), y dejar al administrador (*trustee*) como propietario legal “nominal” que a efectos fiscales no es considerado propietario y sujetos pasivo del impuesto a la renta, mientras los beneficiarios mantienen la expectativa de ser propietarios, y por tanto, no tener claro al sujeto pasivo a quien atribuir las obligaciones fiscales por las rentas que no se distribuyen y se acumulan.

El 1 de julio de 1985, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – HCCH, emitió el “Convenio sobre la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento”, con el fin de que los *trusts* creados bajo el Derecho anglosajón pudiesen desplegar sus efectos en jurisdicciones de Derecho Continental de manera regulada y uniforme, dada su naturaleza deslocalizable. No obstante, la ratificación y adhesión a este Convenio fue escasa, a pesar de que intentó dar las pautas sobre la ley aplicable a los *trusts*, reconociendo la facultad del constituyente (*settlor*) para

definirlo, y dando los criterios para lograr una conexión subsidiaria en caso de no ser definida la ley aplicable mediante la aplicación del “principio de proximidad”, por el que, debía ser posible verificar el lugar donde el *trust* se encuentra más estrechamente vinculado, bajo los criterios de: a. El lugar donde el *trust* es constituido y administrado; b. El lugar donde se encuentran situados los bienes del *trust*; c. El lugar de residencia del administrador (*trustee*), o desde donde ejerce sus actividades; y, d. El lugar donde los objetivos del *trust* deben cumplirse y cuales son estos objetivos. No obstante, en cuanto al reconocimiento del *trust*, el Convenio ha admitido que ningún país está obligado a reconocer el *trust*, y esto ha dado lugar a que, surja la problemática legislaciones elegidas por el constituyente (*settlor*) como ley aplicable al *trust* pero que corresponden a jurisdicciones que no reconocen el *trust*, a pesar de estar vinculado estrechamente.

Para el Consejo de la Unión Europea el *trust* es un instrumento jurídico transfronterizo que genera rentas que se distribuyen en forma de pago de intereses sin estar sujetos a tributación efectiva, por lo que, la Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014, establece que cuando un Estado miembro de la UE realiza pagos de intereses al fondo de un *trust* en el extranjero, sin que éste se encuentre sujeto a tributación efectiva, porque el administrador (*trustee*) reside fuera de la UE, estos pagos se considerarán realizados y atribuidos inmediatamente a la persona física residente del Estado miembro. No obstante, esta Directiva no se pronuncia sobre los *offshore trusts* de carácter discrecional, los cuales, al permitir diferir la atribución de las rentas según decisión discrecional del administrador (*trustee*) o mantener en suspenso la identificación de los beneficiarios y el momento de su distribución, de forma que, no sería factible cumplir con la regla establecida por esta Directiva, al desconocerse la identidad de los beneficiarios, no se podría considerar que los pagos fueron atribuidos o realizados. Asimismo, no considera las capacidades diferentes de otras jurisdicciones para brindar información a pesar de que, la Directiva le otorga la responsabilidad al administrador (*trustee*) de informar el lugar de su administración y constitución del *trust*.

En países de sistema anglosajón como los Estados Unidos, los trusts extranjeros (*US Foreign Trusts*) son tratados como individuos extranjeros no residentes y están liberados del impuesto a la renta estadounidense, salvo que, la administración fiscal americana (*Internal Revenue Service – IRS*) considere que existe participación de un ciudadano o residente estadounidense, en cuyo caso, los ciudadanos o residentes estadounidenses que actúan como constituyentes (*settlers*) o beneficiarios, son tratados como propietarios, calificándose a los trusts extranjeros (*US Foreign Trusts*) de dos formas: a. como no otorgantes (*Foreign non-grantor trusts*) gravando el impuesto a la renta a los beneficiarios estadounidenses; y, b. como otorgantes (*Foreign grantor trust*), gravando el impuesto a la renta a los constituyentes o cedentes (*settlor*). Esta clasificación ha sido instituida a fin de prevenir o frenar que se evada o difiera indebidamente los ingresos hacia el extranjero. En este sentido, si un *trust* extranjero no genera beneficios de fuente americana, ni sus beneficiarios son estadounidenses, aunque sea constituido bajo las leyes americanas, estará libre del impuesto a la renta estadounidense y se constituirá en una estructura de planificación fiscal muy atrayente para no pagar impuestos en los Estados Unidos y muy probablemente, también se encuentre liberada de pagar impuestos en la jurisdicción extranjera vinculada, siempre que no se regule el *trust*, lo exencione, o beneficie con la reducción de tributos.

En cambio, en el Reino Unido, los trusts constituidos y administrados por no residentes, no pagan el impuesto a la renta siempre que los ingresos que reciban sean extranjeros, salvo que, sean de carácter discrecional o de participación, en cuyo caso, los administradores (*trustees*) deben pagar el impuesto a la renta por los ingresos del fondo del *trust* que gestionan.

Por otro lado, en España considerado un país de sistema continental donde no se ha recogido e incorporado el *trust* en su ordenamiento jurídico, ni se ha adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, el *trust* es desconocido tanto en lo material como en lo internacional privado, por tanto, no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones en territorio español, ni mucho menos, surtir efectos jurídicos dentro de él. No obstante, no podría excluirse de aplicar Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014 por ser miembro de la UE, y de hecho, al no haberse podido evitar que los residentes españoles constituyan *trusts* en el extranjero o sean beneficiarios de ellos, el Tribunal Supremo, se ha tenido que pronunciar mediante Sentencia 338/2008 de 30 de abril de 2008, catalogando al *trust* como un negocio jurídico desconocido para el Derecho español, tanto en lo material como en lo internacional privado, referenciando su falta de incorporación al ordenamiento jurídico español, y su falta de adhesión al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1985, estableciendo que la única forma de que surta efectos en su territorio, es a través de su reconocimiento mediante ley, previa suscripción del citado Convenio.

Asimismo, al no haberse podido aplacar la presencia de conflictos relacionados con los *trust* en el ámbito fiscal, en España también se ha pronunciado la Dirección General de Tributos de este país, mediante resoluciones con efecto vinculante, disponiendo que al no estar reconocida la figura jurídica anglosajona del *trust* en el ordenamiento jurídico español, los *trusts* deben ser tenidos por no constituidos, de tal manera que, las relaciones jurídicas que producen y regulen, no surten efectos legales en España, y por tanto, las operaciones de distribución de rentas periódicas producidas por los fondos de los *trust* a favor de los beneficiarios, deben ser consideradas a efectos fiscales como si fueran transmisiones directas del constituyente (*settlor*) al beneficiario, es decir, como si el *trust* no existiese, aplicando el régimen de transparencia fiscal a personas residentes en España, calificando al *offshore trust* como entidad transparente.

Por otro lado, la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo de 28 de abril de 2010 en España, ha catalogado al *trust* anglosajón como una entidad sin personalidad jurídica que actúa en el tráfico económico, por lo que, ha establecido que los residentes españoles, sean personas físicas o jurídicas, o con establecimiento en este país, los cuales, actúen como administradores (*trustees*) de los *trusts* con actividades en España, según el Art. 4. Núm. 2 inc. c) de esta Ley están obligados a obtener, conservar, y actualizar información de los “titulares reales”, los cuales, a efectos de esta ley son: a. El constituyente (*settlor*), b. El administrador (*trustee*), c. El protector si hubiera, d. El beneficiario designado (respecto al momento del pago o cuando pretenda ejercer los derechos conferidos) o por designar (respecto a la categoría de personas en beneficio), y, e. Cualquier persona que ejerza control a través de propiedad directa, indirecta u otros medios; personas que a su vez, tienen la obligación de suministrar información al administrador (*trustee*), sobre su condición de titulares reales, e identificarse como personas físicas o jurídicas nacionales o residentes en España o extranjeros no residentes, así como, declarar su participación en relaciones de negocio, operaciones ocasionales, o adquisición de bienes inmuebles en España, cuya información debe ser resguardada por 10 años, y en caso de personas jurídicas, debe ser declarada anualmente en el Registro de Titularidades Reales.

Asimismo, en España, el Real Decreto 1558/2012, publicado el 24 de noviembre de 2012, ha introducido la obligación anual de informar a la Administración Tributaria, sobre valores, derechos, seguros y rentas depositadas, gestionadas u obtenidas en el extranjero, dentro de cuyas disposiciones, el Art. 42 ter, núm. 1, inc. iii), ha incluido la obligación de informar mediante declaración anual sobre: a. Los valores aportados a los *trusts* para su gestión y administración, por considerarlo un instrumento jurídico que, a pesar de carecer de personalidad jurídica, puede actuar en el tráfico económico; y, b. Los bienes y derechos situados en el extranjero, de los cuales, en ambos casos resulten titulares o se consideran “titulares reales” a efectos del apartado

2 del Art. 4 de la Ley 10/2010, estableciendo como sujetos obligados del cumplimiento de estas disposiciones a: a. Personas físicas o jurídicas residentes en España; b. Establecimientos permanentes en territorio español de personas o entidades no residentes; y, c. Entidades referidas en el Art. 35.4 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre de 2003, cuya disposición hace referencia a entidades sin personalidad jurídica o patrimonio separado susceptible de imposición, creando la interrogante si ¿El *trust* es o no susceptible de imposición en este país, después de haberse adoptado la postura judicial que lo considera inexistente?, o ¿Esta última disposición es suficiente para hacerlo susceptible de imposición efectiva?.

Por otro lado, en la República de la Argentina, un país de sistema continental que no se ha adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, pero sin embargo, ha regulado el *trust* de forma expresa en el ámbito fiscal dentro de la reforma tributaria de 2017, estableciendo un tratamiento fiscal para los *trusts* extranjeros u *offshore trusts* cuyo objeto específico fuese la administración de activos financieros, disponiendo que, las ganancias obtenidas por ellos desde el extranjero deben imputarse al residente argentino que los controla en el año fiscal. De modo que, imputan el impuesto a las ganancias en los casos de *offshore trusts* revocables, siempre que el constituyente (*settlor*) sea también beneficiario y el sujeto que mantiene en su poder los activos financieros, y además, pueda tomar decisiones directas o indirectas para invertir o dejar de invertir en ellos.

No obstante a este panorama, como resultado de las medidas implementadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y el Grupo de los Veinte o G-20 compuesto por un foro intergubernamental integrado por 19 países y la Unión Europea (UE), en la lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, y los esfuerzos por implementar estándares de intercambio de información para calificar jurisdicciones cooperantes o no cooperantes fiscalmente, actualmente la OECD no registra ninguna jurisdicción “no cooperante” en el intercambio de información con fines fiscales, sin embargo, según el Índice de Paraísos Fiscales de 2021, elaborado por la Tax Justice Network, se habría obtenido datos que revelarían que la OECD no habría logrado detectar ni prevenir el fraude fiscal corporativo facilitado por los propios países miembros de la OECD, y por tanto, muchas jurisdicciones consideradas cooperantes continuarían siendo jurisdicciones de baja o nula tributación porque mantienen sistemas legales que ponen a disponibilidad de los actores económicos, ventajas fiscales para reducir la carga fiscal del impuesto a la renta. Presentándose como jurisdicciones atrayentes para la constitución de *offshore trusts* y la deslocalización de beneficios que por la naturaleza versátil y flexible que tienen los *offshore trust*, pueden optar por seleccionar su vinculación con estas jurisdicciones para aprovechar los beneficios que ofrecen.

Como ejemplo, se tomó el caso de Malta, cuyo país es considerado cooperante para la OECD, y no es considerado no cooperante para la ONU, el cual, en su Ley del Impuesto a la renta (*Income Tax Act*) de 1949, dispone que los *trusts* constituidos en Malta por personas no residentes, es decir, los *offshore trusts* administrados fuera de su territorio, no tienen la obligación de registrarse, y las rentas, ganancias o beneficios que generen fuera de Malta distribuidos a beneficiarios residentes en Malta, están exentas del Impuesto a la Renta, siempre deriven de personas no residentes en Malta que además no sean propietarias, ni estén controladas directa o indirectamente, ni actúen en nombre de una o más personas que sean residentes habituales o domiciliados en Malta. Asimismo, se consideró el caso de Mónaco, también considerada una jurisdicción cooperante para la OECD y que no se encuentra enlistado como país no cooperante para la ONU, el cual, dispone que sus residentes no están obligados al pago del impuesto a la renta, así como, tampoco las rentas o ganancias que pudiesen generar los *trusts* a favor de sus residentes.

Por todo lo expuesto, el *offshore trust* se habría consolidado como la fórmula perfecta para: a. Deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales; b. Diferir el pago del impuesto a la renta de manera indefinida e incierta; c. Disminuir o lograr la des-imposición fiscal total del impuesto a la renta; y d. Evitar la fiscalización y registro de los sujetos intervinientes y patrimonio o activos, especialmente en jurisdicciones que no lo regulan, dando apariencia de licitud y en muchos casos, justificando legalmente su empleo. Por lo que, es apto para erosionar las bases imponibles del impuesto a la renta cuando no es reconocido y es desconocido por los ordenamientos jurídicos. No obstante, no se constituiría bajo los parámetros de la evasión, elusión o fraude de ley, porque para ello previamente debiera estar regulada por la ley que supuestamente evade, elude o causa fraude, al contrario, se presenta como un instrumento de des-imposición por exclusión fiscal anómala, es decir, por falta de norma que lo regule, o que lo regule efectivamente.

Y, en caso de estar definida una ley aplicable que también lo regula, también pueden aprovechar su constitución de carácter discrecional para emplear el diferimiento del pago del impuesto a la renta en base a la incertidumbre que genera la falta de designación del beneficiario y el momento preciso de pago de los rendimientos, y si además, se constituye de carácter irrevocable se caracteriza por separar al propietario original del *trust* o por lo menos aparentar que es así, para alcanzar la des-imposición del impuesto a la renta, generando la ambigüedad fiscal de poder calificar como sujeto pasivo al administrador (*trustee*), cuando este no es propietario, pues solo tiene la titularidad legal “nominalmente”, o al beneficiario cuya titularidad real todavía es una expectativa de ser algún día propietario definitivo, teniendo a su vez el derecho a recibir los rendimientos.

A lo largo de nuestro análisis, se ha visto la necesidad de encontrar un tratamiento fiscal uniforme y equitativo para los *offshore trusts*, por lo que, se analizaron propuestas teóricas que pudieran sugerir respuestas, dentro de las cuales, desde el Derecho internacional privado, Lipstein sugirió que las jurisdicciones continentales puedan optar por: a. Justificarse en el desconocimiento del *trust* y no reconocer su existencia, cuya vía resulta obligatoria cuando no se tiene otro método aplicable, y exige el pronunciamiento judicial en este sentido; o, b. Tratar de adaptarlo o trasponer el *trust* a las instituciones y categorías de su Derecho interno, cuya vía es la más usada por la jurisprudencia de la mayoría de países de sistema continental, pero es la más confrontativa a la naturaleza del *trust*, y desproporcional en el intento de calificar las múltiples funciones que realiza de manera simultánea con las que presentan sus instituciones; o, c. Insertar el *trust* en el Derecho internacional privado de su país, y a partir de ello, establecer un tratamiento especial, cuya vía ha sido adoptada por el Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, considerando que existe una laguna jurídica respecto al *trust* que debe ser llenada mediante normas especiales *ad hoc*, para dar un tratamiento especial y específico. Estas modalidades ya habrían sido aplicadas de alguna manera por los Estados, sin embargo, la problemática seguiría latente.

Por otro lado, se analizó la teoría de la calificación o colisión del Derecho internacional privado, la cual, en términos generales ha sugerido que, sin tener que introducir el *trust* en el ordenamiento jurídico de las jurisdicciones de sistemas jurídicos continentales, sea posible determinar la ley aplicable, mediante la valoración de puntos de conexión con el *trust*, sugeridos por el planteamiento de las siguientes subteorías: a. La teoría de la *lex fori* sugiere que la ley extranjera del lugar de celebración del acto sea la que defina la ley aplicable; b. La teoría de la *lex causae*, sugiere que la ley extranjera que regula la relación sea la que defina el tipo legal de los puntos de conexión; c. La teoría autárquica sugiere la comparación de la categoría jurídica en conflicto, frente a las categorías de otros ordenamientos jurídicos, las cuales, tengan el mismo origen, finalidad y concepción funcional, para posteriormente determinar las analogías existentes entre las soluciones que ambas confieren a un mismo problema; y, la teoría de coordinación sugiere

que los puntos de conexión sean definidos por los jueces que califican cada institución o relación jurídica extranjera en conflicto entre la *lex fori* y la *lex causae*.

Asimismo, se analizó la teoría de la calificación del *trust* como persona jurídica en jurisdicciones sistema jurídico continental, surgida por el predominio del uso del *trust* como negocio jurídico fuera de las fronteras de jurisdicciones de sistemas jurídicos anglosajones. Teoría que, desde la óptica civilista, ha planteado la necesidad de que el *trust* sea visto como perteneciente al derecho de las cosas, y no al derecho de las personas. Sin embargo, se estableció que los *trusts* carecen de base personal porque el patrimonio ha sido separado con su creación, y la personalidad jurídica, a pesar de que puede separar el patrimonio individual para conformar un solo patrimonio con sus activos, esta separación no es completa como ocurre con el *trust*. Al mismo tiempo, entraría en contradicciones, porque las entidades jurídicas con personalidad jurídica del Derecho continental se fundan en actos unificados, en cambio, el *trust* ha sido creado con el único fin de separar patrimonio, y para el Derecho continental nadie puede ser titular de dos patrimonios, sino que, cada titular debe tener un solo patrimonio en el que se unifiquen sus derechos, bienes, deudas y créditos, de modo que, no se puede fingir que se actúa sobre otro patrimonio que no le pertenece, como sucede con el *trust* y la gestión que realiza el *trustee*. No obstante, existen casos como el de Québec y Perú que se presentan como ejemplo de personificación, a efectos fiscales en aplicación de normativa de transferencia fiscal internacional o TFI.

Por su parte, se analizó la teoría de la armonización fiscal a partir de la comparación jurídica, en cuyas subteorías se presentó la teoría de las uniones y distorsiones económicas por la que, la única forma de eliminar o disminuir las distorsiones económicas del mercado sería mediante las “uniones económicas”, y el instrumento para hacerlo sería la armonización, de modo que, los *offshore trusts* habrían provocado esas distorsiones, y la armonización fiscal sería el instrumento necesario para limar las discrepancias entre legislaciones internas para hacerlas susceptibles a la realización de un objetivo común. Por su parte, la subteoría de integración económica internacional concuerda y establece que la armonización fiscal es el objetivo internacional fundamental para alcanzar eficacia y eficiencia en la distribución y redistribución internacional de los ingresos nacionales, para lograr estabilidad de las relaciones económicas internacionales con el mínimo de afectación a los objetivos nacionales, en pos de un crecimiento común.

En la misma línea, la teoría de la aplicación de la comparación jurídica para la armonización fiscal añade que, es necesaria la comparación jurídica antes de armonizar, debido a que, la comparación jurídica proporciona la base intelectual para interpretar y analizar sistemas jurídicos, y por ende evaluar vacíos jurídicos o falencias en ellos, como ocurriría con el *trust*, pero ambos se necesitan mutuamente y convergen hacia el destino común que es el surgimiento de una cultura jurídica más amplia y acorde a los cambios que conducen a la inevitable armonización de sistemas jurídicos. Asimismo, considera que, para armonizar es importante encontrar un común denominador terminológico que exprese cabalmente instituciones de diferentes idiomas, y que, en figuras jurídicas complejas como el *trust*, es difícil encontrar una correcta correlación con los negocios fiduciarios, porque su naturaleza y alcance no son lo mismo, y habría sido difícil sentar una cultura jurídica común sobre los *trust*, por lo que, todavía seguiría traduciéndose como fideicomiso, cuando no es lo mismo.

Por su parte, dentro la comparación jurídica se presenta la subteoría de los trasplantes jurídicos que, promueve la recepción de normas jurídicas de otras sociedades y propone la interrelación entre sistemas jurídicos facilitados por la importación o exportación de institutos jurídicos de un sistema a otro, en la que, los trasplantes jurídicos sirven de fuente de mutación y medio de difusión de modelos jurídicos relacionados con el *offshore trust*. Por ello sugiere que, la comparación jurídica sea la herramienta que otorgue las pautas para trasplantar una figura

jurídica, previo análisis de sistemas jurídicos y sistematización de similitudes y diferencias, de modo que, la comparación jurídica ofrezca un producto final y la posibilidad de armonizar mediante la elaboración de un texto que describa el nuevo modelo de trasplante, influenciado por otro sistema jurídico, para finalmente trasladar la figura jurídica de un sistema jurídico a otro.

También fue analizada la subteoría del *ius commune* que propone recrear un nuevo Derecho común, mediante un nuevo lenguaje jurídico que posicione a la armonización en una nueva era, donde la comparación jurídica sea el instrumento más adecuado para crear el debate y el marco intelectual, y lo local sea cada vez menos decisivo para la configuración de sistemas jurídicos. Con esta nueva visión, la comparación jurídica actuaría bajo el destino común de generar cambios y otorgar un tratamiento armonizado y globalizado para los sistemas jurídicos, sustituyendo la idea del Derecho localista, hacia un diálogo jurídico entre diferentes actores globales, con base en reglas y soluciones comunes, resultantes de la labor de la comparación jurídica, considerada la mejor alternativa, y la más beneficiosa, mediante un compromiso voluntario de aplicarla. Esto conllevaría un estudio previo de comparación jurídica global del Derecho y los sistemas fiscales del impuesto a la renta respecto al uso de categorías jurídicas, dentro de ellas, el estudio del *offshore trust*, a efecto de superar las divergencias y encontrar soluciones bajo una mentalidad jurídica global, en el que, los legisladores estén dispuestos a desarrollar y plasmar estas soluciones armonizadoras o trasplantes jurídicos en sus ordenamientos jurídicos, así como, los jueces en los razonamientos de sus sentencias.

La importancia práctica o justificación de la presente tesis se concentra en estudiar legislaciones y jurisprudencia concreta de los sistemas jurídicos continentales y los sistemas jurídicos anglosajones, para verificar que el uso del *offshore trust* puede facilitar el aprovechamiento de falencias, lagunas jurídicas, contradicciones, ambigüedades y ventajas de las normas jurídicas que se pudieran combinar, contraponer y hacer valer para evitar, demorar o reducir el pago del impuesto a la renta de las rentas generadas periódicamente por los *offshore trusts*, cuando debieran ser distribuidas. Asimismo, nos concentramos en la implicancia del reconocimiento del *offshore trust* en sistemas jurídico continentales, y la problemática de aceptar la propiedad dual que propugna la naturaleza del *trust* al distinguir al propietario formal (trustee) del propietario económico o material (beneficiary) sobre un mismo patrimonio, así como, la trascendencia que ha tenido el Convenio de 1 de julio de 1985, sobre la Ley aplicable al trust y su reconocimiento internacional, propuesto por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH).

El objetivo central ha sido el estudio de la legislación y jurisprudencia para determinar: si, la figura jurídica anglosajona del *offshore trust* constituido en jurisdicciones extranjeras puede: a. Deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales; b. Diferir el pago del impuesto a la renta de manera indefinida e incierta, especialmente cuando es de carácter discrecional; c. Disminuir o lograr la des-imposición fiscal total del impuesto a la renta, especialmente cuando es de carácter irrevocable; y d. Evitar la fiscalización y registro de los sujetos intervinientes y patrimonio o activos, especialmente en jurisdicciones que no lo reconocen y no lo regulan en sus ordenamientos jurídicos o la jurisprudencia especialmente de jurisdicciones de Derecho continental, dando apariencia de licitud y en muchos casos, justificando legalmente su empleo.

El análisis de la investigación se concentra en los *offshore trusts* creados fuera del país de residencia habitual del constituyente (*settlor*) y de sus beneficiarios, específicamente en territorios extranjeros que les ofrecen mejores beneficios a sus intereses, sea mediante alícuotas bajas o nulas de tributación, o protección y seguridad jurídica desde sus legislaciones, cuya implicancia legal y fiscal se concentra principalmente en la dificultad de identificar al beneficiario final o efectivo respecto a las distribuciones de los rendimientos resultantes de la explotación del

patrimonio del fondo del *trust*, frente al solapamiento de facultades de los sujetos intervinientes, y las implicancias de ser constituido por ciudadanos residentes de países de Derecho continental cuya legislación no ha reconocido el *trust*, y cuentan con una interpretación diferente del derecho de propiedad.

Los Capítulos que se desarrollan en el estudio realizado está dividido en cuatro: el Primer Capítulo versa sobre la definición, origen, finalidad, tipología, concepción y las características de la figura jurídica anglosajona del *trust*, para posteriormente describir la finalidad, las características, e implicancias fiscales sobre posibles efectos del *offshore trust* en la fiscalidad; en el Segundo Capítulo, nos concentramos en analizar la percepción internacional que ha adquirido el *offshore trust* durante los últimos años, desde su regulación, posturas, avances y contradicciones; en el Tercer Capítulo, analizamos la legislación y jurisprudencia que se ha venido aplicando para dar un tratamiento fiscal a las rentas periódicas que genera el *offshore trust* en los sistemas jurídicos continentales y los sistemas jurídicos anglosajones, verificando sus diferencias, contradicciones, características específicas, y la posible existencia de falencias o lagunas jurídicas; y, en el Cuarto Capítulo, nos concentramos en examinar los debates teóricos de las diferentes teorías que podrían plantearse para darle un nuevo tratamiento fiscal al *offshore trust* dentro del panorama fiscal actual.

La metodología adoptada es la Dogmática Jurídica cuyo carácter sistémico permitió estudiar el contenido de las leyes de los sistemas jurídicos continentales y anglosajones, utilizando la abstracción enfocada al instituto jurídico del *offshore trust* para develar su naturaleza jurídica y su significancia a partir de su uso. A su vez, se estudió la jurisprudencia necesaria, que fue producida por las decisiones judiciales en sentencias como producto de la aplicación de las leyes de diferentes sistemas jurídicos vinculados al *offshore trust*, ante la expectativa de un posible Derecho imperfecto, no uniforme para todos, ni paralelo a la velocidad de los cambios sociales y jurídicos, cuyos defectos de construcción estarían obligando a los jueces a emitir sentencias para solucionar indeterminaciones, contradicciones o lagunas por causa de imprevisiones o imperfecciones de la legislación.

El método empleado dentro de la metodología adoptada, se concentró en los principios generales del Derecho como método principal para interpretar el sentido y contenido de las normas jurídicas de los sistemas jurídicos continentales y anglosajones respecto al *offshore trust*. Asimismo, fueron empleados los principios generales del Derecho para integrar lagunas jurídicas que se presentaron, mediante una integración sistemática horizontal de normas de sistemas jurídicos de fuente internacional. Por su parte, fue utilizada la analogía jurídica como método de interpretación respecto a la tarea de los jueces que actúan mediante sentencias que generan jurisprudencia, a efecto de concentrarnos en las lagunas que fueron completadas por la tarea jurisdiccional y aquellas que aún no lo están.

La técnica empleada fue la comparación jurídica dentro de la estructura de la Dogmática Jurídica aplicada al ámbito tributario. Esta técnica fue utilizada con el fin de hallar contrastes de los ordenamientos o sistemas jurídicos y la jurisprudencia como fuente internacional, para identificar sus semejanzas y diferencias respecto al *offshore trust* y encontrar respuestas al problema análogo. Asimismo, mediante esta técnica fueron comparadas las estructuras o conjuntos normativas, es decir, los sistemas jurídicos, donde se identificaron los equivalentes funcionales, la analogía de solución adoptada en otros sistemas jurídicos, los antecedentes extranjeros de la regulación, y la importación del instituto jurídico analizado. Como fuente primaria del estudio se tuvo la legislación y la jurisprudencia, y como fuente secundaria los libros, textos, ponencias, revistas, periódicos, páginas de web, etc., referentes al objeto de investigación.

Finalmente, se llegó a la conclusión de que el *offshore trust* constituido en jurisdicciones extranjeras, por su naturaleza y características, tiene la posibilidad de deslocalizar las bases imponibles del impuesto a la renta para obtener beneficios fiscales como: el diferimiento del reparto de rentas cuando es constituido de carácter discrecional, o la disminución o suspensión del pago del impuesto a la renta cuando es de carácter irrevocable, o la exclusión del pago del impuesto a la renta por el no reconocimiento o desconocimiento de la legislación o jurisprudencia de jurisdicciones de Derecho continental, y por tanto, existe la necesidad de contar con un tratamiento fiscal equitativo e uniforme que no solo supere las dificultades atravesadas durante este tiempo sino también mejore los avances logrados durante los últimos años en materia de intercambio de información. Por ello, nos adherimos a la postura de la teoría de la armonización fiscal a partir de la comparación jurídica, por ser la que más se adecua a las necesidades actuales del contexto tributario internacional, y proponemos su realización conforme a la interpretación sistematizada que fue realizada en este trabajo de investigación a partir del Informe Neumark.

Asimismo, concluimos que para armonizar el *offshore trust* es necesario encontrar un común denominador terminológico que exprese cabalmente esta figura jurídica en diferentes idiomas, así como lograr establecer un texto armonizador que no prescinda del contexto, sino que estos se apoyen e integren. Al mismo tiempo consideramos que para dar un tratamiento al *offshore trust* es preciso partir de la comparación jurídica en la labor armonizadora y conseguir previamente las pautas para trasplantar una figura jurídica como resultado del análisis de sistemas jurídicos y la sistematización de similitudes y diferencias hasta que pueda ofrecerse un producto final y exista la posibilidad de armonizar mediante la elaboración de un texto que describa el nuevo modelo de trasplante que pueda influenciar otro sistema conforme establece la teoría de los trasplantes. Paralelamente, será necesario considerar que en la actualidad muchos países cuentan con la información digitalizada de todos los movimientos económicos relacionados con el impuesto a la renta, por lo que, la presentación de estados contables y financieros es cada vez más irrelevante.

Además es necesario crear un nuevo Derecho común, o al menos en el ámbito fiscal, y comenzar por resolver la problemática del *offshore trust* a través de la armonización jurídica, para la consolidación de una nueva era fiscal, para ello, será necesario crear el debate y el marco intelectual a partir de la comparación jurídica bajo un objetivo común y acorde al mundo globalizado, sustituyendo la competencia fiscal internacional y el apego al Derecho localista hacia un dialogo jurídico entre diferentes actores globales con base en reglas y soluciones comunes, resultantes de la labor de la comparación, todo ello, en base a un procedimiento de labor armonizadora, por lo que, se postula el procedimiento interpretado en esta tesis, respecto al caso concreto del *offshore trust* a partir del Informe Neumark.

El Informe Neumark presenta una propuesta de procedimientos para alcanzar la armonización fiscal global de los impuestos más relevantes y plantea procedimientos para llevarlo a cabo, de cuya revisión y análisis, se sistematizó e interpretó su aplicabilidad para dar un tratamiento fiscal al *offshore trust*, el cual, se consideró adecuado aplicar previo estudio de comparación jurídica. El planteamiento sistematizado que fue realizado a partir del Informe Neumark para el *offshore trust* es el siguiente:

En una primera fase, la primera medida preparatoria que debería adoptarse es la “Armonización de las formas de imposición” sobre las rentas, dividendos, e intereses provenientes de los *offshore trusts*. La segunda medida preparatoria que debiera adoptarse es la “Proyección de una reforma del impuesto que grava las rentas” o beneficios provenientes de los *offshore trusts*, conforme a lo siguiente: a. Debiera aplicarse el principio por el que, todo beneficio no distribuido debe gravarse con mayor intensidad que los distribuidos; b. El impuesto a la renta debiera ser de

tipo fijo común sobre todos los beneficios de los *offshore trusts*; c. Las exenciones, reducciones y deducciones respecto a las rentas de los *offshore trusts* deben ser homogeneizadas; y, d. Debiera crearse un fondo común con cargo a los ingresos de la recaudación de las rentas de los *offshore trusts* para su posterior asignación al país correspondiente.

En una segunda fase, se debiera adoptar como primera medida, la reforma del impuesto a la renta respecto a los beneficios generados por los *offshore trusts* de forma armonizada a nivel global. Como segunda medida, se debiera promover la aprobación de un acuerdo multilateral que prohíba la constitución de *offshore trusts* de tipo discrecional, para evitar la incertidumbre y la indeterminación de tiempo y lugar, así como, para evitar el diferimiento, y también de tipo irrevocable para evitar la simulación u ocultamiento del verdadero controlador. Y, como tercera medida se debiera promover el estudio de la estructura, tipos y modalidades de tratamiento fiscal del impuesto a la renta sobre los beneficios generados por los *offshore trusts*.

En una tercera fase, se debiera fortalecer la aplicación de las medidas de segunda fase, así como, dar lugar a la creación de fondos comunes para la asignación y compensación financiera de ingresos generados por los *offshore trusts* a nivel global. Asimismo, se debiera dar lugar a la creación de dos instituciones internacionales: a. La creación de un servicio común de información para la fiscalización y control de las rentas y beneficios generados por los *offshore trusts*; y, b. La creación de un tribunal fiscal especial para toda controversia relacionada con los *offshore trust* a nivel global.

INTRODUCCIÓN

La globalización y la internacionalización de la economía de las últimas décadas han estimulado cambios en la libre circulación de capitales y el comercio, promoviendo un incremento de transacciones internacionales de manera considerable, permitiendo que en la actualidad se identifiquen los denominados sujetos pasivos globales, porque sus operaciones involucran a más de un país y sus capitales generan ganancias alrededor del mundo de un extremo a otro. Este panorama ha venido dificultando el control tributario, y las legislaciones han quedado obsoletas frente a mecanismos cada vez más sofisticados y útiles para evadir o eludir las cargas fiscales, cuyo empleo, puede ser legal en ciertos países, pero no en otros, así como, puede basarse en movimientos económicos legales, pero no tener un fin justificable, o simular la necesidad de ciertas transacciones, pero buscar en realidad reducir o liberarse de la carga tributaria.

La magnitud de la movilidad de capitales y la aparición de nuevas formas de negocio entre los diferentes continentes del mundo, han sido el resultado de la expansión global de la economía. Sin embargo, esto no solo han impulsado que las actividades económicas tengan que someterse a una necesaria planificación fiscal internacional porque ya no se restringen a una sola jurisdicción, por lo que, con su empleo ha sido mucho más fácil evitar, demorar o reducir al máximo el pago del impuesto que grava las rentas, así como, aprovechar los vacíos jurídicos, imprecisiones o diferencias de las legislaciones y la falta de uniformidad en diferentes países, para justificarse en la legalidad de ciertas actuaciones que en otra parte del mundo son tachadas de ilegales.

Muchos países han tratado de introducir en sus legislaciones tributarias, mecanismos para contrarrestar la sofisticación de las prácticas que terminan distorsionando los efectos fiscales esperados, no obstante a ello, pueden haber sido rebasadas por las innovadoras formas de eludir la carga tributaria, no solo por su diversificación, dinamismo y velocidad que las hacen inalcanzables, sino porque muchas de éstas legislaciones no tenían previsto ni visionado restricciones efectivas contra prácticas orientadas a evitar, demorar o reducir al máximo el pago del impuesto que grava las rentas, y por tanto, han quedado obsoletas o inaplicables. No obstante, estas prácticas podrían haber encontrado su blindaje cuando logran justificarse en la legalidad, obligando a algunos países a exigir su necesaria justificación económica en los movimientos de capital, aunque la simulación y justificación mediante mecanismos legales continúan siendo las herramientas que marcan la debilidad para los países.

En este contexto, la economía de opción o la planificación fiscal internacional, ha permitido optar vías fiscales más beneficiosas o menos onerosas dentro de la legalidad, cuyas operaciones económicas se han considerado legales, en la medida que no vulneran directamente la norma, y, sean también lícitas, en la medida que no constituyan elusión. No obstante a ello, la planificación fiscal internacional se ha convertido en un problema para las administraciones tributarias del mundo, porque han viabilizado la toma de destinos con mayores ventajas tributarias que terminan deslocalizando las bases imponibles y las conduce hacia sus jurisdicciones con ventajas fiscales, generando mayores desafíos para las administraciones tributarias que tienen el deber de defender el interés tributario contra la afectación de los intereses fiscales locales e internacionales.

Dentro de este contexto, se ha fijado la atención en los mecanismos que emplean para disminuir el pago de impuestos, o aquellos que les permiten escabullirse del total o parte de las obligaciones tributarias mediante el aprovechamiento de factores como la no regulación o no reconocimiento de figuras jurídicas dentro de los sistemas jurídicos que intervienen, así como, la presencia de diferentes localizaciones que intervienen en los relacionamientos, sumado a la combinación de jurisdicciones cuyas disposiciones jurídicas generan inaplicabilidades cuando convergen, entre otros factores que, ensamblados deliberadamente, podrían permitir conseguir mayor protección frente a las obligaciones tributarias, o evitar su pago en una parte de las jurisdicciones de la cadena productiva o en todas las jurisdicciones que intervienen, a través de la denominada “planificación fiscal agresiva”.

Paralelamente, la economía contemporánea caracterizada por impulsar el libre mercado de capitales, ha exigido que las relaciones económicas internacionales tengan mayores condiciones de libertad de movimiento de capitales entre los exportadores de capital que colocan sus inversiones desde sus países al exterior, y los importadores de capital que reciben las inversiones de países del exterior. Es por ello que, quienes desean invertir, no solo tienen la clara intención de incrementar la rentabilidad de su capital, sino ser cada vez más competitivos, viéndose forzados a incluir dentro de su estructura de costos de inversión, aquellos costos relacionados con impuestos, convirtiéndose lo fiscal en un factor determinante para decidir invertir o no en una jurisdicción, y optar por medidas que optimicen la carga fiscal, entre ellas, decidir el sistema fiscal al que someterán la inversión.

Las referidas operaciones internacionales, no solo suelen instrumentarse a través de compañías o empresas, sino también a través de vehículos de inversión o de gestión de patrimonio que facilitan la realización de actividades empresariales y de inversión pasiva, tanto de personas físicas como jurídicas, quienes obtienen rentas pero no necesariamente tributan por ellas en el país de su residencia, debido a que, en sistemas fiscales de fuente territorial, solo los sujetos domiciliados tributan por rentas obtenidas en el exterior. De manera que, dentro de los tipos de vehículos de inversión se incluyen a los *offshore trusts*, los cuales, se hacen muy atractivos por los inversionistas, debido a que, cuando son de carácter discrecional tienen la posibilidad de diferir el nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren, y no se generan las obligaciones fiscales al no llegarse a percibir ninguna renta aún.

En términos generales, el *offshore trust* es un *trust* básico constituido fuera del país de residencia habitual de la persona que lo crea (el constituyente o *settlor*), y de quienes son designados como beneficiarios. Está caracterizado por ser constituido en jurisdicciones cuya legislación extranjera le es económica y fiscalmente más favorable, no solo porque le ofrece mayor protección a nivel de privacidad, o contra acreedores, sino también, a nivel fiscal. En un *offshore trust*, el constituyente (*settlor*) transfiere todo o parte de sus bienes o derechos a un fondo o patrimonio separado que crea en una jurisdicción extranjera favorable a sus intereses, y designa a un administrador (*trustee*), para que lo gestione desde el país de constitución o desde otra jurisdicción extranjera seleccionada, específicamente para invertir, transmitir y distribuir las rentas a los terceros beneficiarios donde se localicen.

El análisis de la investigación se concentra en los *offshore trusts* creados fuera del país de residencia habitual del constituyente (*settlor*) y de sus beneficiarios, específicamente en territorios extranjeros que les ofrecen mejores beneficios a sus intereses, sea mediante alícuotas bajas o nulas de tributación, o protección y seguridad jurídica desde sus legislaciones, cuya implicancia legal y fiscal se concentra principalmente en la dificultad de identificar al beneficiario final o efectivo respecto a las distribuciones de los rendimientos resultantes de la explotación del patrimonio del fondo del *trust*, frente al solapamiento de facultades de los sujetos intervinientes, y las implicancias de ser constituido por ciudadanos residentes de países de Derecho continental cuya legislación no ha reconocido el *trust*, y cuentan con una interpretación diferente del derecho de propiedad.

La importancia práctica o justificación de la presente tesis se concentra en estudiar legislaciones y jurisprudencia concreta de los sistemas jurídicos continentales y los sistemas jurídicos anglosajones, para verificar si el uso del *offshore trust* puede facilitar el aprovechamiento de falencias, lagunas jurídicas, contradicciones, ambigüedades y ventajas de las normas jurídicas que se pudieran combinar, contraponer y hacer valer para evitar, demorar o reducir el pago del impuesto a la renta por las rentas que genera periódicamente los *offshore trusts*, cuando debieran ser distribuidas. Asimismo, nos concentramos en la implicancia del reconocimiento del *offshore trust* en sistemas jurídico continentales, y la problemática de aceptar la propiedad dual que propugna el *offshore trust* al distinguir al propietario formal (*trustee*) del propietario económico o material (*beneficiary*) sobre el mismo patrimonio, así como, la trascendencia que ha tenido el Convenio de 1 de julio de 1985, sobre la Ley aplicable al trust y su reconocimiento internacional, propuesto por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH).

El objetivo central ha sido el estudio de la legislación y jurisprudencia para determinar: Si, la figura jurídica anglosajona del *offshore trust* constituido en jurisdicciones extranjeras: a. Deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales; b. Diferir el pago del impuesto a la renta de manera indefinida e incierta, especialmente cuando es de carácter discrecional; c. Disminuir o lograr la des-imposición fiscal total del impuesto a la renta, especialmente cuando es de carácter irrevocable; y d. Evitar la fiscalización y registro de los sujetos intervinientes y patrimonio o activos, especialmente en jurisdicciones que no lo reconocen y no lo regulan en sus ordenamientos jurídicos o la jurisprudencia especialmente de jurisdicciones de Derecho continental, dando apariencia de licitud y en muchos casos, justificando legalmente su empleo.

Los Capítulos que desarrollan el estudio son cuatro: el Primer Capítulo versa sobre la definición, origen, finalidad, tipología, concepción y las características de la figura jurídica anglosajona del trust, para posteriormente describir la finalidad, las características, e implicancias fiscales sobre posibles efectos del *offshore trust* en la fiscalidad; en el Segundo Capítulo, nos concentramos en analizar la percepción internacional que ha adquirido el *offshore trust* durante los últimos años, desde su regulación, posturas, avances y contradicciones; en el Tercer Capítulo, analizamos la legislación y jurisprudencia que se ha venido aplicando para dar un tratamiento fiscal a las rentas periódicas que genera el *offshore trust* en los sistemas jurídicos continentales y los sistemas jurídicos anglosajones, verificando sus diferencias, contradicciones, características específicas, y la posible existencia de falencias o lagunas jurídicas; y, en el Cuarto Capítulo, nos

concentramos en examinar los debates teóricos de las diferentes teorías que podrían plantearse para darle un nuevo tratamiento fiscal al *offshore trust* dentro del panorama fiscal actual.

La metodología adoptada, fue la Dogmática Jurídica cuyo carácter sistémico permitió estudiar el contenido de las leyes de sistemas jurídicos continentales y anglosajones utilizando la abstracción enfocada al instituto jurídico del *offshore trust* para develar su naturaleza jurídica y su significancia a partir de su uso. A su vez, se estudió la jurisprudencia necesaria, producida por las decisiones judiciales en sentencias como producto de la aplicación de las leyes de diferentes sistemas jurídicos vinculados al *offshore trust*, ante la expectativa de un posible Derecho imperfecto, no uniforme para todos, ni paralelo a la velocidad de los cambios sociales y jurídicos, cuyos defectos de construcción obligan a los jueces a emitir sentencias para solucionar indeterminaciones, contradicciones o lagunas por causa de imprevisiones o imperfecciones de la legislación.

El método empleado dentro de la metodología adoptada, se concentró en los principios generales del Derecho como método principal para interpretar el sentido y contenido de las normas jurídicas de los sistemas jurídicos continentales y anglosajones respecto al *offshore trust*. Asimismo, fueron empleados los principios generales del Derecho para integrar lagunas jurídicas que se presentaron, mediante una integración sistemática horizontal de normas de sistemas jurídicos de fuente internacional. Por su parte, fue utilizada la analogía jurídica como método de interpretación respecto a la tarea de los jueces que actúan mediante sentencias que generan jurisprudencia, a efecto de concentrarnos en las lagunas que fueron completadas por la tarea jurisdiccional y aquellas que aún no lo están.

La técnica empleada fue la comparación jurídica dentro de la estructura de la Dogmática Jurídica tributaria. Esta técnica fue utilizada con el fin de hallar contrastes de los ordenamientos o sistemas jurídicos y la jurisprudencia como fuente internacional, para identificar sus semejanzas y diferencias respecto al *offshore trust* y encontrar respuestas al problema análogo. Asimismo, mediante esta técnica fueron comparadas las estructuras o conjuntos normativas, es decir, los sistemas jurídicos, donde se identificaron los equivalentes funcionales, la analogía de solución adoptada en otros sistemas jurídicos, los antecedentes extranjeros de la regulación, y la importación del instituto jurídico analizado. Como fuente primaria del estudio se tuvo la legislación y la jurisprudencia, y como fuente secundaria los libros, textos, ponencias, revistas, periódicos, páginas de web, etc., referentes al objeto de investigación.

CAPÍTULO I

CONCEPCIÓN DEL *TRUST* Y EL *OFFSHORE TRUST*

SUMARIO: 1.1. ORIGEN Y NOCIÓN DEL *TRUST*: 1.1.1. Introducción. 1.1.2. Definición. 1.1.3. Despliegue contemporáneo. 1.1.4. Sujetos que intervienen: a. El constituyente o *settlor*; b. El Administrador o trustee; c. Los beneficiarios o *beneficiaries*. 1.1.5. Concepción del *Trust*. 1.1.6. Características esenciales: a. Crea un patrimonio separado que responde a una finalidad y se constituye en una entidad sin personalidad jurídica; b. Produce una separación de las facultades inherentes al derecho de propiedad, no se asemeja al fideicomiso y la titularidad del fondo del *trust* es nominal; c. Dentro su estructura tripartita, una de las posiciones puede recaer en una misma persona. 1.1.7. Tipos de *Trust*: a. *Trust* Testamentario; b. *Trust Inter Vivos*; c. *Trust* Privado; d. *Trust* Público; e. *Trust* irrevocable; f. *Trust* revocable; g. *Trust* Discrecional; h. *Trust* de Participación. 1.2. *TRUST* CONSTITUIDO EN EL EXTRANJERO U *OFFSHORE TRUST*: 1.2.1. Definición de un *Offshore Trust*. 1.2.2. Finalidades de un *Offshore Trust*: a. Mayor protección de activos al desconectarse del sistema tributario del país anglosajón; b. Reducción de impuestos y desgravación mientras no se distribuyen los rendimientos; c. Libertad de selección del lugar donde obtener mejores ventajas. 1.2.3. *Offshore Trust* irrevocable y discrecional.

1.1. ORIGEN Y NOCIÓN DEL *TRUST*

1.1.1. Introducción

Durante los últimos años, como consecuencia de la globalización de la economía, el mundo ha experimentado un movimiento imparable de personas, patrimonios y actividades económicas. Esta condición mundial ha permitido que las fronteras y las distancias ya no sean limitantes para realizar actividades transfronterizas, sino por el contrario, no sea posible imaginar nuestras vidas sin ellas.

No obstante, estas actividades transfronterizas son cada vez más complejas, estructuradas, e instrumentadas a través de mecanismos jurídicos que no solo permiten maximizar los rendimientos del capital mediante la trasmisión, traslado, administración, protección y explotación de activos fuera de las fronteras, sino también, obtener beneficios fiscales como la reducción o el diferimiento de impuestos, e incluso la des-imposición fiscal, como resultado de aplicar legislaciones de sistemas jurídicos, cuyo sometimiento y combinación resulta favorable a los intereses de quienes los escogen. Llegando al punto en que, las consideraciones fiscales sean definitorias a momento de realizar inversiones en el extranjero.

En este contexto, será objeto de nuestro estudio la figura jurídica del *trust*, cuya versatilidad y flexibilidad le ha constituido en un mecanismo jurídico apetecible para

la administración y protección de activos y patrimonio, es decir, se ha convertido en una herramienta para la planificación fiscal internacional, cuya expansión ha llegado fuera de las fronteras de los países de Derecho anglosajón que le han dado origen, logrando alborotar las bases de sistemas jurídicos de países de Derecho continental o *Civil Law*, donde es desconocida o no reconocida por su forma única de constituirse, sumado a la imposibilidad de ser adaptado a otra figura jurídica civil conocida, considerando su naturaleza camaleónica que le ha permitido estructurarse en diversas formas según las necesidades de las personas, así como, poder acomodarse al movimiento transfronterizo de activos alrededor del mundo, esquivando la fuerte presión mundial de evitar el traslado beneficios a jurisdicciones con ventajas fiscales.

Comencemos señalando que el *trust* es una figura jurídica, válida y ampliamente usada en países cuyo sistema jurídico es el Derecho anglosajón. El cual, por su naturaleza compleja y las múltiples formas en que puede configurarse para designar al beneficiario efectivo o final de los activos o patrimonio que protege, se ha constituido en un instrumento de planificación fiscal internacional que puede dar lugar al diferimiento e incluso la des-imposición de las rentas que pudieran aplicarse.

Esto ha implicado que sea difícil determinar el tratamiento fiscal para las rentas o beneficios que resultan de los *trust* constituidos en el extranjero u *offshore trust*, especialmente en países cuyo sistema jurídico es de Derecho continental, en cuyas bases no es reconocible una figura jurídica como el *trust* que se constituye en un patrimonio sin personalidad jurídica, resultante de la separación de las facultades inherentes del derecho de propiedad.

De esta manera, dedicaremos nuestro análisis al tratamiento fiscal de las rentas o beneficios de *trust* constituidos en el extranjero u *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional, considerado uno de los tipos de *trusts* caracterizado por ser administrado en el extranjero y ser sometido a legislación extranjera de un país seleccionado como favorable para la protección de activos o patrimonio, frente a acreedores, así como, frente a fiscalizaciones fiscales.

Asimismo, la constitución de *offshore trusts* de carácter irrevocable y discrecional será analizado por su potencial fiscal para poder alcanzar beneficios fiscales de su regulación como el diferimiento del pago de impuestos, o la reducción de los mismos en jurisdicciones con bajas alícuotas del impuesto a la renta, o incluso ir más allá, y, conseguir la des-imposición total de este impuesto, como consecuencia de la planificada constitución de *offshore trust* en jurisdicciones con ventajas fiscales respecto del impuesto a la renta, o en jurisdicciones donde esta figura jurídica anglosajona se desconoce y fuese creado por residentes de países de Derecho continental.

A continuación, haremos una breve exposición del origen y concepción del *trust* en su estado básico, junto a sus principales características, para después, enfocarnos en el *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional.

1.1.2. Definición

El *trust* es una figura jurídica nacida y desarrollada en el Derecho anglosajón que fue y continúa siendo usada para múltiples fines en países que se rigen por el sistema jurídico anglosajón. No existe una definición legal sobre el *trust*, puesto que, su concepción se ha venido desarrollado empíricamente, y sus características se han delimitado por acciones de los Tribunales, sin embargo, el Convenio de la Haya de 01 de Julio de 1985, ha proporcionado una definición que será descrita más adelante¹.

No obstante, señalaremos que, el *trust* es una institución jurídica, por la que, una o más personas (*settlers*) disponen en vida o por causa de muerte (*inter vivos* o *mortis causa*) de la creación de un fondo o patrimonio separado (*trust*) que adjudican a una o más personas (*trustees*) con la obligación de que sea administrado y gestionado conforme a las instrucciones de sus creadores (*settlers*) en beneficio de terceras personas (*beneficiaries*)².

¹ VIRGOS SORIANO, M. (2006). *el trust y el Derecho español*. Navarra, España. Editorial Arazandi SA. pp. 13-14.

² ÁLVAREZ BARBEITO, P. (20 de Julio de 2016). *Doctrina administrativa en torno al trust (Archivo PDF)*. Obtenido de Gómez-Acebo & Pombo de: <https://www.ga-p.com/publicaciones/doctrina-administrativa-en-torno-a-las-consecuencias-fiscales-de-los-trust/>

Se trata de una relación jurídica entre una persona o más (*settlers*) que transmiten o colocan todo o parte de sus bienes o derechos a un fondo o patrimonio separado que crean sin personalidad jurídica (*trust*) para dejarlo bajo el control de otra persona de su confianza (*trustee*), a quien le otorgan la titularidad y le designan como administrador, cuya obligación es gestionarlo y administrarlo en favor e interés de terceras personas beneficiarias (*beneficiaries*)³.

Los bienes o derechos aportados al *trust* pueden ser de diferentes tipos, no existen restricciones y pueden incorporarse muchos más después de constituirse el *trust*, de esta manera, puede constituirse con un monto inicial y variar posteriormente. Estos bienes pueden ser acciones, inmuebles, derechos u otros considerados activos. Y a pesar de que el administrador (*trustee*) tiene la titularidad sobre estos bienes o derechos que le son encomendados, estos no forman parte de su patrimonio personal⁴.

Desde la óptica lógico formal, la estructura básica del *trust* consiste en una transferencia de la propiedad de bienes de una persona (*settlor*) a otra (*trustee*) mediante un acto jurídico, por el que, quien adquiere la propiedad del bien, lo hace sujeto a la obligación de administrar y disponer de él, en interés de una tercera persona beneficiaria o de un objetivo determinado. Y desde la óptica material, la esencia del *trust* se concentra en dos ideas, por un lado, existe una obligación de ejercitar la propiedad en beneficio de otra tercera persona, y, por otro lado, existe un

AYALA CANALES, C. G. (21 de octubre de 2014). *Tratamiento fiscal del Trust o Fideicomiso*. Obtenido de Legaltoday el 22 de diciembre de 2021 de: <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/tratamiento-fiscal-del-trust-o-fideicomiso-2014-10-21/> parr. 1.

³ HCCH. (1 de Julio de 1985). *Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*. Obtenido de HCCH Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59> Art. 2.

LEXISPSL, OZANNES, M., & OLSEN, C. (s.f.). *¿Qué es un offshore trust? (What is an offshore trust?)*. Obtenido de LexisNexis el 07 de octubre de 2021 de: <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/what-is-an-offshore-trust> SENTENCIA DE SALA PRIMERA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO STS 338/2008 de 30 de abril de 2008. Obtenido de VLEX: <https://vlex.es/vid/sucesion-testamentaria-b-c-38999864> Apartado Cuarto de Fundamentos de Derecho.

MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (Abril 2008). *La figura del trust en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el Derecho de Familia* (Archivo PDF) Barcelona, España. Revista para el análisis del Derecho InDret Privado 2/2008. Obtenido de InDret Privado el 20 de diciembre de 2021 de: <https://indret.com/la-figura-del-trust-en-los-estados-unidos-de-america/> p. 12.

⁴ INVERTAX US. (s.f.). *Trusts en los Estados Unidos de América* (Archivo PDF). Obtenido de Invertax el 20 de octubre de 2021 de: http://invertax.com/web/wp-content/uploads/2018/02/Invertax_Brochure_US_Trust_ES_Digital.pdf p. 3.

fondo o patrimonio separado que se constituye en el instrumento para beneficiar a esa tercera persona⁵.

El *trust* se destaca por la forma de concebir el derecho de propiedad, específicamente porque al constituirse divide el derecho de propiedad en dos y reconoce dos maneras de ejercer la propiedad, por un lado, la titularidad o las facultades legales o formales que transfiere al administrador o *trustee* (*legal ownership o legal estate*), y, por otro lado, las facultades reales, materiales o económicas de uso y disfrute para los beneficiarios (*equitable ownership o equitable estate*), cuyo derecho es expectantico mientras no se efectivice. De manera que, el *trust* permite disociar el derecho de propiedad de un solo patrimonio en dos, sean bienes o derechos⁶.

La dualidad del derecho de propiedad, se constituiría en la estructura básica de un *trust* anglosajón, a partir del cual, queda bajo responsabilidad del constituyente (*settlor*) su configuración. Existiendo una variedad infinita de tipos de *trust* según la necesidad y finalidad que persigue el constituyente (*settlor*), el cual, puede ser de tipo comercial, fiscal, sucesorio, familiar u otro, con diferentes caracteres que lo constituyen, ya sea, en vida o por causa de muerte, revocable o irrevocable, de participación o discrecional, u otros, con diferentes facultades para las personas que intervienen, e incluso llegar a solaparlas, pudiendo el constituyente (*settlor*) asumir a las funciones del administrador (*trustee*) o del beneficiario la vez, o designar al administrador (*trustee*) para que pueda ser beneficiario a su vez, complejizando aún más la identificación del beneficiario final o efectivo en el ámbito fiscal⁷.

Como se puede observar, el *trust* es una figura jurídica especializada en la transferencia y administración de bienes, cuya flexibilidad es tan amplia que puede constituirse en diferentes circunstancias, de diferentes maneras y por diversos fines, o solamente para el beneficio de terceras personas (*beneficiaries*), pero siempre a través de la creación de una relación jurídica trilateral que involucra tres partes: el propietario original, denominado también otorgante o constituyente (*settlor*); el administrador (*trustee*) designado por el propietario original, el cual, puede ser una

⁵ Vid. VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* p. 22.

⁶ Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

⁷ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (2008) *Op. Cit.* p. 8.

persona o entidad designada para administrar los bienes o derechos aportados al *trust (trustee)*; y, los beneficiarios, cuya relación está basada en el principio de equidad del Derecho anglosajón que detallaremos más adelante⁸.

Asimismo, el hecho de que, a partir de la constitución del *trust*, el administrador (*trustee*) y el beneficiario se convierten en titulares de *estates* o propiedades distintas sobre un mismo bien o derecho que compone el fondo o patrimonio del *trust*, y que, la relación tripartita entre los sujetos intervinientes (*settlor, trustee y beneficiaries*) no sea contractual, confirma que, la intervención del constituyente (*settlor*) es imprescindible solo para la constitución del *trust*, y, después de ello desaparece de la relación jurídica, salvo que se reserve determinadas facultades para sí, de lo contrario, una vez transferido los bienes o derechos al administrador (*trustee*), no mantiene ninguna relación con él, puesto que, las obligaciones del administrador (*trustee*) derivan exclusivamente del documento de constitución del *trust*, y subsidiariamente de lo que la ley y jurisprudencia del lugar de constitución establezcan, así como, las de otras jurisdicciones con las que se interrelacionen⁹.

Por consiguiente, el *trust* no es un contrato de mandato, en el que, el principal es el propietario de los bienes o derechos, por lo que, pudiese revocarlo cuando se desee. Ni tampoco es un contrato de agencia, en el que, la muerte del agente lo finaliza. Al contrario, si el administrador (*trustee*) fallece, el *trust* se mantiene, de modo que, la falta de administrador (*trustee*) no invalida el *trust*, sino genera la posibilidad de acudir a los tribunales para que designen uno nuevo, siempre que el documento de constitución no haya previsto el nombramiento de otro administrador (*trustee*) en caso de fallecimiento del primero¹⁰.

⁸ Vid. LEXISPSL, OZANNES, M., & OLSEN, C. *Loc. Cit.* Nota 3.

Vid. SENTENCIA DE SALA PRIMERA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO STS 338/2008 *Loc. Cit.* Nota 3.

TOMÉ, G. (s.f.). *Los fideicomisos anglosajones (trust) y su operativa en España*. Obtenido de Navarro Abogados y Consultores NA&C el 25 de septiembre de 2021 de: <https://navarroabogados.net/los-fideicomisos-anglosajones-trust-y-su-operativa-en-espana/> parr. 11.

⁹ GONZALES BEILFUSS, C. (1997). *El trust. La institución angloamericana y del Derecho Internacional privado español*. Barcelona, España. Bosch, Casa Editorial, S.A. pp. 28-29.

¹⁰ *Ibid.* GONZALES BEILFUSS, C. pp. 29-30.

1.1.3. Despliegue contemporáneo

El *trust* es una figura jurídica ampliamente conocida y utilizada en países bajo el Derecho anglosajón, por los beneficios fiscales y de seguridad que brinda. No obstante, es desconocida para el Derecho continental o Civil Law, en cuyos ordenamientos jurídicos no ha sido posible asimilar la separación del derecho de propiedad que constituye al ser creado, ni la forma de constituir un patrimonio autónomo sin personalidad jurídica, que además, solamente puede ser utilizado para lograr la finalidad que persigue quien lo constituye (*settlor*)¹¹.

Consecuentemente, el *trust* no ha sido admitido por el Derecho continental, por contradecir los códigos civiles que entienden el derecho de propiedad como un dominio absoluto, definitivo e indivisible, que pertenece o no a alguien sin términos medios, de manera que, tampoco se ha hallado un equivalente en alguna otra figura jurídica civil conocida en este sistema jurídico, haciéndose completamente ajena al Derecho continental¹².

No obstante, con el tiempo, el uso transfronterizo del *trust* ha ido en aumento, junto a la complejidad de asimilarlo en países con sistemas jurídicos de Derecho continental, a tal punto que, impulsó que, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado HCCH emitiera el Convenio de la Haya de 01 de Julio de 1985 que regula la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento internacional, a fin de simplificar o eliminar el rechazo de los sistemas jurídicos de Derecho continental, por el desconocimiento en sus ordenamientos jurídicos, y de esta manera, dotar de pautas necesarias para hacer posible su aplicación dentro de ellos¹³.

¹¹ VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W. (diciembre 2013). *El fideicomiso y sus implicancias tributarias* (Archivo PDF). *Revista IUS ET VERITAS* N° 47. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/11946-Texto%20del%20art%C3%ADculo-47533-1-10-20150423.pdf> pp. 264-277.

¹² MARTOS BELMONTE, P. (2012). *Tratamiento fiscal de un trust discrecional constituido en el extranjero por un residente en españa. Derecho comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas*. (Archivo PDF). *Crónica Tributaria* N° 142/2012. Obtenido de <https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/142.pdf#page=77> pp. 85-86, 91.

GONZALES, J. (19 de Noviembre de 2020). *El tratamiento fiscal de los «Trust» en España* (Archivo PDF). Obtenido de GOY GENTILE Abogados el 20 de octubre de 2021 de: <https://www.goygentile.com/wp-content/uploads/El-tratamiento-fiscal-de-los-Trust-en-Espan%CC%83a.pdf>
Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

¹³ *Ibid.* MARTOS BELMONTE, P. p. 78.

No obstante, este convenio se convirtió en un intento fallido de regulación internacional, debido a que, después entrar en vigencia el 01 de enero de 1992, su ratificación y adhesión fue escasa, y la falta de reconocimiento del *trust* se ha mantenido hasta el día de hoy, con el riesgo de que su uso en un mundo globalizado solo pueda verse incrementado, diversificado y perfeccionado, haciendo mucho más complejo su tratamiento en sistemas jurídicos no anglosajones y regímenes fiscales diversos alrededor del mundo¹⁴.

A pesar de ello, es relevante tomar en cuenta la definición y características del *trust* que describe el Art. 2 del mencionado Convenio, el cual, señala lo siguiente¹⁵:

“A los efectos del referido Convenio, el término trust se refiere a las relaciones jurídicas creadas –por acto inter vivos o mortis causa– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El trust posee las características siguientes:

- a) Los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee;*
- b) El título sobre los bienes del trust se establece en nombre del trustee o de otra persona por cuenta del trustee;*
- c) El trustee tiene la facultad y la obligación de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga”.*

Esta definición provista por el Convenio, es generalmente aceptada como una acertada aproximación comparada al concepto del *trust*¹⁶. Como se puede observar, considera que el *trust* hace referencia a relaciones creadas por el constituyente (*settlor*) en función de un acto *inter vivos* o *mortis causa*, por el que, otorga bienes bajo el control de un administrador (*trustee*), en interés de beneficiarios o con un fin determinado.

¹⁴ *Id.* MARTOS BELMONTE, P. Nota 13.

¹⁵ *Vid.* HCCH (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 3.

¹⁶ *Vid.* VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* pp. 14-15.

Asimismo, dentro de la descripción de sus características, reconoce que, al crearse el *trust* se constituye un fondo o patrimonio autónomo, separado del patrimonio personal, tanto de quien lo constituye (*settlor*), como de quien lo administra (*trustee*), y de quienes adquieren el derecho de beneficio y el derecho expectativo de ser propietario (*beneficiaries*), además ser creado como un fondo o patrimonio sin personalidad jurídica, por el que, en sí mismo, no puede ser titular de derechos ni obligaciones, de modo que, es necesario que sea transmitida su titularidad al administrador (*trustee*), al menos de manera nominal, y sin comprometer su patrimonio personal, para que se haga cargo de su administración, gestión o disposición, en favor de terceros beneficiarios, conforme la finalidad definida por el constituyente (*settlor*) en el documento que crea el *trust*, y las obligaciones que establezca la ley al que se somete, debiendo además el administrador (*trustee*) rendir cuentas de todas sus actuaciones.

En cuanto al documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*), este Convenio establece las obligaciones jurídicas necesarias para que el administrador (*trustee*) asuma el deber de gestionar y administrar el patrimonio del constituyente (*settlor*), así como, establece las facultades para que el administrador (*trustee*) pueda invertir los activos del fondo del *trust*, y como consecuencia, pueda distribuir las rentas que genere a las terceras personas beneficiarias¹⁷. De manera que, los activos del fondo del *trust* pueden ser invertidos por el administrador (*trustee*) para que los beneficiarios puedan recibir beneficios del fondo del *trust*, generalmente en la forma de pagos de capital o de los ingresos generados por las inversiones¹⁸.

Es razonable que, hasta aquí resulte dificultoso comprender el enfoque del derecho de propiedad en un *trust* desde la óptica del Derecho continental, debido a que, para los sistemas jurídicos continentales es imposible concebir una propiedad de interés ajeno que no beneficie a su titular. Es más, les resulta inadmisibles admitir que exista un administrador (*trustee*) que es a la vez titular de un patrimonio que no le pertenece, ni le genera ningún beneficio propio, sobre el cual, tampoco puede recaer ninguno de sus acreedores personales para exigir el pago de adeudos, porque el fondo del *trust*

¹⁷ Vid. MARTOS BELMONTE, P. *Loc. Cit.* Nota 13.
Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

¹⁸ Vid. LEXISPSL, OZANNES, M., & OLSEN, C. *Loc. Cit.* Nota 3.

responde a derechos de terceras personas beneficiarias, y por su naturaleza se hace inatacable, y queda protegido frente a reclamaciones de acreedores, incluso si el acreedor fuese el Estado por adeudos fiscales¹⁹.

De esta manera, el *trust* presenta la coexistencia de dos facultades inherentes del derecho de propiedad contenidas en el, pero fraccionadas o sujetas a un desdoblamiento de la propiedad entre dos personas distintas, el administrador con la propiedad o facultad legal o formal (*legal ownership o legal estate*) y los beneficiarios con la propiedad o facultad económica o de equidad (*equitable ownership o equitable estate*). Presentándose como el rasgo distintivo que ha hecho del *trust* una figura jurídica única y diferente a cualquier otra que se conozca, aunque por ello mismo, no haya sido reconocida y aceptada en los ordenamientos jurídicos continentales, creando un muro adicional que impide darle al *trust* un tratamiento fiscal que permita identificar al beneficiario final o efectivo, obligando a algunos países que no lo reconocen en sus ordenamientos jurídicos, a tener que admitir su regulación en su normativa fiscal, aunque tengan que romper la armonización normativa de su sistema jurídico local²⁰.

1.1.4. Sujetos que intervienen

Esencialmente, los *trust* constituyen una relación trilateral que involucra a: a. Un propietario original (*settlor*) que otorga y aporta los bienes y derechos para crear el patrimonio autónomo o fondo del *trust*; b. Un administrador (*trustee*) designado por el propietario original para administrar los bienes o derechos aportados al fondo del *trust*; y, c. Los beneficiarios designados por el propietario original (*settlor*) o por el administrador (*trustee*), para recibir las rentas producidas por la explotación de los bienes y derechos aportados al fondo del *trust*, y recibir el capital, al cumplirse la finalidad por el cual fue creado el fondo del *trust*. Por lo que, a continuación, describiremos cada uno de los sujetos que intervienen:

¹⁹ MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (2019). *El family trust. Reflexiones cerca de una posible regulación* (Archivo PDF). En Personalidades jurídicas difusas y artificiales (Especial N. 4/2019 ed.). Editorial TransJus Working Papers Publication. Obtenido de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/18176/FamilyTrustReflexiones.pdf?sequence=3&isAlloved=y> p. 24.

²⁰ Vid. MARTOS BELMONTE, P. *Op. Cit.* pp. 78-79.

a. El constituyente o *settlor*:

El constituyente también conocido como *settlor*, otorgante o donante, es la persona a quien originalmente le pertenecen los bienes o derechos que son transferidos o aportados al fondo del *trust*, es decir, es el propietario original que crea el *trust* con alguna finalidad, y, quien dispone de los bienes o derechos que decide introducir al fondo creado por el mismo. Al constituir el *trust*, el constituyente (*settlor*) crea un fondo o patrimonio separado que carece de personalidad jurídica, transfiriendo dicha titularidad a quien desempeña el cargo de administrador (*trustee*). Al mismo tiempo se desprende o pierde el derecho de propiedad sobre los bienes o derechos que aporta al fondo del *trust*, salvo que decida quedarse con ciertas facultades que detallaremos más adelante²¹.

Asimismo, el constituyente (*settlor*) es quien, en el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*), define las instrucciones de cómo debe usarse los bienes o derechos depositados en el fondo del *trust*, así como, quien será el administrador (*trustee*) y la forma en que se distribuirán los beneficios o rentas que genere, además define cómo, cuando, y a quien se entregará el capital de los bienes aportados. Asimismo, define a quienes beneficiarán las rentas distribuidas o el capital de los bienes, o, si otorgará facultades discrecionales al administrador (*trustee*) para sea este último el que designe a los beneficiarios y cuando distribuir los beneficios²².

Por otro lado, la flexibilidad de esta figura jurídica, permite que el constituyente (*settlor*) pueda decidir que el beneficiario actúe a su vez como administrador (*trustee*), o, en su caso, él pueda reservarse para sí ciertas facultades y pueda

²¹ NOMAD CAPITALIST. (s.f.). *Offshore trust*. Obtenido de Nomad Capitalist el 07 de octubre de 2021 de: <https://nomadcapitalist.com/offshore-trust/>

Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *¿Que es el trust anglosajon?* Obtenido de Paraisos-fiscales.info el 20 de octubre de 2021 de: <https://www.paraisos-fiscales.info/blog/economia-finanzas/que-es-trust-anglosajon> parr. 4-7.

²² CASILLAS, C. (1996). *Características del trust en el Derecho Anglosajón* (Archivo PDF). En R. d. México, & I. d. UNAM (Ed.), *El fideicomiso y los proyectos de infraestructura*. Obtenido de ru.juridicas.unam.mx: file:///C:/Users/usuario/Downloads/caracteristicas-del-trust-en-el-derecho-anglosajon.pdf pp. 18, 26.

Vid. INVERTAX. *Op. Cit.* pp. 2-3.

Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (2008). *Loc. Cit.* Nota 3.

Vid. AYALA CANALES, César G. *Op. Cit.* parr. 6.

autonombrarse a su vez administrador (*trustee*) o beneficiario del *trust* a la vez, solapando las facultades de los otros sujetos intervinientes, pudiendo en este caso ser considerado propietario en el ámbito fiscal, porque esta actuación daría lugar a suponer que los bienes aún continúan en su patrimonio²³.

No obstante, con relación al solapamiento, el tercer párrafo del Art. 2 del Convenio de la HCCH, ha reconocido que no es incompatible con la existencia del *trust*, el hecho de que, el constituyente se reserve para si ciertas facultades²⁴. De modo que, la retención de ciertas facultades para si del constituyente (*settlor*), le permiten influir en el *trust*, pero corre el riesgo de ser descalificado como *trust* porque podría considerarse por no constituido, y como fue adelantado, el constituyente (*settlor*) puede ser calificado como propietario y titular de obligaciones fiscales en el ámbito fiscal²⁵.

b. El Administrador o *trustee*:

El administrador (*trustee*) es la persona física o institución designada por el constituyente (*settlor*) para administrar o gestionar los bienes y derechos aportados al fondo del *trust* a favor de terceras personas beneficiarias. Dicho de otra manera, el administrador (*trustee*) es quien, como consecuencia del desdoblamiento de la propiedad en dos, le es otorgada por el constituyente (*settlor*) la titularidad o la facultad legal o formal sobre los bienes o derechos aportados al fondo del *trust*, junto a la obligación de administrarlos, gestionarlos y controlarlos en beneficio de terceras personas beneficiarias, conforme a un fin determinado y definido por el constituyente (*settlor*) en el documento de constitución del *trust*²⁶.

De esta manera, el administrador (*trustee*) adquiere la titularidad del patrimonio o fondo del *trust*, sin que forme parte de su patrimonio personal ni deba responder frente a sus acreedores personales. Y, a pesar de que, parece ostentar derechos

²³ *Id.* CASILLAS, Carlos. pp. 18, 26.

Id. INVERTAX. Nota 22.

Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (2008) *Loc. Cit.* Nota 3.

²⁴ *Vid.* HCCH (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 3.

²⁵ *Vid.* VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* pp. 18-19.

²⁶ *Vid.* Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* Parr. 4-5, 7.

propios de un propietario, lo cierto es que, solo le es otorgado el derecho de propiedad legal o formal sobre los bienes o derechos aportados al fondo del *trust*, y no puede ejercer dominio completo sobre él, porque las facultades que le son otorgadas están sujetas solamente a la obligación de administrar en favor de terceros, a quienes debe distribuir los beneficios que resulten de su explotación, y transferir el capital del *trust* al cumplimiento de la finalidad²⁷.

Esto quiere decir que, el administrador (*trustee*) debe ejercitar las facultades derivadas de la titularidad otorgada, conforme a los términos del documento constitutivo del *trust*, cumpliendo los deberes otorgados frente a los beneficiarios, los cuales, adquieren el derecho de reclamar judicialmente el cumplimiento y ejecución del *trust*²⁸. Por tanto, el administrador (*trustee*) solo puede administrar y gestionar el fondo o patrimonio del *trust* a favor de terceros en calidad de propietario legal o titular “nominal” de los activos del *trust*, de modo que, su labor no es administrar para sí mismo, sino por cuenta ajena, es decir, para terceras personas beneficiarias, de acuerdo a las instrucciones y los fines definidos por el constituyente (*settlor*) en el documento que crea el *trust* (*trust deed o letter of wishes*), debiendo rendir cuentas de la administración, gestión y disposición del fondo del *trust*²⁹.

En el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*), debe establecerse las facultades y exigencias de conducta del administrador (*trustee*) durante la gestión del fondo del *trust*, desde la forma en que deberá invertir los bienes o derechos, así como, las limitaciones o abstenciones de ciertas actuaciones que pongan en riesgo los derechos de los beneficiarios, y la prohibición de involucrar sus intereses personales en la administración, salvo que exista una autorización expresa en el documento de constitución del *trust*,

²⁷ AZÓCAR, C. (Marzo de 2018). *Efectos tributarios en la aplicación del artículo 41 G de la Ley de la Renta a los Trust (Tesis de Maestría, Universidad de Chile)*. Repositorio documental de la Universidad de Chile (Archivo PDF). Obtenido de El Repositorio académico de la Universidad de Chile el 20 de octubre de 2021 de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/165734> pp. 14, 20.

Vid. HCCH (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 3.

²⁸ *Vid.* VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* pp. 16-17.

²⁹ *Vid.* TOMÉ G. *Op. Cit.* Parr. 1, 7, 9-10.

Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

Vid. HCCH (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 3.

quedando como único responsable por las inversiones y manejo realizado del fondo del *trust*³⁰.

Por otro lado, es posible que el constituyente (*settlor*) designe más de un administrador (*trustee*) para cumplir diversos fines y funciones específicas. Así como, designar opcionalmente a otra persona (*protector*), para supervisar las labores del o los administradores (*trustees*) como medida de control adicional, en el que, puede incluso concederle a éste último, la facultad de sustituir o cesar al administrador o los administradores (*trustees*) por incumplimiento de los fines del *trust*³¹. Asimismo, el constituyente (*settlor*) puede constituir un *trust* discrecional y otorgarle al administrador (*trustee*) la facultad discrecional de decidir quién será beneficiario, o cómo se invertirá y utilizará los activos o cuándo serán distribuidos los beneficios.

c. Los beneficiarios o *beneficiaries*

El beneficiario o los beneficiarios, son las personas físicas que el constituyente (*settlor*) designa para recibir los beneficios, rentas, réditos o ganancias periódicas de la explotación de los bienes o derechos aportados al patrimonio o fondo del *trust*, así como, para recibir el capital del fondo del *trust* al cumplimiento de la finalidad por el que fue creado, excepto en los *trusts* discrecionales en los que el administrador (*trustee*) queda facultado para asumir la designación de los beneficiarios, así como, cuando serán entregados los beneficios³².

En este sentido, los beneficiarios son quienes adquieren el derecho real o la titularidad real sobre el fondo o patrimonio del *trust*, es decir, quienes adquieren el derecho real frente a terceros sobre los réditos que generan los bienes o derechos aportados al fondo del *trust*, y el derecho expectativo de adquirir la propiedad plena sobre el capital, cuando se cumpla la condición o plazo determinado por el

³⁰ Vid. GONZALES BEILFUSS, C. *Op. Cit.* pp. 31-32.

³¹ Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* pp. 16-17, 27.

Vid. INVERTAX. *Op. Cit.* pp. 2-3.

Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* Parr. 4.

³² Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* Parr. 4-5, 8.

Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (2008). *Op. Cit.* p. 27.

constituyente (*settlor*) en el documento de constitución del *trust*. De modo que, son beneficiarios desde que se genera el derecho a una simple expectativa de percibimiento patrimonial con su designación, hasta que su condición se traduzca en un derecho patrimonial con la asignación patrimonial efectiva³³.

Existen dos tipos de beneficiarios, aquellos que han sido identificados y designados por el constituyente (*settlor*) al momento constituir el *trust*, y aquellos que no han sido identificados al constituir el *trust*, debido a que el constituyente (*settlor*) faculta al administrador (*trustee*) para que decida discrecionalmente quiénes serán los beneficiarios, además de cómo y cuándo serán atribuidos los beneficios, esto sucede en *trusts* discrecionales que permiten aplazar la designación y distribución por la flexibilidad que ofrece esta figura jurídica, manteniendo la expectativa de un derecho incierto hasta que se concrete la designación de los beneficiarios por parte del administrador (*trustee*)³⁴.

Al igual que en el caso del constituyente (*settlor*) y administrador (*trustee*), el fondo del *trust* es constituido como un patrimonio autónomo que también queda separado del patrimonio de los beneficiarios, mientras no se concrete la transferencia completa de los bienes o de los derechos del fondo del *trust* al cumplimiento de la finalidad o plazo por el que fue creado. Hasta que esto suceda, los beneficiarios reciben los beneficios que estos generen y sus acreedores no pueden embargar ninguno de los bienes ni derechos del *trust*, puesto que no ha sido perfeccionado su derecho. Asimismo, los beneficiarios, también adquieren el derecho de hacer cumplir con el *trust* y exigir al administrador (*trustee*), el cumplimiento de sus facultades.

³³ Vid. VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* p. 30.

³⁴ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (2008). *Op. Cit.* p. 28.
Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* p. 17-18.

1.1.5. Concepción del *Trust*

La figura jurídica del *trust* es considerada una de las contribuciones más significativas del Derecho anglosajón para el Derecho universal³⁵, el cual, a lo largo de su historia ha permitido transferir y administrar patrimonios en beneficio de terceras personas con un notable desarrollo que ha inmortalizado su existencia y lo ha convertido en un artífice de la planificación patrimonial y probablemente también de la planificación fiscal, conforme analizaremos después de dar una mirada a su historia³⁶.

Conforme fue anticipado, el *trust* es una figura jurídica de origen anglosajón, cuyo nacimiento se sitúa en Inglaterra, en aquella época en que los caballeros (*settlers*) partían para luchar en las Cruzadas y dejaban sus tierras en manos de una persona de su confianza (*trustee*) para que las administrase y gestionase en favor de su esposa e hijos (*beneficiaries*) hasta su regreso³⁷. No obstante, la razón que dio lugar a su surgimiento, fue la negativa de las personas de confianza (*trustee*) de devolver las tierras a los caballeros que retornaban de las Cruzadas (*settlers*) y la falta de protección del derecho de propiedad de los caballeros y sus beneficiarios por parte del Derecho entonces vigente o *Common Law*, el cual, solo reconocía los derechos de propiedad de quien las poseía, es decir, de la persona de confianza (*trustee*).

Sin embargo, el *trust* no fue constituido como una institución jurídica hasta que le fue reconocido el derecho de propiedad al caballero (*settlor*) y a sus beneficiarios, con la creación del derecho de equidad (*Equity Law*), el cual, se presentó como un conjunto de principios y doctrinas de equidad para juzgar la conciencia de los individuos, creados conjuntamente con el Tribunal de Cancillería (*Court of Chancery o Equity Jurisdiction*) para protegerlos, mismo que, estuvo presidido por el Canciller real (*Lord Chancellor*)³⁸. De manera que, el *trust* se presentó como una forma diferente de

³⁵ CUETO RUA, J. A. (noviembre-diciembre 2008). *Breve introducción al concepto del Trust anglosajón*. *Revista cTPcba N° 94*. Obtenido de <https://issuu.com/revistatrad/docs/rev94> p. 24.

³⁶ AQUILINA, G. (5 de abril de 2019). *Los fideicomisos y América Latina: un paseo por el carril de la memoria (Trusts and Latin America- A Walk Down Memory Lane)*. Obtenido de IFC el 20 de octubre de 2019 de: <https://www.ifcreview.com/articles/2019/april/trusts-and-latin-america-a-walk-down-memory-lane/>
Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* Parr. 13-16.

³⁷ HIJAS CID, E. (s.f.). *¿Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español?* Obtenido de El Notario del Siglo XXI el 07 de Diciembre de 2020 de: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/7516-se-puede-adaptar-el-trus>

³⁸ *Id.* HIJAS CID, Eduardo. Nota 37.
Vid. CUETO RUA, Julio Amancio. *Op. Cit.* p. 23.

concebir el derecho de propiedad, permitiendo que, se separasen sus facultades en dos personas, obligando a una de ellas (*trustee*) a ejercer facultades de propietario legal (*legal ownership*) en beneficio de otra persona (*beneficiary*) y a esta última con la facultad de exigir el derecho de propiedad en equidad sobre el patrimonio del *trust* (*beneficial ownership o equitable ownership*).

En ese contexto, la Equidad (*Equity Law*) se constituyó en un cuerpo legal de principios distinto al Derecho común (*Common Law*) que, si bien dio origen a la jurisprudencia, emergió en respuesta a la problemática de los Cruzados, como un desprendimiento de la reserva de jurisdicción que le competía al Rey para evitar situaciones carentes de equidad que se podrían originar de aplicar estrictamente el Derecho Común (*Common Law*). Es decir, la Equidad (*Equity Law*) se constituyó para mitigar el rigor del Derecho común (*Common Law*), y resolver los conflictos del *trust* que, de aplicarse sus reglas generales resultarían injustas sus resoluciones³⁹.

Por consiguiente, en el caso de los Cruzados, con la vigencia de la Equidad (*Equity Law*), el Tribunal de Cancillería (*Court of Chancery o Equity Jurisdiction*), presidido por el Canciller real o *Lord Chancellor*, decidió que los caballeros debían recuperar sus tierras, bajo la siguiente línea argumental: “El “amigo” propietario legal de la tierra, luego de haberla recibido del Cruzado, ejerció los derechos de propiedad y la administró, exclusivamente, para beneficio de su “propietario original”, es decir, el Cruzado; ello, durante el tiempo de su ausencia”. A partir de entonces, el Cruzado fue reconocido como “beneficiario” de los actos llevados a cabo por su “amigo” (*trustee*)⁴⁰ y le fueron devueltas las tierras al caballero (*settlor*) o transferidas a sus beneficiarios (*beneficiaries*), eliminando las facultades del administrador (*trustee*) o intermediario, una vez que se ejecutaba el fin por el que fue constituido⁴¹.

³⁹ CAMERINI, M. A. (2007). El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Obtenido de: https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opacbusquedasDB.pl?tipoAccion=BUSQUEDA_AVANZADA&autor=Camerini,%20Marcelo%20A. pp. 998.

Id. CUETO RUA, Julio Amancio. Nota 38.

⁴⁰ *Vid.* CUETO RUA, Julio Amancio. *Loc. Cit.* Nota 38.

⁴¹ *Vid.* CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* pp. 7-8.

De ésta manera, la separación del derecho de propiedad que se produjo con el *trust*, entre la propiedad legal otorgada al administrador (*trustee*) y la propiedad material o de equidad a otorgada a los beneficiarios, tiene su origen en la dualidad jurisdiccional del que estaba compuesto el Derecho anglosajón, por el que, históricamente distinguió al Derecho Común (*Common Law*) de la Equidad (*Equity Law*), de tal manera que, la titularidad o propiedad legal del administrador (*trustee*) estaba bajo jurisdicción del Derecho Común (*Common Law*) y era defendida en Tribunales del Derecho Común (*Common Law*), y la propiedad material de los beneficiarios estaba bajo la jurisdicción de la Equidad (*Equity Law*), y era defendida en el Tribunal de Cancillería o de Equidad (*Court of Chancery* o *Equity Jurisdiction*)⁴².

De esta manera, la creación de la Equidad (*Equity Law*), dio lugar a que el Derecho anglosajón conviviera con una doble jurisdicción por un largo tiempo. Y, aunque la Equidad (*Equity Law*) llegó a ser codificada en Inglaterra a partir de 1850 a fin de ir adaptándola a las condiciones cambiantes de la sociedad, de los negocios y de la Ley de Propiedad⁴³. La Equidad (*Equity Law*) solo pervivió desde el siglo XIV hasta los últimos años del siglo XIX, y desapareció con la supresión del Tribunal de Cancillería o Equidad (*Court of Chancery* o *Equity Jurisdiction*) e instauración de la Corte Suprema (*Supreme Court of Judicature Act*) en 1873. No obstante, subsistió el “derecho de equidad” y su aplicación fue transferida a los Tribunales del Derecho Común (*Common Law*)⁴⁴, y, en la actualidad, a pesar de que, estos dos sistemas están fusionados, los conflictos por *trust* son conocidos por una sala especial de la Corte Suprema (*Supreme Court*)⁴⁵.

⁴² DE ARESACOCHAGA, J. (2000). “El *trust*”, la fiducia y figuras afines”. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. p. 22.

GÁMEZ, R., & CUÑADO, F. (2014). *Legal English: inglés jurídico para juristas y traductores de habla hispana. Libro I Introducción al Common Law*. Ee-Book. 1ra. Edición. Obtenido de https://www.academia.edu/38278793/EBook_Legal_English_2b pp. 17-21.

Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

⁴³ Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* p. 9.

⁴⁴ Aristóteles señalaba que la Equidad permitía una mejor forma de justicia porque aquella siempre tenía en cuenta las circunstancias particulares del caso; particularidades éstas, que a veces, no son reconocidas por la norma general. Otro ejemplo que podemos dar para aclarar la noción de la responsabilidad fiduciaria es el siguiente: “A” compra a su nombre una casa, pero con dinero propio de “B”. Tiempo después “A” desconoce el derecho de “B” sobre la casa invocando el “título-dominio” que detenta sobre la misma. Si el caso tuviere que ser decidido por una corte de Equidad se sostendría, que “B” (el “beneficiario”), tiene un interés legal sobre la propiedad proporcional a su aporte, y que “A” (el “Trustee”) asume la obligación fiduciaria de proteger, en su exacta proporción, el interés de “B” en la propiedad (“Trust Resultante”) (Vid. CUETO RUA, Julio Amancio. *Loc. Cit.* Nota 38).

CARRASCOZA GONZÁLES, J. (2007). El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español. Barcelona, España. En E. Arroyo I Amayuelas, *El trust en el Derecho Civil*. Editorial Bosch. p. 367.

⁴⁵ Vid. CASILLAS, Carlos. *Loc. Cit.* Nota 43.

Fue entonces que el Derecho anglosajón reconoció un desdoblamiento o disociación de un solo patrimonio en dos, es decir, una especie de propiedad compartida entre el nuevo y legítimo dueño “nominal” (*el trustee*) y los beneficiarios (*beneficiaries*)⁴⁶, generándose dos tipos de relaciones de propiedad. Por un lado, la propiedad legal (*legal ownership*) que le fue otorgada al administrador (*trustee*) sobre el patrimonio o fondo del *trust*, por la que, podía actuar con la misma capacidad jurídica que el dueño original (*settlor*) en la medida que le fuesen encomendadas facultades en el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*), más nunca con la potestad para considerarse titular de los bienes por sí mismo⁴⁷. Y por el otro lado, fue otorgada a los beneficiarios, la propiedad material (*beneficial ownership o equitable ownership*) o los derechos materiales o económicos que generaba el patrimonio del *trust*⁴⁸.

Por consiguiente, el nacimiento del *trust* está marcado por la simbiosis legal del Derecho Común (*Common Law*) y la Equidad (*Equity Law*)⁴⁹, y por sus características únicas, hoy en día es considerado el mayor logro, o la creación más destacada de la equidad (*Equity Law*) y la jurisprudencia inglesa, no solo porque nació para evitar los repetidos abusos que producían los “*hombres de confianza*” (*trustees*), o porque provocó la creación del Tribunal de Cancillería (*Court of Chancery*) y el desarrollo de la Equidad (*Equity Law*) para garantizar el cumplimiento de las relaciones de confianza⁵⁰, sino porque, en la actualidad, esta figura jurídica anglosajona todavía continúa vigente, y se constituye en la figura jurídica más empleada en los países anglosajones, ya sea para formalizar una simple compraventa (*trust for sale*), hasta para estructurar monopolios complejos (*holding trust, bussines trust*), o para heredar bienes a un hijo etc.⁵¹, y por tanto, se mantiene vigente como una de las instituciones jurídicas más genuinas y singulares de los sistemas legales anglosajones (Reino Unido, Estados Unidos o los países de la *Commonwealth*)⁵².

⁴⁶ Vid. AYALA CANALES, César G. *Op. Cit.* parr. 2.

⁴⁷ Offshore.finance. (s.f.). *¿Qué son los Trusts y cuáles son sus ventajas?* Obtenido de Offshore.finance el 20 de octubre de 2021: <https://www.offshore.finance/es/preguntas/terminos-financieros/ventajas-trusts>

⁴⁸ *Id.* Offshore.finance. Nota 47.

⁴⁹ Vid. CUETO RUA, Julio Amancio. *Loc. Cit.* Nota 38.

Vid. GÁMEZ, R., & CUÑADO, Fernando. Nota 42.

⁵⁰ Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* Parr. 13-16, 22.

⁵¹ Vid. CASILLAS, Carlos. *Loc. Cit.* Nota 43.

⁵² Vid. GÁMEZ, R. & Cuñado, Fernando. *Loc. Cit.* Nota 42.

No obstante, con el pasar de los años, dejó de ser un mecanismo usado mayormente para la gestión de bienes o gestión testamentaria, y paso a ser un instrumento de inversión o sistema de protección de activos frente a circunstancias como: el concurso de acreedores, conflictos sociales, e incluso confiscaciones fiscales u otros, cuyos efectos varían según la tipología de su conformación y finalidad⁵³, cuya figura jurídica anglosajona cuenta con características esenciales, las cuales analizaremos a continuación.

1.1.6. Características esenciales

A pesar de que el *trust* puede ser creado de diferentes maneras, según las necesidades y fines que se persigue, existen características esenciales que los distinguen de cualquier otra figura jurídica, sin cuya concurrencia, no se podría considerar que se ha constituido un *trust*, por lo que, a continuación, describiremos estas características esenciales:

a. Crea un patrimonio separado que responde a una finalidad y se constituye en una entidad sin personalidad jurídica:

Una de las características esenciales de todo *trust* es que, al instituirlo, el constituyente (*settlor*) crea un fondo o patrimonio separado de su patrimonio personal, así como, del patrimonio personal de los sujetos que intervienen (*trustee* y *beneficiaries*), cuyo resultado permite aislarlo de los acreedores personales de cualquiera de los sujetos intervinientes. De modo que, el constituyente (*settlor*), al aportar todo o parte de sus bienes o derechos u otros activos, como dinero o valores, según el fin que motive la creación del *trust*, constituye en un fondo o patrimonio separado, es decir, autónomo, cuya titularidad es transmitida al administrador (*trustee*) para que lo gestione en favor de terceros beneficiarios, quienes adquieren la propiedad material.

⁵³ Vid. TOMÉ G. *Op. Cit.* Parr. 2-3, 8, 12.

Consecuentemente, esta titularidad otorgada al administrador (*trustee*), no implica una transferencia de la propiedad absoluta, como se conoce en el Derecho continental, sino más bien una obligación de controlar, administrar y gestionar este fondo para beneficio ajeno de los propietarios materiales, es decir, de las personas designadas como beneficiarios⁵⁴.

En este entendido, el *trust* es un fondo o patrimonio separado compuesto por bienes o derechos, el cual, al estar separado de los patrimonios de quienes intervienen (*settlor, trustee, y beneficiaries*), se constituye en un fondo o patrimonio autónomo que queda resguardado de posibles embargos o requerimientos de acreedores que tuvieren los sujetos intervinientes⁵⁵, configurándose en una entidad que carece de personalidad jurídica, puesto que, no queda sujeto a derechos ni obligaciones por sí mismo, al contrario, permanece aislado de responsabilidades patrimoniales y fiscales, al no responder a deudas, sino por el contrario, al constituirse más bien en un patrimonio protegido.

Por este motivo, algunos señalan que la finalidad principal de crear un *trust* es conseguir un fondo o patrimonio separado que impida responder por deudas, incluso por aquellas deudas tributarias, logrando que, la titularidad del administrador (*trustee*) sea inembargable a los acreedores, y solamente quede sujeto a deudas generadas por el mismo *trust* incurridas en su gestión y para el cumplimiento de los fines del *trust*⁵⁶.

Los fondos o patrimonios separados o protegidos, son también llamados patrimonios de afectación, porque se desprenden de un patrimonio original con un fin específico, y cuando contraen deudas, no pueden ser tocados ni reclamados por los acreedores, porque estos fondos quedan destinados al cumplimiento de los fines por los que fueron creados, este es el caso del *trust*. Dicho de otra manera, un patrimonio de afectación existe solo cuando los bienes, derechos y obligaciones son destinados a un fin de naturaleza jurídica y económica con autonomía e independencia de toda otra relación jurídica activa o pasiva de

⁵⁴ Vid. AZÓCAR, Christian. *Op. Cit.* pp. 18, 20-21, 41-42.

⁵⁵ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (2019). *Op. Cit.* p. 22.
Id. AZÓCAR, Christian. Nota 54.

⁵⁶ Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* pp. 23-28, 38-39.

acreedores. Asimismo, es autónomo a cualquier vínculo jurídico, porque afecta solo al conjunto de bienes que se constituyen como patrimonio de afectación, para que se cumpla, o hasta cumplir el fin asignado, de modo que no es perpetuo, al contrario, responde al cumplimiento temporal de un fin⁵⁷.

Consiguientemente, la denominada afectación, solo puede hacerse efectiva mediante la separación de patrimonios, de manera que, solo existe un patrimonio de afectación cuando el patrimonio fue constituido separado a efectos de administración y a efectos de responsabilidad de deudas, dejando que la propiedad afectada quede limitada en su ejercicio temporalmente⁵⁸. Cuya función es facilitar alguna actividad económica y garantizar el cumplimiento de obligaciones que se fijan en su constitución, atribuyendo el patrimonio a un fin exclusivo. Entre los patrimonios de afectación están: el patrimonio del fideicomiso, del *trust*, de la herencia aceptada con beneficio de inventario, de la herencia yacente, etc.

b. Produce una separación de las facultades inherentes al derecho de propiedad, no se asemeja al fideicomiso y la titularidad del fondo del *trust* es nominal:

Conforme describimos anteriormente, el *trust* es un instrumento legal del Derecho anglosajón que permite la fragmentación de las facultades inherentes o esenciales del derecho de propiedad en dos personas diferentes; la propiedad legal o formal que recae en el administrador (*trustee*) y la propiedad material o económica que recae en los beneficiarios que reciben los réditos que produce su explotación y la transmisión del patrimonio depositado en el fondo del *trust* una vez finalizado el fin por el que fue creado, momento en el que, se extingue la obligación del administrador (*trustee*) o *legal ownership*, y finaliza el desdoblamiento o separación de la propiedad que caracteriza al *trust*.

⁵⁷ GARRIDO GRATERON, M. S. (2000). *Bienes y derechos reales. En Derecho Civil III*. Caracas Venezuela. (2da. ed.). Fondo Editorial USM. Obtenido de https://www.slideshare.net/hugo_araujo/teria-del-patrimonio pp. 7-10.

⁵⁸ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (2019). *Op. Cit.* pp. 23-24.

Para algunos autores, la partición de activos en sub-patrimonios separados que promueve el *trust*, el cual, permite organizar relaciones entre el propietario original (*settlor*), el administrador (*trustee*) y los beneficiarios, así como, la modificación de la responsabilidad patrimonial, se constituye en la contribución principal del Derecho anglosajón. No obstante, todo incumplimiento de obligaciones de las personas, debiera ser respondido con un patrimonio, a pesar de ello, el *trust* permite que los bienes queden aislados y los protege de reclamaciones de acreedores personales de los sujetos intervinientes (*settlor, trustee, beneficiaries*)⁵⁹.

Esta separación de las facultades esenciales del derecho de propiedad no es admitida por los sistemas jurídicos continentales, porque estos solo reconocen derechos reales absolutos, e inalterables que son establecidos por la ley, y no admiten su segmentación a partir de la autonomía de la voluntad⁶⁰. Esta característica, ha hecho del *trust* una figura única y exclusiva del Derecho anglosajón que no tiene figura análoga ni equiparable, la cual, a pesar de tener similitud o paralelismo con el negocio fiduciario o el fideicomiso, por tener como base la confianza, el primero funge como garantía de pago de deuda, y el segundo para hacer cumplir los deseos de quien lo constituye en beneficio de otras personas, generalmente usado con fines testamentarios o financieros para gestionar operaciones económicas, utilizado mayormente en países de América Latina⁶¹.

En este sentido, la transferencia de la titularidad del constituyente (*settlor*) al administrador (*trustee*), es solo formal o nominal, y para cumplir un fin en beneficio ajeno, el cual, cuando llega a ser cumplido, el patrimonio compuesto por bienes o derechos, puede ser transmitido definitivamente a los beneficiarios o retornar al constituyente (*settlor*). De modo que, debería entenderse que mientras no se transfiera definitivamente los bienes a los beneficiarios, el único propietario de los bienes continúa siendo el constituyente (*settlor*), y el administrador (*trustee*)

⁵⁹ Vid. VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* pp. 24-25.

⁶⁰ El Convenio de la HCCH establece que es aplicable únicamente a los trusts creados voluntariamente y cuya prueba conste por escrito. Vid. HCCH (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 3.

⁶¹ Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* p. 25.

ANTÚNEZ, R. (29 de noviembre de 2017). *La figura del trust en España*. Obtenido de Adarve el 20 de octubre de 2021 de: <https://www.adarve.com/la-figura-del-trust-espana/>

solamente aparenta ser propietario, pero no lo es, administra el fondo del *trust*, pero no tiene dominio completo sobre él, lo único que tiene es una obligación personal frente a los beneficiarios que tienen derecho a recibir, utilizar o disfrutar de los bienes o derechos del fondo del *trust*⁶².

c. Dentro su estructura tripartita, una de las posiciones puede recaer en una misma persona:

En el *trust* existe una relación tripartita entre el constituyente (*settlor*), el administrador (*trustee*), y los beneficiarios, la cual, por la flexibilidad de esta figura jurídica, es posible que uno de estos sujetos intervinientes pueda recaer en una misma persona, dando lugar al solapamiento de facultades. Por consiguiente, el constituyente puede designarse a sí mismo como administrador (*trustee*) o beneficiario del fondo o patrimonio del *trust*. Con la única salvedad de que, si los tres sujetos intervinientes se reúnen en una misma persona, no existe el *trust*⁶³.

Por otro lado, no existe impedimento para que pueda haber más de un administrador (*trustee*) o más de un beneficiario, y el administrador (*trustee*) también puede ser uno de los beneficiarios. Pero es el constituyente (*settlor*) el que define estas formas de solapar sujetos y facultades, así como, es el único que puede reservarse para sí mismo diferentes niveles de intervención en el *trust*, incluso su revocatoria, pero sin alterar las características del *trust* descritas anteriormente⁶⁴.

⁶² Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* Parr. 4-7.

⁶³ VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* p. 26.

⁶⁴ *Ibid.* VIRGOS SORIANO, Miguel. p. 27.

1.1.7. Tipos de *Trust*

La figura jurídica del *trust* es extremadamente versátil y flexible, por lo que, puede constituirse tantos tipos de *trust* como necesidades y finalidades existan, dando lugar a múltiples combinaciones, puesto que, su naturaleza jurídica permite ajustarlo a las necesidades de cualquiera que desee crearlo, pudiendo ser constituido en infinitas variedades y modalidades de forma ilimitada, con consecuencias jurídicas diferentes, aunque esto se traduzca para el ámbito fiscal en múltiples e infinitas formas de designar beneficiarios fiscales que requieren un tratamiento fiscal.

Sin embargo, dentro de la variedad infinita de tipos de trusts existentes, en nuestro análisis, nos concentraremos en el tratamiento fiscal de un solo tipo de *trust*, es decir, nos referimos al *trust* transfronterizo o *trust* constituido en el extranjero (*offshore trust*) y su creación de carácter discrecional e irrevocable, por lo que, será necesario detenernos solamente en la siguiente clasificación específica de tipos de *trusts*:

a. *Trust Testamentario*

El *trust* testamentario o mortis causa (*testamentary trust*), es aquel *trust* que surte efectos con la muerte de quien lo constituye (*settlor*). Esta figura jurídica es muy utilizada por la sociedad anglosajona, británica o americana, como mecanismo testamentario, es decir, como instrumento para la transmisión de bienes o derechos por causa de muerte del causante.

b. *Trust Inter vivos*

El *trust inter vivos* (*living trust*), es aquel *trust* realizado entre personas con vida, los cuales, surten efectos en vida de quien lo constituye (*settlor*). El carácter *inter vivos* es habitual en *trusts* constituidos en el extranjero de tipo discrecional e irrevocable, por la finalidad que buscan de reducir el impacto fiscal, concretamente del impuesto a la renta, razón por la que, usualmente permiten que el *trust* sea empleado como instrumento de planificación fiscal.

c. *Trust Privado*

Un *trust* privado (*private trust*), es un *trust* creado en beneficio de un individuo o varios individuos, caracterizado por diferenciarse de los *trust* públicos, porque tiene beneficiarios definidos y específicos, mientras que los fideicomisos públicos no los tiene. Además, la creación de *trust* privado le otorga una forma legal a las transacciones, y asegura que los activos o la propiedad se usen, por lo que, es empleado solamente en beneficio de los beneficiarios asignados y en la forma en que el constituyente (*settlor*) desea que se manejen⁶⁵.

Hay tres tipos de fideicomisos privados, estos son el *trust* revocable, el *trust* no discrecional irrevocable y el *trust* discrecional irrevocable. En un *trust* revocable, el constituyente (*settlor*) puede cambiar o rescindir fácilmente después de su formación. En un *trust* irrevocable no discrecional, no es posible retirar los bienes, pero el constituyente (*settlor*) tiene control total sobre el *trust*, y es quien decide quienes serán los beneficiarios y los beneficios o activos que serán otorgados, así como, la forma y el momento en que serán otorgados. Mientras que, en un *trust* discrecional irrevocable, es el administrador (*trustee*) es quien decide quienes serán los beneficiarios y cuando serán distribuidos los beneficios⁶⁶.

d. *Trust Público*

Un *trust* público (*public trust*) es un *trust* creado específicamente para un propósito público de interés general. Este tipo de *trust* se diferencia de los *trust* privados porque normalmente no tienen beneficiarios individuales específicos, y por lo general, prevé que el beneficio y las necesidades de los beneficiarios sean definidos desde una amplia gama de personas que caen dentro de los parámetros del objeto y propósito del *trust*. De modo que, este tipo de *trust* se establecen en beneficio de la mayoría de las personas, y es imperativo garantizar que el

⁶⁵ PEDIAA. (13 de agosto de 2021). *Diferencia entre Trust público y Trust privado (What is the difference between private and public trust)*. Obtenido de Pediaa el 21 de octubre de 2021 de: <https://pediaa.com/what-is-the-difference-between-private-and-public-trust/#:~:text=A%20private%20trust%20is%20a%20trust%20for%20the%20benefit%20of,%2C%20religious%2C%20or%20charitable%20purpose.>

⁶⁶ *Id.* PEDIAA. Nota 65.

propósito para el cual se establece el *trust* público no se vea disminuido o destruido, sino mantenga la eficacia y la transparencia⁶⁷.

e. *Trust Irrevocable*

Un *trust* es irrevocable (*irrevocable trust*) cuando el constituyente (*settlor*) se desprende totalmente de los derechos de propiedad de los bienes y derechos que transmite o aporta al fondo del *trust*, renunciando a la facultad de modificar, alterar, enmendar, revocar o anular el *trust* o recuperar la propiedad del mismo, y transfiere definitivamente al *trust* su patrimonio o parte de él, del cual, el administrador (*trustee*) se convierte en titular nominal⁶⁸.

Esto quiere decir que, en este tipo de *trust*, es empleado para renunciar a todos los derechos sobre el patrimonio o fondo del *trust*, es decir, es el tipo de *trust* mediante el cual, el constituyente (*settlor*) decide no tener el control, ni disponer de los bienes y derechos del fondo del *trust*, y por tanto, la responsabilidad recae en el administrador del *trust* (*trustee*), y el constituyente (*settlor*) solo espera que el administrador del *trust* (*trustee*) cumpla con la distribución de los bienes y derechos del fondo del *trust* a los beneficiarios, según lo encomendado en el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*)⁶⁹. Este tipo de *trust* es utilizado generalmente para reducir o eliminar los impuestos estatales⁷⁰.

⁶⁷ Vid. PEDIAA. *Loc. Cit.* Nota 65.

⁶⁸ Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *La protección superior con un offshore trust*. Obtenido de Paraisos-fiscales.info el 21 de abril de 2022 de: <https://www.paraisos-fiscales.info/blog/economia-finanzas/proteccion-superior-con-offshore-trust> parr. 4.5.

Vid. TOMÉ G. *Op. Cit.* Parr. 6.

Vid. AZÓCAR, Christian. *Op. Cit.* pp. 21-22, 28.

⁶⁹ *Id.* Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). Nota 68.

Id. AZÓCAR, Christian. Nota 68.

Vid. TOMÉ G. *Op. Cit.* Parr. 4-5.

⁷⁰ ASOCIACIÓN AMERICANA DE ABOGADOS. (2015). *Glosario de Trusts. En Defensor de Familia. De camino al Trust (FAMILY Advocate. Crossing paths with a trust) Vol. 38, N° 2, 2015*. Obtenido de <https://www.jstor.org/journal/familyadvocate> pp. 8-9.

f. *Trust Revocable*:

Un *trust* es revocable (*revocable trust*) cuando el constituyente (*settlor*) retiene o se reserva para sí, el derecho a modificar o enmendar los términos y condiciones del *trust*, o incluso revocarlo o anularlo en cualquier momento, por lo que, en este tipo de *trust*, el constituyente (*settlor*) decide mantener el control sobre los bienes o derechos aportados al fondo del *trust* después de haberlos aportado, quedándose con facultades para disponer de ellos⁷¹.

En este sentido, al constituir el *trust* con carácter revocable, el constituyente (*settlor*) desea mantener el control sobre la propiedad de los bienes y derechos que son transmitidos al fondo o patrimonio del *trust*, y, por tanto, después de otorgar la titularidad formal al administrador (*trustee*) el constituyente (*settlor*) se reserva la facultad de modificar el *trust* e incluso revocarlo para que dichos bienes y derechos regresen a su propiedad.

Este tipo de *trust* es el más común, es creado durante la vida del otorgante o constituyente (*settlor*) y se puede cambiar o revocar durante la vida de este. Por lo general, el otorgante o constituyente (*settlor*) también actúa como administrador (*trustee*) y retiene el control total sobre los activos del *trust* durante la vida del otorgante o constituyente (*settlor*). Pero también se caracteriza por que a la muerte del otorgante o constituyente (*settlor*), el *trust* se vuelve irrevocable. De modo que, la razón más común para establecer un *trust* en vida de carácter revocable es evitar la sucesión, porque suelen ser menos costosa⁷².

El efecto fiscal de este tipo de *trust* es que, el constituyente (*settlor*) continuará siendo considerado propietario⁷³. Esto implica que la transmisión de la titularidad o propiedad legal de los bienes o derechos al administrador (*trustee*) puede ser revocada, y la propiedad material o económica de los beneficiarios continuará en

⁷¹ INSIGHT-TRUST. (s.f.). *El trust, una figura cada vez más reconocida en la región*. Obtenido de INSIGHT-TRUST el 22 de septiembre de 2021 de: <https://insight-trust.com/el-trust/>

⁷² Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Loc. Cit.* Nota 68.

⁷³ Vid. ASOCIACIÓN AMERICANA DE ABOGADOS. *Loc. Cit.* Nota 70.

⁷³ Vid. TOMÉ G. *Op. Cit.* Parr. 5.

suspense, con la misma posibilidad de ser revocado, manteniendo en vilo la posibilidad de gravar con impuestos al beneficiario efectivo o final.

g. Trust Discrecional

El *trust* es discrecional (*discretionary trust*) cuando en el documento constitutivo del *trust* (*trust deed o letter of wishes*), el constituyente (*settlor*) otorga al administrador (*trustee*), facultades discrecionales para disponer libremente del fondo o patrimonio del *trust* y decidir quién será beneficiario, o aplazar esta decisión y determinar cómo distribuir los réditos, además del capital del *trust*⁷⁴. Consecuentemente, bajo un *trust* discrecional, las distribuciones de los beneficiarios quedan sujetas enteramente a decisión del administrador (*trustee*). Este tipo de *trust* son generalmente utilizados cuando el beneficiario no puede administrar sus propias finanzas⁷⁵.

Estas facultades discrecionales, si bien tienen el riesgo de atribuir demasiado poder al administrador (*trustee*), tiene por ventaja para los beneficiarios que éstos no están identificados como titulares de ningún derecho cierto, solo están sujetos a una expectativa jurídica que además no recae en ellos mientras no sean designados por el administrador (*trustee*), con lo cual, se impide que los acreedores puedan identificar a una persona específica a quien embargar su patrimonio, puesto que, los beneficiarios tienen un derecho expectativo sin persona atribuible, convirtiéndose esta característica en una desventaja para los acreedores, incluyendo el Estado como acreedor de cargas fiscales⁷⁶.

Esto quiere decir que mientras no sean designados los beneficiarios ni distribuidos los beneficios, los posibles beneficiarios mantendrán en expectativa sobre los bienes o derechos aportados al *trust*⁷⁷. Aunque en muchos casos los beneficiarios pueden no tener conocimiento de la existencia del *trust* y el administrador (*trustee*) sería el único que podría brindar esta información, cuya exigencia por vía legal

⁷⁴ Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* pp. 28, 39.

⁷⁵ Vid. ASOCIACIÓN AMERICANA DE ABOGADOS. *Loc. Cit.* Nota 70.

⁷⁶ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (2019). *Op. Cit.* p. 19.

⁷⁷ Vid. CASILLAS, Carlos. *Loc. Cit.* Nota 74.

podría estar violando la confidencialidad exigida por el constituyente (*settlor*) en el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*)⁷⁸.

h. Trust de Participación

Un *trust* de carácter de participación o no discrecional (*participation trust*) se presenta cuando en el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*), quedan designados los beneficiarios y todos los aspectos relacionados con su participación en los beneficios del fondo o patrimonio del *trust*, sin que el administrador (*trustee*) tome decisiones discrecionalmente⁷⁹. De modo que, tanto las distribuciones, como los beneficiarios, están fijados en el documento constitutivo del *trust*, o en su caso, puede quedar establecido que serán los beneficiarios quienes estarán facultados para decidir cuándo y cómo les serán distribuidos los beneficios, sin que pueda determinarlo el administrador (*trustee*)⁸⁰.

1.2. TRUST CONSTITUIDO EN EL EXTRANJERO U OFFSHORE TRUST

1.2.1. Definición de Offshore Trust

La palabra *offshore* es usada para distinguir que algo proviene del extranjero o está fuera del país, es decir, es extraterritorial. Por consiguiente, cuando hablamos de un *offshore trust*, hacemos referencia a un *trust* extraterritorial, transfronterizo, o extranjero, también denominado *foreign trust*, el cual, no es más que, un *trust* básico constituido fuera del país de residencia habitual de la persona que lo origina, el constituyente (*settlor*) y de quienes son designados como beneficiarios del mismo.

Un *offshore trust* está caracterizado por ser constituido o creado en jurisdicciones cuya legislación extranjera le es económica y fiscalmente más favorable, porque le ofrece mayor protección, no solo a nivel de privacidad, sino también a nivel fiscal⁸¹.

⁷⁸ Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

⁷⁹ Vid. AZÓCAR, Christian. *Op. Cit.* p. 22.

⁸⁰ También es denominado de interés fijo o *fixed interest* porque los beneficiarios y sus intereses fueron fijados en el documento que constituye el *trust* denominado *letter of wishes* o *trust deed*.
Vid. INSIGHT-TRUST. *Loc. Cit.* Nota 71.

Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Op. Cit.* parr. 7-9.

⁸¹ Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Op. Cit.* parr. 1.

Motivo por el que, también es denominado vehículo extranjero de inversión con domicilio en el exterior, cuya estructura es regulada por el Derecho anglosajón.

En un *offshore trust*, el constituyente (*settlor*) aporta todo o parte de sus bienes o derechos a un fondo o patrimonio separado que crea en el extranjero, en una jurisdicción favorable a sus intereses para protegerlo contra acreedores, cuyo administrador (*trustee*), es designado para gestionar el fondo del *offshore trust* desde el mismo país de constitución o desde otra jurisdicción extranjera seleccionada específicamente para invertir, transmitir y distribuir las rentas hacia otra jurisdicción donde se localizan los beneficiarios.

Como ejemplo, se puede considerar que a diferencia de un *trust* que pudiera constituirse en un país de régimen anglosajón como Estados Unidos, un *offshore trust* ofrece protección total a los activos por el simple hecho de que el patrimonio del fondo no está físicamente ligado al suelo estadounidense, y, por tanto, no estaría bajo la jurisdicción legal del sistema judicial de los Estados Unidos⁸².

La característica esencial de un *offshore trust* es la constitución del fondo o patrimonio separado fuera de la residencia habitual del constituyente (*settlor*), cuya modalidad, le permite regirse por la legislación extranjera del país o jurisdicción que se selecciona como favorecedora a la finalidad por el que fue creado el *offshore trust*, el cual, necesariamente está ligado a intereses fiscales y económicos del constituyente (*settlor*), desde cuya jurisdicción seleccionada pueden aprovechar y disfrutar de cierta capa adicional de protección que no estaría disponible si el *offshore trust* fuera creado en el país de origen del constituyente (*settlor*), sino solo a través de la aplicación de la legislación extranjera⁸³. Por tanto, las jurisdicciones con leyes de protección patrimonial beneficiosas e impuestos más bajos u otros beneficios, se hacen atractivas para crear *offshore trusts*, constituyéndose en una mejor forma de protección de activos⁸⁴.

⁸² HENDERSON, A. (17 de Septiembre de 2021). *Offshore Trust: La guía definitiva (Offshore Trusts: The ultimate guide)*. Obtenido de Nomad Capitalist el 20 de octubre de 2021 de: <https://nomadcapitalist.com/finance/offshore/offshore-trusts-the-ultimate-guide/>

⁸³ *Id.* HENDERSON, Andrew. Nota 82.

Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

⁸⁴ *Vid.* HENDERSON, Andrew. *Loc. Cit.* Nota 82.

Consecuentemente, el *offshore trust* es una forma legal de proteger activos o patrimonio, es decir, un instrumento de planificación fiscal cuyos beneficios dependen de las disposiciones legales de países extranjeros que intervienen y la manera en que se combinan⁸⁵. De manera que, la jurisdicción extranjera donde se elija establecer un *offshore trust* definirá el nivel de protección de los activos o del patrimonio, así como, el lugar desde donde el administrador (*trustee*) gestione el fondo o patrimonio del *offshore trust*, así como, el lugar de residencia de los beneficiarios a donde se distribuirán los rendimientos de su explotación, así como, la entrega del capital al cumplimiento de la finalidad, añadiendo de esta manera, una capa de protección adicional contra acreedores que quisiesen apoderarse del fondo o patrimonio del *offshore trust*, e inclusive contra las jurisdicciones que intervienen, respecto a las obligaciones tributarias que se generan y adeudan⁸⁶.

Asimismo, la constitución de un *offshore trust* no elimina las formalidades que deberían realizarse por las distribuciones de réditos de su explotación entregadas a los beneficiarios o la transferencia definitiva de los bienes o derechos que conforma el fondo o patrimonio del *trust*, tal como, se haría si *offshore trust* no existiese. Asimismo, la constitución de un *offshore trust*, tampoco elimina la obligación de informar a las entidades fiscales sobre las actuaciones que van generándose en el marco del *offshore trust*. Por este motivo, es muy improbable que el *offshore trust* permita esconder riquezas o transmitir las libres de impuestos dentro de un marco de ilegalidad⁸⁷, si no por el contrario, realiza sus operaciones justificadas en la legalidad, o por la falta de regulación, o por las contradicciones entre sistemas jurídicos. No obstante, el presente trabajo de investigación pretende estudiar los *offshore trusts* de carácter irrevocable y discrecional, respecto a su práctica transfronteriza, para analizar su impacto fiscal.

⁸⁵ Vid. LEXISPSL, OZANNES, M., & OLSEN, C. *Loc. Cit.* Nota 3.

⁸⁶ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

⁸⁷ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

1.2.2. Finalidades de un *Offshore Trust*

La flexibilidad y versatilidad ilimitada que tiene el *trust*, hace posible que sea constituido para múltiples fines, permitiendo que cada tipo de *trust* sea diferenciado por los fines que persigue. De modo que, entre los tipos de *trusts* relacionados con motivaciones económicas y de planificación patrimonial (caritativos, de manutención, hereditarios etc.), un *offshore trust* se distingue porque tiene por finalidad proteger patrimonio y activos a través de una capa adicional de protección, impulsada por los beneficios económicos y fiscales que ofrece su creación deslocalizada y abierta a la selección de la legislación extranjera favorable. Cuya finalidad es posible disgregar en tres ejes específicos, conforme se describe constitución⁸⁸:

a. Mayor protección de activos al desconectarse del sistema tributario del país anglosajón

Cuando se constituye un *offshore trust*, fuera del país de residencia habitual de la persona que lo origina, es decir, del constituyente (*settlor*), en lugar de hacerlo en su país de origen, se logra disfrutar de cierta protección adicional que no estaría disponible en la legislación de su país, sino solo en la legislación del país extranjero que elige⁸⁹. Para Nomad Capitalism, un *offshore trust* es una “*estrategia de protección de activos a prueba de balas, ya que agrega una capa entre sus activos y cualquiera que intente apoderarse de su patrimonio*” (Nomad Capitalist, s.f.).

Conforme fue descrito en puntos anteriores, la constitución del fondo o patrimonio del *trust* separado del patrimonio personal de los sujetos intervinientes (*settlor*, *trustee* y *beneficiaries*), permite que quede fuera del alcance de los acreedores de estos sujetos, e incluso del Estado, respecto a las cargas fiscales, y, por tanto, no pueda ser embargado, reclamado o confiscado por estos.

⁸⁸ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.
Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Op. Cit.* parr. 3.

⁸⁹ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

Consecuentemente, cuando se constituye un *offshore trust*, los bienes y derechos que componen los activos, quedan protegidos por la estructura de patrimonio separado, aspecto que, puede ser aprovechado para proyectar una planificación fiscal internacional que se beneficie de la capa adicional de protección que ofrece la posibilidad de elegir la jurisdicción con la legislación extranjera más favorable económica y fiscalmente a sus intereses, y su combinación con otras legislaciones de jurisdicciones con las que interactúa.

De esta forma, la constitución de un fondo o patrimonio autónomo sin personalidad jurídica, como es el caso del *trust*, adquiere una capa adicional de protección cuando es constituido fuera del país de residencia habitual de la persona que lo origina (*settlor*), en la forma de un *offshore trust* sujeto a legislación extranjera, de cuyo tratamiento legal diferenciado puede aprovecharse respecto a otros sistemas jurídicos en los que interactúa, logrando mayor protección para los activos del fondo del *offshore trust*⁹⁰.

A ello, se podría añadir la posibilidad de ser constituido de con carácter discrecional, aprovechando el diferimiento del pago de adeudos por rentas que genera su explotación, o la posibilidad de ser constituido de manera irrevocable sin que el constituyente (*settlor*) pueda recuperar sus facultades iniciales, dejando la titularidad bajo responsabilidad del administrador (*trustee*), quien al no ser propietario con facultades absolutas o por lo menos aparentemente, no puede asumir las obligaciones tributarias en su condición de administrador delegado, o si además, es constituido por un residente del régimen jurídico continental quedar inmunizado en jurisdicciones con sistemas jurídicos anglosajones en las que se presenten ventajas económicas y fiscales para la constitución de *offshore trusts* extranjeros⁹¹.

⁹⁰ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

⁹¹ Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Op. Cit.* parr. 2.

b. Reducción de impuestos y desgravación mientras no se distribuyen los rendimientos

La reducción de impuestos que pudiese obtenerse a través de un *offshore trust* dependerá de las disposiciones fiscales de la legislación extranjera seleccionada para su constitución, y es decir, de las disposiciones que contenga para facilitar la optimización de recursos mediante ventajas fiscales del impuesto a la renta, u otros beneficios que permitan pagar menos impuestos o desgravar los mismos, como ocurre con el diferimiento del pago de impuestos cuando se constituye un *offshore trust* de carácter discrecional.

Asimismo, considerando que el *offshore trust* permite la separación del derecho de propiedad, y con ello, la deslocalización de los sujetos intervinientes (*settlor, trustee y beneficiaries*) en diferentes partes del mundo, también es posible deslocalizar las bases imponibles, dando lugar a la generación de obligaciones tributarias en diferentes jurisdicciones extranjeras elegidas por las ventajas fiscales que presentan sus legislaciones, las cuales, a pesar de poder ser contradictorias, su interacción y convergencia de todas maneras puede resultar más favorable fiscalmente.

Elegir jurisdicciones extranjeras porque su legislación ofrece las condiciones necesarias para optimizar recursos, no es una práctica ilegal, al contrario, se enmarca dentro de lo que se conoce como planificación fiscal internacional, la cual, es empleada para obtener mayores ingresos que erogaciones en aportes fiscales, y es estructurada según las condiciones favorables que las legislaciones ofrecen. No obstante, será objeto de nuestro análisis, el determinar si a través de un *offshore trust* es posible conseguir una reducción impositiva y la postergación del pago del impuesto a la renta mientras los ingresos o rendimientos no son distribuidos, y además si es posible llegar a conseguir la desgravación fiscal parcial o total⁹².

⁹² Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

c. Libertad de selección del lugar donde obtener mejores ventajas

En un *offshore trust* es posible escoger el país extranjero cuya legislación sea más favorable a los intereses de quien los constituye (*settlor*), y, si le otorga mayor libertad de inversión y manejo de activos en el lugar donde les provean mejores condiciones y beneficios. De tal manera que, tanto el constituyente (*settlor*) puede ser o no residente de un país bajo el sistema anglosajón, y designar a un administrador (*trustee*) que reside o está domiciliado en otro país extranjero, desde el que puede realizar actuaciones que no le estarían permitidas si fuese ciudadano o residente de un país de sistema jurídico anglosajón, cuyo fondo o patrimonio del *trust* puede ser gestionado para beneficiarios que se encuentran domiciliados o son residentes de otro país extranjero.

1.2.3. *Offshore Trust* irrevocable y discrecional

Todo *offshore trust* se enmarca dentro de la clasificación de *trust inter vivos* (*living trusts*) y *trusts* privados (*private trusts*). Esto debido a que, por un lado, son realizados entre personas con vida y para surtir efectos en vida de quien lo constituye (*settlor*), y, por otro lado, porque quienes lo constituyen, administran y se benefician, son personas físicas o jurídicas del ámbito privado. No obstante, pueden diferenciarse entre los que tienen por objetivo la planificación patrimonial y los que buscan la protección de activos, en cuyo último caso, es común que sean de carácter irrevocable y discrecional⁹³. Por consiguiente, concentraremos nuestro análisis en los *offshore trusts* de carácter irrevocable y discrecional.

La mejor forma de entender el funcionamiento de un *offshore trust* con carácter irrevocable y discrecional es partiendo de las motivaciones que impulsan realizarlo desde una jurisdicción hacia otra más favorable y con personajes cuyas legislaciones intervienen de manera estratégica, no solo porque ofrecen ventajas fiscales que permiten reducir la carga fiscal, si porque pueden ir más allá, y obtener el diferimiento o incluso la des-imposición fiscal, dentro de la legalidad de manera justificada, por la contraposición de sistemas jurídicos, y el rechazo expreso a su regulación o del

⁹³ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

tratamiento judicial por decisión jurisprudencial, es decir, una verdadera fórmula de ingeniería fiscal.

Por consiguiente, un *offshore trust* es irrevocable, cuando el constituyente (*settlor*) queda desvinculado totalmente del fondo o patrimonio autónomo que constituye, y es posible demostrar ante los tribunales que no le pertenecen ni tiene el control sobre él. Asimismo, en este tipo de *offshore trust* el constituyente (*settlor*) no se reserva ningún derecho o facultad para modificarlo o rescindirlo, y solamente espera que se cumplan sus instrucciones plasmadas en el documento de constitución, de modo que, esta condición fortalece la protección de activos por la garantía que constituye su inamovilidad⁹⁴. Asimismo, al estar constituido en el exterior y ser irrevocable, también puede verse afectado por el cambio de domicilio o residencia fiscal, como alternativa para reducir la carga impositiva⁹⁵.

Cuando el *offshore trust* irrevocable es además discrecional, el administrador (*trustee*) es quien tiene la facultad de decidir quiénes serán los beneficiarios y cuando los designará, así como, la forma en que serán distribuidos los beneficios. Esta condición genera mayor protección de los activos, al mismo tiempo que complejiza la atribución de las rentas, debido a que, permite que se desconozca quien llegará a ser beneficiario y mantiene en suspenso el reparto de las rentas o hace que este se retrase, es decir, facilita lo que se conoce como diferimiento fiscal, siendo mayormente usado por la imprevisibilidad y la falta de información de las actuaciones que realizará el administrador (*trustee*)⁹⁶.

La motivación que destaca a los *offshore trusts* de carácter discrecional es lo económico vinculado a lo fiscal, específicamente la reducción de la carga fiscal, que finalmente responde a la finalidad de optimizar la gestión de los activos en beneficio

⁹⁴ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

Vid. MARTOS BELMONTE, P. *Op. Cit.* p. 80.

Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Op. Cit.* párr. 4-5, 7-8.

⁹⁵ CPSPCEC. (19 de noviembre de 2019). *AFIP advierte sobre trust y cambios de residencia fiscal*. Obtenido de Caja de Previsión Social para Profesionales en Ciencias Económicas (CPSPCEC) el 21 de octubre de 2021 de: <https://cpcecba.org.ar/noticias/afip-advierte-sobre-trust-y-cambios-de-residencia-fiscal/14800/>

⁹⁶ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

Vid. MARTOS BELMONTE, P. *Op. Cit.* pp. 78-80.

Vid. Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *Op. Cit.* párr. 8-9.

Vid. ANTÚNEZ, Roberto. *Loc. Cit.* Nota 61.

propio o ajeno de quien lo constituye (*settlor*), el cual, dependerá de su naturaleza y carácter discrecional, además de la legislación de los países extranjeros en el que se constituya, se administre y se distribuya los réditos, junto a la transferencia del capital.

Las ventajas que presenta un *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional para quienes los usan, no solo tiene que ver con aquellas ventajas que provee la creación de un fondo o patrimonio autónomo aislado del patrimonio personal de los sujetos intervinientes y sus acreedores, o su imposibilidad de ser sujeto de obligaciones fiscales, por constituirse en una entidad sin personalidad jurídica, sino también, en la flexibilidad, la confidencialidad y la eficiencia que brinda para hacer frente a las responsabilidades y confiscaciones fiscales, como instrumento propicio para la optimización fiscal, por las exenciones y la reducción fiscal que ofrecen jurisdicciones con ventajas fiscales, así como, el diferimiento que facilita el carácter discrecional de los *offshore trust*, e incluso la des-imposición que puede llegar a conseguir, cuando el constituyente (*settlor*) es residente de país regido por el Derecho continental, convirtiéndole en un instrumento eficiente para la planificación fiscal internacional⁹⁷.

La desventaja del uso de *offshore trusts*, tiene que ver con los problemas que atraviesan los países de sistemas jurídicos continentales para darle un tratamiento fiscal que les permita reclamar el impuesto a la renta, puesto que, conforme a la naturaleza de los *trusts*, los activos que componen su fondo autónomo, no solo estaría protegido de fiscalizaciones o demandas, sino también generaría dificultades para la obtención de información sobre el momento de su constitución, los sujetos que intervienen, y, el lugar de su administración, el lugar a donde se harán las distribuciones, la valoración de participaciones a efectos fiscales desde el costo fiscal de las aportaciones al fondo, las fechas de aportación, hasta la ubicación de los bienes y derechos aportados, así como, la obtención de información de la existencia de transferencias o adquisiciones de bienes y derechos durante su administración, y sus precios, para la valoración de las rentas periódicas distribuidas a los beneficiarios y las recibidas como consecuencia de la explotación de los bienes o derechos del *offshore trust*, entre otros⁹⁸.

⁹⁷ Vid. INVERTAX. *Loc. Cit.* Nota 4.

⁹⁸ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

CAPÍTULO II

PERCEPCIÓN DEL *OFFSHORE TRUST* EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

SUMARIO: 2.1. EL *OFFSHORE TRUST* Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL. 2.1.1. Nuevo desafío para las administraciones tributarias. 2.1.2. *Offshore trust* como mecanismo de planificación fiscal internacional. 2.2 EL *OFFSHORE TRUST* FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y LEY APLICABLE AL *TRUST* SEGÚN LA HCCH. 2.2.1. Objetivo del Convenio de la HCCH. 2.2.2. Relevancia de la Ley aplicable al *trust*. 2.2.3. Connotación del Reconocimiento del *trust*. 2.2.4. Caracteres relevantes del Convenio de la HCCH. 2.2.5. Efectos de la ratificación y adhesión al Convenio de la HCCH. 2.3 EL *OFFSHORE TRUST* Y LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS PARA LA UE. 2.3.1. Directiva de la UE y las rentas que genera el *trust*. 2.3.2. Informe del PE y la constitución de *trust*. 2.4. EL *OFFSHORE TRUST* PARA LA COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y LAS NORMAS TFI. 2.4.1. Soberanía fiscal y los sistemas fiscales. 2.4.2. Vehículos de inversión y normas TFI. 2.4.3. Normas TFI y el diferimiento fiscal. 2.4.4. Objetivo de las normas TFI y el *offshore trust*. 2.5. EL *OFFSHORE TRUST* Y EL BENEFICIARIO EFECTIVO O FINAL. 2.5.1. Controversia del término *beneficial owner*. 2.5.2. El término *beneficial owner* en el ámbito fiscal. 2.5.3. Beneficiario efectivo final y los *trusts*. 2.5.4. *Offshore trusts* y la identificación del beneficiario.

2.1. EL *OFFSHORE TRUST* Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

2.1.1. Nuevo desafío para las administraciones tributarias

El nuevo desafío que tienen las administraciones tributarias a nivel mundial después de la aparición de la globalización y la internacionalización de la economía, ha sido llegar a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias relacionadas con actividades económicas transfronterizas realizadas dentro del espacio globalizado, cuyo movimiento, velocidad, y complejidad han generado el ambiente propicio para que sea posible la evasión o elusión de impuestos a través de esquemas de planificación fiscal internacional cada vez más sofisticados y consideradas lesivas a los intereses de los Estados, y por lo que, ya no es posible considerar a los contribuyentes bajo conceptos típicos, sino como contribuyentes globales, para quienes la tributación es un costo más que buscan disminuir para maximizar sus utilidades⁹⁹.

Si bien, los contribuyentes tienen el derecho de elegir libremente las estructuras e instrumentos jurídicos que fiscalmente consideren menos gravosos a sus intereses, dentro de lo que puede llamarse legítimo y jurídicamente disponible para reducir las

⁹⁹ CIAT. (2007). *Manual CIAT de Control de Planeamiento Tributario Internacional*. Obtenido de Centro Interamericano de Administraciones Tributarias - CIAT, el 20 de octubre de 2019 de: https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTécnicos/Espanol/2007ManualPlaneamiento/2007_manual_planeamiento_tributario_internacional.pdf pp. 1-2.

cargas fiscales¹⁰⁰, este derecho permite a los contribuyentes elegir libremente la jurisdicción cuyo sistema fiscal le sea más favorable a sus intereses, siempre que se encuentren dentro del marco del llamado ahorro impositivo, economía de opción, o planificación fiscal internacional. Cuyo derecho que puede ser ejercido según el diseño de sistema fiscal que cada Estado define en el marco de la competencia fiscal internacional, el cual, es ejercido por efecto de la soberanía fiscal que le permite crear, regular y aplicar el sistema jurídico que sea acorde a sus objetivos y condiciones como Estado¹⁰¹.

En este contexto, la economía de opción o la planificación fiscal internacional, no es más que, poder optar por vías fiscales más beneficiosas o menos onerosas dentro de la legalidad, cuyas operaciones económicas puedan considerarse legales, en la medida que no vulneran directamente la norma, y, sean también lícitas, en la medida que no constituyan elusión, no debiéndose obligar a estructurar actividades económicas más gravosa fiscalmente.

Sin embargo, la planificación fiscal internacional se ha convertido en un problema para las administraciones tributarias del mundo, porque viabilizan la toma de destinos con mayores ventajas tributarias, las cuales, deslocalizan las bases imponibles y las conducen hacia jurisdicciones con ventajas fiscales, cuya legislación y modalidades de control fiscal dan lugar a la elusión fiscal llevada a cabo por la denominada planificación fiscal agresiva o nociva, la cual, genera mayores desafíos para las administraciones tributarias que tienen el deber de defender el interés tributario contra la afectación local de su jurisdicción y además en el contexto económico mundial, en materia de fiscalidad internacional¹⁰².

¹⁰⁰ ABACHE CARVAJAL, S., & ATENCIO VALLADARES, G. (2018). *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional*. México. Editorial Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C. pp.91-104.

FRAGA PITTALUGA, L. (2012). *Principios constitucionales de la tributación*. Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N°25. pp.148-149.

GARCÍA NOVOA, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. p. 30.

¹⁰¹ GARCÍA NOVOA, C. (2016). *Nuevo modelo de tax internacional regime, a partir de las políticas globales contra la elusión tributaria*. En G. P. Ingrid, *Nuevos retos de la fiscalidad internacional, Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, tema II*. Caracas Venezuela. Editorial Asociación Venezolana de Derecho Tributario. p. 20.

¹⁰² Vid. CIAT. Op. Cit. pp. 4-5.

2.1.2. *Offshore trust* como mecanismo de planificación fiscal internacional

Dentro de la problemática fiscal internacional, se afirma que el *trust* usado en el extranjero u *offshore trusts*, es uno de los mejores mecanismos de protección de patrimonio, debido a que, al fragmentar la propiedad del fondo o patrimonio del *offshore trust* en dos, puede deslocalizar sus partes en diferentes jurisdicciones, donde la figura jurídica del *trust* puede o no estar sujeta a tributación, o estar exencionada, o presentar una gravabilidad reducida. Así como, puede deslocalizar el lugar desde donde el administrador (*trustee*) gestiona el patrimonio del *offshore trust*, así como, el lugar donde residen los beneficiarios¹⁰³.

Asimismo, cuando el *offshore trust* es de carácter discrecional, es posible ser favorecido con el diferimiento o la no distribución de las rentas o rendimientos hacia los beneficiarios, debido a que, la distribución es una decisión discrecional del administrador (*trustee*). Y, sí, además, el *offshore trust* fuera de carácter irrevocable, puede favorecerse de la des-imposición o no gravabilidad de las rentas, al no tener a quien atribuir las rentas que no se distribuyen y se acumulan, ya que, el administrador (*trustee*) es solo un propietario legal “nominal”. Mucho más aún, cuando combinan jurisdicciones con ventajas fiscales del impuesto a la renta, con aquellas jurisdicciones que no reconocen el *offshore trust*, ni lo regulan en su ordenamiento jurídico, de tal manera que, el *offshore trust* se constituye en una herramienta eficaz para las planificaciones fiscales a nivel internacional¹⁰⁴.

En este sentido, los *trusts* constituidos localmente no generan problemas fiscales a las administraciones tributarias, debido a que, no serían utilizados como mecanismo de planificación fiscal internacional, sino más bien, los *trusts* constituidos en el extranjero u *offshore trusts*, al dar la posibilidad de elegir la jurisdicción extranjera más favorables a sus intereses, y poder establecerse y/o vincularse con otras jurisdicciones extranjeras, generalmente caracterizadas por contar con ventajas fiscales del impuesto a la renta, beneficiándose de la regulación del lugar donde eligen para constituirse, así como, también pueden beneficiarse de la nacionalidad

¹⁰³ *Ibid.* CIAT p. 27.

¹⁰⁴ *Ibid.* CIAT pp. 27-28.

del constituyente (*settlor*), o el lugar donde es gestionado por el administrador (*trustee*), o la regulación del lugar donde residen los beneficiarios¹⁰⁵.

Ahora bien, para definir si un *offshore trust* es o no un mecanismo efectivo para realizar planificaciones fiscales agresivas o nocivas que pretenden evadir, eludir o causar fraude de ley del impuesto a la renta, esta figura jurídica debiera encontrarse previamente regulada en los ordenamientos jurídicos que supuestamente busca evadir, eludir o causar fraude, como para que pueda ser factible la producción de estos efectos en la fiscalidad internacional, de lo contrario, daría lugar a una desimposición fiscal que no responde a una exención establecida en la ley, ni tampoco a un problema de interpretación de la ley, sino más bien a una exclusión fiscal anómala, por falta de norma que lo regule o norma que lo regule efectivamente, por cuyas características, podría ser empleada por la planificación fiscal, así como, por la planificación fiscal agresiva o nociva.

Es importante aclarar que la planificación tributaria como tal, no tiene por finalidad evadir o eludir las obligaciones tributarias, ni tampoco simular la realización de actos jurídicos, al contrario, pretende disminuir la presión tributaria, en base a las opciones más convenientes en el marco de la legalidad, puesto que, emplea el conocimiento de la legislación tributaria internacional y el uso eficiente en las operaciones mundiales para conseguir el ahorro de recursos en impuestos. Sin embargo, el problema radica en que existan legislaciones con asimetrías y vacíos normativos no subsanados, así como, inversionistas que buscan mayores ventajas fiscales para las transacciones internacionales, y países de que les ofrecen estas posibilidades para atraer inversión, permitiendo la disminución de la carga tributaria, así como, el beneficio de una exención, e incluso, la no regulación en sus ordenamientos jurídicos¹⁰⁶.

Consecuentemente, ante las pérdidas cuantiosas de recaudación tributaria a causa de prácticas elusivas o evasivas de impuestos, se ha buscado transparentar la información mediante regímenes de declaraciones obligatorias y medidas de transparencia fiscal internacional, a fin de obtener información acerca de las

¹⁰⁵ *Ibid.* CIAT p. 28.

¹⁰⁶ *Ibid.* CIAT p. 2.

estructuras de planificación fiscal potencialmente lesivas o abusivas, y poder identificar a quienes promueven y utilizan estas estructuras, principalmente mediante mecanismos de disuasión, con el objetivo de crear sensación de riesgo entre los contribuyentes y desaliento para continuar con la explotación de las deficiencias de los sistemas tributarios¹⁰⁷.

Por otro lado, no cabe duda que, uno de los principales retos para las administraciones tributarias del mundo es la falta de información íntegra y oportuna de las estrategias de planificación fiscal agresiva para poder responder ante los posibles riesgos fiscales, previa evaluación o modificación en la legislación, más aún cuando existen varias diferencias entre las estructuras de planificación fiscal a nivel nacional e internacional, haciendo que su regulación sea un desafío para más de un solo tipo de contribuyentes y frente a un abanico de operaciones¹⁰⁸.

De esta manera, dedicaremos nuestro análisis al impacto del *offshore trust* en la regulación internacional respecto las rentas que genera y los efectos fiscales que presenta, cuando tiene carácter irrevocable y discrecional, así como, su empleo en las planificaciones fiscales internacionales motivadas en la reducción del pago de impuestos, el diferimiento y/o la des-imposición fiscal de impuestos que gravan la renta. Asimismo, rescataremos la percepción del *offshore trust* para organismos internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), el Consejo de la Unión Europea, y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), respecto a la transparencia fiscal internacional, y haremos énfasis en algunos aspectos controversiales de la competencia fiscal internacional, para finalmente, abordar la relación del origen del término beneficiario efectivo o final, con el nacimiento del *trust* y su asimilación en la actualidad para ilustrar el panorama internacional respecto al *offshore trust*.

¹⁰⁷ OECD/G20 (2015). *Proyecto OECD/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Informes Finales 2015. Resúmenes*. (Archivo PDF). Obtenido de OECD el 2 de octubre de 2019 de: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf> pp. 5, 42.

¹⁰⁸ *Ibid.* OEDE/G20 p. 41.

2.2. EL OFFSHORE TRUST FRENTE AL RECONOCIMIENTO Y LA LEY APLICABLE DEL TRUST SEGÚN LA HCCH

2.2.1. Objetivo del Convenio de la HCCH

La flexibilidad y versatilidad del *trust* ha posibilitado que sea constituido en múltiples formas y para diversos fines, e incluso, fuera de países anglosajones a través del *offshore trust*, haciendo de esta figura jurídica anglosajona una herramienta eficaz para la planificación fiscal internacional. No obstante, la complejidad de su asimilación en países de Derecho continental, en los que, no tiene una equivalencia real con las figuras jurídicas del Derecho civil, ha originado que, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), cuyo fin es promover la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado, emitiera el Convenio de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento internacional¹⁰⁹.

Esencialmente, este Convenio fue diseñado para servir de puente de comunicación entre las familias jurídicas del Derecho anglosajón y las de Derecho continental, de manera que, los *trusts* creados en el ámbito del Derecho anglosajón pudiesen extender sus efectos en jurisdicciones del Derecho continental sin las dificultades que derivaban de su desconocimiento, y con la expectativa de que, al menos fueran reconocidos sus efectos básicos y se pudiese unificar las disposiciones relativas a esta figura, eliminando las diferencias entre ordenamientos jurídicos existentes, aunque no se pudiese regular plenamente en el Derecho material de sus sistemas jurídicos¹¹⁰.

En este sentido, el Convenio planteó un carácter unitario y unificador para la regulación del *trust* y la necesidad de ser introducido en los ordenamientos jurídicos de los suscribientes. Sin embargo, después de que el Convenio entrase en vigencia el 1 de enero de 1992, la ratificación y adhesión fue escasa, provocando que, aquellos países que no ratificaron ni se adhirieron, se convirtiesen en un atractivo para

¹⁰⁹ Vid. HCCH (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 1.

¹¹⁰ Vid. AZÓCAR, Christian. *Loc. Cit.* pp. 18, 19, 23.

Vid. ÁLVAREZ BARBEITO, Pilar. *Loc. Cit.* Nota 2.

CHECA MARTÍNEZ, M. (1998). *El trust angloamericano en el Derecho español*. Madrid, España. Editorial Mc Graw Hill. p. 63-64.

BELLO KNOLL, S. I. (2013). *El Fideicomiso Público*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Marcial Pons. p. 54.

constituir *offshore trusts*, debido a que, sus legislaciones desconocen la figura del *trust* y no los regulan, u otorgan beneficios que permiten aportar bienes o derechos a los fondos de *trusts* en sus territorios libres de impuestos, situándose o vinculándose generalmente a jurisdicciones con ventajas fiscales del impuesto a la renta¹¹¹.

2.2.2. Relevancia de la Ley aplicable al *trust*

La necesidad y conveniencia de ratificar o adherirse a este Convenio siempre tuvo que ver con la necesidad de abrir la posibilidad para que los *trusts* creados bajo el Derecho anglosajón pudiesen desplegar sus efectos en jurisdicciones de Derecho Continental de manera regulada e uniforme, y con ciertas modificaciones en sus ordenamientos para conseguir una adaptación del *trust* como institución específica, y evitar de esta manera la inseguridad jurídica que genera tener una figura jurídica que instituye un fondo o patrimonio autónomo sin personalidad jurídica, con múltiples formas de constituir, y diferentes lugares donde deslocalizar su administración y distribución de rendimientos que obligan a tener que determinar la ley aplicable para cada caso, según la finalidad o función que tienen¹¹².

Por esta razón, el Convenio se pronuncia sobre la ley aplicable al *trust*, intentando resolver de alguna manera la incertidumbre que genera su naturaleza deslocalizable, determinando que, cada *trust* debe regirse por la ley que el constituyente (*settlor*) escoge y establece en el documento de constitución del *trust* (*trust deed* o *letter of wishes*). De modo que, según establece el Convenio: a. Si la ley aplicable no es fijada en el documento de constitución el *trust*, este documento debe hacerse inválido e inaplicable; o, b. Si la ley escogida por el constituyente (*settlor*) desconoce el *trust*, esta ley no debiera surtir efectos; salvo que, para ambos casos, se aplique el principio de proximidad como conexión subsidiaria, según el cual, podrá ser aplicable al *trust* la ley con el que se encuentre más estrechamente vinculado conforme a los criterios de calificación, por lo que, estos criterios requieren verificar: a. El lugar donde el *trust* fue constituido y administrado; b. El lugar donde se encuentran situados los bienes del *trust*; c. El lugar de residencia del administrador (*trustee*), o desde donde ejerce

¹¹¹ *Ibid.* CHECA MARTÍNEZ, Miguel. p. 64.

¹¹² *Vid.* CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 66.

sus actividades; y, además, d. Los objetivos del *trust* y el lugar donde estos deban cumplirse¹¹³. Asimismo, añade que, si un país se compone por varias unidades territoriales con legislaciones propias para el *trust*, la ley aplicable es la de la unidad territorial vinculada¹¹⁴.

Bajo estos criterios se pueden establecer los lazos más estrechos para determinar la ley aplicable, permitiendo que, un *trust* creado en una jurisdicción pueda producir efectos en otra jurisdicción. No obstante, la problemática que ha surgido, se concentra en presentar una ley que es considerada aplicable por el documento de constitución, pero que en la realidad desconoce y no es reconocida en su ordenamiento jurídico la figura jurídica del *trust*.

La importancia de tener definida la ley aplicable reside en la necesidad de contar con una Ley del *trust* que rija su validez, sus efectos, su interpretación y administración, así como, su forma de modificación o extinción, además de definir las restricciones a su duración, así como, la labor del administrador (*trustee*), desde su designación, dimisión, revocación, capacidad de actuación, transmisión de sus funciones, sus derechos y obligaciones en general, su derecho a delegar total o parcialmente, sus obligaciones y dentro de ellas, su obligación de rendir cuentas de su gestión, así como, definir la forma de ejercer sus facultades, entre ellas, el de efectuar inversiones, acumular ingresos, administrar y disponer de los bienes del *trust*, darlos en garantía o adquirir bienes nuevos, así como, definir sus relaciones y responsabilidades personales con los beneficiarios y la distribución de los bienes¹¹⁵.

En este sentido, la definición de la ley aplicable al *trust* pretende establecer la conexión que vincula los bienes, derechos y actos que derivan del *trust*, con la ley o las leyes que el constituyente (*settlor*) elige como aplicables en el marco de sus capacidades de propietario original. No obstante, el Convenio se excluye de dar validez al acto jurídico que constituye el *trust* con la transferencia del patrimonio del constituyente (*settlor*) al administrador (*trustee*), y, solo se concentra en proponer

¹¹³ Vid. BELLO KNOLL, Susy. *Op. Cit.* pp. 54-55.

¹¹⁴ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Arts. 5, 6 y 7.

¹¹⁵ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 8.
Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p.76.

alternativas de criterios de conexión en caso de que no se tenga claridad sobre la Ley aplicable o les sea desconocida¹¹⁶.

De modo que, en la primera etapa de constitución del *trust* con la transferencia de patrimonio del constituyente (*settlor*) al administrador (*trustee*) donde adquiere validez formal y material, el Convenio no interviene, sino en la siguiente etapa de administración del patrimonio, la cual, terminará con la distribución de beneficios a los beneficiarios, y la tercera etapa de materialización del objeto del *trust* a través de la entrega del capital al cumplimiento de la finalidad del *trust*, a efectos de finalizarlo¹¹⁷.

2.2.3. Connotación del reconocimiento del *trust*

En cuanto al reconocimiento del *trust*, el Convenio establece que, la ratificación o adhesión del Convenio permite reconocer todo tipo de *trust*¹¹⁸. Aunque, ningún país está obligado a reconocerlo, la problemática se presenta cuando la legislación elegida como ley aplicable al *trust* no lo reconoce en su ordenamiento jurídico y se constituye en el lugar de administración y residencia habitual del administrador (*trustee*). Esto debido a que, el Convenio también permite expresamente que el constituyente (*settlor*) puede escoger la legislación más favorable a los fines que persigue, aunque no sean países que lo reconozcan en sus ordenamientos jurídicos¹¹⁹.

En este sentido, el Convenio respeta la naturaleza del *trust*, y solamente exige que el administrador (*trustee*) sea quien comparezca como demandante o demandado ante cualquier autoridad pública por la propiedad legal del *trust* que administra, y que, el fondo del *trust* se mantenga separado de su patrimonio personal, de manera que, no pueda ser reclamado por sus acreedores, ni sea afectado por el régimen matrimonial o sucesorio, o la insolvencia, o quiebra en que hubiese incurrido, especificando que, en caso de infringir sus obligaciones y confundir patrimonios o

¹¹⁶ *Id.* CHECA MARTÍNEZ, Miguel. Nota 115.

¹¹⁷ *Vid.* CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Loc. Cit.* Nota 115.

¹¹⁸ *Vid.* HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 11.

¹¹⁹ *Vid.* HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Arts. 13-14.

enajenar el fondo del *trust*, el administrador (*trustee*) tenga que reponer con su patrimonio personal¹²⁰.

Por ello mismo, el reconocimiento del *trust* en el Convenio, responde al hecho de que la Ley extranjera pueda cumplir con los efectos jurídicos mínimos que el Convenio determina para regir el *trust*. En este sentido, no se puede reconocer la figura jurídica del *trust* mientras no haya sido creada conforme a los efectos mínimos que el Convenio exige para considerar aplicable una Ley. Estos efectos mínimos exigen que los acreedores personales del administrador (*trustee*) no puedan recurrir a medidas contra los bienes del *trust*, y que, los bienes del *trust* no formen parte del patrimonio del administrador (*trustee*) en los casos de insolvencia y quiebra, ni formen parte del régimen patrimonial del matrimonio, ni de la sucesión del administrador (*trustee*), además, debe permitir reivindicar los bienes del *trust* en caso de que el administrador (*trustee*) los hubiese confundido con su patrimonio o lo hubiese enajenado incumpliendo sus obligaciones¹²¹.

Según Checa Martínez no debería producirse el reconocimiento del *trust* cuando los ordenamientos jurídicos de ciertos lugares que conocen la figura jurídica del *trust* hayan sido escogidos y conectados artificialmente, de modo que, exista otra ley que, aunque no conozca esta figura jurídica tenga una vinculación más estrecha, por lo que, el Estado debe optar por el reconocimiento de la Ley con vinculación más estrecha¹²².

Es cierto que, se debiera evitar vincular el *trust* con ordenamientos jurídicos que desconocen esta figura jurídica, porque pueden considerarse intentos fraudulentos de importar esta figura jurídica, precisamente porque la desconocen. Y de alguna manera, se estaría forzando que el *trust* quede sometido a los ordenamientos que, si lo regulan frente a los que los desconocen, ingresando en un conflicto sobre la Ley aplicable que se agrava por la deslocalización masiva que prevé su naturaleza, y que va complejizándose con la inscripción y sus efectos en los regímenes registrales.

¹²⁰ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 118.

¹²¹ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 118.
Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* pp. 98-100.

¹²² Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* pp. 100-103.

2.2.4. Caracteres relevantes del Convenio de la HCCH

Por todo lo descrito anteriormente, se puede señalar que, el Convenio no invalida las liberalidades que tiene el constituyente (*settlor*) para crear el *trust* y designar al administrador (*trustee*) o los beneficiarios según la finalidad que persiga. Tampoco afecta la competencia o potestad tributaria de los países que lo ratifican o se adhieren, ni impide que, otros instrumentos internacionales puedan regular el *trust* paralelamente, al contrario, permite que los actos de administración puedan separarse y regirse por una ley diferente, e incluso, puedan excluirse de su aplicación si fuera incompatible con su ordenamiento jurídico¹²³.

Asimismo, contempla el derecho de reivindicación de los beneficiarios cuando el fondo o patrimonio del *trust* se confunde con el patrimonio del administrador (*trustee*), de modo que, si es enajenado a terceros en incumplimiento de sus obligaciones, se prevé que, su tratamiento quede subordinado a lo previsto en el ordenamiento jurídico del tercero que posee injustamente los bienes del *trust*¹²⁴. Adicionalmente, el Convenio se excluye la aplicación de ley cuando es considerado incompatible al orden público del ordenamiento jurídico al que se pretende aplicar, porque precisamente busca garantizar el reconocimiento y los efectos del *trust* en ordenamientos jurídicos que lo desconocen, aunque existe el peligro de que sean elegidos para evitar el reconocimiento del *trust*¹²⁵.

Ahora bien, el Convenio es considerado de carácter universal o *erga omnes*, porque, la suscripción, ratificación o adhesión está abierta a todos los países, incluso a los países de sistema jurídico anglosajón, debido a que, no solo busca facilitar su aplicación en países que desconocen el *trust*, sino establecer disposiciones comunes para todos sobre la ley aplicable. Sin embargo, es necesario considerar que según dispone el Convenio, solamente es aplicable en países miembros de la HCCH mediante la firma, ratificación, aceptación y aprobación, y en países no miembros

¹²³ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Arts. 9 y 10.

¹²⁴ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Loc. Cit.* Nota 118.
Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 68.

¹²⁵ *Ibid.* CHECA MARTÍNEZ, Miguel. p. 104.
Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 18.

mediante la adhesión, e incluso en unidades territoriales mediante la ratificación o adhesión¹²⁶.

2.2.5. Efectos de la ratificación y adhesión al Convenio de la HCCH

A pesar del carácter universal o *erga omnes* del Convenio, la validez de los *trusts* se rige por la Ley del Estado contratante. De modo que, se distinguen los países o unidades territoriales que firman y ratifican o adhieren al Convenio, y los países que, además, recogen el *trust* en sus ordenamientos jurídicos, marcando una diferencia por la incidencia que tiene el Convenio en países que se rigen por el Derecho anglosajón y regulan la figura jurídica del *trust*, frente a los países que se rigen por el Derecho Civil, cuyo Derecho material en su mayoría lo desconoce¹²⁷.

Según datos provistos por la HCCH¹²⁸, los 8 países miembros que ratificaron el Convenio y entraron en vigencia posteriormente son: Australia (1991/1992), Chipre (2017/2017), Italia (1990/1992), Luxemburgo (2003/2004), Países Bajos (1995/1996), Suiza (2007/2007), así como, las 9 unidades territoriales de Canadá (1992/1993)¹²⁹, y las 13 unidades territoriales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1989/1992)¹³⁰. Asimismo, de los 5 países que se adhirieron, 3 son miembros: Malta (1994/1996), Mónaco (2007/2008) y Panamá (2017/2018), y los 2 siguientes no son miembros, estos son: Liechtenstein (2004/2006) y San Marino (2005/2006). Por su parte, los países miembros que firmaron, pero no ratificaron el Convenio son: Estados Unidos de América y Francia. Y, en el caso de China, considerado país miembro, registra la continuidad de su aplicación solamente para Hong Kong, como si fuera

¹²⁶ Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). Arts. 9,18, 19, 25, 26, 28.

¹²⁷ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* pp. 70-71.

¹²⁸ *Estado Actual del Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento.* (23 de marzo de 2017). Obtenido de Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado HCCH: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=59>

¹²⁹ Las 9 unidades territoriales de Canadá son: Alberta (1992/1993), Columbia británica (1992/1993), Isla del Príncipe Eduardo (1992/1993), Manitoba (1994), Newfoundland y Labrador (1992/1993), Nueva Brunswick (1992/1993), Nueva Escocia (2006), Ontario (2018), Saskatchewan (1994). *Ibid.* HCCH. (23 de marzo de 2017). Nota 128.

¹³⁰ Las 13 unidades territoriales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda son: Acrotiri y Dhekelia, Bases soberanas británicas en la isla de Chipre (1992), Bermudas (1992), Gibraltar (1992), Bailiwick de Guernsey (1993), Isla de Man (1992), Islas Malvinas (1992), Islas Turcas y Caicos (1993), Islas Vírgenes (1992), Jersey (1991/1992), Montserrat (1991/1992), Santa Helena (1992), South Georgia & South Sandwich Islands (1992) Territorio Antártico Británico (1992). *Ibid.* HCCH. (23 de marzo de 2017). Nota 128.

una unidad territorial que todavía dependiera de Reino Unido, país que si tiene ratificado el Convenio¹³¹.

2.3. EL *OFFSHORE TRUST* Y LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS PARA LA UE

2.3.1. Directiva de la UE y las rentas que genera el *trust*

Los *trusts* constituidos en el extranjero u *offshore trusts* son estructuras jurídicas intermediarias que al estar sujeto a la tributación de la legislación extranjera, pueden obtener ventajas fiscales que no obtendrían si se constituyeran en el país de origen del constituyente (*settlor*), así como, pueden beneficiarse de la posibilidad de escoger las legislaciones a las que se someten y obtienen algún beneficio, e incluso llegar a obtenerlas en más de una de las jurisdicciones en las que se deslocaliza.

Asimismo, los *offshore trust* pueden dejar en incertidumbre la identificación del beneficiario efectivo o final cuando se trata de uno de carácter discrecional, en el que, se desconoce a quien debe atribuirse las rentas producidas por el fondo o patrimonio del *offshore trust*, hasta que el administrador (*trustee*) lo defina y determine si los beneficios retornarán al constituyente (*settlor*) que crea el *trust* en el extranjero, o a los beneficiarios que designará posteriormente¹³². Consecuentemente, en el ámbito fiscal existe la necesidad de garantizar la imposición de las rentas percibidas por los beneficiarios efectivos o finales de un *offshore trust*, así como, obtener información de su identidad y residencia a efectos fiscales.

En ese contexto, el Consejo de la Unión Europea emitió la Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014 que modificó la Directiva 2003/48/CE, para regular la fiscalidad de los rendimientos o rentas del ahorro en forma de pago de intereses, el cual, incluyó la regulación de instrumentos jurídicos transfronterizos que generan rentas que se distribuyen en forma de pago de intereses sin estar sujetos a tributación efectiva, entre ellos, hace referencia al *trust*, considerándolo un mecanismo a través del cual un Estado miembro puede realizar o atribuir pagos de intereses al fondo de un *trust* en el extranjero, sin que éste se encuentre sujeto a tributación efectiva, debido a que,

¹³¹ *Ibid.* HCCH. (23 de marzo de 2017) Nota 128.

¹³² *Vid.* MARTOS BELMONTE, Plácido. *Op. Cit.* pp. 81-82.

su administrador (*trustee*), al que considera operador económico, reside o se domicilia en un país fuera del ámbito de aplicación de ésta Directiva.

Por consiguiente, la Directiva establece como regla que, cuando el administrador (*trustee*) reside o se domicilia en un país fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, es decir, fuera de la Unión Europea, los pagos por los beneficios que genera el *trust*, se consideran realizados y atribuidos inmediatamente a la persona física residente del Estado miembro, de parte de un Estado diferente a la del Estado en que se sitúa el administrador (*trustee*), salvo que, demuestren que están sujetos a tributación efectiva. En ese orden, el Anexo I de esta Directiva, enlista países e instrumentos jurídicos a quienes aplica esta regla, al considerarlos no sujetos a tributación efectiva, por no estar dentro del ámbito territorial de la Unión Europea, entre ellos, países que aplican el *trust*¹³³.

Sobre los *offshore trusts* de carácter discrecional, la Directiva no se pronuncia específicamente, por lo que, considerando que este tipo de *trust* permite diferir la atribución de las rentas de acuerdo a la decisión discrecional del administrador (*trustee*) o mantener en suspenso la identificación de los beneficiarios y el momento en que serán distribuidos las rentas, no sería factible cumplir con la regla establecida por la Directiva, puesto que, al no conocerse la identidad de los beneficiarios, no se podría considerar que los pagos fueron atribuidos o realizados inmediatamente.

Asimismo, al ser de carácter transfronterizo e involucrar diversos países, las legislaciones y capacidades fiscales para obtener información, resultan más difíciles como para que, las administraciones tributarias tomen conocimiento de las

¹³³ Directiva 2014/48/UE del Consejo de la UE de 24 de marzo de 2014. *Modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*. Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de octubre de 2019: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0048&from=PT> Art. 2 Núm. 3.

Dentro del Anexo I de la Directiva 2014/48/UE que describe países e instrumentos jurídicos que considera no están sujetos a tributación efectiva, por no estar dentro de su ámbito territorial de regulación, están los países que aplican *trust* de Derecho nacional o extranjero: Vanuatu, Uruguay, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Emiratos Árabes Unidos, Tuvalu, Tonga, Sudáfrica, Islas Salomón, Singapur, Seychelles, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, Puerto Rico, Filipinas, Palaos, Niue, Mauricio, Islas Marshall, Macao, Liberia, Kiribati, Hong Kong, Guatemala, Granada, Fiyi, Dominica, Costa Rica, Islas Cook, Brunéi, Bermudas, Belice, Barbados, Bahamas, Anjuat, Anguila, Aruba, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Isla de Man, Jersey, Mónaco, Monserrat, Antillas Neerlandesas, San Marino, Islas Turcas y Caicos. El país que aplica su *financical trust* es Bahréin, y los países que aplican el *trust* de Derecho extranjero u *offshore trust* son: Nueva Zelanda, Nueva Caledonia, Micronesia, Islas Marianas del Norte, Maldivas, Líbano, Malacia, Guam, Polinesia Francesa, Yibuti, Andorra y Suiza. *Id.* Directiva 2014/48/UE del Consejo de la UE de 24 de marzo de 2014.

actuaciones realizadas por el administrador (*trustee*), a pesar de que, la Directiva determina la responsabilidad del administrador (*trustee*) de informar el lugar de su administración y constitución del *trust*.

Por otro lado, esta Directiva también se pronuncia sobre quienes considera agentes pagadores de los instrumentos jurídicos transfronterizos, y establece que, si la administración de un *trust* se realiza desde un Estado miembro y el *trust* no está sujeto a tributación efectiva, a efectos fiscales debe considerarse agente pagador al Estado miembro o el país donde se constituya el *trust*, al momento de la percepción o distribución de dicho pago de intereses. A este efecto, su Anexo II describe los países e instrumentos jurídicos que considera que no están sujetos a tributación efectiva, sobre los que, se aplica esta regla, entre ellos países que al tiempo de vigencia esta Directiva no es aplicable el *trust*¹³⁴.

2.3.2. Informe del PE y la constitución de *trust*

Por otro lado, el 16 de septiembre de 2020, la Comisión del Parlamento Europeo emitió un Informe para el Consejo, en el que, evalúa si los Estados miembros han identificado debidamente y sometido en sus leyes a los *trusts* e instrumentos jurídicos similares a las obligaciones establecidas en la Directiva (UE) 2015/849 contra el blanqueo de capitales¹³⁵. Documento en el que, se obliga a los administradores (*trustees*) de los *trusts* a que informen sobre: a. La titularidad real del *trust*; b. El lugar de su residencia, o constitución; y, c. Donde realizan negocios o adquieren bienes, bajo aplicación de sanciones que les obliga asumir a los Estados miembros. Sin embargo, este Informe inicia detallando el último reporte de 27 de abril de 2020, sobre

¹³⁴ *Ibid.* Directiva 2014/48/UE del Consejo de la UE de 24 de marzo de 2014. Art.4 Núm. 2.

El Anexo II describe instrumentos jurídicos que considera que no están sujetos a tributación efectiva en países miembros de la Unión Europea, los cuales, considera agentes pagadores, entre ellos los países que no tendrían regulación tributaria para el *trust*, estos son: Bélgica, Chequia, Dinamarca, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Portugal (que autoriza su legislación solo los constituidos por personas jurídicas), Bulgaria e Italia (siempre que no demuestre que se sujeta al impuesto a la renta o sociedades en su país), Chipre (que lo considera una entidad transparente según su normativa nacional), Hungría (que lo considera entidad) y Gibraltar (exención de la renta del *trust* siempre que sea creado por un no residente y se deriven las rentas fuera de éste país y éstas sean percibidas por el fondo del *trust* o su beneficiario y estos no sean residentes gibraltareños). *Id.* Directiva 2014/48/UE del Consejo de la UE de 24 de marzo de 2014.

¹³⁵ Informe de la Comisión del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 2020. *Evalúa si los Estados miembros han identificado debidamente y han sometido a las obligaciones establecidas en la Directiva (UE) 2015/849 a todos los trusts e instrumentos jurídicos análogos que se rigen por sus leyes.* Obtenido de EUR-Lex.Europa el 20 de octubre de 2021 de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0560&from=DE>

los Estados miembros que, no lo reconocen ni regulan los *trust* en sus legislaciones, los que si lo regulan, los que solo ratificaron el convenio y los que regulan figuras similares, cuyo resultado describe lo siguiente:

Los Estados miembros que no reconocen el *trust* ni lo regulan en sus ordenamientos jurídicos son 16 (Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal y Suecia); aquellos que si lo regulan en sus ordenamientos jurídicos son 4 (Chipre, Irlanda, Malta y Reino Unido), entre ellos, 3 lo reconocen mediante la ratificación del Convenio de La Haya de 1985 (Chipre, Malta y Reino Unido); y, otros 3 solamente ratificaron el citado Convenio (Italia, Luxemburgo y los Países Bajos).

Por otro lado, aquellos que tienen instrumentos similares al *trust*, regulados en sus ordenamientos jurídicos son 7 (Chequia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Rumanía). Además, los Estados que regulan el *trust* en su legislación, pero aplican el principio de autonomía de las partes, su jurisprudencia y doctrina son 2 (Alemania e Italia), y finalmente uno solo (Portugal) es el que regula el *offshore trust* para que se desarrolle exclusivamente en una de su zona franca (Madeira).

Asimismo, este Informe resalta como característica esencial del *trust*, la separación o desconexión que sufre la titularidad al transformarse, por un lado, en una titularidad o propiedad legal, y por otro lado, en una titularidad o propiedad real de los activos, cuya concepción, reconoce que proviene del Derecho anglosajón, y confirma que no es reconocido por el Derecho Continental o Civil. Asimismo, reconoce al *trust* como una estructura jurídica compleja que obstaculiza y exige esfuerzos adicionales para identificar las verdaderas relaciones y titulares del *trust*. Al mismo tiempo, informa que los resultados del análisis de los casos de blanqueo de capitales revelan el riesgo de su uso indebido, específicamente cuando los *trusts* se constituyen en el extranjero y los sujetos intervinientes coinciden, o se solapan en una misma persona física o jurídica¹³⁶.

¹³⁶ *Id.* Informe de la Comisión del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 2020.

Respecto a la competencia judicial para conocer y resolver demandas concernientes al *trust* dentro de la Unión Europea, el Reglamento N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ha establecido que, una persona domiciliada en un Estado miembro puede interponer demanda contra el constituyente (*settlor*), el administrador (*trustee*) o los beneficiarios de un *trust*, ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro donde se encuentre domiciliado el *trust*, respecto al incumplimiento de derechos o la infracción de obligaciones que se generen dentro de *trust*, siempre que, el documento constitutivo del *trust* le haya establecido como competente, puesto que, esta normativa reconoce que este es el único documento que puede atribuir o definir la competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro que debe conocer la demanda¹³⁷.

2.4. EL OFFSHORE TRUST PARA LA COMPETENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y LAS NORMAS TFI

2.4.1. Soberanía fiscal y los sistemas fiscales

La tributación internacional ha evolucionado significativamente después de la incursión de la globalización en la economía. Inevitablemente, la soberanía fiscal a nivel mundial, ha sido afectada por la globalización, al punto de traer consigo, la incertidumbre de cómo llevar adelante las relaciones tributarias entre países, en medio de un creciente movimiento transfronterizo de actividades económicas internacionales junto a las rentas que estas generan, poniendo en duda si la soberanía fiscal sería suficiente para un reparto fiscal equitativo, y una justa imposición de ganancias obtenidas en operaciones transfronterizas.

Lamentablemente, no se ha podido llegar a ese añorado reparto equitativo, y en su lugar, la fiscalidad ha sufrido un desequilibrio a nivel internacional por la pérdida de soberanía fiscal de los países que producen el valor y el traslado de beneficios a

¹³⁷ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre de 2012. Obtenido de Eur-Lex el 20 de octubre de 2019 de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02012R1215-20150226> Art. 7, Núm. 6), Art. 25, Núm. 3 y 4, y Art. 63, Núm. 3.

jurisdicciones con ventajas fiscales, específicamente del impuesto a la renta, aprovechado la fiscalidad distinta de actos análogos en el mundo, o de los vacíos y deficiencias de la regulación, presentándose un quebrantamiento del nexo entre el lugar de la generación del beneficio y la percepción del beneficio, dando lugar a, la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios, ocasionando pérdidas de ingresos fiscales.

En este contexto, la economía contemporánea caracterizada por impulsar el libre mercado de capitales, ha exigido que las relaciones económicas internacionales tengan mayores condiciones de libertad de movimiento de capitales, entre los exportadores de capital que colocan sus inversiones desde sus países al exterior, y los importadores de capital que reciben las inversiones de países del exterior. Es por ello que, quienes desean invertir, no solo tienen la clara intención de incrementar la rentabilidad de su capital, sino llegar a ser cada vez más competitivos, viéndose forzados a incluir dentro de su estructura de costos de inversión, aquellos relacionados con impuestos, convirtiéndose lo fiscal en un factor determinante para decidir invertir o no en una jurisdicción, y optar por medidas que optimicen la carga fiscal, entre ellas, decidir el sistema fiscal al que someterán la inversión¹³⁸.

Los sistemas fiscales principales que fundamentan la atribución de la potestad tributaria y asignación impositiva que se adopte son dos: el sistema de fuente territorial y el sistema de fuente mundial. El sistema de fuente territorial grava las rentas de fuente nacional, sin importar la nacionalidad, el domicilio, o la residencia. Este sistema se encuentra basado en el principio de territorialidad, por el que, aplica una vinculación real o material y grava los ingresos obtenidos en el territorio en donde se encuentra la fuente productora de ellos, sean beneficios, réditos, rentas, ganancias etc. Por su parte, el sistema de fuente mundial, grava rentas nacionales y extranjeras a sus residentes en su país y a sus residentes en el extranjero, en base al principio de nacionalidad que presenta una vinculación personal, es decir, grava a los de su nacionalidad respecto a todas las rentas que perciba, sea que provengan del país de su residencia o desde otro país¹³⁹.

¹³⁸ RAMOS ANGELES, J. A. (2014). *Transparencia fiscal internacional: análisis de su aplicación a individuos y empresas con inversiones en el exterior* (Archivo PDF). Lima, Perú. Revista Asesor Empresarial N° 779, Segunda quincena. p. 1.

¹³⁹ *Ibid.* RAMOS ANGELES, Jesús. pp. 1-2.

En medio de la decisión que deben tomar los inversionistas, respecto al sistema fiscal aplicable a sus intereses, los países de sistema fiscal de fuente territorial compiten por ser elegidos por los exportadores de capital, y, en el afán de atraer inversión a sus territorios, optan por ofrecen incentivos, exenciones, o tratamientos tributarios especiales, dando lugar a la denominada competencia fiscal internacional, la cual, se considera nociva cuando termina distorsionando los sistemas fiscales, e incentiva que, las jurisdicciones se conviertan en territorios con ventajas fiscales en la tributación, consideradas jurisdicciones con privilegios fiscales que, con el fin de atraer inversión extranjera, terminan atrayendo agentes económicos que solo buscan utilizarlas de parada necesaria para reducir o eximirse de la carga tributaria para sus operaciones internacionales¹⁴⁰.

2.4.2. Vehículos de inversión y normas TFI

Las referidas operaciones internacionales citadas en el punto anterior, no suelen instrumentarse solo a través de compañías o empresas, sino también a través de vehículos de inversión o de gestión de patrimonio que facilitan la realización de actividades empresariales y de inversión pasiva, tanto de personas físicas como jurídicas, quienes obtienen rentas pero no necesariamente tributan por ellas en el país de su residencia, debido a que, en sistemas fiscales de fuente territorial, solo los sujetos domiciliados tributan por rentas obtenidas en el exterior¹⁴¹.

Dentro de este tipo de vehículos de inversión se incluyen los *offshore trust*, los cuales, se hacen muy atractivos por los inversionistas, debido a que, cuando son de carácter discrecional tienen la posibilidad de diferir el nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren, no se generan las obligaciones fiscales, al no llegarse a percibir ninguna

MONTAÑO GALARZA, C. (2007). *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Quito, Ecuador. Corporación Editora Nacional. pp. 89-91, 99.

La forma en cómo se estructura del sistema de fuente territorial puede llegar empujar a sus residentes o nacionales a invertir capital fuera de sus fronteras, y, presentar dificultades para las administraciones tributarias respecto a su facultad de determinar las rentas de fuente extranjera obtenidas por sus residentes. *Id.* MONTAÑO GALARZA, Cesar. p. 91.

¹⁴⁰ *Id.* RAMOS ANGELES, Jesús. Nota 139.

¹⁴¹ *Ibid.* RAMOS ANGELES, Jesús. p. 2.

renta aún o mientras no se definan. Asimismo, si el *offshore trust* esta domiciliado fiscalmente es una jurisdicción extranjera con ventajas fiscales, es posible que, la carga fiscal pueda verse doblemente reducida, y más aún, si interviene un país de sistema de fuente territorial, en el que, los vehículos residentes no tributan por rentas de fuente extranjera, convirtiéndose en instrumentos idóneos para conducir rentas de un país hacia otro¹⁴².

Ante el panorama que se describe en el punto anterior, algunos países han optado por introducir en sus ordenamientos jurídicos, normas de Transparencia Fiscal Internacional (TFI), conocidas también como Legislación CFC (por sus siglas en inglés *Controlled Foreign Company*), como mecanismo para evitar el diferimiento o la no distribución de las rentas por parte de entidades controladas no domiciliadas, de tal manera que, el impuesto de las rentas de fuente extranjera generadas por vehículos de inversión residentes en jurisdicciones con ventajas fiscales, sean sometidas a imputación y atribuidas a su controlador o verdadero “perceptor”, prescindiendo de la decisión que tuviesen de distribuir o no las rentas, e impidiendo que sean diferidas, aun cuando sea un derecho en países con sistema de fuente mundial¹⁴³.

Las normas de Transparencia Fiscal Internacional (TFI) fueron recogidas de la legislación estadounidense¹⁴⁴, por organismos supranacionales como, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), mediante la tercera acción del Plan BEPS, y la Unión Europea, a través de, los Arts. 7 y 8 de la Directiva UE 2016/1164 del Consejo de 12 de julio de 2016, las cuales, plantean medidas contra los problemas derivados de la pérdida de soberanía fiscal de los países que producen el valor, y medidas contra el quebrantamiento del nexo que debiera mantenerse entre

¹⁴² *Ibid.* RAMOS ANGELES, Jesús. p. 3-5.

¹⁴³ CRUZ PADIAL, I. (enero de 2018). *Transparencia Fiscal Internacional: Una realidad inacabada*. Obtenido de researchgate:https://www.researchgate.net/publication/326632547_TRANSPARENCIA_FISCAL_INTERNACIONAL_UNA_REALIDAD_INACABADA_CONTROLLED_FOREIGN_CORPORATION_AN_UNFINISHED_REALITY pp. 36-37.

¹⁴⁴ El país pionero en la formular y aplicar una norma de transparencia fiscal internacional (TFI) es Estados Unidos de América, en 1937, a través de las normas denominadas *Controlled Foreign Company Legislation* (CFC) traducidas como normas para “Sociedades Extranjeras Controladas”, cuyos objetivos se enfocan en la neutralidad de las exportaciones y la prevención de evasión fiscal mediante el uso de entidades de baja o nula tributación, asimismo consideraron como “rentas calificadas” o “rentas pasivas” a los intereses, dividendos y regalías, especificando que para la legislación norteamericana las rentas derivadas de los trust se consideran rentas pasivas. ALMUDI CID, J. M. (2005). *Fiscalidad Internacional*. Obra conjunta con el Centro de Estudios Financieros. Madrid, España. p. 839.

la generación y el beneficio. Consecuentemente, los objetivos de estas normas son evitar la elusión y evasión fiscal mediante el traslado de beneficios o la deslocalización de capitales hacia jurisdicciones con ventajas fiscales, como la disponibilidad para el diferimiento fiscal (*tax deferral*) u otros, de modo que, estas normas imputan los beneficios directamente, aunque no se hayan distribuido.

2.4.3. Normas TFI y el diferimiento fiscal

Las normas TFI son catalogadas como normas de “transparencia”, porque no toman en cuenta la decisión de diferir las rentas pasivas y las imputan directamente a quien consideran controlador, haciendo que estas entidades o vehículos jurídicos se hagan transparentes a efectos fiscales, por considerarlas obtenidas directamente por el controlador o beneficiario efectivo¹⁴⁵.

De esta manera, cuando se presenta el diferimiento fiscal, se busca hacer que las rentas obtenidas de personas o entidades no residentes, colocadas en jurisdicciones con ventajas fiscales en la tributación del impuesto a la renta principalmente, tengan que tributar, aun cuando no hubiesen sido formalmente distribuidas o efectivamente percibidas, utilizando la presunción de distribución (*deemed distribution approach*) y presunción legal de control. No obstante, el mayor problema es cuando se permite la acumulación de rentas diferidas, y tienen que aplicarse el devengamiento¹⁴⁶.

Consecuentemente, las normas TFI son aplicadas sobre entidades jurídicas catalogadas como transparentes o entidades controladas no domiciliadas, siempre que estas, estén constituidas, domiciliadas, establecidas, formalizadas por residentes del extranjero, y sean controladas por residentes del país que pretende aplicar estas normas, en cuya jurisdicción, se aplica la presunción legal de control, por la que,

¹⁴⁵ GOTLIB, G., & VAQUERO, F. (2005). *Aspectos internacionales de la tributación argentina*. Buenos Aires Argentina. Ed. La Ley. p. 355.

¹⁴⁶ LOCURSCIO, A. P. (2012). *Algunos aspectos no regulados en el tratamiento impositivo de fideicomisos (Trabajo Final de Posgrado. Universidad de Buenos Aires.)*. Obtenido de Biblioteca digital de la Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas.: http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/tpos/document/1502-0705_LocurscioAP pp.32-34.

Vid. CRUZ PADIAL, Ignacio. *Op. Cit.* pp. 16, 25, 38.

ALTAMIRANO, A. (11 y 12 de agosto de 2002). *Transparencia fiscal internacional. Normas tributarias para la prevención de la elusión internacional*. Presentado en el II Coloquio Internacional de Derecho Tributario organizado por la Universidad Austral. San Pablo, Brasil.

inicialmente se presumía el control, o al controlador, cuando la entidad o sociedad era constituida en un territorio con ventajas en la tributación del impuesto a la renta, no obstante, esta presunción en la actualidad es aplicable cuando una sociedad es constituida en jurisdicciones no cooperativas, y el residente es propietario de cierto porcentaje de acciones del capital con derecho a voto, o a disposición, o a las utilidades, y a elegir directores y administradores o removerlos¹⁴⁷.

El controlador de los *trusts* debiera ser quien se beneficia de sus resultados, es decir, debería ser el beneficiario efectivo porque cuentan con el derecho material para recibir réditos y el derecho expectativo para ser propietarios posteriormente, pero como en los *offshore trusts* de carácter discrecional pueden no estar identificados los beneficiarios resultaría inaplicable. Y si los beneficiarios estuvieran identificados resultaría difícil identificar al controlador porque puede el mismo propietario original o constituyente (*settlor*) al permitir el *trust* solapar sujetos.

La flexibilidad del *trust* permite que el constituyente (*settlor*) decida que el administrador (*trustee*) sea beneficiario, o reservarse ciertas facultades y autonombrarse administrador (*trustee*) o beneficiario, solapando las facultades de los otros sujetos intervinientes, por lo que, la identificación del beneficiario efectivo o final del *offshore trust* es aún más compleja y puede usarse como estrategia fiscal en las planificaciones fiscales internacionales por las dificultades que genera obtener información, obligando a las administraciones fiscales a identificar cada capa de la cadena de este vehículo jurídico para llegar a conocer la estructura de control hasta encontrar al “beneficiario final o efectivo”.

2.4.4. Objetivo de las normas TFI y el *offshore trust*

Las normas TFI en esencia buscan evitar que personas físicas o jurídicas obtengan ventajas por utilizar entidades o estructuras jurídicas en jurisdicciones con ventajas fiscales en la tributación del impuesto a la renta, con el fin exclusivo de diferir en el tiempo el pago de este impuesto en el país de residencia conscientes de que, solo

¹⁴⁷ ABUGATTAS NAZAL, P. (6 de diciembre de 2014). *Análisis crítico de las nuevas normas CFC introducidas en la Ley 20.780 (Archivo PDF)*. Publicado en el anuario de Derecho Tributario. Obtenido de Universidad Diego Portales de Chile el 15 de diciembre de 2020 en: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/analisis_critico-1.pdf p. 32.

se reconocerían las obligaciones tributarias cuando estas sean percibidas, de tal manera que, ante este hecho, las normas TFI hacen que sus rentas sean consideradas distribuidas, como si la entidad o instrumento jurídico que las genera no existiera¹⁴⁸. Estas entidades o estructuras jurídicas también considerados entidades transparentes o entidades controladas no domiciliadas pueden ser sociedades *offshore* o vehículos de inversión.

Las sociedades *offshore* también son consideradas entidades controladas no domiciliadas, porque la inversión extranjera es instalada en un territorio con ventajas fiscales respecto al impuesto a la renta, porque la base imponible del capital de inversión es deslocalizada de donde residía antes de ser invertida, poniendo en poder de la sociedad *offshore*, la facultad de decidir el momento en que serán distribuidas las utilidades o dividendos en residencia de sus propietarios inversores o accionistas. De manera que, si estas utilidades nunca se distribuyen o se difiere su distribución, se evita el nacimiento de obligaciones tributarias en el país de donde residen los propietarios inversores o accionistas, el cual, puede o no ser del mismo país de donde proviene el capital de inversión¹⁴⁹.

Sin embargo, en el caso de que un vehículo de inversión, como es el *trust* o el *offshore trust* por su constitución en el extranjero, es considerada una entidad transparente a efectos fiscales, se tendrían que tener en cuenta lo siguiente:

- a. Un *offshore trust* generalmente constituido en una jurisdicción con ventajas fiscales en la tributación del impuesto a la renta, solo puede llegar a deslocalizar la base imponible de las rentas que genera el fondo del *trust* si es constituido con carácter irrevocable, debido a que el constituyente (*settlor*) no se reserva ningún derecho respecto al fondo que crea y transfiere la titularidad al administrador (*trustee*) sin posibilidad de ser revocado; y,
- b. Si además tuviere carácter discrecional, el administrador (*trustee*) tendría la facultad de designar a los beneficiarios y decidir el momento o lugar en que serían

¹⁴⁸ ROMERO, J. A. (mayo - junio 2009). *Las normas anti-diferimiento y la legislación tributaria colombiana*. Revista Impuestos N° 153. Colombia. pp. 35-40.

¹⁴⁹ Vid. RAMOS ANGELES, Jesús. *Op. Cit.* p. 3.

distribuidos los beneficios, de manera que, en caso de no distribuir los beneficios o diferir su distribución, no nacería la obligación tributaria en el país donde residen los beneficiarios, el cual, es diferente residencia al *offshore trust*, y por tanto, siendo las rentas de fuente extranjera, serían susceptibles de tributación en el país donde se originan, probablemente en una jurisdicción en la que pueden no estar reconocido el *trust*, ni gravado fiscalmente o tener una gravabilidad reducida.

Para Cruz Padiál, uno de los objetivos de las normas de TFI, es evitar que las rentas móviles se ubiquen en jurisdicciones fiscales de conveniencia, y que vehículos jurídicos no residentes que las producen, puedan escapar del control del régimen legal. Bajo ese criterio, algunas jurisdicciones optaron por introducir las normas TFI en sus ordenamientos jurídicos, bajo un sistema de inclusión plena, por el que, las medidas de control abarcan todo tipo entidades o estructuras jurídicas cualquiera sea su naturaleza, de tal manera que, para sus legislaciones el *trust* extranjero u *offshore trust* es considerada una entidad transparente o entidad controlada no domiciliada con “personería distinta” a las personas que lo integran, sean socios o accionistas, es decir, es un *trust* extranjero controlado¹⁵⁰.

No obstante, más allá de que el *trust* sea considerada una estructura jurídica o vehículo de inversión y gestión de activos, cuyos rendimientos o rentas generadas son de alto grado de movilidad geográfica, cuya flexibilidad le permite aplicar el diferimiento cuando tiene carácter discrecional, el *trust* es finalmente, un fondo o patrimonio separado del patrimonio personal de los sujetos que intervienen, y por tanto, una figura jurídica sin personalidad jurídica que no cuenta con socios o accionistas que lo integren, debido a que, las únicas partes intervinientes son el constituyente (*settlor*), el administrador (*trustee*) y el o los beneficiarios, cuyos patrimonios no forman parte del fondo del *trust*, aspecto que hace que, este tipo de regulaciones no parezcan acertadas cuando tratan de incluirlo, ya que, la propia naturaleza del *trust*, le excluye de las normas TFI tal como están planteadas¹⁵¹.

¹⁵⁰ Vid. CRUZ PADIAL, Ignacio *Op. Cit.* p. 16.
VILLAGRA CAYAMANA, R. A. (2013). *Análisis crítico del régimen de transferencia fiscal internacional vigente en el Perú a partir del 2013*. Revista de Derecho THEMIS N° 64. Obtenido el 21 de Diciembre de 2019 de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9536> p. 10.

¹⁵¹ Vid. RAMOS ANGELES, Jesús. *Loc. Cit.* p. 3.p. 3.

Frente a este panorama, algunos autores como Sanz creen que, la principal función de las normas TFI es complementar o proteger el principio de renta de mundial, cuyo fin es promover la equidad del sistema tributario, al gravar rentas locales y extranjeras de la misma manera, evitando lo injusto que sería reducir la tributación a la percepción de aquellos que tienen capacidad de invertir en el extranjero¹⁵².

Esto nos lleva a pensar que, si las diferentes rentas y ganancias de capital tuvieran un tratamiento fiscal uniforme, no se generaría ningún problema tributario, puesto que, la equidad del sistema tributario se podría alcanzar con la aplicación solamente del sistema fiscal de renta mundial de manera global. Entre tanto, queda latente la necesidad por cerrar los vacíos legales de la legislación tributaria en relación al uso de los *offshore trusts* para diferir impuestos, o, en su caso, tener que volver a caracterizar la naturaleza de los ingresos, a través de enmiendas a las leyes tributarias¹⁵³.

2.5. EL OFFSHORE TRUST Y EL BENEFICIARIO EFECTIVO O FINAL

2.5.1. Controversia del término *beneficial owner*

La expresión *beneficial owner* fue concebida para identificar a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que verdaderamente controla u obtiene los resultados de una entidad o estructura jurídica, por encima de lo establecido por la formalidad. No obstante, su traducción al español, entró en controversia respecto al contenido del concepto y alcance, debido a que, los Convenios de Doble imposición que introdujeron el término *beneficial owner*, lo tradujeron como “beneficiario efectivo”; los Documentos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), en el campo de la transparencia fiscal la traducen como “beneficiario final”; y, en materia de lavado de capitales lo conciben como “controlador final efectivo”; y, según la normativa del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se pronuncia

¹⁵² SANZ GADEA, E. (s.f.). *Transparencia Fiscal Internacional. Presentación para la XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero*. (Archivo PDF). Obtenido de https://www.fundef.org/docs/s48_3.pdf pp. 13 y 14.

¹⁵³ NAUDÉ, R. (2018). *Trust extranjeros y empresas extranjeras controladas: ¿Opuestos que ya no se pueden atraer? (Foreign trusts and controlled foreign companies – opposites that may no longer attract?)*. Obtenido de KPMG el 21 de octubre de 2019 de: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2018/07/tmf-southafrica-july17-2018.pdf>

sobre el término “beneficiario final”, considerando que hace referencia a quien tiene la propiedad, el control y goza de los beneficios¹⁵⁴.

Para comprender este término, es necesario acudir a sus antecedentes de donde proviene. La noción de beneficiario final (*beneficial owner*) tiene su origen en el nacimiento del *trust* descrito en el capítulo primero de la presente investigación, el cual, fue concebido en Inglaterra con la creación de la Equidad (*Equity Law*) del Derecho anglosajón, ante la necesidad de un sistema legal que brindase seguridad a los caballeros que dejaban sus tierras a terceros antes de partir a las Cruzadas, y la necesidad de protección cuando estas terceras personas se negaban a devolver estas tierras. Cuya finalidad original, estuvo enfocada en encontrar al verdadero propietario, en contraste a la falta de protección y carácter rígido o restringido del Derecho Común (*Common Law*)¹⁵⁵.

De esta manera, el término *beneficial owner* quiso originalmente hacer notoria a aquella persona beneficiaria que en última instancia gozaba de los beneficios de un bien, aun cuando el propietario legal de carácter puramente nominal era otro, es decir, era solo el administrador (*trustee*) o amigo de confianza. Dando lugar al surgimiento del *trust*, por el que, para el Derecho anglosajón, coexisten dos derechos de propiedad sobre un mismo bien, la propiedad legal o formal otorgada al administrador (*trustee*) denominada *legal ownership*, y, la propiedad económica y material que recae en el beneficiario final (*beneficial owner*), conocida originalmente como *beneficial ownership*¹⁵⁶.

Aunque en la actualidad, es posible aplicar su término *beneficial owner* en una variedad de situaciones más allá de los *trust*, porque en esencia, es aplicable a todas las rentas de tributación compartida, al continuar haciendo referencia a la necesidad

¹⁵⁴ MARTIN, J. (23 de abril de 2020). *Beneficiario final o beneficiario efectivo*. Obtenido de Julian Martin & Asoc Consultores Tributarios JM&A el 20 de octubre de 2021 de: <https://julianmartintax.com.ar/2020/04/23/beneficiario-final-o-beneficiario-efectivo/> Núm. 1 parr. 2-4.

¹⁵⁵ IDC Online. (05 de octubre de 2010). *Concepto de "beneficiario efectivo"*. Revista digital IDC Online el 20 de octubre de 2019 de. Obtenido de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Y-wPR9OwwvAJ:https://idconline.mx/fiscal/en-opinion-de/2002/08/15/concepto-de-beneficiario-efectivo+&cd=10&hl=es-419&ct=clnk&gl=bo> parr. 7-11.

¹⁵⁶ *Id.* IDC Online. Nota 155.

PORPORATTO, P. (s.f.). *¿Quién está detrás de todo esto? – El beneficiario owner*. Obtenido de Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT el 08 de Diciembre de 2020 de: <https://www.ciat.org/quien-esta-detras-de-todo-esto-el-beneficial-owner/> parr. 2.

de identificar a la persona física que en última instancia, controla un activo y puede beneficiarse de él¹⁵⁷.

2.5.2. El término *beneficial owner* en el ámbito fiscal

En el ámbito fiscal, el término *beneficial owner* traducido como “beneficiario efectivo”, se usó por primera vez en el Art. 17 de la *Finance Act* (UK) de 1956, con relación a las reorganizaciones corporativas. E incluso, los tribunales ingleses se pronunciaron señalando que este término designa un tipo de propiedad distinta a la del propietario legal, debido a que, el propietario legal sólo aparecería para efectos del registro como propietario, pero, según señalaron, un “beneficiario efectivo” puede ejecutar actos sobre el bien en su carácter de propietario “real”¹⁵⁸.

Posteriormente, en 1977 el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) introdujo por primera vez este término “beneficiario efectivo”, en los Arts. 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (royalties o regalías), con algunas modificaciones en 1995 con relación al Art.12. De modo que, el concepto de “beneficiario efectivo” introducido, implica que el Estado de la fuente aplica el Convenio si el beneficiario efectivo de los dividendos, intereses y regalías reside en el otro Estado parte del Convenio¹⁵⁹.

No obstante, el Modelo de Convenio no define en su texto al “beneficiario efectivo”, y, esta indefinición ha generado incertidumbre y ambigüedad sobre cómo debe ser interpretado por la legislación local, o si debiese ser definida internacionalmente. Lamentablemente, no existe un criterio internacional unificado, por esta razón, se acude a la definición que cada país declara. De manera que, al no establecerse si el beneficiario efectivo es el propietario de los bienes generadores de ingresos, un

¹⁵⁷ *Ibid.* IDC Online. parr. 20.

Ibid. PORPORATTO, Pablo. parr. 5.

¹⁵⁸ *Ibid.* IDC Online. parr. 11-13.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ LOSADA, S. (2013). *Interpretación jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo en el ámbito internacional. Revista Crónica Tributaria N° 149*. Obtenida el 20 de octubre de 2019 de: https://economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/149/149_Rodriguez.pdf p. 2.

Ibid. IDC Online. parr. 13-16.

CEBALLOS MORALES, A. (2019). *El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia (Archivo PDF)*. Trabajo presentado al XI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional. Obtenido de Instituto de Estudios Fiscales IEF el 9 de diciembre de 2020 de: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/10_02.pdf

usufructuario también podría actuar como beneficiario efectivo, y este sería el caso de los beneficiarios del *trust*¹⁶⁰.

Por su parte, los ordenamientos de Derecho continental no recogen este concepto a plenitud, ya que no conciben la propiedad con dos diferentes propiedades sobre un mismo bien, aspecto por el que, les es difícil distinguir entre el propietario formal y el propietario económico o material¹⁶¹. Entendemos que es mucho más difícil recurrir a la legislación local continental y llegar a subsumir el concepto en a alguna figura similar existente en sus ordenamientos jurídicos internos, a partir del cual, se pudiese delimitar su alcance, como podría aplicarse si es que hubiesen ratificado o adherido al Convenio de 01 de julio de 1985, sobre la Ley aplicable al *trust* y su reconocimiento internacional, propuesto por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH).

Consecuentemente, salvo los países con ordenamientos anglosajones en los que existe esta figura jurídica, cuando el ordenamiento jurídico del Derecho local no contiene una definición de “beneficiario efectivo”, o es insuficiente su definición, como ocurre en países de Derecho continental, se aplican los términos del Convenio de doble imposición, interpretándose de modo autónomo según el Convenio, es decir, considerando la presencia de un “beneficiario efectivo” siempre que los dividendos, intereses, o regalías sean pagados por un residente de un Estado a otro Estado contratante, pero no se aplicaría si el residente del Estado contratante paga a un tercer Estado que no forma parte del convenio¹⁶².

En efecto, no hay una definición estricta, por tanto, podemos señalar que, es más acertado hablar de “beneficiario final efectivo”. Esto debido a que se describe como quien tiene el último poder de disposición de los resultados de los fondos remesados por rentas pasivas, sean dividendos, intereses, regalías u otros¹⁶³. Es decir, el “beneficiario final efectivo” es quien se constituye en el último receptor de los beneficios, quien verdaderamente tiene la propiedad y el control final de las rentas

¹⁶⁰ Vid. IDC Online. parr. 26-27.

¹⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya. *Op. Cit.* p. 3.

¹⁶² Vid. RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya. *Op. Cit.* pp. 3-4.

¹⁶³ Vid. MARTIN, Julian. *Op. Cit.* parr. 6-7

remesadas y quien se beneficia económicamente de los fondos de un vehículo jurídico, sea un *trust*, un fideicomiso, fundación etc.

2.5.3. Beneficiario efectivo final y los *trusts*

Algunos sostienen que si todos los países contaran con información sobre los “beneficiarios finales efectivos”, se haría inservible el ocultamiento de fondos detrás de vehículos jurídicos como el *trust*, y dejarían de usarse estos como estrategia fiscal en las planificaciones fiscales internacionales, sin embargo, al no disponer de esta información, solo les queda, intentar identificar cada capa de la cadena del vehículo jurídico y llegar a conocer la estructura de control de cada una de ellas, hasta llegar a encontrar al “beneficiario final efectivo”, aunque esto parezca un trabajo casi imposible de realizar¹⁶⁴.

En el ámbito fiscal internacional se ha destacado su definición con relación al intercambio de información y el cumplimiento del impuesto a la renta conforme a los convenios tributarios, para identificar al “beneficiario final efectivo” que verdaderamente controla o se beneficia de la estructura fiscal o vehículo jurídico, por lo que, se ha hecho indispensable el intercambio de información y la adopción de regulaciones para este fin, así como, diversas formas de control como: a. El porcentaje de acciones que se tienen en una sociedad comercial; b. El derecho a voto; c. La posibilidad de remover miembros; d. El veto a decisiones, entre otros que, varían según el caso y las regulaciones de los países quienes finalmente establecen los criterios que consideran necesarios para determinar la calidad de “beneficiario final efectivo”.

Sin embargo, cuando se quiere identificar al “beneficiario final efectivo” de vehículos jurídicos sin personalidad como los *trusts*, cuya estructura es más sofisticada, resulta mucho más difícil determinar quién tiene el control efectivo, debido a que, no solo la propiedad del fondo del *trust* es separada en dos, otorgando la propiedad legal o formal al administrador (*trustee*) y la propiedad económica y material a los beneficiarios, sino también porque la titularidad y el control efectivo pueden estar

¹⁶⁴ Vid. MARTIN, Julian. *Op. Cit.* Núm. II parr. 27.

separados, o por otro lado, el constituyente (*setllor*) y beneficiario puede ser la misma persona, porque permite el solapamiento de facultades. Siendo aún más complejo cuando el *trust* se constituye en el extranjero mediante los *offshore trusts* y se vincula a varias legislaciones.

Como hemos podido observar, en todo *trust* el administrador (*trustee*) tiene la titularidad “nominal” del fondo del *trust* y el deber de administrar en favor de terceros beneficiarios, pero solo podría suponerse que adicionalmente lo controla, si es que, se tratase de *trust* de carácter irrevocable y discrecional, porque solo en este caso, el constituyente (*settlor*) no se reserva derechos sobre el fondo del *trust*, y el administrador (*trustee*) queda facultado para designar a los beneficiarios y el momento de la distribución de beneficios.

2.5.4. *Offshore trusts* y la identificación del beneficiario

La problemática de la definición de beneficiario se centra en que, independientemente a las definiciones que se pueda dar a la expresión *beneficial owner*, el efecto que tiene el desconocimiento del *trust* y la no regulación en los ordenamientos jurídicos que intervienen cuando se trata de un *offshore trust*, pueden impedir que sean considerados obligados al pago del impuesto a la renta. Y, aunque se llegase a fiscalizar el *offshore trust*, el siguiente problema que se tendría es la falta de definición de “beneficiario final efectivo”, o la discordancia con la definición de sujeto pasivo o contribuyente del impuesto a la renta en la legislación fiscal local. En consecuencia, al no haber concordancia ni aceptación de la concepción de los *trust* en una gran parte de legislaciones, y al no estar legislada en ninguna norma, la definición de “beneficiario final efectivo” tampoco tendría aplicación práctica a efectos de los *offshore trust* que vienen desplazándose a nivel global.

Por otro lado, es necesario diferenciar que, la distribución de los intereses y la distribución del capital, son dos momentos distintos. En el Reino Unido se considera que los beneficiarios de un *trust* que reciben distribuciones del capital o el saldo del capital no tienen que pagar impuestos, porque asumen que ya fueron gravados antes de ser depositados o aportados al fondo del *trust*. Pero los intereses que generan una vez que son aportados al fondo del *trust* si están gravados como ingresos del

beneficiario siempre que los perciba, o deben ser gravados sobre el mismo *trust* siempre que los acumule y no los distribuya¹⁶⁵.

Asimismo, es importante considerar que no existiría transparencia real si no es posible identificar al verdadero “beneficiario final efectivo” de los activos. De manera que, es común que, a través de, la planificación fiscal agresiva o nociva se interpongan sociedades u *offshore trust* para ocultar a sus verdaderos propietarios. Por esta razón, existe la necesidad de identificar a los beneficiarios finales que efectivamente reciben los beneficios, no solo a efectos fiscales sino también respecto a las medidas de prevención de blanqueo de capitales que han venido previniendo sobre el abuso de vehículos jurídicos.

Bajo ese mismo enfoque, durante la 5ta Conferencia Internacional sobre Registros de Beneficiarios Finales de septiembre de 2019 organizado por la SES y la organización Británica *Tax Justice Net* y la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (Procelac), se hizo conocer la necesidad de contar con un registro público y unificado de información de “verdaderos beneficiarios”, como herramienta para transparentar a quienes están detrás de estructuras jurídicas bajo la forma de sociedades o fideicomisos y terminar con su anonimato¹⁶⁶, y aunque no se refirieron a los *trusts* directamente, es importante considerar que, se han venido creando registros de beneficiarios finales o efectivos en los cuales, se ha incluido los relativos a los *trust*, marcando posiblemente la tendencia fiscal que vislumbrará los siguientes años.

En efecto, los países que cuentan con registros públicos online de los beneficiarios finales de sus empresas son el Reino Unido, Dinamarca, y Ucrania. También Portugal¹⁶⁷, Costa Rica, y Uruguay cuentan con registros, pero en el caso de Uruguay

¹⁶⁵ DEBERSIO, G. (26 de enero de 2021). *¿Pagan impuestos los beneficiarios del Trust? (¿Do Trust Beneficiaries Pay Taxes?)*. Obtenido de Investopedia el 21 de octubre de 2021 de: <https://www.investopedia.com/ask/answers/101915/do-beneficiaries-trust-pay-taxes.asp>

¹⁶⁶ Vid. MARTIN, Julian. *Op. Cit.* Núm. IX.

¹⁶⁷ El Registro Central del Beneficiario Efectivo de Portugal, entró en vigencia mediante Ley N° 89/2017 de 21 de agosto, cuya normativa traspone el cap. III de la Directiva (UE) 2015/849 de 20 de mayo, y aprueba su régimen jurídico previsto en el Art. 34 de la Ley N° 83/2017 de 18 de agosto que establece medidas contra el blanqueo de capitales y financiación de terrorismo. Este Registro comprende una base de datos administrada por el Instituto de Registros y Notariado y reúne información de personas físicas que, de forma directa, indirecta o a través de terceros, tengan la propiedad o control efectivo de una sociedad o entidad similar. Entre las entidades sujetas a

no es público, se identifica ante el Banco Central y la información se entrega solo ha pedido judicial. Los países que no cuentan con registros públicos de beneficiarios finales efectivos tienen la dificultad de tener que solicitar información mediante exhortos internacionales que certifiquen quienes son los verdaderos titulares de empresas y cuentas en el extranjero¹⁶⁸.

registro incluye a entidades sin personalidad jurídica e instrumentos de gestión fiduciaria registrados en la Zona Franca de Madeira refiriéndose a los *trust*.

¹⁶⁸ *Vid.* MARTIN, Julian. *Loc. Cit.* Nota 166.

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO FISCAL DE LAS RENTAS DEL *OFFSHORE TRUST*

SUMARIO: 3.1. ASPECTOS NECESARIOS PARA ANALIZAR EL TRATAMIENTO FISCAL DEL *OFFSHORE TRUST*. a. Vehículo de inversión sin personalidad jurídica y la neutralidad tributaria. b. Fragmentación del derecho de propiedad y la divergencia sistémica. 3.2. *OFFSHORE TRUST* EN PAÍSES SIGNIFICATIVOS DE SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN. 3.2.1. *Offshore trust* en los Estados Unidos. 3.2.2. *Offshore trust* en el Reino Unido. 3.3. *OFFSHORE TRUST* EN PAÍSES SIGNIFICATIVOS DEL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL. 3.3.1. Problemática en los sistemas continentales. 3.3.2. *Offshore trust* en España. 3.3.3. *Offshore trust* en Argentina. 3.4. EL *OFFSHORE TRUST* Y LAS JURISDICCIONES COOPERANTES. 3.4.1. De paraísos fiscales a jurisdicciones no cooperantes. 3.4.2. El *trust* en el Modelo de AI y los estándares de Intercambio de información. 3.4.3. Jurisdicciones no cooperantes y problemática fiscal de las cooperantes. 3.4.4. Problemática de los *Offshore Trust* y las entidades cooperantes. a. Malta; b. Mónaco.

3.1. ASPECTOS NECESARIOS PARA ANALIZAR EL TRATAMIENTO FISCAL DEL *OFFSHORE TRUST*

Como habíamos adelantado en el primer capítulo de nuestro análisis, dentro de los diferentes tipos de *trust* utilizados para fines variados, analizaremos el tratamiento fiscal aplicable a los *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional constituidos en jurisdicciones con ventajas fiscales por residentes de países regidos por el Derecho continental, a fin de examinar la legislación y jurisprudencia relacionada y verificar si el *offshore trust* con estas características puede ser utilizado como mecanismo de planificación fiscal eficaz para reducir la carga fiscal del impuesto a la renta, diferir el pago de este impuesto, e incluso lograr la des-imposición fiscal como resultado de la contraposición de sistemas jurídicos y el pronunciamiento judicial expreso de la negativa a su regulación en la vía jurisprudencial, u otros aspectos que, posesionen al *offshore trust* como una fórmula de ingeniería fiscal con incidencia en la recaudación tributaria.

Para este fin, consideraremos que los *offshore trusts* son creados fuera del país de residencia habitual del constituyente (*settlor*) y de sus beneficiarios, específicamente en territorios extranjeros que les ofrecen mejores beneficios a sus intereses, sea mediante ventajas fiscales, o protección y seguridad jurídica desde sus legislaciones, cuya implicancia legal y fiscal se concentra principalmente en la dificultad de identificar al beneficiario final o efectivo de entidades sin personalidad jurídica como son los *offshore trusts* respecto a las distribuciones de los rendimientos o resultados de la explotación del patrimonio del fondo del *trust*, o poder identificar al beneficiario en medio del solapamiento de facultades del constituyente (*settlor*) y administrador (*trustee*) o beneficiario, o del administrador (*trustee*)

que también puede ser beneficiario, así como, además de las implicancias que pueda tener, si es constituido por ciudadanos residentes de países de Derecho continental, cuya legislación no ha reconocido el *trust*, y cuentan con una interpretación diferente del derecho de propiedad.

Asimismo, consideraremos que, la constitución de *offshore trusts* es necesariamente planificado por expertos en impuestos internacionales, quienes en procura estructurar legalmente las barreras necesarias para proteger los activos y/o el patrimonio, escogen tanto la jurisdicción del administrador (*trustee*) que más se ajuste a las necesidades que tiene el constituyente (*settlor*) que aporta los bienes o derechos al fondo del *trust*, como la residencia de los beneficiarios para las distribuciones parciales y del capital¹⁶⁹, en busca de una reducción de las cargas fiscales por vías legales dentro de lo que se conoce como planificación fiscal internacional.

No obstante, podrían incursionar en la denominada planificación fiscal internacional nociva, cuando logran evitar, demorar o reducir el pago de impuestos, empleando mecanismos y estrategias que, pese a su legalidad son contrarias al espíritu de la ley, o llegan a aprovecharse de ella, por las diferencias con otras regulaciones tributarias, o por las ambigüedades o vacíos legales que omiten dar un tratamiento fiscal y mantienen una incertidumbre jurídica, al punto en que, cualquier modificación, regulación o falta de ella en la legislación, es una oportunidad para no pagar impuestos¹⁷⁰.

Por su parte, se tendrá presente que, como resultado de la globalización existe un incremento en las transacciones internacionales que han venido dificultando el control tributario, además de legislaciones que han quedado obsoletas frente a mecanismos cada vez más sofisticados y útiles para evadir o eludir la carga tributaria, cuyo empleo, puede ser legal en ciertos países, pero no en otros, así como, puede basarse en movimientos económicos legales pero no tener fines justificables, o simular la necesidad de ciertas transacciones pero buscar en realidad la reducción o des-imposición de la carga tributaria.

¹⁶⁹ Vid. NOMAD CAPITALIST. *Loc. Cit.* Nota 21.

¹⁷⁰ PEDROSA PEDROSA, J. (s.f.). *Paraísos Fiscales (Archivo PDF)*. Obtenido de la Confederación Estatal de Asociaciones y Federaciones de alumnos y exalumnos de los programas universitarios de mayores CAUMAS, el 24 de abril de 2018 en: <https://caumas.org/articulo/paraisos-fiscales-2/> pp. 35, 52-57.

En cuyo contexto, además el *offshore trust* puede actuar como vehículo jurídico ideal para proteger los activos de acreedores y fiscalizaciones, al constituirse en un patrimonio autónomo sin personalidad jurídica separado del patrimonio personal de los sujetos que intervienen, con mayores posibilidades de deslocalizar el lugar desde donde es administrado, el lugar donde son situados los intereses económicos o los activos del fondo que constituye, y el lugar donde serán distribuidos los réditos después de su explotación.

De esta manera, con el fin de analizar el tratamiento fiscal del *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional en diferentes escenarios, examinaremos la legislación y jurisprudencia de países que se rigen por el Derecho anglosajón como ser Estados Unidos y el Reino Unido. Posteriormente, examinaremos la legislación y jurisprudencia de países que se rigen por el Derecho continental como es España y Argentina. Y, finalmente, nos concentraremos en jurisdicciones cooperativas y no cooperativas cuya legislación pudieran ofrecer ventajas fiscales del impuesto a la renta para los *offshore trusts*. No obstante, previamente consideraremos los siguientes aspectos genéricos que caracterizan a los *offshore trusts*:

a. Vehículo de inversión sin personalidad jurídica y neutralidad tributaria

Si bien, el *trust* es un mecanismo de protección de patrimonio, basado en la confianza, por el que, el constituyente (*settlor*) a título de confianza concede la titularidad del fondo o patrimonio del *trust* que crea, a un administrador (*trustee*) a quien considera de su entera confianza, para que, administre el fondo del *trust* en favor de terceros beneficiarios. Este mecanismo sirve de medio o vehículo idóneo para facilitar la realización de operaciones económicas ligadas a un fin específico establecido en el documento de constitución del *trust* (*trust deed o letter of wishes*).

Sin embargo, una vez que el constituyente (*settlor*) transfiere su patrimonio al administrador (*trustee*), nace un patrimonio separado de todos los sujetos intervinientes que se constituye autónomo y sin personalidad jurídica, por el que, no puede adquirir derechos ni obligaciones. Por tanto, en consideración a que un *offshore trust*, por ser constituido en el extranjero, además adquirir la calidad de medio o mecanismo para la realización de actuaciones económicas extraterritoriales, también debiera someterse a un régimen tributario caracterizado por su neutralidad, es decir, por no resultar más

gravosas las operaciones que se realizan a través de *offshore trust*, por el simple hecho de que sean instrumentados por él, no obstante, parece ser que sus efectos también escapan de este principio.

El principio de neutralidad tributaria para el Derecho Tributario también es denominado transparencia fiscal. Este principio responde a un factor cualitativo que determina si la economía en la que se aplica funciona sin distorsiones, más específicamente, se refiere a si los precios de los bienes o servicios no quedan afectados por la imposición tributaria de cierto país, promoviendo que los impuestos sean instituidos de modo que impongan la misma presión tributaria sin importar la localización de la compra, es decir, este principio busca que el capital extranjero y el nacional tengan la misma presión tributaria¹⁷¹.

Consecuentemente, por efecto del principio de neutralidad el *offshore trust* debiera tributar de forma idéntica a la que tributarían si el patrimonio y las actividades económicas que realizan a través de él, no se hubieran protegido a través del vehículo jurídico del *trust*. En algunos ordenamientos jurídicos encontraremos tratamientos tributarios neutrales que califican a figuras jurídicas como el *trust* y su empleo en el extranjero *offshore trust*, como entidades transparentes¹⁷².

b. Fragmentación del derecho de propiedad y la divergencia sistémica

Toda institución jurídica requiere ser estudiada desde el contexto económico y jurídico, especialmente, si se estudia una figura jurídica como el *trust*, cuyo manejo transfronterizo tiene efectos económicos y nace del Derecho anglosajón, pero es desconocida por países de Derecho continental donde también puede causar efectos¹⁷³, por lo que, es importante definir las razones que los distinguen y separan.

El rasgo distintivo que separa el Derecho anglosajón del Derecho continental es en esencia la fragmentación del derecho de propiedad, el cual, si bien es aceptado y regulado con naturalidad por el Derecho anglosajón, porque en la tradición anglosajona

¹⁷¹ Vid. MONTAÑO GALARZA, Cesar. *Op. Cit.* pp. 88-89.

¹⁷² ALTAMIRANO, A. (2010). Tratamiento Tributario del Fideicomiso en la República Argentina. Buenos Aires, Argentina. En A. U. Nieto, *Fideicomiso en Latinoamérica*. Editorial Marcial Pons. p. 20.

¹⁷³ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (abril 2008). *Op. Cit.* p. 10.

el Rey era el único dueño de todas las tierras y quien concedía a sus súbditos la facultad de usarlas, disfrutarlas y dedicarlas a diferentes fines sin perder su calidad de dueño absoluto, por lo que, esto ha hecho que, en las jurisdicciones anglosajonas no sea difícil aceptar la distinción jurídica entre la propiedad legal del administrador (*trustee*) y la propiedad material de los beneficiarios que despliega el *trust*, y perdura hasta la actualidad como una figura jurídica íntimamente ligada a países de Derecho anglosajón, como Estados Unidos o los países de la llamada Commonwealth, antiguas colonias británicas¹⁷⁴.

En cambio, para países de Derecho continental, en su mayoría países de Europa y Latinoamérica, donde el derecho de propiedad es concebido como un dominio absoluto y exclusivo, por el que, algo pertenece a alguien o no de manera definitiva e indivisible y sin términos medios, resulta imposible aceptar la fragmentación del derecho de propiedad, y, por tanto, el *trust* no ha tenido cabida, al contrario, ha dejado en evidencia el antagonismo entre el Derecho continental y el Derecho anglosajón, además de, la falta de legislación aplicable a los *trust* en jurisdicciones continentales, y la escasa participación en la firma, ratificación y adhesión al convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) de 01 de julio de 1985¹⁷⁵.

En este sentido, la doble propiedad que propone el *trust*, habría hecho que se constituya en una figura jurídica única en el mundo, ampliamente flexible y versátil para gestionar patrimonio desde diferentes partes del mundo y en todo ámbito, sea público, privado, finanzas, comercio u otros como la fiscalidad. Porque más allá de las divergencias entre sistemas jurídicos, la exportación del *trust* hacia países de Derecho continental, se encuentra ligada a la presencia de una economía globalizada y la progresiva internacionalización de los negocios, principalmente los financieros.

¹⁷⁴ Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* parr. 8, 10.
Vid. PEDROSA PEDROSA, Jacobo. *Op. Cit.* pp. 9, 31-34.

Asimismo, para la doctrina angloamericana son cinco los elementos que caracterizan el *trust*: la separación de los bienes del constituyente (*settlor*), el derecho real del beneficiario, las instrucciones del constituyente (*settlor*) e inexistencia de instrucciones del beneficiario, y un administrador (*trustee*). Vid. BELLO KNOLL, Susy. *Op. Cit.* p. 43.

¹⁷⁵ Vid. Paraisos-fiscales.info (10 de marzo de 2019). *Op. Cit.* parr. 10.

3.2. OFFSHORE TRUST EN PAÍSES SIGNIFICATIVOS DE SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN

3.2.1. *Offshore trust* en los Estados Unidos

Estados Unidos es una de las potencias del mundo más atractivas para constituir *trusts*, no solo por la solidez financiera y la estabilidad institucional o el régimen de privacidad y confidencialidad que mantiene, sino principalmente por el tratamiento fiscal otorgado a los *trusts*, específicamente cuando se trata de *trust* extranjeros u *offshore trusts* constituidos por no residentes en los Estados Unidos, denominados por este país como *US foreign trusts*¹⁷⁶, el cual, se subdivide en *trusts* extranjeros simples (*Foreign simple trust*) y *trusts* extranjeros grantor (*Foreign grantor trust*), como describiremos a continuación.

El referido régimen de privacidad y confidencialidad estadounidense, tiene que ver con la falta de registros públicos de los *trusts*, así como, el hecho de que los Estados Unidos no forman parte del consenso internacional de países sobre el intercambio automático de información de cuentas financieras, denominado *Common Reporting Standard* (CRS), desarrollado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)¹⁷⁷.

Consecuentemente, los *trusts* americanos (*US trusts*) no están obligados a presentar el mencionado reporte CRS, pero si aquellos *trusts* extranjeros (*US foreign trusts*), vinculados y considerados residentes a efectos fiscales de un país que también ha implementado el CRS en su legislación y está sujeto a supervisión financiera, por la que, deben identificar a las partes involucradas del *trust*, es decir, a los constituyentes (*settlers*), administradores (*trustees*), protectores (*protectors*) y beneficiarios, junto a

¹⁷⁶ SIQUIERA TACHINI, J. A. (26 de noviembre de 2021). *El trust como método de planificación patrimonial*. Obtenido de Thomson Reuters el 5 de enero de 2022 de: <https://laleyuruquay.com/blogs/novedades/el-trust-como-metodo-de-planificacion-patrimonial> parr. 26.

¹⁷⁷ OECD. (s.f.). *Estándar Común de Informes (Common Reporting Standard -CRS) por jurisdicción 2017, 2018, 2019 y 2020, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)*. Obtenido de OECD el 9 de marzo de 2022: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/#d.en.345489>

Según datos de la OECD, son 109 países que aplican el CRS, en cuyo listado de 2017, 2018, 2019 y 2020, no se registra a los Estados Unidos de Norte América. *Id.* OECD Estándar Común de Informes.

la descripción e identificación de personas que ejercen control efectivo sobre el *trust*, y a quien consideran beneficiario final¹⁷⁸.

Por su parte, los Estados Unidos cuentan con su propio sistema de identificación de cuentas financieras no declaradas por contribuyentes estadounidenses, denominado *Foreign Account Tax Compliance* o Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras (FATCA, por sus siglas en inglés), por el que, los contribuyentes estadounidenses (ciudadanos o residentes estadounidenses) que tienen activos financieros fuera de los Estados Unidos deben informar sobre estos activos a la administración fiscal americana o la Internal Revenue Service (IRS), de modo que, esta disposición alcanza solo a los *trusts* americanos (*US trust*) en los que interactúen contribuyentes estadounidenses, salvo que la IRS constate que en los *trust* extranjeros (*US foreign trust*) exista participación de una persona estadounidense como propietario o beneficiario¹⁷⁹.

¹⁷⁸ OECD. (abril de 2018). *Norma para el Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras en Materia Tributaria: Manual de Implementación. 2da Edición*. Obtenido de OECD el 9 de marzo de 2022: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf> pp. 22, 59

Los trusts se consideran residentes de una jurisdicción que aplica los CRS donde uno o más de sus beneficiarios sean residentes, salvo que se informe a la autoridad fiscal que es tratado como residente fiscal en otra jurisdicción que aplica los CRS. *Id.* OECD *Norma para el Intercambio Automático de Información*. p.59.

Vid. INVERTAX. *Op. Cit.* pp. 4-5.

Vid. SIQUIERA TACHINI, José Augusto. *Op. Cit.* parr. 78

¹⁷⁹ En 2010, el Congreso de los Estados Unidos aprobó los Incentivos a la Contratación para la Ley de Restauración del Empleo de 2010 mediante la Ley Pública 111-147 (*The Hire Act*) de 18 de marzo de 2010, misma que, incorporó al Código de las Rentas Internas de los Estados Unidos (Título 26 del Código de Regulaciones Federales) la sección 6038D y el Capítulo 4 del Subtítulo "A" que consta de las Secciones 1471 al 1474, disposiciones que es comúnmente denominadas FATCA o Capítulo 4. La Sección 6038D del Código de las Rentas Internas de los Estados Unidos, establece la obligación de informar de ciudadanos y residentes estadounidenses con interés en un activo financiero extranjero, cuyo valor agregado supere los \$50,000, así como, la información que deben proporcionar y las sanciones de su incumplimiento, vigentes después del 18 de marzo de 2010 (CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU. (s.f.). *Título 26 Rentas Internas, Subtítulo F, Capítulo 61, Subcapítulo A, Parte III, Subparte A, Sección 6038D - Información con respecto a los activos financieros extranjeros*. Obtenido de Legal Information Institute, el 11 de marzo de 20022 de: lawcornell.edu/uscode/text/26/6038D) y, las secciones 1471 al 1474 del mismo Código, establece la obligación de los ciudadanos o residentes estadounidenses a, retener impuestos a los pagos realizados a instituciones financieras extranjeras (FFI) y no financieras extranjeras (NFFE) que, no han acordado proporcionar al IRS información sobre cuentas de ciudadanos o residentes estadounidenses (IRS DE EEUU. (s.f.). *Resumen de informes FATCA para contribuyentes de EEUU*. Obtenido de IRS de los Estados Unidos el 9 de marzo de 2022: irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-us-taxpayers).

El administrador (*trustee*) de un *trust* americano (*US trust*) debe presentar anualmente informe FATCA al IRS, conforme a la información requerida en los Acuerdos Intergubernamentales IGA, respecto a todas las cuentas financieras estadounidenses que se emplearon en la realización de sus actos de administración, cuyo cumplimiento, le califica como *trust* documentado. Sección 1.1471-5,(1)(2)(iv)(B), del Código de rentas internas de los Estados Unidos (CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU. (s.f.). *Título 26 Rentas Internas, Cap. I Servicio de rentas internas, Dep. de Hacienda, Subcap. A Contribución sobre la renta, Parte 1 Impuesto sobre la renta, Sección 1.1471-5 Definiciones aplicables a la sección 1471*. Obtenido de Legal Informal Institute el 10 de marzo de 2022: law.cornell.edu/cfr/text/26/1.1471-5).

Por otro lado, a pesar de que para implementar FATCA cuentan con Acuerdos Intergubernamentales bilaterales de intercambio de información financiera entre los Estados Unidos y gobiernos extranjeros denominados IGAs, cuyos modelos 1 y 2 operan a través de informes de instituciones financieras que son complementados con el intercambio automático de información reportada por dichos gobiernos al IRS, a través de los cuales, les es posible identificar a los ciudadanos o residentes estadounidenses que se constituyen en titulares de las cuentas financieras en el extranjero, en el caso de los *trusts*, esta información podrían no llegar a revelar la identidad de los beneficiarios finales con derecho de acceso efectivo a los valores transferidos, puesto que, según advierten los mismos acuerdos, la titularidad que se reconoce, se realiza solamente en función de la verificación del derecho al pago de las personas¹⁸⁰.

En cuanto al tratamiento fiscal aplicable a los *trusts*, el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos (*US Internal Revenue Code*) distingue dos tipos de *trust* a efectos fiscales, los *trusts* nacionales o americanos (*US trusts*) y los *trusts* extranjeros o no estadounidenses (*US foreign trusts*). Los *trusts* americanos (*US trusts*) son aquellos *trusts* constituidos en los Estados Unidos por ciudadanos o residentes estadounidenses que cumplen con la prueba judicial (*Court Test*) y la prueba de control (*Control Test*). Es decir, son *trust* gestionados en los Estados Unidos, cuya administración es supervisada por un tribunal estadounidense (*Court Test*) que además cuenta con uno o más ciudadanos o residentes estadounidenses que asumen el control o la facultad de tomar decisiones sustanciales (*Control Test*). Sobre este

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. (s.f.). *Instrucciones para el Form. W-8BEN, Certificado de condiciones de extranjero del beneficiario para la declaración y retención de impuestos en los Estados Unidos para personas físicas*. Obtenido de Citibank, el 12 de marzo de 2022 de: https://www.citibank.com/tts/sa/taxinitiatives/docs/tax-forms/Instructions-for-Form-W-8BEN-2017_SPC.pdf

Vid. SIQUIERA TACHINI, José Augusto. *Op. Cit.* parr. 80-91.

¹⁸⁰ La Sección 1.1471-1 describe la finalidad y objeto de los Modelos IGA 1 y 2. El art. 1(dd) de los Modelos IGA 1 y 2, definen al titular de las cuentas financieras como personas con derecho al pago, no obstante, señalan que esta definición no garantiza que se constituyan en las personas con derecho de acceso efectivo a los valores (CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU. (s.f.). *Título 26 Rentas Internas, Cap.I Servicio de rentas internas, Dep. de Hacienda, Subcap A Contribución sobre la renta, Parte 1 Impuesto sobre la renta, Sección 1.1471-1 Alcance del capítulo 4 y definiciones*. Obtenido de Legal Information Institute, el 10 de marzo de 2022 de: [law.cornell.edu/cfr/text/26/1.1471-1](http://www.cornell.edu/cfr/text/26/1.1471-1)).

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. (s.f.). *Acuerdos FATCA por jurisdicción vigentes respecto a la Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras*. Obtenido de U.S. Department Of The Treasury, el 12 de marzo de 2022 de: home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign.account-tax-compliance-act

Vid. INVERTAX. *Op. Cit.* pp. 4.

Vid. SIQUIERA TACHINI, José Augusto. *Loc. Cit.* Nota 179.

tipo de *trust*, están sujetos al impuesto a la renta estadounidense, los ingresos que perciban los ciudadanos o residentes estadounidenses que sean beneficiarios de los *trusts* americanos (*US trusts*), en la misma forma que se tratase de cualquier individuo en Estados Unidos¹⁸¹.

En cambio, los *trusts* extranjeros (*US Foreign Trusts*), son todos aquellos *trusts* que no son considerados *trusts* americanos (*US trusts*), porque no cumplen con los requisitos del *Control Test* y el *Court Test*, ya sea porque son administrados en el extranjero, o porque quien los administra, controla y toma decisiones sustanciales es extranjero. De modo que, un *trust* extranjero (*US Foreign Trusts*) es tratado como un individuo extranjero no residente que no se encuentra presente en los Estados Unidos en ningún momento, y, por tanto, queda liberado del impuesto a la renta estadounidense¹⁸², salvo que, la administración fiscal americana (*Internal Revenue Service - IRS*) considere que cuenta con la participación de un ciudadano o residente estadounidense, en cuyo caso, aplican las reglas de las Secciones 671 al 679 del Código de Rentas Internas, por las que, los ciudadanos o residentes estadounidenses identificados como constituyentes (*settlers*) o beneficiarios, son tratados como propietarios, calificando a los *trusts* extranjeros (*US Foreign Trusts*) de dos formas, como no otorgantes (*Foreign non-grantor trusts*) a quienes el impuesto a la renta es gravado a los beneficiarios estadounidenses, y a los otorgantes (*Foreign grantor trust*), a quienes el impuesto a la renta es gravado a los constituyentes o cedentes (*settlor*)¹⁸³.

¹⁸¹ CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU. (s.f.). *Título 26 Rentas internas, Capítulo I Servicio de Rentas internas, Depto. del Tesoro, Subcapítulo F Procedimiento y Administración, Parte 301 Procedimiento y Adm., Información, devoluciones, Sección 301.7701-7 Fideicomisos nacionales y extranjeros*. Obtenido de Legal Information Institute el 11 de marzo de 2022 de: law.cornell.edu/cfr/text/26/301.7701-7

CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU. (s.f.). *Título 26, Subtítulo A, Capítulo 1, Subcapítulo J, Parte I, Subparte A, Sección 641, (b) Computo y pago*. Obtenido de Legal Information Institute, el 11 de marzo de 2022 de: law.cornell.edu/uscode/text/26/641

¹⁸² *Id.* CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... *Sección 301.7701-7*. Nota 181.

Id. CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... *Sección 641*. Nota 181.

¹⁸³ *Vid.* CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... *Sección 301.7701-7 Loc. Cit.* Nota 181.
CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES de los EEUU. (s.f.). *Título 26, Subtítulo A, Capítulo 1, Subcapítulo J, Parte I, Subparte E Concedentes y otros tratados como propietarios sustanciales, Secciones del 671 al 679*. Obtenido de Legal Information Institute, el 11 de marzo de 2022 de: law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-J/part-I/subpart-E
IRS DE EEUU. (s.f.). *Requisitos de informes de trusts extranjeros y consecuencias fiscales (Foreign Trust Reporting Requirements and Tax Consequences)*. Obtenido de IRS de los Estados Unidos el 10 de enero de 2022 de: <https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/foreign-trust-reporting-requirements-and-tax-consequences>

Un *trust* extranjero es considerado no otorgante (*Foreign non-grantor trust*) a efectos fiscales, cuando a pesar de ser administrado en el extranjero o ser constituido por una persona extranjera, cuenta con beneficiarios estadounidenses y los beneficios que reciben provienen de fuente americana, en cuyo caso, el impuesto a la renta estadounidense es imputado a los beneficiarios estadounidenses por las distribuciones que reciben, siempre que sean distribuidos en el año que surgen los beneficios, y, si existen rentas acumuladas de años anteriores, aplican retroactivamente el impuesto a la renta, a través del devengado¹⁸⁴.

En cambio, los *trusts* extranjeros son considerados otorgantes (*Foreign grantor trust*) a efectos fiscales, cuando el cedente o constituyente (*settlor*) o propietario original que aporta los activos al fondo del *trust* extranjero, mantiene un interés económico sobre el *trust extranjero* y conserva o retiene alguna facultad para controlar las rentas, beneficios, o ingresos que obtiene para disfrutar de ellos (*trust revocable*), por lo que, a efectos fiscales, es tratado y considerado como propietario actual de todo ingreso y renta generado por el *trust* extranjero, imputándose a su persona el impuesto a la renta, en lugar de gravar al mismo *trust* o a los beneficiarios. Bajo estas características se diferencian dos casos, aquellos cuyos cedentes o constituyentes (*settlor*) son ciudadanos o residentes estadounidenses, y aquellos que son extranjeros no residentes estadounidenses¹⁸⁵.

En el primer caso, si el *trust* extranjero considerado otorgante (*Foreign grantor trust*) cuenta con cedentes o constituyentes (*settlors*) que son ciudadanos o residentes estadounidenses, el impuesto a la renta es aplicado sobre estos cedentes o constituyentes (*settlors*), dejando libres de impuestos a los beneficiarios que generalmente son ciudadanos estadounidenses en este subtipo de *trust* extranjero. No obstante, a fin de evitar que los ciudadanos o residentes estadounidenses constituyan *trusts* extranjeros y disminuyan la recaudación estadounidense, también consideran como *trust* extranjero otorgante (*Foreign grantor trust*) a los *trust* extranjeros cuyo

¹⁸⁴ *Id.* CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... Sección 671 al 679. Nota 183.

¹⁸⁵ *Vid.* CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... Sección 671 al 679. *Loc. Cit.* Nota 183.

Vid. IRS DE EEUU. *Requisitos de informes de trusts extranjeros...* *Loc. Cit.* Nota 183.

IRS DE EEUU. (s.f.). *Los otorgantes pueden ser tratados como propietarios de trusts (Grantors May Be Treated as Owners of Trusts)*. Obtenido de IRS de los Estado Unidos el 20 de enero de 2022 de: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/abusive-trust-tax-evasion-schemes-law-and-arguments-section-ii>

cedente o constituyente (*settlor*) no retiene ninguna facultad (*trust* irrevocable) pero tiene uno o más beneficiarios estadounidenses actuales o futuros, por lo que, también grava el impuesto a la renta sobre el cedente o constituyente (*settlor*)¹⁸⁶.

En el segundo caso, si el *trust* extranjero considerado otorgante (*Foreign grantor trust*) cuenta con cedentes o constituyentes (*settlor*) que son extranjeros no residentes estadounidenses, el impuesto a la renta es aplicable sobre estos cedentes o constituyentes (*settlor*), siempre que, los beneficios o ingresos provengan de fuente americana, y sus beneficiarios fueran estadounidenses, de lo contrario, el cedente o constituyente (*settlor*) extranjero queda libre de impuestos¹⁸⁷. En este sentido, si un *trust* extranjero no genera beneficios de fuente americana, ni sus beneficiarios son estadounidenses, aunque sea constituido bajo las leyes americanas, estará libre del impuesto a la renta estadounidense y se constituirá en una estructura de planificación fiscal muy atrayente para no pagar impuestos en los Estados Unidos y muy probablemente, también se encuentre liberada de pagar impuestos en la jurisdicción extranjera vinculada, siempre que no se regule el *trust*, lo exencione, o beneficie con la reducción de tributos.

De lo descrito, se deduce que los *trusts* pueden ser constituidos conforme a las leyes de alguno de los Estados de los Estados Unidos, pero esto no significa que sea un *trust* americano (*US trust*), al contrario, puede constituirse conforme a leyes estadounidenses y configurarse como *trusts* extranjeros libres del impuesto a la renta, siempre que sean administrados en el extranjero o controlado por extranjeros, y/o tengan beneficiarios extranjeros, y sus beneficios sean obtenidos de fuente extranjera. De manera que, el impuesto a la renta estadounidense solo es aplicable a *trusts* americanos (*US trust*), y como excepción a las reglas fiscales, es también

¹⁸⁶ Vid. CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... Sección 671 al 679. Loc. Cit. Nota 183.

¹⁸⁷ Adicionalmente al tratamiento fiscal descrito, cualquier tipo de *trust* constituido en Jersey también es considerado *trust* extranjero otorgante (*Foreign grantor trust*), y el impuesto a la renta es imputado al constituyente (*settlor*), debido a que, en esta jurisdicción se aplica el derecho universal de revocatoria que alcanza a los *trusts* y el constituyente (*settlor*) podría solicitar a un Tribunal, la revocatoria de un *trust* irrevocable y modificar las determinaciones discrecionales del administrador (*trustee*), nombrando nuevos beneficiarios de forma abrupta causando distorsiones en la atribución de las rentas. CÓDIGO DE ADMINISTRACIÓN DE NUEVA JERSEY. (s.f.). Sección 10:71-4.11 *Trust*. Obtenido de Casetex, el 12 de marzo de 2022 de: <https://casetext.com/regulation/new-jersey-administrative-code/title-10-human-services/chapter-71-medicaid-only/subchapter-4-resources/section-1071-411-trusts>

Vid. CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES DE LOS EEUU... Sección 671 al 679. Loc. Cit. Nota 183. Vid. MARTOS BELMONTE, Plácido. *Op. Cit.* p. 80.

aplicable sobre los *trusts* extranjeros considerados no otorgantes (*Foreign non grantor trust*) grabando a los beneficiarios estadounidenses por las rentas distribuidas o acumuladas para su distribución de fuente americana, y sobre los *trust* extranjeros otorgantes (*Foreign grantor trust*), ya sean revocables o irrevocables, gravando al cedente, aportante o constituyente (*settlor*) a quien consideran aún propietario de los activos del *trust* extranjero a efectos fiscales, por conservar facultades para sí mismo aunque no sea beneficiario¹⁸⁸.

A través del tratamiento fiscal descrito, la administración tributaria estadounidense (*Internal Revenue Service - IRS*) busca prevenir o frenar el uso abusivo de los *trusts* extranjeros que permitan evadir el impuesto a la renta o diferir indebidamente los ingresos. En este afán, se emplean las reglas fiscales excepcionales antes descritas, las cuales, buscan conseguir el reconocimiento de las ganancias o beneficios y la identificación de quien los obtiene realmente. Para este fin, requieren información anual e imponen sanciones al incumplimiento, haciendo que quienes constituyan este tipo de esquemas, traten de demostrar que se enmarcan en la ley y cumplen con el Código de Rentas Internas y no buscan ocultar la propiedad ni el control de los activos e ingresos¹⁸⁹.

Según la propia administración tributaria estadounidense el uso abusivo de los *trusts* extranjeros se estructura en países extranjeros que no imponen impuestos sobre los *trusts*, o si lo hacen, son nulas o bajas sus alícuotas y también aplican el secreto financiero. Estos países fueron denominados inicialmente como paraísos fiscales o jurisdicciones *offshore*, aunque en la actualidad, son denominadas jurisdicciones no cooperativas, cuya descripción y análisis será detallada más adelante. Respecto a este punto, nos enfocamos principalmente en que, al estar fuera de los Estados Unidos, permiten que los fondos de *trusts* extranjeros puedan estructurarse en sus jurisdicciones hasta que sus resultados o beneficios sean distribuidos libres de impuestos a los beneficiarios o sus propietarios originales¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (abril 2008). *Op. Cit.* p. 9.

¹⁸⁹ Vid. IRS DE EEUU. *Requisitos de informes de trusts extranjeros...* *Loc. Cit.* Nota 183.

¹⁹⁰ IRS DE EEUU. (s.f.). *Esquemas abusivos de evasión fiscal de trusts - Hechos (Sección IV) (Abusive Trust Tax Evasion Schemes - Facts (Section IV))*. Obtenido de IRS de los Estados Unidos el 20 de enero de 2022 de: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/abusive-trust-tax-evasion-schemes-facts-section-iv>

Según añade esta institución fiscal, estos esquemas de *trusts* extranjeros abusivos, generalmente se inician constituyendo una empresa de gestión de activos (AMC) que se asemeja a un *trust* americano (*US trust*), en el que, su director o propietario se constituye en el contribuyente, el cual, rápidamente reemplaza al administrador (*trustee*) pero aparenta que no lo administra, y, sin embargo, dispone de él en cadena, creando por un lado, un *trust* comercial muy similar al *trust* americano (*US trust*), y un primer *trust* extranjero en una jurisdicción con privilegios, para distribuir los ingresos del *trust* comercial al primer *trust* extranjero, y los ingresos de este primer *trust* extranjero a un segundo *trust* extranjero, cuyo administración puede ser de dos formas: si el propietario o constituyente (*settlor*) estadounidense es quien se ha convertido en administrador del primer *trust* extranjero, también es quien controla el segundo *trust* extranjero, por tener el control del primero, al tener la dirección de la empresa de gestión de servicios (AMC). Y, a pesar de que fuera extranjero el administrador, se entiende que es el mismo propietario o constituyente (*settlor*) quien está facultado para anular decisiones del primer *trust* extranjero, y, por tanto, también tiene el control del segundo *trust* extranjero¹⁹¹.

3.2.2. *Offshore trust* en el Reino Unido

La Hacienda Pública del Reino Unido (*Her Majesty's Revenue and Customs - HMRC*), define el *trust* como un instrumento o forma de administrar activos, sean bienes, dinero u derechos, el cual, dentro de los diferentes tipos de *trust* que varían según el fin que los motive, considera que se emplean principalmente para la protección y control de activos de familiares, menores de edad y de incapacitados, así como, para la transmisión de activos en vida o por fallecimiento. Asimismo, conforme a lo establecido en la Ley del impuesto a las rentas (Income Tax Act) Hacienda Pública reconoce que en todos los tipos de *trust*, son tres sujetos los que intervienen, el constituyente (*settlor*) que posee los activos originalmente y decide aportarlos al fondo del *trust* que el mismo crea, el administrador (*trustee*) que es designado el constituyente (*settlor*) para gestionar el fondo del *trust* e a favor de los beneficiarios, y aquellos beneficiarios designados para recibir los réditos o beneficios del mismo¹⁹².

¹⁹¹ *Id.* IRS DE EEUU. (s.f.). *Esquemas abusivos de evasión...* Nota 190.

¹⁹² GOBIERNO DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Trust e impuestos (Trusts and taxes)*. Obtenido de gov.uk el 23 de diciembre de 2020 de: <https://www.gov.uk/trusts-taxes>

Por otro lado, según la normativa fiscal de este país, se admite que el constituyente (*settlor*) pueda ser beneficiario a la vez, e instituirse como un *trust* a interés del constituyente (*settlor*), en cuyo caso, aplican leyes fiscales especiales¹⁹³. En cuanto al administrador (*trustee*), reconocen que es el propietario legal o nominal de los activos del fondo del *trust*, cuya función es administrarlo de acuerdo a lo definido por el constituyente (*settlor*) en el documento de creación del *trust* (*letter of wishes o trust deed*), salvo que se trate de un *trust* discrecional, en el que, el administrador (*trustee*) deba decidir cómo invertir o utilizar los activos¹⁹⁴.

En cuanto al ámbito fiscal, el impuesto a la renta grava los ingresos, y cada tipo de *trust* debe responder fiscalmente de manera diferente. Por consiguiente, cuando se trata de un *trust* a interés del constituyente (*settlor*), es decir, cuando el constituyente (*settlor*) es a la vez beneficiario, quien debe pagar el impuesto a la renta por los ingresos del fondo del *trust* como si fueran propios, es el constituyente (*settlor*), incluidos sus hijos, esposa o pareja civil que se beneficien. Si estos beneficiarios no son residentes del Reino Unido, es posible que solamente tengan que declarar impuestos y no pagarlos. Y, si son residentes de este país y participan de un *trust* discrecional no residente, también pueden beneficiarse de la desgravación fiscal, siempre que los administradores (*trustees*) hayan pagado por los ingresos previamente¹⁹⁵.

LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 2007 DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 2 Disposiciones generales sobre liquidaciones y trustees, Secciones 467 al 517*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

¹⁹³ LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 2007 DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 10 Mantenimiento de patrimonio, Rentas tratadas como rentas del settlor: Reglas especiales, Sección 510 al 511*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

¹⁹⁴ LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 2007 DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Cap. 2 (Secciones 474 al 478, 651), Cap. 3 (Secciones 479 al 481), y Cap. 7 (Secciones 493 al 498)*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents
Vid. GOBIERNO DEL REINO UNIDO. *Trust e impuestos... Loc. Cit. Nota 192*.

¹⁹⁵ Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 8 Gastos de los trustees e ingresos de los beneficiarios, Secciones 501 al 503*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

¹⁹⁵ Vid. LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 2007 DEL REINO UNIDO... *Sección 510 al 511. Loc. Cit. Nota 193*.
GOBIERNO DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Trusts de no residentes (Non resident trusts)*. Obtenido de Gov.uk: <https://www.gov.uk/guidance/non-resident-trusts>

Por su parte, cuando el *trust* es de carácter discrecional o de acumulación, constituido y administrado en el Reino Unido por ciudadanos de este país, el administrador (*trustee*) es el llamado a declarar y pagar el impuesto a la renta por los ingresos del fondo del *trust* en nombre del constituyente (*settlor*), a quien debe comunicar sobre los ingresos e impuestos pagados, para que mediante una declaración de autoevaluación el constituyente (*settlor*) informe a la Hacienda Pública del Reino Unido sobre los impuestos pagados en su nombre¹⁹⁶.

Sin embargo, cuando el *trust* es constituido y administrado por personas no residentes en el Reino Unido; ya sea porque efectivamente el constituyente (*settlor*) no es residente de este país, o no estuviese domiciliado a tiempo de crear el *trust* y aportar sus activos al fondo del *trust*, y porque ninguno de sus administradores (*trustees*) es ciudadano de este país, o, no lo es alguno de ellos; las reglas fiscales para aplicar el impuesto a la renta son diferentes y varían si el *trust* es de carácter discrecional o de participación, así como, según el país de residencia extranjera del constituyente (*settlor*) y de los beneficiarios. La regla básica para un *trust* de no residentes es que no pagan impuesto a la renta en el Reino Unido si los ingresos que reciben son extranjeros. Sin embargo, cuando el *trust* de no residente es de carácter discrecional o de participación, los administradores (*trustees*) deben pagar el impuesto a la renta por los ingresos del fondo del *trust* que gestionan¹⁹⁷.

De esta manera, en un *trust* de no residente de carácter discrecional, el administrador (*trustee*) es quien debe pagar una tasa estándar sobre las primeras £ 1,000 de ingresos imponibles, 38,1% sobre ingresos por dividendos de acciones, 45% sobre los intereses del Reino Unido si un beneficiario o alguien pudiese convertirse en uno de ellos y fuese residente en el Reino Unido (incluidos valores libres de impuestos para residentes en el extranjero), y el 45% sobre todos los demás ingresos y

¹⁹⁶ Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 7 Pagos Discrecionales, Sección 496 al 498*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

GOBIERNO DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Trust y el impuesto sobre la renta (Trusts and Income Tax)*. Obtenido de [gov.uk](https://www.gov.uk/trusts-taxes/trusts-and-income-tax) el 23 de Diciembre de 2020 de: <https://www.gov.uk/trusts-taxes/trusts-and-income-tax>

¹⁹⁷ LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 2007 DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Cap. 2 (Sección 667, 475 y 476), Cap. 3 (Sección 680), Cap. 4 (Sección 487)); Parte 13, Cap. 2 (Sección 721); y Parte 14, Cap. 1, (Sección 812), Cap. 2 (Sección 835)*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

dividendos que surjan en el Reino Unido. Pero una vez que los beneficiarios de este tipo de *trust* reciban beneficios, estos deberán pagar el impuesto a la renta, por los ingresos percibidos¹⁹⁸.

Adicionalmente, sobre los *trusts* de no residentes es aplicado el impuesto a las ganancias de capital, el cual, grava el aumento de valor de los activos desde que ingresaron al fondo del *trust*, es decir, cuando las acciones o bienes inmuebles hayan sido vendidos, donados o permutados. En este caso, los administradores no residentes (*trustees*) no estarían obligados a pagar este impuesto en el Reino Unido, pero si los constituyentes (*settlers*) o beneficiarios en lugar de los administradores (*trustees*) no residentes, salvo que el administrador (*trustee*) no residente tenga un bien inmueble en el Reino Unido. La tasa de este impuesto es el mismo de los residentes y también está exento el monto anual¹⁹⁹.

En cambio, sobre los *trusts* de residentes del Reino Unido, el impuesto a las ganancias de capital se hace efectivo cuando los activos ingresan o salen del fondo del *trust*, haciendo responsables de pago, al constituyente (*settlor*) cuando aporta activos al fondo del *trust* que crea, y al administrador (*trustee*) cuando transfiere definitivamente el derecho de propiedad de los activos a los beneficiarios. Este impuesto debe ser pagando conforme al valor de mercado, pudiendo ser reducido con los gastos de administración, mantenimiento, reparación y honorarios, y solo generarse la obligación de pago en caso de que la ganancia imponible total sea superior a la monto anual libre de impuestos de 6.150 £ y £ 12,300 asignada a los beneficiarios vulnerables; sean discapacitados, niños cuyos padres han fallecido,

¹⁹⁸ LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 2007 DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Cap. 2 (Sección 9), Cap. 3 (Secciones 479 al 481), Cap. 6 (Sección 491) y Cap. 7 (Secciones 493 al 498; y Parte 14, Cap. 1 (Sección 812)*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents Vid. GOBIERNO DEL REINO UNIDO. *Trusts de no residentes... Loc. Cit. Nota. 195.*

¹⁹⁹ Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 12 Ganancias de ingresos acumulados, Capítulo 2 Ganancias y pérdidas devengadas, Sección 643 (7), y 667*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents Vid. GOBIERNO DEL REINO UNIDO. *Trusts de no residentes... Loc. Cit. Nota. 195.*
Ley de impuestos sobre ganancias imponibles (Taxation Chargeable Gains - TCGA) de 1992 del Reino Unido. (s.f.). *Parte III, Capítulo II, Sección 86, 87, 87K, 87L, 89 y 90, o el párrafo 8 del Anexo 4C*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/1992/12/contents/enacted

incluso, si solo uno de ellos fuese vulnerable en el grupos de beneficiarios; aplicando la asignación más alta²⁰⁰.

De esta manera, en todos los casos de *trust* que se presenten en el Reino Unido, la regla general es que, los beneficiarios de los *trusts* están obligados a pagar el impuesto a la renta por los ingresos del *trust* que le sean distribuidos y percibidos efectivamente, más no el impuesto a las ganancias sobre el capital cuando sea transferido definitivamente al cumplirse la finalidad del *trust*. Consecuentemente, mientras los ingresos en intereses y el capital acumulado no sean distribuidos a los beneficiarios al terminar el año, el administrador (*trustee*) es quien debe pagar el impuesto a la renta con recursos del mismo *trust*²⁰¹.

3.3. OFFSHORE TRUST EN PAÍSES SIGNIFICATIVOS DEL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL

3.3.1. Problemática en los sistemas continentales

Hasta este punto de nuestro análisis, tenemos una idea de las amplias bondades de los *offshore trusts* para la planificación fiscal, y una dimensión de los problemas que atraviesan las administraciones tributarias para identificar al sujeto pasivo que debe tributar y el momento en que debiera hacerlo. No obstante, en este punto nos enfocaremos en la problemática que atraviesan los países de Derecho civil o continental, cuyo sistema jurídico no reconoce el *trust* como figura jurídica en sus ordenamientos jurídicos, siéndo muy útil analizar los efectos fiscales de las rentas que genera o que pudieran generar los *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional cuando son constituidos por residentes continentales, pero se encuentran sometidos a la legislación extranjera de un país considerado favorable a los intereses fiscales de su estructura, ya sea porque permite la reducción de impuestos, el diferimiento, o incluso, la des-imposición total del pago del impuesto a la renta.

²⁰⁰ GOBIERNO DEL REINO UNIDO. (s.f.). *Impuesto a las ganancias de capital y los Trust (Trust and capital gains tax)*. Obtenido de Gov.uk: <https://www.gov.uk/trusts-taxes/trusts-and-capital-gains-tax>

²⁰¹ Vid. DEBERSIO, Greg. *Loc. Cit.* Nota 165.

En general, la problemática jurídica del Derecho continental para establecer un tratamiento fiscal para las rentas que genera un *offshore trust* constituido en el extranjero por residentes continentales y/o para beneficiarios continentales, se concentra esencialmente en su visión del derecho de propiedad como derecho único, inseparable, excluyente y exclusivo, frente a la visión dual que el *trust* propone al separar las facultades inherentes del derecho de propiedad en una propiedad formal o legal del administrador (*trustee*) y una propiedad material o de equidad de los beneficiarios.

De tal manera que, la naturaleza jurídica del *trust* resulta inadmisibles para la legislación civilista, al romper la plenitud del derecho de propiedad que ellos conciben, y por cuyos efectos consideran que, el derecho de propiedad queda suspendido mientras el *trust* se encuentre vigente, y, sin posibilidades de adquirir derechos ni obligaciones al no tener personalidad jurídica durante su vigencia.

Por un lado, el concepto de separación del derecho de propiedad que presenta el *trust*, confronta la concepción de dominio unitario y absoluto del Derecho continental, y hace difícil su asimilación. Por otro lado, al configurarse el *trust* como una entidad sin personalidad jurídica, y quedar instituido en un patrimonio o una unidad económica autónoma separada del patrimonio personal de los sujetos que intervienen, protege este fondo o patrimonio del *trust* de posibles acreedores, pero a su vez, estaría impidiendo que sea afectado por confiscaciones fiscales, de modo que, se convierte en un vehículo de inversión de personas físicas o jurídicas que, planifican la fiscalidad de la administración de sus activos y patrimonio, en y desde diferentes lugares, cuyas legislaciones y combinaciones de sistemas jurídicos les resultan fiscalmente beneficiosos²⁰².

Por este motivo, analizaremos la legislación y jurisprudencia de países significativos de Derecho continental que no han suscrito, ratificado y ni se han adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, y que, por tanto, no reconocen el *trust*, ni lo regulan en sus legislaciones, o presentan intentos sesgados de regulación desde la fiscalidad.

²⁰² Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

Previamente, consideraremos que el no reconocimiento del *trust* y la consecuente imposibilidad de incorporarlo en las legislaciones civiles ha sido fundamental para también impedir su regulación en el ámbito tributario, por lo menos en la mayoría de países que han preferido enmarcarse en los fundamentos de su sistema jurídico continental, sin romper el orden jerárquico de sus normas y mantener la armonización jurídica. No obstante, este vacío legal a sumado una capa adicional de protección sobre los activos del fondo del *trust*, y un supuesto de pérdidas de recursos que se pudiesen recaudar si existiese un tratamiento específico que supere las contraposiciones que ocasiona una figura jurídica anglosajona ajena al sistema jurídico continental²⁰³.

Recordemos que, una vez constituido un *offshore trust* de carácter irrevocable, el constituyente (*settlor*) pierde toda facultad sobre los activos que aporta al fondo del *trust*, y no le es posible modificarlo, ni revocarlo, salvo que se instituya de manera revocable. Esto implica que, para el sistema jurídico continental no existe un propietario con todas las facultades a quien hacerle responsable de las obligaciones fiscales directamente, puesto que, el administrador (*trustee*) funge como titular nominal, por causa de la propiedad legal que le es asignada para gestionar el fondo del *offshore trust*, pero no para beneficio propio, sino para beneficio de terceros que tienen la propiedad material sobre los rendimientos resultantes de la gestión y la expectativa de adquirir la plenitud de la propiedad cuando el *offshore trust* cumpla con su finalidad y le sea transferida definitivamente.

Asimismo, cuando un *offshore trust* irrevocable es además de carácter discrecional, el administrador (*trustee*) tiene amplias facultades para designar a los beneficiarios. Y, por tanto, a tiempo de constituir el *offshore trust*, se desconoce quién llegará a ser beneficiario, su residencia y el sistema jurídico que será aplicable, así como, el momento en que, las rentas serán distribuidas, dejando en suspenso e incertidumbre esta información. Por su parte, las administraciones tributarias también quedan a expensas de un futuro incierto e indeterminado difícil de afrontar respecto al seguimiento y control de estas rentas, esto debido a que desconocen el momento en que serán distribuidas, y esta situación es casi imposible de conocer en medio de

²⁰³ Vid. MARTOS BELMONTE, Plácido. *Op. Cit.* p. 83

diversas legislaciones y sistemas jurídicos combinados, situación que se agrava, en países de Derecho continental que no reconocen ni regulan esta figura jurídica anglosajona²⁰⁴.

Bajo estas premisas, analizaremos el tratamiento fiscal que se viene aplicando en sistemas jurídicos continentales como los de España y la República de la Argentina, respecto a las rentas periódicas que generan los fondos de los *offshore trusts* de carácter irrevocable y discrecional, constituidos por residentes continentales de acuerdo a legislación extranjera de jurisdicciones que mantienen ventajas fiscales en el impuesto a la renta, en favor de beneficiarios que pueden o no ser residentes continentales.

3.3.2. *Offshore trust* en España

España es uno de los países de sistema jurídico continental que no ha recogido e incorporado el *trust* en su ordenamiento jurídico, ni se ha adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, de tal manera que, el *trust* es una figura jurídica anglosajona que no ha sido reconocida por el Derecho español, y, por tanto, les es desconocida tanto en lo material como en lo internacional privado. Por consiguiente, al no ser reconocida en su ordenamiento jurídico, el *trust* no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones en territorio español, ni mucho menos, surtir efectos jurídicos dentro de él²⁰⁵.

Aunque, respecto a la competencia judicial internacional, el propio sistema español se pronuncia sobre el *trust* y establece reglas para su tratamiento, y, por otro lado, al ser un Estado miembro de la UE, no puede excluirse de aplicar las disposiciones de la Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014, si es que el documento de constitución del *trust* ha fijado como ley aplicable la legislación española (véase la descripción en el Capítulo II)²⁰⁶.

²⁰⁴ Vid. MARTOS BELMONTE, Plácido. *Op. Cit.* pp. 85, 86 y 92.

²⁰⁵ RESOLUCIÓN DE SALA PRIMERA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO STS 338/2008 de 30 de abril de 2008. (s.f.). Obtenido de CENDOJ Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, España: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Vid. DE Arespacochaga, Joaquín. *Op. Cit.* p. 47.

²⁰⁶ Vid. VIRGOS SORIANO, Miguel. *Op. Cit.* p. 88.

Volviendo al punto inicial, es importante considerar que la falta de reconocimiento del *trust* no ha evitado que los residentes españoles constituyan *trusts* en el extranjero u *offshore trusts* o sean beneficiarios de ellos, y que, sus efectos repercutan en territorio español, a través de, demandas que han obligado al Tribunal Supremo a pronunciarse mediante sentencias judiciales que han puesto en evidencia las dificultades sobre la “*ley aplicable al trust*” que trae el desconocimiento del *trust* en un país de sistema continental, así como, la imposibilidad de evitar que esta figura jurídica transfronteriza afecte la realidad española, a pesar de no haber sido reconocida, dejando constancia de que, la falta de reconocimiento del *trust* en España no le ha servido para quedar inmune a sus efectos, ni lograr que dejen de emplearlo y relacionarlo directa o indirectamente. De hecho, los jueces y tribunales españoles no han podido dejar de resolver conflictos en los que intervienen *trusts*, como se describirá a continuación²⁰⁷.

La Sentencia 338/2008 de 30 de abril de 2008, de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo español, fue la sentencia que catalogó al *trust* como un negocio jurídico ampliamente utilizado para diversos fines en países del *Common Law*, pero completamente desconocido para el Derecho español, tanto en lo material como en lo internacional privado, haciendo referencia a su falta de incorporación al ordenamiento jurídico español, y adhesión al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, con el que, se pretendía afrontar los problemas derivados del desconocimiento en sistemas jurídicos continentales como en el caso español.

Al mismo tiempo, esta sentencia ha hecho notar que, la única forma de hacer que el *trust* pueda surtir efectos en su territorio, es a través de su reconocimiento mediante ley, previa suscripción del citado Convenio, de modo que, mientras esto no suceda, se entiende que los efectos del *trust* resultan incompatibles con el Derecho español²⁰⁸.

²⁰⁷ LAFUENTE SÁNCHEZ, R. (enero-junio de 2016). *Sucesión por causa de muerte y trust. En sección de Jurisprudencia española y europea de Derecho Internacional Privado (pp. 215-218). Madrid, España*. Obtenido de Revista Española de Derecho Internacional Vol. 68/1 en: <http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1393/jurisprudencia-esp%C3%B1ola-y-europea-de-derecho-internacional-privado.html/>

²⁰⁸ Vid. RESOLUCIÓN STS 338/2008. *Loc. Cit.* Nota 205.

Al mismo tiempo, la citada Sentencia, puso en evidencia la dificultades que tuvieron para definir la ley aplicable a los *trusts* en España, debido a que, al suscitarse una falta de pruebas que acreditaran la aplicación preferente de la normativa extranjera en el caso concreto, se dispuso la aplicación del Derecho español como ley aplicable, no obstante, al no estar reconocido el *trust* en el ordenamiento jurídico español, ni ser compatible con su legislación, la causa fue desestimada, dejando inválidos todos los efectos del *trust*, considerándolo inexistente en territorio español²⁰⁹.

De modo que, esta ausencia de normativa española de Derecho material que pudiese aplicar a los casos de *trust*, llevó al Tribunal Supremo español a invalidar drásticamente el *trust*, muy probablemente para no desnaturalizar esta figura jurídica anglosajona al intentar trasladarla y someterla a los términos de alguna de las instituciones de función equivalente del Derecho continental al que se adscribe España²¹⁰.

No obstante, ante el pronunciamiento jurisprudencial reducido y sucinto de la citada sentencia judicial sobre el *trust*, y al no haber logrado aplacar la presencia de conflictos relacionados con los *trust* en el ámbito fiscal, la Dirección General de Tributos de España, se pronunció de manera expresa, mediante resoluciones con efecto vinculante que sin apartarse de lo establecido por el Tribunal Supremo, de manera descriptiva, amplia y reiterativa, establecieron que, al no estar reconocida la figura jurídica anglosajona del *trust* en el ordenamiento jurídico español, los *trusts* deben ser tenidos por no constituidos, de tal manera que, las relaciones jurídicas que produjeran y regulasen, no surtirían efectos legales en España y por tanto, las operaciones de distribución de rentas periódicas producidas por los fondos de los *trust* a favor de los beneficiarios, deben ser consideradas a efectos fiscales, como si fueran transmisiones directas del constituyente (*settlor*) al beneficiario, es decir, como

²⁰⁹ Vid. RESOLUCIÓN STS 338/2008. *Loc. Cit.* Nota 205.

Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

COMA&ROIG ASSESORS. (10 de diciembre de 2012). *Obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero del 1 al 31 de marzo de cada ejercicio*. Obtenido de COMA&ROIG Assesors: <https://www.comaroiig.es/obligacion-de-informacion-sobre-bienes-y-derechos-situados-en-el-extranjero-del-1-al-31-de-marzo-de-cada-ejercicio/>

MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (30 de mayo de 2008) *¿Es preciso ratificar el Convenio de la Haya sobre el trust?*, Obtenido de Portal jurídico de Thomson Reuters LegalToday el 21 de octubre de 2021 de: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/es-preciso-ratificar-el-convenio-de-la-haya-sobre-el-trust-2008-05-30/>

²¹⁰ *Id.* MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (30 de mayo de 2008). *Loc. Cit.* Nota 209.

si el *trust* no existiese, aplicando el régimen de transparencia fiscal a personas residentes en territorio español²¹¹.

En este entendido, al imponerse el régimen de transparencia fiscal para los *trusts*, en realidad los *offshore trust* por constituirse en el extranjero, esta figura jurídica anglosajona en España se ha hecho inexistente a efectos fiscales, de modo que, el *trust* en este país no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones de ninguna clase, ni siquiera de obligaciones fiscales. Consecuentemente, las rentas que el *trust* generase, deben ser consideradas como si fueran obtenidas directamente del aportante o constituyente (*settlor*) al destinatario o beneficiario, es decir, el impuesto que grava las rentas de personas físicas (IRPF) en este país, solamente puede ser imputado al beneficiario que sea residente fiscal español y perciba efectivamente las rentas o rendimientos periódicos del fondo del *trust*²¹², considerando que, si estas

²¹¹ Resoluciones vinculantes de la Dirección General de Tributos de España respecto al *trust* que se referencia son las siguientes: V1991-08, de 30 de octubre de 2008; V1016-10, de 14 de mayo de 2010; V0936-13, de 22 de marzo de 2013; V2703-13, de 10 de septiembre de 2013; V0989-14, de 7 de abril de 2014; V1003-14, de 8 de abril de 2014; V1224-14, V1225-14 y V1226-14 de 7 de mayo de 2014; V1495-16, de 8 de abril de 2016; V0695-17, de 16 de marzo de 2017; V0817-18 de 26 de marzo de 2018; y, V3316-20 de 06 de noviembre de 2020. Dentro de estas resoluciones se destacan las siguientes:

RESOLUCIÓN VINCULANTE DE DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS V1016-10 DE 14 DE MAYO DE 2010. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

RESOLUCIÓN VINCULANTE DE DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS V1495-16 DE 8 DE ABRIL DE 2016. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

RESOLUCIÓN VINCULANTE DE DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS V3316-20 DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2020. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos, España: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

RESOLUCIÓN VINCULANTE DE DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS V0010-10 DE 14 DE ENERO DE 2010. (s.f.). Obtenido de Iberley: <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v0010-10-14-01-2010-1370371?collection=resoluciones&term=V0010-10+de+14+de+enero+de+2010&query=V0010-10+de+14+de+enero+de+2010&nolIndex>

²¹² BELLO, A. (s.f.). *Bienes Personales LEY 27.541 y su reglamentación*. En ONVIO, Dossier. Casos prácticos para contadores, ajustes por inflación, bienes personales, impuesto a las ganancias. Editorial Thomson Reuters. Obtenido de <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/dossier-casos-practicos-para-contadores-onvio.pdf> pp. 23-25.

Vid. COMA&ROIG ASSESORS. *Loc. Cit.* Nota 209.

ÁLVAREZ BARBEITO, P. (29 de mayo de 2018). *La Dirección General de Tributos matiza los efectos fiscales de los trust*. Obtenido de www.lexology.com el 19 de enero de 2021 de: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ebf6b65b-f316-4625-b401-84d4398f6e6b>

Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* p. 30.

RICHETTI, V. v., & Carbajal, A. (16 de agosto de 2018). *Tratamiento fiscal en España de la figura del Trust*. Obtenido de Mondaq en: <https://www.mondaq.com/tax-authorities/728376/tratamiento-fiscal-en-espaa-de-la-figura-del-trust>

CAMPANON GALIANA, L. (2 de junio de 2020). *Tratamiento de la ya no tan desconocida figura del Trust en nuestro ordenamiento jurídico tributario*. Obtenido de Taxalandia, blog fiscal y de opinión tributaria. <https://www.politicafiscal.es>: <https://www.politicafiscal.es/equipo/laura-campanon-galiana/tratamiento-de-la-ya-no-tan-desconocida-figura-del-trust-en-nuestro-ordenamiento-juridico-tributario>

GONZALES, J. (19 de noviembre de 2020). *El tratamiento fiscal de los «Trust» en España (Archivo PDF)*. Obtenido de GOY GENTILE Abogados en: <https://www.goygentile.com/el-tratamiento-fiscal-de-los-trust-en-espana/>

Vid. MARTOS BELMONTE, Plácido. *Op. Cit.* p. 84

Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, Sonia (30 de mayo de 2008). *Loc. Cit.* Nota 209.

rentas provienen de jurisdicciones no cooperativas, no serán deducibles los impuestos satisfechos en estos territorios, de conformidad con el régimen de transparencia fiscal establecido en la Ley 11/2021²¹³.

Consecuentemente, el *trust* resulta ser inexistente en territorio español y no se consideran producidas las aportaciones del constituyente (*settlor*) al fondo del *trust*, ni las distribuciones de rentas realizadas por el administrador (*trustee*) a favor de los beneficiarios, entre otros, puesto que, conforme ha establecido la Dirección General de Tributos de España, a efectos del ordenamiento jurídico tributario español, solo deben considerarse como transmisiones directas del constituyente (*settlor*) al beneficiario.

No obstante, para aplicar este tratamiento fiscal adoptado, la Dirección General de Tributos de España previamente tendrá que identificar a los sujetos que intervienen en el *trust*, su residencia fiscal en España, y la generación de rendimientos, independientemente de la ubicación de los activos del fondo del *trust*, para posteriormente, analizar si ocurre efectivamente un incremento en el patrimonio del beneficiario, como consecuencia de lo percibido, no dando por ocurrido el hecho generador, por la simple constitución del *trust*²¹⁴.

Por otro lado, el hecho de no haber reconocido expresamente la figura jurídica del *trust* en el ordenamiento jurídico español, ni haberse ratificado el citado Convenio de la HCCH, no significaría que no deba declararse información relacionada a los *trust*²¹⁵.

En ese sentido, el legislador español ha considerado el *trust* como un mecanismo de transmisiones de activos que pueden poner en riesgo las medidas anti-lavado de dinero, y en consecuencia, ha emitido la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo de 28 de abril de 2010, por medio de la

²¹³ LEY 11/2021 DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL DE 9 DE JULIO 2021. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 10 de julio de 2021 BOE-A-2021-11473: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11473#:~:text=A%2D2021%2D11473-.Ley%2011%2F2021%2C%20de%209%20de%20julio%2C%20de%20medidas.funcionamiento%20del%20mercado%20interior%2C%20de> Art. 91, núm. 9.

²¹⁴ Vid. ANTÚNEZ, Roberto. *Loc. Cit.* Nota 61.

²¹⁵ Vid. ANTÚNEZ, Roberto. *Loc. Cit.* Nota 61

cual, no solo se ha catalogado al *trust* como una entidad sin personalidad jurídica que puede actuar en el tráfico económico, sino que a su vez, ha establecido que los residentes españoles, sean personas físicas o jurídicas, o con establecimiento en este país que actúen como administradores (*trustee*) de *trusts* anglosajones con actividades en España, según el Art. 4. Núm. 2 inc. c) de esta Ley, tienen la obligación de obtener, conservar y actualizar información de los “titulares reales” del *trust*, los cuales, a los efectos de esta ley son:

- a. El constituyente (*settlor*);
- b. El administrador (*trustee*);
- c. El protector si hubiera;
- d. El beneficiario designado (respecto al momento del pago o cuando pretenda ejercer los derechos conferidos) o por designar (respecto a la categoría de personas en beneficio); y,
- e. Cualquier persona que ejerza control a través de propiedad directa, indirecta u otros medios;

Estos sujetos, a su vez, tienen la obligación de suministrar información al administrador (*trustee*) sobre su condición de “titulares reales”, e identificarse como personas físicas o jurídicas nacionales o residentes en España o extranjeros no residentes, así como, declarar su participación en relaciones de negocio, operaciones ocasionales, o adquisición de bienes inmuebles en España, cuya información debe ser conservada por 10 años, considerando lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, de protección de datos personales, y, en caso de personas jurídicas, ser declarada anualmente en el Registro de Titularidades Reales, siempre que no puedan ser declaradas en el Registro Mercantil o los Registros de Fundaciones, Asociaciones u otros donde no estén inscritas, por no estar regulada su declaración²¹⁶.

²¹⁶ LEY 10/2010 DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO DE 28 DE ABRIL DE 2010. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 29 de abril de 2010 BOE-A-2010-6737: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737> Art. 4.2 c) y d), Art. 4 ter., Art. 7.4, Art. 15.3, y Disposición adicional tercera. Registro de Titularidades Reales. Núm. 1 y 5.
REAL DECRETO 304/2014 DE 5 DE MAYO DE 2014. (s.f.). *Aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Obtenido de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado publicado el 06 de mayo de 2014. BOE-A-2014-4742: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-4742> Art. 6.3 parr. 3ro, y Art. 9.5.

En ese mismo orden, el Real Decreto 1558/2012, publicado el 24 de noviembre de 2012, ha introducido la obligación anual de informar a la Administración Tributaria, sobre valores, derechos, seguros y rentas depositadas, gestionadas u obtenidas en el extranjero, dentro de cuyas disposiciones, el Art. 42 ter, núm. 1, inc. iii), ha incluido la obligación de informar mediante declaración anual sobre:

- a. Los valores aportados a los *trusts* para su gestión y administración, por considerarlo un instrumento jurídico que, a pesar de carecer de personalidad jurídica, puede actuar en el tráfico económico; y,
- b. Los bienes y derechos situados en el extranjero, de los cuales, en ambos casos resulten titulares o se consideran “titulares reales” a efectos del numeral 2 del Art. 4 de la Ley 10/2010, los siguientes sujetos obligados: i. Personas físicas o jurídicas residentes en España; ii. Establecimientos permanentes en territorio español de personas o entidades no residentes; y, iii. Entidades referidas en el Art. 35.4 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre de 2003²¹⁷.

Las entidades referidas en el Art. 35.4 (Obligados tributarios) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre de 2003, sobre quienes también recae la obligación de informar establecida en el Art. 42 ter, núm. 1, inc. iii) del Real Decreto 1558/2012, mencionado en el párrafo anterior, son: a. Las herencias yacentes; b. Las comunidades de bienes, y, c. Toda entidad que, siendo carente de personalidad jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición²¹⁸. Esta disposición legal, aunque no lo señala expresamente, alcanzaría a los *trusts*, al ser entidades sin personalidad jurídica, a los cuales, asimilan como tales para hacerlos susceptibles de imposición. No obstante, la interrogante que surge es saber si el *trust*, al ser considerado inexistente a efectos fiscales por disposición judicial, desde la vigencia de la Ley 58/2003, deben ser tenidos como unidad económica o patrimonio separado “susceptible de imposición” dentro de los obligados tributarios, y, si esta disposición no resulta contradictoria a la postura adoptada de considerarlo inexistente, o es suficiente para hacerlo susceptible de imposición efectiva.

²¹⁷ REAL DECRETO 1558/2012 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2012. (s.f.). *Relativo al establecimiento de obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero*. Obtenido de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado publicado el 24 de noviembre de 2012 BOE-A-2012-14452: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14452 Art. 42 ter, núm. 1, inc. iii).

²¹⁸ LEY 58/2003 GENERAL TRIBUTARIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2003. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 18 de diciembre de 2003 BOE-A-2003-23186: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186> Art. 35.4

Por su parte, el inc. c) del numeral 2 del artículo 4 de la Ley 10/2010, al que hace referencia el Art. 42 ter, núm. 1, inc. iii) del Real Decreto 1558/2012, para identificar a quienes deben considerarse “titulares reales” de los valores aportados a los trusts para su gestión y administración, así como, los bienes y derechos situados en el extranjero, estableciendo que, en el caso de los *trusts*, a los efectos de esta ley los titulares reales son: a. El constituyente (*settlor*); b. El administrador (*trustee*); c. El protector si hubiera; d. El beneficiario designado (respecto al momento del pago o cuando pretenda ejercer los derechos conferidos) o por designar (respecto a la categoría de personas en beneficio); y, c. Cualquier persona que ejerza control del *trust* a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios²¹⁹.

De esta manera, se deduce que la obligación de informar recae en cada sujeto que intervenga en el *trust*, respecto a las facultades que tiene el constituyente (*settlor*) sobre los valores aportados a los trusts, así como, las facultades del administrador (*trustee*) sobre bienes o derechos situados en el extranjero, y los derechos que adquieran los beneficiarios (*beneficiary*) sobre estos bienes y derechos aportados al fondo del *trust*, los cuales, pueden estar situados en el extranjero, según corresponda a cada sujeto interviniente en el marco del *trust* y el alcance de su manejo, vinculados a cuentas financieras que el administrador (*trustee*) puede gestionar en el extranjero, y, aquellas cuentas financieras de los beneficiarios residentes españoles, donde perciben efectivamente las rentas periódicas.

Por otro lado, a pesar de que España ha adoptado la postura de no reconocimiento del *trust* a efectos fiscales, a su vez, cuenta con normativa que establece la obligación de adecuar instituciones jurídicas extranjeras y de adaptar derechos establecidos en documentos extranjeros al ordenamiento jurídico español. Nos referimos a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, la cual, en sus Arts. 57 y 61, establecen que, cuando sea necesario para una correcta ejecución de documentos públicos extranjeros, los notarios o y funcionarios públicos están obligados a adecuar instituciones jurídicas desconocidas en España al ordenamiento jurídico español, sustituyéndolas por otras con efectos equivalentes y de similares

²¹⁹ Vid. LEY 10/2010 DE PREVENCIÓN ... *Loc. Cit.* Nota 216.

intereses o finalidades, sin que esta adecuación provoque mayores efectos que los previstos en el país al que pertenecen. Asimismo, cuando estos documentos extranjeros ordenen medidas o incorporen derechos desconocidos en el Derecho español, los registradores están obligados a realizar su adaptación a derechos o medidas conocidas por el ordenamiento jurídico español, que sean equivalentes o que persigan una misma finalidad o interés, sin que esta adaptación tenga mayores efectos que los dispuestos en el país extranjero de su origen²²⁰.

Se entiende que estas obligaciones de adecuación y adaptación tienen por finalidad evitar que se excluya la ley extranjera cuando se demande los efectos de sus instituciones o derechos, y de esta manera, se pueda dar continuidad a sus efectos en territorio español, precautelando el cumplimiento de los mismos. No obstante, es posible que, intentar darle al *trust* un tratamiento de adaptación o adecuación bajo esta normativa, resulte el reto más difícil o casi imposible de afrontar para este sistema de adaptación. Debido a que, no existen instituciones equivalentes que empleen múltiples funciones al mismo tiempo para cumplir sus fines, y que, además, tengan las posibilidades de situarse y ejecutarse en diferentes partes del mundo, no siendo posible cumplir los requisitos de adaptación, y correr el riesgo de desnaturalizar el *trust*, o pasar por alto límites imperativos, e incluso el orden público español al intentar lograrlo²²¹.

Aunque algunos creen que para resolver la problemática del *trust* en los sistemas continentales, solo es necesario vencer la dificultad de aceptar la doble propiedad, adecuando esta figura jurídica extranjera de alguna manera, parece ser más que eso, debido a que, cuando se transmite bienes o derechos a un patrimonio autónomo sin titular, como es el caso del fondo de los *trusts*, se presenta una disociación subjetiva, entre quien gestiona el patrimonio (*trustee*) a favor de terceros, y los terceros en su calidad de beneficiarios económicos. Aspecto que no concuerda con las bases del Derecho Continental, y, por el contrario, no encuentran cabida²²².

²²⁰ Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 31 de julio de 2015 BOE-A-2015-8564.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>

²²¹ Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

²²² Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

No obstante, el contacto más cercano que ha tenido España respecto al *trust*, es la Ley 25/2010 de 29 de julio de 2010, correspondiente al libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, cuyo capítulo VII, incorpora al Derecho catalán, la figura jurídica del “patrimonio protegido”, por el que, se permite la afectación de bienes aportados a título gratuito por constituyentes, así como, sus rendimientos y bienes subrogados, para suplir necesidades vitales de personas con discapacidad psíquica o física de cierta gravedad y de dependencia severa, a quienes califica como únicos beneficiarios o personas protegidas a efectos de ésta ley. De esta manera, el objetivo de esta ley es la protección patrimonial de quienes considera beneficiarios, afectando el patrimonio protegido respecto a esta finalidad²²³.

Para cumplir con este objetivo, la citada ley se concentra en el cumplimiento de las obligaciones del administrador a favor de las necesidades de los beneficiarios, y presenta un régimen de administración de patrimonio protegido y de supervisión de actividades de los administradores, así como, la creación del Registro de patrimonios protegidos. Asimismo, esta ley va más allá de reconocer un patrimonio separado, y lo que regula es el reconocimiento de patrimonios autónomos o sin titular, es decir, el reconocimiento de patrimonios sin personalidad jurídica, sobre los cuales, el constituyente (*settlor*), el administrador (*trustee*) y el beneficiario no tienen la propiedad, ni ningún otro derecho real²²⁴.

Por consiguiente, se entiende que la falta de reconocimiento del *trust* en el ordenamiento jurídico español, le impide al *trust* ser sujeto de derechos y obligaciones, haciendo que su aplicación sea totalmente inviable en el ámbito fiscal. De tal manera que, los efectos de esta ausencia de reconocimiento del *trust* que se extiende al ámbito tributario, lo hacen invisible a efectos fiscales²²⁵.

²²³ LEY 25/2010 DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA DE 29 DE JULIO DE 2010. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 21 de agosto de 2010 BOE-A-2010-13312: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-13312> Capítulo VII, Art. 227-1 al Art. 227-9

Vid. HIJAS CID, Eduardo. *Loc. Cit.* Nota 37.

²²⁴ *Vid.* LEY 25/2010 DEL... *Op. Cit.* Capítulo VII, Art. 227-1 al Art. 227-9.

²²⁵ *Vid.* AYALA CANALES, César G. *Op. Cit.* parr. 7.

Vid. CASILLAS, Carlos. *Op. Cit.* p. 31.

3.3.3. *Offshore trust* en Argentina

La República de la Argentina es uno de los países latinoamericanos de sistema jurídico continental que no se ha adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. Sin embargo, a pesar de la falta de reconocimiento de esta figura jurídica anglosajona, este país ha regulado el *trust* de forma expresa en el ámbito fiscal dentro de la reforma tributaria de 2017. Aunque, antes de esta reforma, también era posible considerar su regulación, debido a que, el Art. 140 inc. b) de la entonces Ley del impuesto a las ganancias, era aplicada sobre los “*fideicomisos o figuras equivalentes del exterior*”, en cuya última descripción el *trust* fue asimilado como una figura equivalente al fideicomiso²²⁶.

No obstante, fue en diciembre de 2017 que, la reforma tributaria aprobada mediante Ley 27.430, incorporó por primera vez y de manera expresa, un tratamiento fiscal para los *trusts* extranjeros u *offshore trusts*, cuyo objeto específico sea la administración de activos financieros. Esta ley estableció que las ganancias obtenidas por el manejo de activos financieros a través de *trusts* constituidos, domiciliados, o ubicados en el extranjero y sometidos a un régimen extranjero, deben imputarse al residente argentino que los controle en el año fiscal²²⁷.

Consecuentemente, se determinó que el ejercicio de control se manifiesta en el sujeto que mantiene en su poder los activos financieros y los administra, o toma decisiones sobre ellos, de manera que, estableció tres criterios específicos para considerar que existe control, y corresponde imputar el impuesto a las ganancias cuando se presente los siguientes casos: a. *Offshore trusts* revocables; b. El constituyente (*settlor*) sea también beneficiario; y, c. El sujeto que mantiene en su poder activos financieros, pueda tomar decisiones directas o indirectas para invertir o dejar de invertir en los activos²²⁸.

²²⁶ GUTIÉRREZ, M. (21 de mayo de 2018). *Qué estrategias de planificación fiscal sirven para la post reforma de Argentina*. Obtenido de Funds Society: <https://www.fundssociety.com/es/opinion/que-estrategias-de-planificacion-fiscal-sirven-para-la-post-reforma-de-argentina>

²²⁷ LEY 20.628 DE IMPUESTO A LAS GANANCIAS. *Texto Ordenado de 6 de diciembre de 2019 actualizado el 01 de noviembre de 2021.* (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial de Argentina: https://leyes-ar.com/ley_de_impuesto_a_las_ganancias/137.htm Art. 130, inc. d).

²²⁸ *Id.* LEY 20.628... Nota 227.

Una vez verificado el cumplimiento de estos criterios, la ley citada dispone que debe aplicarse las normas de transferencia fiscal internacional, e imputar el impuesto a las ganancias al residente argentino que sea constituyente (*settlor*), como si el *offshore trust* no existiese, a efectos del impuesto a las ganancias, es decir, el tratamiento fiscal debe hacerse bajo el supuesto de que el residente argentino hubiera obtenido las ganancias o resultados directamente, permitiendo que también se compute el impuesto análogo pagado en el exterior. De este modo, los activos financieros son considerados como propiedad del constituyente (*settlor*), como si nunca hubiesen dejado de serlo²²⁹.

No obstante, para aplicar estos criterios será necesario distinguir previamente entre un *offshore trust* de carácter revocable, frente un *offshore trusts* de carácter irrevocable. De modo que, será de carácter revocable, si un residente argentino siendo constituyente (*settlor*) del *offshore trust* mantiene sus facultades como propietario original, y puede tomar decisiones directas o indirectas para invertir o dejar de invertir en los activos, y beneficiarse de los mismos. En este caso, se subsumen los tres criterios antes citados, y, por tanto, un *offshore trust* de carácter revocable se encuentra sujeto al impuesto a las ganancias en la república de Argentina²³⁰.

En cambio, será de carácter irrevocable, si el constituyente (*settlor*) que es residente argentino hubiese perdido el control sobre los activos que aportó al fondo del *offshore trust*, y no se hubiese reservado ninguna facultad después haberlas otorgado al administrador (*trustee*), a quien no se le puede imputar este impuesto, por tener una titularidad nominal sujeta al derecho de propiedad de terceros beneficiarios, por lo que, el constituyente (*settlor*) residente argentino queda liberado del impuesto a las ganancias en este país. Sin embargo, en este tipo de *offshore trusts*, si se podría imputar el impuesto a las ganancias a los beneficiarios, siempre que siendo residentes argentinos perciban efectivamente beneficios del mismo²³¹.

²²⁹ Vid. GUTIÉRREZ, Marcelo. *Loc. Cit.* Nota 226.
Vid. INSIGHT-TRUST. *Loc. Cit.* Nota 71.

²³⁰ Vid. GUTIÉRREZ, Marcelo. *Loc. Cit.* Nota 226.

²³¹ Vid. INSIGHT-TRUST. *Loc. Cit.* Nota 71.

En ese mismo sentido, la ley citada también establece la aplicación del impuesto a las ganancias para los residentes argentinos que sean beneficiarios de fideicomisos o figuras equivalentes, en cuyo último caso, han sido asimilados los *offshore trusts*, independientemente del carácter revocable o irrevocable que adopten. Bajo esos términos, el impuesto a las ganancias es imputado al beneficiario que perciba ganancias producidas por el *offshore trust*, sean rentas periódicas, o ganancias acumuladas, e incluso ganancias de capital, salvo que, demuestren que no han sido percibidas²³². No obstante, si se tratase de beneficiarios del exterior, la reforma ha establecido la exención del impuesto a las ganancias siempre que no residan en jurisdicciones no cooperantes²³³.

3.4. EL *OFFSHORE TRUST* Y LAS JURISDICCIONES COOPERANTES

3.4.1. De paraísos fiscales a jurisdicciones no cooperantes

En la actualidad, el mundo extraterritorial u *offshore* nos rodea completamente, y la inversión extranjera es cada vez más canalizada extraterritorialmente. Por un lado, la expansión de la economía globalizada y la libre circulación de capitales, han impulsado que los operadores económicos busquen mejores opciones fiscales, e incluso aprovechen las ventajas que ofrecen las diferencias entre sistemas fiscales. Por otro lado, los contribuyentes tienen derecho a la planificación fiscal, es decir, a elegir libremente las jurisdicciones cuyo sistema fiscal le sea más favorable a sus fines e intereses, inclusive si fuera solo por las ventajas que conceden²³⁴. A esto se suma, la competencia fiscal internacional que permite a cada Estado gozar de soberanía fiscal para diseñar libremente sus sistemas fiscales acorde a sus objetivos y condiciones²³⁵.

De esta manera, algunos países y unidades territoriales han sido cuestionados por contar con sistemas fiscales que en el afán de atraer empresas y capitales de inversión, otorgan ventajas fiscales que son consideradas excesivas y perjudiciales

²³² Vid. LEY 20.628... *Op. Cit.* Art. 137, inc. b).

²³³ Vid. LEY 20.628... *Op. Cit.* Art. 26, inc. u), párrafo cuarto.

²³⁴ GARCÍA NOVOA, C. (2018). *El Derecho Tributario Actual, innovaciones y desafíos*. 2da Ed. Bogotá, Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A. pp.188-189.

²³⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Op. Cit.* p.30.

para países cuyos sistemas fiscales no han entrado en esta dinámica²³⁶. Develando que, la facultad soberana de los Estados que les permite definir sus sistemas fiscales en función de la competencia fiscal internacional, ha venido afectando de manera decisiva la movilidad de capitales y la localidad de las recaudaciones. Promoviendo que, dentro del contexto internacional de extrema competitividad global, se haga manifiesta una pugna entre sistemas fiscales, por quien ofrece mayores y mejores condiciones para reducir la carga fiscal²³⁷.

No obstante, el aprovechamiento de las diferencias entre sistemas fiscales, derivadas de la competencia fiscal internacional, no pueden considerarse conductas elusivas, mientras no sean aprovechadas mediante maniobras que alteren, finjan, o simulen la realidad. Así como, tampoco el aprovechamiento de ventajas que los sistemas fiscales ofrecen en ejercicio de su soberanía fiscal derivada de la competencia fiscal internacional, pueden considerarse prácticas elusivas, por constituirse en opciones legítimas de planificación fiscal, salvo que, resulten de actividades de la denominada competencia fiscal perniciosa o lesiva, definida inicialmente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (En adelante, OECD) relacionada a los conceptos de elusión fiscal internacional, paraísos fiscales y regímenes fiscales perjudiciales, conforme describiremos a continuación²³⁸.

En 1998, la OECD emitió el Informe Competencia Fiscal Perjudicial: Un nuevo problema mundial (*Harmful Tax Competition Report: An emerging global issue*), en el que, por primera vez fueron definidos los conceptos de “paraísos fiscales” (*tax havens*) y de “regímenes tributarios preferenciales”, calificándolos como principales exponentes de la competencia fiscal perniciosa. En este informe, los paraísos fiscales

²³⁶ FERMÍN FERNANDEZ, J. C. (2016). Reflexiones sobre la idea de justicia en el sistema de tributación internacional, desde la perspectiva de los tratados para evitar la doble imposición y las inversiones en jurisdicciones de baja imposición. En (. G. García Pacheco Ingrid, *Nuevos retos de la fiscalidad internacional, Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, tema II, Caracas Venezuela*. Asociación venezolana de Derecho Tributario.

²³⁷ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Op. Cit.* p. 191.
Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Loc. Cit.* Nota 235.

SERRANO MIGALLÓN, F. (2008). La adecuación de los esquemas tributarios en México a un contexto globalizado. México D.F. En S. M. general), *Estudios Jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de La Vega*. Editorial Porrúa-Facultad de Derecho UNAM. pp. 381-382.

²³⁸ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Loc. Cit.* Nota 237.

El aprovechamiento de las ventajas fiscales o defectos, asimetrías, inconsistencias, o incoherencias en la legislación es admitida dentro de lo que se conoce como planificación fiscal lícita, no obstante, se constituye en planificación fiscal agresiva o elusión cuando este aprovechamiento se efectúa mediante prácticas abusivas.

fueron definidos como, aquellas jurisdicciones que ofrecían una tributación nula o muy reducida, y en muchos casos meramente nominal o ínfima que, restringiendo a otros Estados el acceso a la información tributaria sobre operaciones económicas realizadas dentro de sus fronteras, lograban atraer hacia su territorio inversiones económicas, rentas o patrimonios, deslocalizándolas de su origen. Al mismo tiempo, este informe planteó los cuatro factores o rasgos distintivos para identificar paraísos fiscales, estos fueron: a. La tributación nula o nominal generalizada; b. La ausencia de un efectivo intercambio de información tributaria con otras Administraciones; c. La falta de transparencia en la aplicación de su sistema impositivo; y, d. La inexistencia de una actividad económica real y sustancial en su territorio²³⁹.

Dentro de los posteriores informes y proyectos elaborados por la OECD²⁴⁰, emitieron el Proyecto de Prácticas Tributarias Perjudiciales de 2001 (*Project On Harmful Tax Practices*)²⁴¹, en el que, identificaron 35 territorios que cumplían con los criterios para ser calificados como paraísos fiscales (*tax havens*), y realizaron una lista que, inicialmente ejerció presión para que estos territorios suprimieran sus leyes de confidencialidad y el secreto bancario²⁴², para después plantear el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información de 18 de abril de 2002 (*Agreement on*

²³⁹ OECD. (1998). *Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: Un nuevo problema mundial (Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)*. París, Francia. OECD Publications. Obtenido de <https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf> pp. 22-23.

Los denominados paraísos fiscales o *tax havens*, también fueron nombrados de las siguientes maneras: regímenes fiscales perjudiciales, regímenes fiscales preferenciales, regímenes perniciosos o nocivos, refugios fiscales, jurisdicciones de baja imposición, y jurisdicciones *offshore*. En esta última denominación, el término "*offshore*", generalmente usado para distinguir lo extraterritorial o transfronterizo, fue empleado para referir que, aquellas jurisdicciones que brindan beneficios fiscales provienen del extranjero o están fuera del país de origen. Sin embargo, estas jurisdicciones han sido denominadas "jurisdicciones no cooperantes" o "no cooperativas" por razones distintas a las iniciales que serán tratadas en este acápite.

Para Zucman el capitalismo sin paraísos fiscales es una utopía. Zucman, G. (2015). *La riqueza escondida de las naciones. Como funcionan los paraísos fiscales y que hacer con ellos*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Siglo XXI Editores. p.11.

²⁴⁰ El Informe de progreso de 2000: Hacia la cooperación fiscal mundial: avances en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perjudiciales (*Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*) (OECD. (2000). *Informe de progreso de 2000: Hacia la cooperación fiscal mundial: avances en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perjudiciales (Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices)*. Obtenido de <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf>) y, el Proyecto de Contenido de la Actualización de 2002 del Modelo de Convenio Fiscal de 2 de octubre de 2001 (*Draft Contents Of The 2002 Update To The Model Tax Convention* respecto al uso indebido de convenios fiscales (OECD. (2001). *Proyecto de Contenido de la Actualización de 2002 del Modelo de Convenio Fiscal de 2 de octubre de 2001 (Draft Contents Of The 2002 Update To The Model Tax Convention)*. Obtenido de rashminsanghvi:https://www.rashminsanghvi.com/downloads/taxation/international-taxation/OECD_Model_draft_changes_for_2002.pdf).

²⁴¹ OECD. (2001). *Proyecto de Prácticas Tributarias Perjudiciales de 2001 (Project On Harmful Tax Practices)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/harmful/2664450.pdf>

²⁴² LITWAK, M. (s.f.). *Manual Básico de Jurisdicciones Offshore*. Obtenido de FINGURU el 23 de octubre de 2021: https://fin.guru/educacion/201803/manual-basico-de-jurisdicciones-offshore_n5502
Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Op. Cit.* p. 192.

Exchange of Information On Tax Matters), el cual, a pesar de ser un instrumento *soft law* no vinculante, articuló obligaciones mínimas de transparencia e intercambio de información previo requerimiento, para que, las jurisdicciones que fueron consideradas “paraísos fiscales” evitasen soportar contramedidas de los Estados miembros de la OECD²⁴³.

No obstante, el citado Proyecto de Prácticas Tributarias Perjudiciales de 2001 (*Project On Harmful Tax Practices, Progress Report*), fue el documento que estableció los fundamentos teóricos para instaurar listas negras (*black list*) de jurisdicciones considerados “paraísos fiscales”, y la política de lucha contra estas jurisdicciones, por la que, los Estados serían removidos de estas listas si suscribían 12 acuerdos de intercambio de información con otros países (*Common Reporting Standard - CRS*), para constituirse en jurisdicciones cooperantes, dejando de ser calificados como “paraísos fiscales” (*tax havens*). De modo que, aquellos países calificados como paraísos fiscales que no los suscribiesen, serían considerados “jurisdicciones no cooperantes” (*un-coopertive tax havens*) por no adoptar el estándar mínimo de transparencia e intercambio de información, quedándose como países propensos al alcance de medidas defensivas o contramedidas²⁴⁴.

De esta manera, el término “paraísos fiscales” (*tax havens*) fue desapareciendo gradualmente, para dar lugar al calificativo de “jurisdicciones no cooperantes”. Por consiguiente, el compromiso de intercambiar información por parte de los países se

²⁴³ OECD. (18 de abril de 2002). *Modelo de acuerdo de intercambio de información (Agreement on Exchange of Information On Tax Matters)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>

²⁴⁴ Vid. OECD Proyecto de Prácticas... *Op. Cit.* pp.9-10.
Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Loc. Cit.* Nota 242.

Las formas para hacer efectivo los compromisos de intercambio de información fueron: a) Mediante un acuerdo acorde al Modelo de acuerdo de intercambio de información de 18 de abril de 2002 (*Agreement on Exchange of Information On Tax Matters*); b) Mediante un Convenio de Doble imposición con cláusula de intercambio de información; y, c) Entre autoridades tributarias de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), mediante la aplicación de la Directiva 2011/16/UE (Directiva sobre la cooperación administrativa: DCA) que establece las normas y procedimientos para la cooperación administrativa segura y el intercambio de información a efectos fiscales. Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Op. Cit.* p. 193.

Las modalidades de intercambio de información son: a) A petición o previa solicitud entre las autoridades fiscales, por el que, se obtiene información respecto a registros bancarios y contables, así como la propiedad de las entidades y los acuerdos legales; y, b) De forma automática de información, por el que se obtiene información anual de cuentas financieras extraterritoriales. DIRECTIVA DEL CONSEJO 2011/16/UE DE 15 DE FEBRERO DE 2011. (s.f.). *Relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, por la que, se deroga la Directiva 77/799/CEE*. Obtenido de Eur-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0016> Cap. I Art. 3, 8) y 9); Cap. II, Art. 5-8.

constituyó en el mecanismo considerado “suficiente” para dejar de ser calificado como “paraíso fiscal”, haciendo que las conductas elusivas quedaron definidas, a partir de, la ausencia del intercambio de información, de modo que, las operaciones económicas se consideraron elusivas siempre que estuvieran vinculadas a jurisdicciones “no cooperantes”, presumiendo que el aprovechamiento de ventajas fiscales de estos territorios no se consideraban lícitas²⁴⁵.

3.4.2. El *trust* en el Modelo de AI y los estándares de Intercambio de información

En cuanto al citado Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información de 18 de abril de 2002 (*Agreement on Exchange of Information On Tax Matters*) que sirvió de base para la realización de acuerdos bilaterales y multilaterales entre jurisdicciones de baja tributación con Estados miembros de la OECD, así como, para delimitar un umbral de intercambio de información con trascendencia tributaria previo requerimiento, a fin de calificar jurisdicciones como “territorios cooperantes” y cumplir con el Proyecto OECD sobre competencia fiscal perniciosa²⁴⁶, también incluyó como parte del requerimiento y provisión de información, la obligación de brindar información referente a los *trusts*, así como, información de la propiedad que gestionan a través del *trust*, e información de los constituyentes (*settlers*), administradores (*trustees*) y beneficiarios que intervienen en la cadena de propiedad de los *trusts*, independientemente de cómo sean considerados en su Derecho interno, y siempre que puedan ser identificables, así como, información sobre toda persona que esté en condiciones de determinar la forma de gestionar del patrimonio del *trust*, y sobre toda persona que tenga derechos de participación en rentas o ganancias de su estructura, así como, en los beneficios de cualquier venta o liquidación en el marco del *trust*²⁴⁷.

Asimismo, estableció que los *trusts* son considerados personas a efectos del modelo del acuerdo, y que su alcance abarca a cualquier organización, independientemente de que sea considerada o no persona jurídica a efectos fiscales, y sobre todo fondo

²⁴⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Op. Cit.* pp. 193-197.

²⁴⁶ Este modelo de acuerdo OECD de intercambio de información fue inspirado en los *Tax Information Agreements (TIEAs)* que los EE.UU. negociaron desde los años 80 con algunos paraísos fiscales del Caribe. No obstante, es de mayor alcance y puede incluir la base de otros modelos siempre que articulen el intercambio de información.

²⁴⁷ Vid. OECD. *Modelo de acuerdo de intercambio...* *Op. Cit.* Capítulo II del texto del acuerdo Art. 5, núm. 4, inc. a) y b); Capítulo III Comentario Art. 5, Parágrafo 4, núm. 49; Capítulo III Comentario, Art. 4, núm. 18, 21 y 30; Art. 5 apartado I núm. 52, 53 y 54.

de inversión o vehículo de inversión colectiva, independientemente de su forma jurídica (como entidad sin personalidad jurídica)²⁴⁸.

Por otro lado, no fue hasta después de la reunión de la OECD y el G-20 en abril de 2009 que, con la disposición de la OECD de cooperar con el G-20, y de éste sumarse a la lucha contra los “paraísos fiscales” dentro del contexto de la crisis financiera de 2009-2010, el mencionado estándar de intercambio de información en el campo tributario (EOI) fue introducido a las agendas internacionales. En cuyo marco, el 2 de abril de 2009, la OECD presentó el informe de países evaluados por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con fines fiscales, a través de listas diferenciadas que, abandonando el sistema de *black list*, y el avance de la concepción que tenían de paraísos fiscales y competencia fiscal perniciosa, describió el progreso de la implementación del “Estándar sobre el intercambio de información con fines fiscales” (EOI) a nivel internacional, presentando tres categorías de países: a. Las jurisdicciones efectivamente cooperativas en una lista blanca; b. Las jurisdicciones comprometidas en una lista gris; y, c. Las jurisdicciones no cooperativas en una lista negra²⁴⁹.

²⁴⁸ Vid. OECD. *Modelo de acuerdo de intercambio...* Op. Cit. Capítulo III Comentario, Art. 4, núm. 16, núm. 17, y núm. 30.

El Informe del Progreso 2004 sobre el Proyecto de la OECD sobre prácticas tributarias perjudiciales (*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2004 Progress Report*), se pronunció resaltando la mejoría de la transparencia con la regulación de los *trust* a través del acuerdo, así como, la autoridad otorgada por el mismo para intercambiar información que se encuentre en poder de toda persona con capacidad fiduciaria, confirmando de esta manera su alcance sobre los *trust*. OECD. (2004). *El informe del progreso 2004 sobre el Proyecto de la OECD sobre prácticas tributarias perjudiciales (The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: the 2004 Progress Report)*. Obtenido de OECD, el 31 de marzo de 2022, de: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/oecd-harmful-tax-practices-project-2004-progress-report.pdf> pp. 13-14.

CALDERÓN CARRERO, J. M., & Martín Jiménez, A. (2004). *Las normas anti-paraíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: El caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea*. (I. d. (IEF), Editor) Obtenido de Instituto de Estudios Fiscales (IEF) DOC. N° 11/04 de: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2004_11.pdf p. 24.

²⁴⁹ OECD. (2 de abril de 2009). *Informe de la OECD sobre países evaluados por el Foro Global según la implementación del estándar internacional (A Progress Report on the Jurisdictions Surveyed by the OECD Global Forum in Implementing the Internationally Agreed Tax Standard)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/42497950.pdf>

OECD. (1 y 2 de septiembre de 2009). *Consultas sobre el 5° Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, del 1 al 2 de septiembre del 2009, Ciudad de México*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/centrodemexico/5foroglobalsobretransparenciaeintercambiodeinformaciondel1al2desepiembredel2009ciudaddemexico.htm>

Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. Op. Cit. pp. 416-418.

Los Estados Unidos en 2010 aprobaron la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Financieras en el Extranjero (*Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA*), por el que, algunos países que suscribieron acuerdos en dicho marco propusieron su implementación multilateral. El cual fue elaborado por la OECD a pedido del G-20 como «Estándar de Reporte Común» (Common Reporting Standard, CRS), que constituye el segundo estándar de EOI.

Ese mismo año, el G-20 instó a cumplir el primer “Estándar mundial de intercambio de información a pedido” (EOIR) adoptado en 2004 por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información, encargando a la OECD la revisión del cumplimiento del mismo. Asimismo, para garantizar la implementación eficaz de los estándares, se incursionó en una etapa de evaluación de cumplimiento efectivo del intercambio de información, a través de, la revisión por pares (*Peer Reviews*), a fin de que, los “doce acuerdos” no fueran suficientes para considerar que los países cumplidores de los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información. De modo que, a partir del 2010 hasta la fecha, el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información ha venido realizando el monitoreo y revisión por pares sobre la implementación del “Estándar internacional de intercambio de información previa solicitud” (EOIR) y el “Estandar de intercambio automático de información”, convirtiéndose en la nueva modalidad internacional para excluir a los países de ser calificados ejercitantes de la competencia fiscal perniciosa²⁵⁰.

En esa misma línea, el 2013 la OECD/G20 presentó el Proyecto de lucha contra la “Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios” (*Base Erosion and Profit Shifting*), más conocido como Plan de Acción BEPS, el cual, a través de 15 Acciones pretendió dar a los Estados, soluciones a nivel internacional que les permitiesen limitar los vacíos normativos que venían facilitando la desaparición o traslado de beneficios hacia jurisdicciones con baja o nula tributación. Dentro de las cuales, en referencia a la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales (EOI) propuso los “Reportes País por País” (*Country-by-Country Reports*) impulsados por la Acción 13, y el “Estandar espontáneo de los acuerdos de índole tributaria entre las administraciones tributarias y los contribuyentes” (EOI) impulsado por la Acción 5, más conocidos como *rulings*. Y, por efecto de la Acción 3, también fue impulsada la introducción de normas sobre Compañías Foráneas Controladas (CFC) en los Derechos internos, para limitar el traslado de beneficios mediante la deducibilidad de

²⁵⁰ OECD. (s.f.). *Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales. Despliegue de Informes desde el 2010 al 2021*. Obtenido de OECD Library, el 27 de marzo de 2022 de: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews_2219469x

OECD. (2021). *Revisión por pares del intercambio automático de información de cuentas financieras 2021 (Peer Review of the Automatic Exchange of Financial Account Information - 2021)*. Obtenido de OECD Library, el 27 de marzo de 2022 de: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2021_90bac5f5-en#page1

Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. *Op. Cit.* pp.418-419.

intereses y la neutralidad de mecanismos híbridos que pudiesen dar lugar a una doble no imposición, a través de, instrumentos financieros complejos²⁵¹.

3.4.3. Jurisdicciones no cooperantes y problemática fiscal de las cooperantes

Como resultado de las medidas implementadas por la OECD y el G-20, y los avances del Marco Inclusivo (MI) del Plan de Acción BEPS desde el 2015 que, permitió que los estándares contra la elusión fiscal internacional fuesen abordados por todos países interesados en condiciones de igualdad, incluyendo a las economías en desarrollo, y los avances de la suscripción del Instrumento Multilateral (MLI) en 2017 que facilitó la aplicación de medidas BEPS en los convenios fiscales sin necesidad de renegociarlos bilateralmente²⁵², actualmente la OECD no registra ninguna jurisdicciones “no cooperante” en el intercambio de información con fines fiscales²⁵³,

²⁵¹ OECD. (5 de octubre de 2015). *La OECD presenta los resultados del Proyecto BEPS de la OECD y el G20 para su discusión en la reunión de los Ministros de Finanzas del G20*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/finance/la-ocde-presenta-los-resultados-del-proyecto-beps-de-la-ocde-y-el-g20-para-su-discusion-en-la-reunion-de-los-ministros-de-finanzas-del-g20.htm>

²⁵² OECD. (2015-2020). *Información sobre el Marco Inclusivo sobre BEPS*. Obtenido de OECD, el 28 de marzo de 2022, de: <https://www.oecd.org/tax/beps/folleto-marco-inclusivo-sobre-beps.pdf>
 OECD. (s.f.). *Fiscalidad Internacional*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/g20/topics/international-taxation/>
 Dentro de los avances de la OECD/G20 sobre BEPS se encuentran: 1) La revisión por pares que evalúa las acciones tomadas por los Estados para impedir la utilización abusiva de convenios fiscales bajo la Acción 6 del Plan de Acción BEPS, mediante el Informe de la OECD de abril 2021 “Acción BEPS 6 sobre la prevención de la concesión de beneficios de convenios en circunstancias inapropiadas, documentos revisados de revisión por pares” (*BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Revised Peer Review Documents*) (OECD. (abril de 2021). *Acción BEPS 6 sobre la prevención de la concesión de beneficios de convenios en circunstancias inapropiadas, documentos revisados de revisión por pares (BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-revised-peer-review-documents.pdf>); y, 2) Dentro del Marco Inclusivo de la OECD/G20 sobre BEPS para implementar la solución de los 2 Pilares, a. Abordar los desafíos fiscales que surgen de la digitalización de la economía, el Proyecto de Normas Globales contra la Erosión de Bases (GloBE) bajo el pilar Dos, acordadas y publicadas en diciembre de 2021, con miras a lograr un sistema fiscal internacional coordinado y acorde a la economía globalizada y digitalizada, la cual, En su Art. 10, dentro de la definición de “entidad” sobre el cual se aplica el proyecto, incluye a los *trusts* y b) El reciente Proyecto de reglas para la determinación de la base tributaria bajo el importe A del Pilar Uno de febrero a marzo de 2022 (OECD. (14 de diciembre de 2021). *Desafíos fiscales derivados de la Digitalización de la Economía Reglas globales del modelo de erosión antibase (Pilar 2). Marco inclusivo sobre BEPS. (Tax Challenges Arising from the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules)*. Obtenido de OECD, el 28 de marzo de 2022, de: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>) (OECD. (18 febrero - 4 marzo de 2022). *Pilar 1 – Importe A: Proyecto de reglas modelo para la determinación de la base imponible (Pillar One – Amount A: Draft Model Rules for Tax Base Determinations)*. Obtenido de <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-tax-base-determinations.pdf>).

²⁵³ En el 5º Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, del 1 al 2 de septiembre del 2009, Ciudad de México, se informó que ya no había país alguno en la lista de jurisdicciones no cooperativas de la OECD. (OECD. (1 y 2 de septiembre de 2009). *Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, palabras de Ángel Gurría Secretario General de la OECD. México DF, México*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/treaties/foroglobalsobretransparenciaeintercambiodeinformacionpalabrasdeangelgurría.htm>)

por lo que, solo la Unión Europea mantendría 9 jurisdicciones “no cooperantes o no cooperativas” en su lista²⁵⁴, y, países como España, estarían concretando su normativa para establecer su propia lista de países con esta categoría²⁵⁵, sin embargo, muchos de los países excluidos de estas listas y calificativos, continuarían siendo jurisdicciones con alícuotas bajas o nulas en tributación del impuesto a la renta, las cuales, a pesar de poder ser calificadas como “cooperantes”, mantienen sistemas legales que ponen a disponibilidad de los actores económicos, el aprovechamiento de ventajas fiscales para reducir la carga fiscal del impuesto a la

²⁵⁴ La UE enumera los países que no siendo pertenecientes a la misma, fomentan prácticas fiscales abusivas no cumplen con los estándares fiscales internacionales ni optan por reformas como, las reglas de Compañías Extranjeras Controladas (CFC), para limitar el aplazamiento artificial de impuestos a entidades extraterritoriales de baja tributación, erosionando los ingresos del impuesto de sociedades de los estados miembros, dentro de esta lista de las denominadas jurisdicciones no cooperativas a efectos fiscales que se publica dos veces al año, se tiene publicada por el Consejo el 24 de febrero de 2022, en la que se encuentran: Samoa Americana, Fiyi, Guam, Palaos, Panamá, Samoa, Trinidad y Tobago, Islas Vírgenes de EE.UU, Vanuatu. (CONCEJO DE LA UE. (24 de febrero de 2022). *Conclusiones del Consejo sobre la lista revisada de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales (Conclusions du Conseil relatives à la liste révisée de l'UE des pays et)*. Obtenido de Concejo de la Unión Europea, de: <https://www.consilium.europa.eu/media/54471/council-conclusions-24-february-2022.pdf>)

CONCEJO DE LA UE. (s.f.). *Fiscalidad: lista de la UE de jurisdicciones no cooperativas*. Obtenido de Concejo de la Unión Europea, el 28 de marzo de 2022, de: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

²⁵⁵ La Disposición transitoria segunda (Definición de jurisdicción no cooperativa) de la Ley 11/2021 de 9 de julio 2021, establece que mientras no se determine por Orden Ministerial los países o territorios que tienen la consideración de jurisdicción no cooperativa, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Asimismo, el Anexo IV. Jurisdicciones no cooperativas del Manual de Tributación de No Residentes (febrero 2022), establece que mientras no se determine ni apruebe mediante Orden Ministerial una nueva lista de países y territorios consideradas jurisdicciones no cooperativas, continuará vigente la calificación de las 48 descritas según las modificaciones derivadas de la suscripción de convenios a efecto del Real Decreto 1080/1991 incorporado por el Real Decreto 116/2003, de 2 de febrero de 2003 (Agencia Tributaria española. (febrero de 2022). *Anexo IV. Jurisdicciones no cooperativas Manual de Tributación de No Residentes*. Obtenido de Agencia Tributaria de España, el 5 de abril de 2022, de: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folleto/manuales-practicos/manual-tributacion-no-residentes/anexos/jurisdicciones-no-cooperativas.html>).

La Disposición adicional primera (Definición de jurisdicción no cooperativa) de la Ley 11/2021 de 9 de julio 2021, establece que las jurisdicciones no cooperativas, así como, los regímenes fiscales perjudiciales, serán determinados por la Ministra de Hacienda mediante Orden Ministerial conforme a los criterios establecidos en esta Ley.

Según esta Ley, los criterios para calificar jurisdicciones no cooperativas relacionadas con la transferencia fiscal son: La falta de asistencia mutua de intercambio de información previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; falta de cumplimiento efectivo del intercambio de información, resultados negativos en las evaluaciones inter pares por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con fines fiscales; falta de intercambio de información sobre el titular real definido en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación de terrorismo; la existencia de instrumentos o sociedades extraterritoriales dirigidos a la atracción de beneficios que no reflejen una actividad económica real en dichos países; y, la existencia de baja o nula tributación (Es de baja tributación cuando el nivel impositivo es inferior al exigido en España en un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Y es de nula tributación cuando no se aplique los impuestos citados en estos territorios). Asimismo, los criterios para calificar regímenes fiscales perjudiciales, serán los establecidos en el Código de Conducta en materia de Fiscalidad Empresarial de la Unión Europea o del Foro de Regímenes Fiscales Perjudiciales de la OECD. *Vid.* LEY 11/2021 DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL DE 9 DE JULIO 2021. *Op. Cit.* Disposición adicional primera.

renta, dejando en desventaja a otras jurisdicciones que no entran en ésta dinámica, tal como, inicialmente se venía conceptualizando a la “competencia fiscal perniciosa”.

Es por ello que, quienes critican el trabajo de la OECD, sostienen que todas las actuaciones realizadas no habrían resuelto la problemática fiscal de la elusión y evasión fiscal, y en su lugar, organismos como la Tax Justice Network sostienen que el mismo grupo de países ricos que impulsaron normas mundiales sobre fiscalidad corporativa a través de la OECD, serían los mismos países que ayudan a que se pague menos impuestos de los que se espera, por lo que, según el denominado Índice de Paraísos Fiscales de 2021, elaborado por la Tax Justice Network basado en las normas de fiscalidad corporativa establecidas por la OECD, habría obtenido datos que revelarían que la OECD no habría logrado detectar, ni prevenir el fraude fiscal corporativo facilitado por los propios países miembros de la OECD, manteniendo un 68% de riesgos de abuso fiscal corporativo a nivel mundial, de modo que, no se habría logrado acabar con abuso fiscal corporativo a nivel mundial, y, por tanto, se habría mantenido latente la necesidad de normas fiscales que tengan un proceso más sólido e inclusivo a nivel mundial²⁵⁶.

No obstante, lo que hemos visto hasta ahora es que, las conductas elusivas han quedado definidas a partir de la “ausencia del intercambio de información”, y no por la particularidad y estructura de los sistemas fiscales, de modo que, no todos los sistemas fiscales de las jurisdicciones consideradas “cooperantes” realizaron reformas a sus sistemas, salvo aquellos que incorporaron normas sobre Compañías Foráneas Controladas (CFC) en sus Derechos internos, y aun así, todavía existirían jurisdicciones que ofrecen una tributación con alícuotas nulas o muy reducidas, y en

²⁵⁶ TAX JUSTICE NETWORK. (9 de marzo de 2021). *La clasificación de paraísos fiscales muestra que los países que establecen las normas fiscales mundiales hacen lo posible para ayudar a las empresas a ignorarlas*. Obtenido de Tax Justice Network, el 6 de abril de 2022, de: <https://taxjustice.net/press/la-clasificacion-de-paraisos-fiscales-muestra-que-los-paises-que-establecen-las-normas-fiscales-mundiales-hacen-lo-posible-para-ayudar-a-las-empresas-a-ignoralas/https://taxjustice.net/press/la-clasificacion-de-paraisos-fiscal>

TAX JUSTICE NETWORK. (2021). *Índice de paraísos fiscales 2021 (Corporate Tax Haven Index 2021)*. Obtenido de Tax Justice Network: <https://cthi.taxjustice.net/en/>

El Índice de Paraísos Fiscales de 2021 de la Tax Justice Network registra a: Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Islas Bermudas, Países Bajos, Suiza, Luxemburgo, Hong Kong, Jersey, Singapur, Emiratos Árabes Unidos, Irlanda, Bahamas, Reino Unido, Chipre, Mauricio, Bélgica, Guernesey, Francia, China, Isla del hombre, Malta, España, Alemania, Hungría, EE.UU, Suecia, Italia, Panamá, Curazao, Gibraltar, México, Finlandia, Austria, Dinamarca, Liechtenstein, Islas Turcas y Caicos, Chequia, Estonia, Anguila, Costa Rica, Rumania, Letonia, Líbano, Mónaco, Sudáfrica, Liberia, Macao, Bulgaria, Seychelles, Portugal, Eslovaquia, Polonia, Croacia, Lituania, Taiwán, Aruba, Grecia, Eslovenia, Botsuana, Perú, Ghana, Andorra, Kenia, Brasil, Tanzania, Ecuador, San Marino, Argentina, Gambia, Montserrat.

muchos casos, de forma meramente nominal o ínfima que, a pesar de intercambiar información tributaria de las operaciones económicas realizadas dentro de sus fronteras, continúan atrayendo hacia su territorio, inversiones económicas, rentas y patrimonios, deslocalizándolas de su origen, convirtiéndose en los escenarios propicios para el empleo de figuras jurídicas complejas como el *trust*, y su constitución en el extranjero mediante los *offshore trusts*.

3.4.4. Problemática de los *Offshore Trust* y las entidades cooperantes

Conforme hemos advertido, los *offshore trusts*, son una forma legal de proteger activos y patrimonio en el extranjero, creados fuera del país de residencia habitual de la persona que lo origina (*settlor*) y de sus beneficiarios, es decir, creadas en jurisdicciones extranjeras cuya legislación le es económica y fiscalmente más favorable a los fines e intereses económicos, fiscales, y de protección que persiguen.

De esta manera, el sistema legal donde se elige establecer los *offshore trusts*, no solo define el nivel de protección de los activos o del patrimonio, sino también, el nivel de beneficios económicos y fiscales que se obtendrán, en función de su combinación con las disposiciones legales o la legislación del sistema legal desde donde el administrador (*trustee*) gestionará el patrimonio, y el sistema legal o legislación hacia donde se enviarán los rendimientos a los beneficiarios, añadiendo de esta manera, una capa adicional de protección contra acreedores que quisiesen apoderarse del fondo del *offshore trust*, e incluso contra los Estados respecto a las obligaciones tributarias, facilitando la generación de abusos y riesgos para la fiscalidad.

Es importante considerar que, si bien los *offshore trusts* pueden usarse legalmente para proteger activos y patrimonio legítimamente en el extranjero, por su naturaleza y forma en que puede ser empleada su versatilidad entre otras características, también pueden ser estructurados para ir más allá y beneficiarse de lo siguiente²⁵⁷:

²⁵⁷ KNOBEL, A. (13 de febrero de 2017). *Trusts: ¿Armas de injusticia masiva? (Trusts: Weapons of Mass)*. Obtenido de Tax Justice Network: <https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2020/11/Trusts-Weapons-of-Mass-Injustice-Final-12-FEB-2017.pdf>

TAX JUSTICE NETWORK. (s.f.). *Comentarios a Trust: ¿Armas de injusticia masiva? de Andrés Kobel*. Obtenido de Tax Justice Network, el 6 de abril de 2022, de: <https://taxjustice.net/reports/trusts-weapons-of-mass-injustice/>

- a. Los *trusts* y *offshore trusts* no necesitan registrarse para constituirse, o no todos los países han condicionado su constitución a su registro, o no tienen los medios para hacerlo, lo que permite que, los verdaderos propietarios, beneficiarios o controladores permanezcan ocultos, e incluso cuando deben registrarse, puedan llegar a confundir a las autoridades sobre quien realmente controla o se beneficia de los activos o el patrimonio por sus estructuras complejas;
- b. La protección que pueden conseguir los *trusts* y *offshore trusts* se basa en poner los activos o el patrimonio que gestionan en un “limbo sin dueño”, al desconectarlos legalmente de las personas que los controlan y disfrutan, constituirse como patrimonio autónomo, y al poder mantener en incertidumbre, quien es o será su titular, haciéndose inalcanzable para los acreedores personales legítimos, e incluso para las autoridades fiscales el poder ejercer cualquier acción por deudas personales o fiscales, logrando proteger los activos de acreedores e impuestos legítimos;
- c. Los *trusts* y *offshore trusts* tienen la posibilidad de retrasar los pagos de beneficios por tiempo indeterminado, manteniendo en incertidumbre el momento en que debieran cumplir con obligaciones fiscales o si estas les alcanzan; y,
- d. Los países o territorios que mantienen regímenes con ventajas fiscales en la tributación de los *trusts* y *offshore trusts*, sean o no considerados cooperantes, desde sus leyes pueden ofrecer múltiples sub-refugios o mecanismos para vencer las leyes de otras jurisdicciones y escapar de las obligaciones tributarias y derechos de los acreedores y el Estado.

Este panorama resulta muy cómodo para que los *trusts* puedan emplearse libremente haciendo uso de sus características, permitiendo que puedan constituirse con los siguientes resultados:

- a. Encubriendo al verdadero propietario o beneficiario, justificados en su naturaleza jurídica;
- b. Difiriendo el pago del impuesto a la renta, justificados en el carácter discrecional de su constitución;

- c. Aprovechando la falta de regulación y los vacíos normativos para justificar una des-imposición fiscal total;
- d. Beneficiándose de las deficiencias y complejidades de las legislaciones para regular una figura jurídica extranjera de origen anglosajón, sin personalidad jurídica, con patrimonio autónomo y a la vez dual, justificados en la legitimidad de sus operaciones bajo las normas de su origen;
- e. Aprovechando las discrepancias y diferencias entre sistemas fiscales en el tratamiento otorgado a los *trust* y *offshore trust*;
- f. Aprovechando las alícuotas bajas o nulas, o las exenciones, o la postura de jurisprudencia judicial de rechazo, o la falta de registros para los *trust*, o la localidad y residencia de los sujetos que intervienen, o la localidad de las operaciones económicas que realizan, entre otras que, no se aplicarían si se constituyeran en su país de origen.

Por consiguiente, las jurisdicciones extranjeras que intervengan en un *offshore trust* pueden o no ser consideradas cooperantes y continuar siendo favorables a sus intereses, porque la protección y beneficios económico-fiscales que consigan dependerá de la forma de elegir y combinar legislaciones extranjeras, según las ventajas fiscales o de protección que ofrezcan respecto a los fines que estos persiguen.

No obstante, se debe considerar que no todos los países reconocen y regulan el *offshore trust*, ni todos cuentan con registros públicos que constaten: a. Su creación; b. Las jurisdicciones y los sujetos que intervienen, ni las operaciones económicas que gestionan en diferentes lugares; así como, tampoco se ha logrado un tratamiento fiscal internacional uniforme y específico que permita resolver las discrepancias entre sistemas legales, mucho menos entre aquellos sistemas que no son anglosajones, como los continentales, y de todas maneras, este panorama puede continuar resultándoles favorables a los fines que persiguen los *offshore trust*. De modo que, mientras no se cuente con una regulación uniforme y tratamiento fiscal armónico para todos, serían pocas las probabilidades de lograr un intercambio de información efectivo a efectos fiscales sobre los *offshore trusts*.

En este entendido, sumaremos a nuestro análisis, una descripción breve del estado de situación del tratamiento fiscal de *offshore trusts* creados por no residentes en jurisdicciones que eran considerados paraísos fiscales inicialmente, pero que actualmente, están ausentes del listado de jurisdicciones no cooperantes o no cooperativas de la OECD y la ONU, a efecto de observar hasta qué punto estas jurisdicciones cooperantes según la calificación otorgada, de todas maneras pueden considerarse facilitadores de estructuras como el *offshore trust*, y presentar beneficios que motiven su creación en sus territorios, efectuados por no residentes, los cuales pueden provenir de jurisdicciones con sistemas legales continentales que desconocen y no regulan la figura jurídica del *trust*.

a) Malta

Malta es un país considerado cooperante para la OECD y no se encuentra enlistado como país no cooperante para la ONU, su Ley del Impuesto a la Renta (*Income Tax Act*) de 1949 regula el tratamiento fiscal de los *trusts*, y establece que los *trusts* constituidos por sus residentes deben ser registrados y las rentas que generen están sometidos al impuesto sobre la renta. Asimismo, pueden ser administrados o no desde Malta, y su administrador (*trustee*) debe registrarse en este país, así como, quien lo administra debe contar con autorización para ejercer facultades en el marco del *trust*²⁵⁸.

No obstante, cuando se trata de *trusts* constituidos en Malta por personas no residentes, que son administrados fuera de Malta (*offshore trust*), su legislación determina que no tienen la obligación de registrarse, y las rentas, ganancias o beneficios que generen fuera de Malta, y que son distribuidos a beneficiarios residentes en Malta, están exentas del impuesto a la renta, siempre que, estas rentas deriven de personas no residentes en Malta que no sean propietarias, ni

²⁵⁸ LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA (INCOME TAX ACT) 1949 DE MALTA ACTUALIZADA AL 08 DE FEBRERO DE 2022. (s.f.). (*Chapter 123*). Obtenido de Legislation Malta, el 7 de abril de 2022, de: <https://legislation.mt/eli/cap/123/eng> Art. 12 (1)(c)(iii); OFICINA DEL COMISIONADO DE INGRESOS (OFFICE OF THE COMMISSIONER FOR REVENUE) DE MALTA. (s.f.). *Nota de orientación sobre el tratamiento fiscal de los trusts (Guidance Note on the Tax Treatment of Trusts)*. Obtenido de Office of the Commissioner for Revenue, el 07 de abril de 2022, de: <https://cfr.gov.mt/en/inlandrevenue/legal-technical/Pages/Guidance-Note-on-the-Tax-Treatment-of-Trusts.aspx>

estén controladas directa o indirectamente, ni actúen en nombre de una o más personas que sean residentes habituales o domiciliados en Malta²⁵⁹.

De esta manera, los beneficiarios residentes en Malta, pueden favorecerse de la exención del impuesto a la renta sobre los beneficios, rentas o ganancias que reciben desde el extranjero por residentes extranjeros que administran o constituyen los *offshore trusts*.

b) Mónaco

Mónaco es un país considerado cooperante para la OECD y no enlistado como país no cooperante para la ONU, no obstante, sus residentes no están obligados al pago del impuesto a la renta, así como, tampoco las rentas o ganancias que pudiesen generar los *trusts* a favor de sus residentes. La Ley N° 214 sobre Trusts de 1936, regula la constitución de *trusts* entre vivos orientado a las donaciones, y establece que, pueden ser utilizados en su territorio con apoyo de instituciones locales, e incluso, si fueran constituidos fuera de Mónaco (*offshore trust*) previa certificación de cumplimiento de requisitos de la ley extranjera bajo cuya autoridad se encuentren²⁶⁰.

Sin embargo, esta ley solo prevé el registro de los *trusts* previo pago de una tasa de inscripción y su actualización cada tres años para personas jurídicas que desean obtener el derecho registral de constituir, transmitir o poner en funcionamiento *trusts*, así como, un impuesto por registro de escrituras de constitución o transmisión de *trusts* que varían según el número de beneficiarios (1 beneficiario 1,30%, 2 beneficiarios 1,50%, o más 1,70%), y puede convertirse en un impuesto anual del 0,20% si así lo solicitan. Asimismo, toda controversia de los *trusts* constituidos, transmitidos o que funcionen dentro de Mónaco, deben

²⁵⁹ Si al menos uno de los administradores (*trustees*) es residente en Malta, el impuesto a la Renta debe ser pagado sobre cualquier ingreso atribuible al *trust*.

Vid. LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA DE MALTA. *Op. Cit.* Art. 27B.(1); 27D.(1)(a), (3)(b)(ii), (3)(c).

Id. OFICINA DEL COMISIONADO... Nota 258.

²⁶⁰ LEY N° 214 DE 27 DE FEBRERO DE 1936 QUE MODIFICA LA LEY N° 207 DEL 12 DE JULIO DE 1935 SOBRE TRUSTS. (s.f.). Obtenido de LEGIMONACO, el 20 de abril de 2022, de: <https://www.legimonaco.mc/305/legismclois.nsf/ViewTNC/D6DDB68563751C70C125773F003797E9!OpenDocumentArts.1-5>.

someterse a sus tribunales, y si estuvieran creados en el extranjero (*offshore trusts*), las autoridades judiciales deben aplicar las disposiciones de la ley extranjera²⁶¹.

De esta manera, los beneficiarios de *offshore trusts* que sean residentes en Mónaco estarían libres del impuesto a la renta. Evidenciando que, por encima de las calificaciones que se han adoptado de jurisdicciones cooperantes y no cooperantes, las legislaciones han podido mantener condiciones beneficiosas para estructuras complejas como los *offshore trust*.

²⁶¹ *Id.* LEY N° 214... *Op. Cit.* Arts. 1-5 y 7.

Esta ley permite que los *trusts* constituidos en el extranjero, puedan ser transmitidos a través de la constitución de nuevos *trusts* en este país que los replacen, cuyo acto es considerado una transferencia del constituyente (*settlor*) al administrador (*trustees*) acreditado por el depósito que se realizó.

CAPÍTULO IV

DEBATES TEÓRICOS PARA UN NUEVO TRATAMIENTO FISCAL AL *OFFSHORE TRUST*

SUMARIO: 4.1. ASPECTOS QUE JUSTIFICARÍAN UN NUEVO TRATAMIENTO FISCAL PARA EL *OFFSHORE TRUST* a. Elusión fiscal; b. Evasión fiscal; c. Fraude de Ley; d. Economía de opción. 4.2. ALTERNATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 4.2.1. Métodos del Derecho internacional privado: a. Método analógico o de calificación funcional; b. Método de la especialización normativa; c. Método de Declaración de inexistencia. 4.2.2. LEX FOR: a. Teoría de la *Lex Fori*; b. Teoría de la *Lex Causae*; c. Teoría autárquica empírica; d. Teoría de la coordinación.; 4.3. ALTERNATIVA DE CALIFICACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA A EFECTO FISCAL. 4.3.1. Problemática y resistencia a la personificación. 4.3.2. Concepción de la personalidad jurídica y las distorsiones en el proceso. 4.3.3. Crítica y propuesta alternativa de personificación mediante atribución. 4.4. ALTERNATIVAS EN LA ARMONIZACIÓN FISCAL Y LA COMPARACIÓN JURÍDICA. 4.4.1. Teoría de las uniones y distorsiones económicas. 4.4.2. Teoría general de la integración económica internacional. 4.4.3. Teoría de la aplicación de la comparación jurídica para la armonización fiscal: a. Relación de la comparación jurídica y la armonización; b. Vías para la armonización; c. Críticas al trabajo conjunto de la comparación jurídica y la armonización: i. Eurocentrismo; ii. Privatismo; d. Marco de comparación recomendable para la armonización: i. Tratamiento de las diferencias y similitudes al armonizar; ii. Problemática idiomática al armonizar. iii. Textualismo y contextualismo al armonizar; iv. Tránsito de lo analítico a lo normativo para armonizar; v. Comparación jurídica frente a la uniformación, armonización y unificación; 4.3.4. Teoría de los trasplantes jurídicos: a. Posturas respecto a los trasplantes jurídicos; b. Tipología de los trasplantes legales según la motivación del importador: i. Trasplantes jurídicos para ahorrar costos; ii. Trasplantes jurídicos determinados desde el exterior; iii. Trasplante jurídico entrepreneur; iv. Trasplante que genera legitimidad. 4.3.5. Propuesta de un nuevo *lus Commune*.

4.1. ASPECTOS QUE JUSTIFICARÍAN UN NUEVO TRATAMIENTO FISCAL PARA EL *OFFSHORE TRUST*

El capítulo anterior, nos ha permitido visualizar que la calificación de jurisdicciones cooperativas en el contexto de los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información, puede no haber sido suficiente para transparentar el uso de los *offshore trusts* y garantizar el no aprovechamiento de alícuotas bajas o nulas del impuesto a la renta, dado que, la misma naturaleza de esta figura anglosajona permite la elección de jurisdicciones, y con ello, tanto el aprovechamiento de ventajas fiscales que ofrecen las legislaciones, como el aprovechamiento de la falta de reconocimiento y regulación en algunos ordenamientos jurídicos, así como, la falta de registros públicos que verifiquen su creación, sujetos y jurisdicciones que intervienen, y las operaciones económicas que gestionan en diferentes lugares del mundo.

Asimismo, el análisis efectuado en el capítulo anterior, nos ha permitido visualizar las discrepancias entre sistemas jurídicos respecto a la valoración legal y fiscal de los *offshore trusts*, cuyas posturas han hecho aún más visible la situación antagónica e incompatible que se presenta entre el sistema jurídico anglosajón y el sistema jurídico continental, haciendo

ver también que, estas circunstancias presentan un panorama propicio para la obtención de beneficios fiscales perseguidos por los *offshore trusts*. Es por ello que, existe la necesidad, no solo de lograr un intercambio de información efectivo sobre los *offshore trusts* a efectos fiscales, sino también, darle un tratamiento que impida el aprovechamiento fiscal de las disparidades de los sistemas jurídicos, el cual, debiera superar los resultados del derecho blando o *soft law* que ha promovido la OECD durante los últimos años, así como, también pudiese superar la degradación de la ley que aqueja la fiscalidad internacional, mediante una revitalización armónica de su empleo basado en la uniformidad y equidad global.

Como es sabido, el rol de la ley tributaria ha venido desacreditándose, al punto en que, ha dejado de tener la fuerza impositiva para centralizar el poder en los Estados, tras la pérdida progresiva del debate del contenido de la ley en los parlamentos, para dar lugar a la concertación con grupos o instituciones sectoriales, dejando que la ley sea cada vez más insignificante frente a un pluralismo de fuentes que ha venido desplazándola, por la formulación de reglas y principios efectuados en centros de producción normativa no convencionales, como la llevada adelante por la OECD, los cuales, se han constituido en el denominado *soft law* o derecho blando que ha cobrado fuerza como consecuencia de que la ley no habría podido calificar todos los comportamientos elusivos, o evasivos, o los que han dado lugar a la simulación o fraude de ley a nivel internacional, y no habrían alcanzado la coordinación necesaria entre los Estados, para responder a la diversidad, complejidad y sofisticación de la planificación fiscal internacional alcanzada en los últimos años²⁶².

Dentro de este contexto, también se ha venido consolidando la pérdida de competencias legislativas de los Estados mediante el cese de su soberanía, para dar lugar al desarrollo del Derecho supranacional, como consecuencia de la globalización y la internalización de la economía, cuya producción normativa, ha venido desarrollando normas internacionales y supranacionales conformadas por informes y directrices con fuerza normativa pero sin tratarse de normas imperativas producidas por procesos legislativos ordinarios, ni ser insertados en los ordenamientos jurídicos, aunque algunas veces desarrollados dentro de ellos, han tratado de dar una respuesta a la multiplicación exponencial de operaciones

²⁶² GARCÍA NOVOA, C. (2015). *El Derecho Tributario actual, innovaciones y desafíos*. Bogotá, Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. pp. 34-35, 45, 49.

económicas internacionales y transfronterizas promovidas por la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento facilitados por la globalización²⁶³.

Este panorama fiscal, ha llevado a que las administraciones fiscales tengan que enfrentarse a contribuyentes globales de grupos empresariales multinacionales por hechos imposables también globales que han requerido para su tratamiento la convergencia legislativa de al menos dos jurisdicciones en conflicto, sumado a que, la digitalización de la economía ha promovido una nueva forma de actuar en el mercado, haciendo más efectivas las relaciones económicas a distancia, dejando que la territorialidad y las fronteras comerciales pierdan importancia, dando lugar a la deslocalización de la economía con mayor facilidad, y con ello, una mayor deslocalización de bases imponibles, recreando un espacio fiscal global aún más vulnerable y propenso a la evasión, elusión, el fraude de ley, y una economía de opción internacional, sin que puedan ser suficientes las medidas adoptadas contra la erosión de las bases imponibles hacia jurisdicciones más ventajosas, ni que puedan aumentar la potencialidad recaudadora de los sistemas fiscales²⁶⁴.

Frente a ello, el Derecho supranacional también ha colaborado con el estado crítico de la ley, creando tensiones entre la normativa integradora de carácter supranacional y los ordenamientos jurídicos internos, así como, entre los principios de la normativa comunitaria integradora y los intereses fiscales recaudadores, en cuyo conflicto, se ha utilizado la “supremacía” como instrumento para resolver los problemas que ha traído la coexistencia entre ordenamientos jurídicos, en el entendido que, toda cesión de soberanía genera dificultades de coordinación. Dentro de este ámbito, la Unión Europea ha sido el mayor ejemplo de ordenamiento jurídico supranacional de aplicación preferente en caso de colisión de Derecho interno²⁶⁵.

No obstante, los avances de coordinación supranacional no serían suficientes, y la tendencia tributaria internacional se estaría encaminando hacia una mayor integración económica y fiscal, para ello, se ha postulado que la armonización fiscal vendría a ser el instrumento necesario para conseguir la creación de un cuerpo normativo fiscal permanente de supremacía global sobre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, bajo el

²⁶³ *Ibid.* GARCÍA NOVOA, Cesar (2015). pp. 54-55.

²⁶⁴ *Vid.* GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Op. Cit* pp. 56, 58, 61, 62, 64.

²⁶⁵ *Vid.* GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Op. Cit* pp. 69-70.

supuesto de que, su empleo podría eliminar las distorsiones de orden fiscal y la colisión de sistemas jurídicos, a partir de la aproximación de sistemas tributarios internos de los Estados, para llegar a la unificación de determinación de un solo tipo impositivo y de calificación unificada de medidas antiabuso, así como, la creación de principios con supremacía sobre los principios dispuestos en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, en base a una única finalidad, el bien común global, para lograr una imposición basada en la equidad fiscal, en la que, el tributo, y específicamente el impuesto que grava la renta, sea el objeto que precisa con urgencia ser coordinado en favor de todos los Estados²⁶⁶.

Este panorama fiscal, nos ha permitido preguntarnos si el *offshore trust* se constituye en el “agujero negro en el Derecho”, el cual, se presenta como la fórmula perfecta para conseguir los siguientes efectos:

- a. Deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales;
- b. Diferir el pago del impuesto a la renta de manera indefinida e incierta;
- c. Disminuir o lograr la des-imposición fiscal total del impuesto a la renta, y,
- d. Evitar la fiscalización y registro de los sujetos intervinientes y patrimonio o activos, especialmente en jurisdicciones que no lo regulan; dando apariencia de licitud y en muchos casos, justificando legalmente su empleo, dadas las condiciones de falta de regulación, desconocimiento, y la dificultad para determinar la ley aplicable para darle un tratamiento fiscal adecuado.

Es por ello que, antes de confirmar o ratificar este supuesto, es preciso concentrarnos en las definiciones de evasión, elusión, fraude de ley y economía de opción, para diferenciar su alcance y poder analizar si los *offshore trusts* se enmarcan dentro de los parámetros de alguna de estas modalidades, o, si en su lugar, se trata más bien un caso de “exclusión fiscal” que produce en realidad una “no sujeción por no regulación” o una “no sujeción por regulación insuficiente” que, en muchos casos, puede ser usada como causal justificación legal para el pago de menos, o el no pago del impuesto a la renta respecto a los beneficios o réditos que genera el *offshore trust* para los beneficiarios, por lo que, a continuación haremos una descripción de lo que implica la evasión, elusión, fraude de ley y economía de opción:

²⁶⁶ *Id.* GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). Nota 265.

a. Elusión fiscal:

La elusión fiscal se define como el acto voluntario de impedir el nacimiento de hechos imponibles, a fin de frenar también el nacimiento de la pretensión fiscal de la administración tributaria de cobrar tributos. Su finalidad es el ahorro fiscal, aunque su resultado se presenta como una reducción del tributo, o evitación del mismo. El empleo de la elusión fiscal se justifica en la existencia de la planificación fiscal o economía de opción, la cual, posibilita el ejercicio del derecho del contribuyente de optar por formulas o vías fiscales más beneficiosas a sus intereses, o menos onerosas a sus aspiraciones, pero siempre dentro de la legalidad²⁶⁷.

La elusión fiscal internacional facilita el aprovechamiento de ventajas que pueden derivar de las diferencias entre sistemas fiscales, o de las incoherencias, asimetrías, inconsistencias, lagunas jurídicas, o puertas de escape (*tax loophole*), de cuyo relacionamiento con otros sistemas jurídicos, presenten tratamientos jurídicos diferenciados que pueden elevar al máximo los beneficios de los operadores económicos. De modo que, la elusión fiscal tiene su razón de ser en las inconsistencias de los sistemas fiscales, y, por tanto, según algunos, la problemática de la elusión fiscal estaría en el diseño de los sistemas fiscales plasmado en su legislación efectuados por los Estados²⁶⁸.

En otros términos, la elusión fiscal se concebiría como la violación de las obligaciones tributarias o la resistencia a su cumplimiento, dando apariencia legítima e inofensiva de su empleo, para finalmente, burlar la ley. Porque si bien, las normas tributarias pretenden ser respetadas, el obligado al pago de tributos se aprovecha de sus imperfecciones, empleando una vía de escapatoria a su cumplimiento, mediante la cual, minimiza o adecua sus actividades económicas, a fin de pagar menos cargas tributarias²⁶⁹.

²⁶⁷ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). p. 175.

²⁶⁸ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Op. Cit.* pp. 176, 200.

²⁶⁹ IBARRA RODRIGUEZ, A. (2002). *La elusión tributaria y su regulación en la legislación tributaria de España*. Revista Latinoamericana de Derecho Tributario. La evasión y elusión fiscal, normas antielusivas. p. 252.

b. Evasión fiscal:

La evasión fiscal es el incumplimiento consiente del ordenamiento jurídico, es decir, el acto ilegal realizado por el sujeto obligado al pago de tributos, a fin de evitar que determinado hecho económico sea gravado por un impuesto. Dicho de otra manera, la evasión fiscal es la obstaculización ilegal del nacimiento de un hecho imponible, cuya finalidad es reducir o evitar la carga impositiva, mediante la ocultación total de la obligación tributaria, o la no declaración de impuestos de manera ilegal, o la aplicación inapropiada de beneficios fiscales ilegalmente, entre otras formas de lograr esquivar las obligaciones tributarias²⁷⁰.

c. Fraude de Ley

Para la concepción clásica, el fraude de ley se constituye en un acto que respeta la letra de la ley, pero viola el espíritu para la cual fue creada sin dejar de aplicarla, de modo que, se presenta como un problema de interpretación entre la letra y el espíritu de la ley. Para la concepción moderna, se constituyen en actos, cuyos resultados son contrarios a la ley, amparados en otra ley con finalidad distinta, bajo el supuesto de que necesariamente deben existir, una ley defraudada y una ley de cobertura. En la primera concepción, el fraude de ley se suscita por error o desconocimiento, y en la segunda, se considera que existe la intencionalidad de aplicar otra ley que no corresponde pero que sirva de justificante²⁷¹.

Por otro lado, el fraude de ley puede considerarse en un acto ilegítimo que el obligado al pago de tributos adopta con el fin de lograr una menor tributación o ninguna. Es decir, puede haber alguna coincidencia entre el hecho imponible declarado a la administración tributaria y el realmente celebrado, e incluso puede ser transparente, pero de todas maneras llegar a esquivar la aplicación de la ley defraudada, y aplicar otra ley, es decir, la ley de cobertura que no ha sido pensada para dar lugar a los fines pretendidos por el sujeto obligado al pago²⁷².

²⁷⁰ *Ibid.* IBARRA RODRIGUEZ, Alejandro. (2002). pp. 247-248.

²⁷¹ *Vid.* IBARRA RODRIGUEZ, Alejandro. (2002). *Op. Cit.* pp. 257-258.

²⁷² *Vid.* IBARRA RODRIGUEZ, Alejandro. (2002). *Op. Cit.* pp. 257-263.

d. Economía de opción

La economía de opción o planificación fiscal, es el acto lícito del operador económico de decidir entre dos opciones para conseguir un mismo fin, de modo que, no llega a pagar tributos, mientras no opte por la opción que da lugar al hecho imponible o el supuesto previsto por ley, de cuya realización, se espera con seguridad que se originaría la obligación de pago del tributo. Dicho de otra, son posibilidades que la misma ley dispone para optar por disminuir las obligaciones tributarias, permitiendo que el operador económico sea quien decida optar o no por ellas, sin contravenir ningún precepto tributario²⁷³.

Según García Novoa, en la economía de opción se presentan dos formas de visualizarla: desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, es la facultad que la misma ley ofrece al operador económico, ya sea de manera explícita o implícita, para elegir entre dos o más tratamientos impositivos respecto a un mismo hecho. Y, desde la perspectiva del operador económico, es la posibilidad de escoger entre al menos dos alternativas, de las cuales, puede elegir la más beneficiosa a sus intereses, de modo que, si decide no realizar la conducta, no da lugar al hecho imponible, pero si decide realizarla, estará obligado al pago de tributos²⁷⁴.

Bajo estas consideraciones, es importante tomar en cuenta que el Derecho tributario es un orden jurídico de conductas imperativas, cuya tributación se hace efectiva en función a que determinadas conductas se encuentren calificadas previamente como hechos imponibles, y que además, el hecho imponible sea efectivamente realizado, por lo que, mientras no sea establecido el hecho imponible mediante ley no hay hecho gravable con un impuesto, y mientras no sea realizado el hecho imponible no hay impuesto que gravar²⁷⁵.

De esta manera, si el hecho imponible no fuese descrito previamente mediante ley, estaríamos frente a vacíos normativos o lagunas jurídicas que también pueden responder a actos consientes, previstos y anunciados por los legisladores a efectos de desarrollo reglamentario, o definitivamente, responder a la falta de previsión de los legisladores,

²⁷³ Vid. IBARRA RODRIGUEZ, Alejandro. (2002). *Op. Cit.* pp. 253-256.

²⁷⁴ GARCÍA NOVOA, C. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Editorial Marcial Pons. pp. 108 y ss.

²⁷⁵ GARCÍA NOVOA, C. (2012). *El concepto de tributo*. Editorial Marcial Pons. p. 100.

incurriendo en una falta de actividad normativa, presentando “ausencias de regulación” o el “carácter incompleto de la regulación” que puede atentar contra la seguridad jurídica, por la incertidumbre que generan. No obstante, también puede ocurrir el caso de que, el legislador no regula una determinada conducta como hecho imponible, porque precisamente no quiere gravarlo²⁷⁶.

Ahora bien, para definir si un *offshore trust* es o no un mecanismo efectivo para erosionar las bases imponibles que pretenden evadir, eludir o causan fraude de ley del impuesto a la renta, esta figura jurídica debiera estar previamente regulada en los ordenamientos jurídicos que supuestamente busca evadir, eludir o causa fraude, para que fuese factible la producción de estos efectos nocivos en la fiscalidad internacional, de lo contrario, cuando una figura jurídica no es reconocida o es desconocida por los ordenamientos jurídicos, daría lugar más bien una des-imposición fiscal, pero no por efecto de una exención establecida en la ley, ni tampoco por un problema de interpretación de la ley, sino más bien, por una “exclusión fiscal anómala”, por falta de norma que lo regule, o que lo regule efectivamente.

Por otro lado, cuando si se encuentra definida la ley aplicable y este se aprovecha del diferimiento que le provee su carácter discrecional de su constitución, tampoco podría enmarcarse dentro de las categorías descritas anteriormente, puesto que, termina amparándose en su misma naturaleza y documento de constitución para no cumplir la ley, y no se ampara en otra ley de cobertura como sucede en el fraude de ley, ni tampoco es una opción que la ley otorga como para considerarle una opción propuesta por la economía de opción, cuyos resultados fuesen contrarios la ley y estuviesen amparados en otra ley con finalidad distinta, bajo el supuesto de que, para que exista la economía de opción debe existir necesariamente una ley defraudada y una ley de cobertura.

²⁷⁶ *Ibid.* GARCÍA NOVOA, C. (2012). p. 101.

4.2. ALTERNATIVAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

4.2.1. Métodos del Derecho internacional privado

El Derecho internacional privado comparado otorga un tratamiento diferente al *trust*, en función de si es o no reconocido por el ordenamiento jurídico de cada jurisdicción. Esta forma diferenciada de desenvolverse responde a que el Derecho internacional privado de cada ordenamiento jurídico proyecta hacia afuera los valores que inspira su Derecho material interno. Es por ello que, en países que le dan mayor relevancia a la autonomía de la voluntad, como ocurre en aquellos países de sistema jurídico anglosajón, su Derecho internacional privado permite que de la autonomía de la voluntad dependa la flexibilidad del *trust*, así como, las facultades discrecionales otorgadas a los jueces anglosajones para favorecer y proteger la validez del *trust*. No obstante, los problemas con los *trusts* que se constituyen en el extranjero u *offshore trust*, se presentan en países de sistemas jurídicos continentales cuyos ordenamientos jurídicos desconocen el *trust* o no lo reconocen²⁷⁷.

El desconocimiento o no reconocimiento del *trust* en sistemas jurídicos continentales responde inicialmente a la fragmentación del derecho de propiedad que propone esta figura jurídica anglosajona, justificando así la incompatibilidad que tienen con los sistemas jurídicos anglosajones. Sin embargo, la condición perdurable del *trust* durante siglos, y su inevitable constitución en el extranjero en un mundo globalizado mediante los *offshore trusts*, ha exigido que el Derecho internacional privado comparado ejerza su principal función de servir de puente o vía de comunicación entre estos sistemas jurídicos dispares, a fin de, fortalecer el tráfico jurídico externo, y facilitar su desarrollo, poniéndose a la tarea de dar continuidad a las relaciones jurídicas extranjeras que crea el *trust*, sin denegar sus efectos, solo por haberse creado fuera del amparo de las disposiciones continentales, y ser considerada una figura jurídica diferente o desconocida²⁷⁸.

²⁷⁷ Vid. GONZALES BEILFUSS, C. *Op. Cit.* p.58.

²⁷⁸ Vid. GONZALES BEILFUSS, C. *Op. Cit.* pp. 61-62.

Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Loc. Cit.* Nota 263.

Dentro de este contexto, frente al desconocimiento y/o no reconocimiento del *trust* en países de sistemas jurídicos continentales, y la tendencia de evitar que esta figura jurídica anglosajona produzca efectos en sus territorios, Lipstein ha sugerido aplicar tres métodos como alternativas u opciones para las jurisdicciones continentales: a. Que se justifiquen en el desconocimiento del *trust* y no reconozcan su existencia; o, b. Que traten de adaptar o trasponer el *trust* a las instituciones y categorías de su Derecho interno; o, c. Que inserten el *trust* en el Derecho internacional privado de su país y a partir de ello establezcan un tratamiento especial, independiente y autónomo²⁷⁹. En este sentido analizaremos primero las dos últimas alternativas para finalmente pronunciarnos sobre la incursión y aplicabilidad de la primera.

a. Método analógico o de calificación funcional

La segunda opción sugerida por Lipstein, referente a tratar de adaptar o trasponer el *trust* a instituciones y categorías del Derecho interno de sistemas jurídicos continentales, ha sido considerado el método analógico o de calificación funcional. Este método es el más usado por la jurisprudencia de la mayoría de países de sistema jurídico continental respecto al *trust*²⁸⁰.

No obstante, es el método que más ha confrontado la naturaleza del *trust*, y el que mayores limitaciones ha presentado, debido a que, en su intento de alcanzar una equivalencia funcional con instituciones continentales, o adaptarlo y trasponerlo a sistemas jurídicos continentales, ha estado cerca de desnaturalizarlo y destruir su coherencia interna, puesto que, su estructura es completamente distinta, y su flexibilidad le permite desarrollarse en múltiples funciones de manera simultánea, mientras que, para los sistemas continentales esto implicaría realizar múltiples calificaciones de funciones en sus instituciones, resultando una labor desproporcionada para el objetivo de determinar el Derecho material aplicable a cada pretensión²⁸¹.

²⁷⁹ LIPSTEIN, K. (1993). Trusts. En K. Lipstein, *Internacional Encyclopedia of Comparative Law* Vol. III, Capítulo 23. Tübingen. pp. 16-17.

²⁸⁰ *Vid.* GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 68-72.

²⁸¹ *Id.* GONZALES BEILFUSS, Cristina. Nota 280.

Según Gonzales Beilfuss, cuando los sistemas continentales tratan de asimilar el *trust* a un contrato por la versatilidad y flexibilidad que pueden tener ambos, al estar basados en la autonomía de la voluntad, se encuentran con la imposibilidad de equiparar el *trust* dentro de algún tipo de contrato, y de requerir la aceptación de los

Es importante considerar que el *trust* es una figura jurídica anglosajona que resuelve de manera diferente aquellas necesidades fácticas que se presentan en el Derecho continental, de modo que, les resulta desconocida en su Derecho material, desde el punto de vista positivo, es decir, les resulta desconocida más por la inexistencia de una institución equivalente desde sus parámetros y perspectivas técnico jurídicos, que por venir del extranjero. No obstante, Gonzales Beilfuss menciona que, estas son consideraciones conceptuales que no debieran ser suficientes para descartar el reconocimiento del *trust*, mientras no se vulneren principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos internos²⁸².

Asimismo, la asimilación del *trust* en instituciones de sistemas jurídicos continentales no ha tenido los mejores resultados, debido a que, se presenta como una figura jurídica difícil de comprender mediante las figuras jurídicas del Derecho continental. Esto ha hecho que la problemática del *trust* se mantenga latente, y, salvo que se optará por aplicar al método de especialización normativa que se analizará a continuación, los jueces continentales se han visto obligados a calificar el Derecho extranjero o la ley en conflicto que debe ser aplicada, del cual, han tenido que deducir los derechos y facultades de los sujetos que intervienen en el *trust*, para posteriormente determinar el Derecho aplicable a la pretensión conforme a lo establecido en su Derecho material interno, justificando el desconocimiento del *trust* en su ordenamiento jurídico, para finalmente desconocerlo y no reconocer su existencia, tal como sugiere Lipstein en su primera postura²⁸³.

beneficiarios porque no es necesario para el sistema jurídico anglosajón. Por otro lado, cuando tratan de asimilarlo a funciones sucesorias de un testamento, se encuentran con normas sucesorias rígidas que limitan la autonomía de la voluntad del testador y su aplicación sobre el *trust* solo podría desnaturalizarlo y poner en riesgo su existencia, puesto el sistema anglosajón no limita el ejercicio de la voluntad del constituyente (*settlor*). Asimismo, cuando tratan de asimilar al administrador (*trustee*) como si fuera un propietario continental, con facultades absolutas sobre los bienes inmuebles, incluso para inscribirlos en los Registros de propiedad, ameritaría registrar la propiedad distribuida en dos, la del administrador (*trustee*) y el de los beneficiarios, sin embargo, esto no es conocido para el Derecho Civil y no podría efectuarse. Y, cuando tratan de asimilar el *trust* a una persona jurídica, no resulta una solución que abarque a todos los tipos de *trust*, y exigiría calificar el tipo de sociedad equiparable y la determinación de la nacionalidad de los sujetos que intervienen, no obstante, sucede que el *trust* ha sido concebido por el Derecho anglosajón sin personalidad, y no es equiparable a ningún tipo de sociedad. Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 72-99. Así como tampoco han podido asimilar al *trust* como una relación de mandato o comisionista por parte del administrador (*trustee*), ni siquiera a una relación contractual por ser un acto unilateral. Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 108.

²⁸² Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 62-63.

²⁸³ GARDE CASTILLO, J. (1947). *La institución desconocida en Derecho internacional privado*. Valladolid, España. Editorial Reus S.A. p. 17.

Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 68-70.

b. Método de la especialización normativa

Por su parte, la tercera opción sugerida por Lipstein, es el método de la especialización normativa que sugiere insertar el *trust* en el Derecho internacional privado de su país, y, a partir de ello, establecer un tratamiento especial, independiente y autónomo. Esto consiste en elaborar normas especiales de Derecho internacional privado, en las que, el *trust* sea insertado, en lugar de, realizar el proceso de calificación de instituciones o categorías internas funcionalmente equivalentes²⁸⁴.

Este método fue adoptado por el Convenio de 01 de julio de 1985, emitido por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), a efecto de que, aquellos países que desconocen el *trust*, lo suscribiesen, ratificasen o se adhiciesen al mismo (de sistema jurídico continental principalmente), y, a partir de la descripción del *trust* que ofrece el Convenio, pudiesen elaborar normas especiales de Derecho internacional privado en su jurisdicción, otorgando al *trust* un tratamiento específico en sus jurisdicciones²⁸⁵.

Asimismo, el Derecho Internacional Privado ha reconocido que frente a una figura jurídica extranjera desconocida en sistemas jurídicos continentales como el *trust*, se presenta una laguna jurídica que debe ser llenada mediante la creación de normas especiales *ad hoc*, es decir, mediante normas cuyo fin sea dar un tratamiento especial y específico.

Consecuentemente, en buscó aprovechar el carácter universal o *erga omnes* del Convenio de la HCCH, por el que, la suscripción, ratificación o adhesión se encuentra abierta a todos los países, incluyendo a los de sistema jurídico anglosajón, se ha dado entender que el mencionado Convenio no solo busca facilitar su aplicación en países que desconocen el *trust*, sino establecer

²⁸⁴ Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 60, 104.

²⁸⁵ *Id.* GONZALES BEILFUSS, Cristina. Nota 284.

Como ejemplo de aplicación de este método, se encuentra Italia, como país que, ha consentido el reconocimiento de la validez y eficacia de los efectos jurídicos de los *trusts* en el ordenamiento jurídico interno italiano a partir de la adhesión y ratificación del Convenio de 1 de julio de 1985 emitido por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), mediante Ley núm. 364, de 16 de octubre de 1989, vigente desde el 1 de enero de 1992.

disposiciones comunes sobre la ley aplicable al *trust* para todos. Aunque, este Convenio mantiene el mismo tratamiento otorgado al *trust* en países de sistema jurídico anglosajón, dando a entender que, se busca favorecer la continuidad del *trust*²⁸⁶.

En ese entendido, el Convenio de la HCCH es calificado como mecanismo de unificación de soluciones, es decir, como un mecanismo de exportación de soluciones de Derecho aplicable, el cual, pretende brindar una solución desde los sistemas jurídicos anglosajones que exportan la figura jurídica del *trust*, hacia los ordenamientos jurídicos de sistemas jurídicos continentales que los importan, considerando la flexibilidad de la naturaleza y metodología del *trust*, a través del planteamiento de una solución unitaria, por la que, la ley única debe ser elegida para darle validez y regir los aspectos esenciales del régimen jurídico del *trust*. De modo que, dada la indefinición sobre el *trust*, el Convenio mencionado propone la aplicación de reglas que determinen la Ley aplicable al *trust* según los vínculos más estrechos, cuyo fin es conseguir su reconocimiento según lo establecido por este Convenio, como efecto inmediato a la carencia de autonomía normativa y conceptual para regularlo²⁸⁷.

A pesar de que existen países que han ratificado o se han adherido al Convenio de la HCCH, y otros que, además han incorporado el *trust* en sus ordenamientos jurídicos, en este último caso, estos países han llegado a crear un tratamiento especial para el *trust* en su Derecho interno. No obstante, debido a que, la ratificación y adhesión al mencionado Convenio ha sido escasa, una mayoría de países de sistemas jurídicos continentales todavía desconocen el *trust*, y no han optado por este método.

De modo que, la problemática de los efectos del *trust* se ha mantenido en estos países, obligando a los jueces continentales a tener que calificar el Derecho extranjero en conflicto, y determinar el Derecho material aplicable a las pretensiones, sin poder sustentarse en nada más que en la aplicación de su ordenamiento jurídico, para finalmente tener que justificarse en el

²⁸⁶ Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 60, 115 y 104.

²⁸⁷ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* pp. 71, 86, 90-91.

desconocimiento de esta figura jurídica anglosajona y optar por el no reconocimiento de su existencia, tal como ha sugerido Lipstein en su primera postura²⁸⁸, como ejemplo de esta problemática tenemos el caso de España.

Es importante considerar que la necesidad de determinar la Ley aplicable al *trust* ha surgido como consecuencia de la alta movilidad de personas y la fragmentación de patrimonio en países distintos al domicilio del constituyente (*settlor*), frecuentemente en jurisdicciones con legislaciones convenientes a los intereses del *trust*. En este entendido, el constituyente (*settlor*) es quien debe determinar la ley aplicable al *trust* en el documento de constitución, por lo que, puede ser elegido indistintamente un Estado contratante al Convenio de la HCCH, o de un Estado no contratante que desconoce esta figura jurídica, debido a que, este Convenio no regula la elección unilateral de la ley aplicable que realiza el constituyente (*settlor*), sino solo poder dar respuesta después de la decisión tomada por este, a fin de evitar la aplicación de leyes de países que no pueden integrar esta figura jurídica en sus ordenamientos jurídicos, ya sea porque la desconocen, o porque no la reconocen²⁸⁹.

Por consiguiente, si la ley aplicable no es fijada en el documento de constitución del *trust*, este se hace inválido e inaplicable según establece el Convenio; o, si la ley escogida por el constituyente (*settlor*) desconoce el *trust*, esta ley no surte efectos, salvo que, para ambos casos, se aplique como conexión subsidiaria, el principio de proximidad, según el cual, puede aplicarse la ley con la que, el *trust* se encuentre más estrechamente vinculada, para ello, propone los siguiente criterios para determinar la ley más vinculada, y requiere verificar lo siguiente: a. El lugar donde el *trust* es constituido y administrado; b. El lugar donde se encuentran situados los bienes del *trust*; c. El lugar de residencia del administrador (*trustee*), o desde donde ejerce sus actividades; y d. Los objetivos del *trust*, y el lugar donde estos deban cumplirse²⁹⁰.

²⁸⁸ Vid. GARDE CASTILLO, Joaquín. (1947). *Loc. Cit.* Nota 283.
Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 68-70 y 133-134.

²⁸⁹ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 79.

²⁹⁰ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p.73.
Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 7.
Vid. BELLO KNOLL, Susy. *Loc. Cit.* Nota 113.

Sin embargo, la problemática fiscal del *offshore trust* comienza en aquellos países que con el ánimo de atraer la constitución de *trusts* a sus jurisdicciones, proyectan legislaciones que permiten que personas no domiciliadas en su territorio, puedan crear *trusts*, sobre los cuales, sea posible aplicar sus disposiciones legales libremente, respecto al patrimonio del *trust*. Esta problemática se agrava cuando la legislación elegida para un *trust* desconoce esta figura jurídica, recayendo en la inaplicabilidad que refiere el Convenio²⁹¹, y dando lugar al principio de proximidad incorporado por el mismo, mediante reglas consideradas cláusulas de excepción o de escape para aquellos Estados que no reconocen la figura jurídica del *trust*, permitiendo localizar el *trust* en un lugar y ordenamiento determinado, considerando su carácter deslocalizable²⁹².

No obstante, esta problemática se agrava cuando se trata de un *trust* discrecional, en el que, el constituyente (*settlor*) autoriza al administrador (*trustee*) poder modificar el Derecho o ley aplicable durante la vigencia del *trust*, según su decisión discrecional, ya sea porque el lugar de administración es múltiple, o porque los bienes se encuentran en diferentes lugares, o porque la residencia del administrador (*trustee*) es ejercida en diferentes lugares, o porque los objetivos deben cumplirse en diferentes lugares, o porque existe inestabilidad política o económica que impide gestionar la administración en determinado lugar²⁹³ u otras razones por las que, según Checa Martínez, el administrador (*trustee*) puede modificar la ley aplicable en la medida que la naturaleza del *trust* permite que puedan conectarse a diversos ordenamientos jurídicos a lo largo de su dilatada existencia²⁹⁴.

Ante estas circunstancias, Gonzales Beilfuss considera que la ratificación o adhesión al citado Convenio de la HCCH, fue una solución aparente que no llegó a unificar las normas sobre el *trust* como se pretendía, y que, a pesar de que, no se esperaba llegar a una armonía internacional, la suscripción escasa del Convenio no permitió que las normas internas de todas las jurisdicciones

²⁹¹ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 80.
Vid. HCCH. (1 de Julio de 1985). *Op. Cit.* Art. 5.

²⁹² Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 85.

²⁹³ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* pp. 85-86.

²⁹⁴ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 86.

continentales tuvieran un instrumento que resolviera los problemas que genera el *trust* en sus territorios, donde todavía es una figura jurídica desconocida y no reconocida.

Por consiguiente, la vigencia del Convenio de la HCCH no habría resuelto los problemas de coexistencia del *trust* en ordenamientos jurídicos continentales que lo desconocen, y, puede resultar inevitable que se vean obligados a recurrir a técnicas de adaptación en estos territorios, cuando ciertos aspectos del Derecho extranjero no puedan ser reguladas expresamente. No por ello, el Convenio debe ser valorado negativamente, puesto que, al menos, habría cumplido la función de establecer la vía de comunicación alternativa entre ordenamientos jurídicos estructuralmente distintos en aplicación del método analizado en este apartado²⁹⁵.

c. Método de la Declaración de inexistencia

La falta de aplicación de los dos métodos anteriores, obligan a los países de sistema jurídico continental a justificarse en su desconocimiento y no reconocimiento del *trust*, y tener que pronunciarse al respecto por la vía judicial, tal como sugiere la primera alternativa de Lipstein. Esta vía alterna al segundo y tercer método, es de aplicación obligatoria para los jueces y tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea por ejemplo, por ello, no pueden negarse a tener competencia judicial internacional sobre los efectos del *trust*, en virtud del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, vigente desde el 01 de marzo de 2002 en sustitución del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, el cual, introdujo expresamente la atribución de los Estados contratantes para conocer las relaciones de los sujetos intervinientes en el *trust*.

Este Reglamento ha mantenido la atribución de los Estados miembros de la Unión Europea para conocer las demandas y conflictos que se presenten entre los sujetos que intervienen en los *trusts*, independientemente de que esta figura

²⁹⁵ Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 60,132.

jurídica anglosajona haya sido reconocida o no en sus ordenamientos jurídicos mediante Ley, conforme establecía anteriormente el Concejo de Bruselas en 1968. Asimismo, este reglamento establece que los sujetos intervinientes del *trust* domiciliadas en un Estado miembro de la Unión Europea pueden ser demandados ante los tribunales de otro Estado miembro, en cuyo territorio estuviese domiciliado el *trust*, salvo que, el documento que lo constituye atribuya competencia exclusiva a otro Estado miembro para conocer la demanda, y, siempre que, no contradiga sus disposiciones sobre atribución de competencia²⁹⁶.

Asimismo, el Reglamento mencionado establece que las demandas contra los sujetos intervinientes del *trust* pueden hacerse respecto a sus relaciones, derechos y obligaciones en el marco de aquellos *trusts* que gestionan patrimonio en el ámbito mercantil y civil, e independientemente de que los *trusts* fuesen constituidos en aplicación de una ley, o por escrito, o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, previa determinación del domicilio del *trust* aplicando las reglas del Derecho internacional privado²⁹⁷.

De esta manera, el concepto de domicilio del *trust*, establecido por el Convenio de Bruselas y ahora recogido por el citado Reglamento sobre competencia judicial, ha permitido que exista un *forum legis* respecto al *trust*, por el que, la competencia del tribunal judicial depende de la aplicación del Derecho sustantivo aplicable al *trust*. En este sentido, la competencia judicial internacional del *trust* viene determinada por la ley aplicable. Y, por tanto, al concretarse el domicilio legal del *trust*, también se concreta la competencia judicial internacional del tribunal, con relación al lugar en que el *trust* ha sido vinculado, o tiene vinculación más estrecha²⁹⁸.

Aunque, es más fácil identificar la ley aplicable del objeto del *trust*, cuando se trata de bienes inmuebles, porque es fácilmente identificable en el lugar donde se sitúan

²⁹⁶ REGLAMENTO (CE) N° 44/2001 DEL CONCEJO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000, *Relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Obtenido de Eur.lex: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20100514:ES:PDF> Art. 5 Núm. 6, Art. 23 Núm. 4 y 5, Art. 60 núm. 3.

²⁹⁷ *Ibid.* REGLAMENTO (CE) N° 44/2001 DEL CONCEJO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000. Art. 5 Núm. 6, Art. 23 Núm. 4 y 5, Art. 60 núm. 3.

²⁹⁸ *Vid.* CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 87.

estos bienes, y resulta más difícil cuando se trata de bienes muebles como las acciones, títulos valores u obligaciones, porque pueden desdoblarse del lugar físico donde se encuentran y el lugar donde se constituyen, administran, o registran.

Consiguientemente, se entiende que el hecho de no tener una figura jurídica equivalente en el Derecho continental, o no haber suscrito el Convenio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) de 01 de julio de 1985, eximen a los jueces de tener que resolver causas o demandas relacionadas con los *trusts*, o por lo menos no a los jueces y tribunales de países miembros de la Unión Europea, en aplicación de las normas de competencia judicial internacional como el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, si previamente resultan competentes por determinación del constituyente (*settlor*) en el documento de constitución del *trust*, no siendo alcanzados por estas disposiciones los países y territorios que no forman parte de la Unión Europea²⁹⁹.

4.2.2. Teorías de calificación o colisión del Derecho internacional privado

Las relaciones con efectos económicos que surgen entre los sujetos intervinientes del *trust* (*settlor, trustee, beneficiary*) son las que dan lugar a plantearse la necesidad de determinar la ley aplicable. Este relacionamiento presenta la problemática de la identificación de la norma en conflicto aplicable al *trust*, y la aplicación justificada de la ley adoptada como ley aplicable, específicamente cuando se vincula a países donde el *trust* es considerado una figura jurídica desconocida, por el que, la imposibilidad de calificar la ley aplicable se presenta como un problema que impide dar soluciones a los aspectos reales y obligacionales que surgen del *trust*³⁰⁰.

Es por ello que, existen teorías que sin tener que introducir la figura jurídica en conflicto al ordenamiento jurídico, intentan calificar la ley extranjera aplicable o

²⁹⁹ Vid. GONZALES BEILFUSS, Cristina. *Op. Cit.* pp. 62-68.

³⁰⁰ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 107.

Los aspectos reales enfocados en el desdoblamiento del derecho de propiedad característico del *trust* en el Derecho anglosajón se confrontan con el principio de unidad o indivisibilidad del derecho de propiedad en el Derecho continental. Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 107.

competente a cada caso concreto o relación jurídica extranjera, de manera que, dentro de las teorías de calificación o colisión del Derecho internacional privado se presentan subteorías que proponen formas de identificar la ley extranjera aplicable a las relaciones jurídicas extranjeras, las cuales, también podrían ser aplicables a las relaciones jurídicas extranjeras emergentes del *offshore trust*, junto a la valoración de los puntos de conexión, cuyas propuestas se describirán a continuación:

a. Teoría de la *Lex Fori*³⁰¹

La teoría de la *Lex Fori* parte de la premisa de que no hay manera de determinar el Derecho o ley aplicable que sea competente sobre una relación jurídica extranjera si previamente no ha sido calificada por la misma ley extranjera o *lex fori* de la que proviene. De modo que, solo sería posible definir la ley aplicable a una relación jurídica extranjera, partiendo de la calificación dada por la “*ley extranjera del lugar de celebración del acto*”, al ser esta la que lo define, independientemente de la causa que lo motive.

A esta afirmación Nivoyet añade que la calificación previa de la *lex fori* sobre una relación jurídica extranjera es una “*necesidad práctica*”. No obstante, también admite que partir previamente a la calificación de la ley extranjera o *lex fori* amerita una renuncia a todo argumento de soberanía.

b. Teoría de la *Lex Causae*³⁰²

La teoría de la *Lex Causae* sostiene que la calificación de la ley aplicable sobre una relación jurídica extranjera debe ser definida por la causa o “fondo del asunto”, es decir que, los puntos de conexión como la “nacionalidad o domicilio” debieran ser los que definan la ley aplicable, aunque para ello tengan que remitirse de manera expresa a otro Derecho o ley extranjera (*lex fori*).

³⁰¹ BIOCCA, S. M. (1971). El Problema de calificaciones en el Derecho Internacional Privado. Obtenido de Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, el 19 de octubre de 2021 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/el-problema-de-las-calificaciones-en-derecho-internacional-privado.pdf> p. 225.

³⁰² *Ibid.* BIOCCA, Stella Maris. p. 226.

Esta teoría es criticada por poderse convertir en un círculo vicioso el tener que exigir que la relación jurídica extranjera sea calificada en función de la definición de los puntos de conexión antes de determinar la ley competente, advirtiendo que, de todas maneras existe una remisión a un Derecho o ley extranjera o *lex fori* como definidora, aunque sea en base a los términos de nacionalidad o domicilio.

c. Teoría autárquica empírica

La teoría empírica considera que hay un sin número de calificaciones en las legislaciones, y que por tanto, sumar la calificación de la ley extranjera se estaría multiplicando conflictos que al final no llegarían a la unificación de una regla, por lo cual, cuando se presentan conflictos entre normas que colisionan, sostienen que la calificación de la ley aplicable a una relación jurídica extranjera se resuelve mediante la comparación funcional de categorías, es decir, a través de la comparación de la categoría jurídica en conflicto, frente a las categorías de otros ordenamientos jurídicos, las cuales, tengan el mismo origen, finalidad y concepción funcional, para posteriormente determinar las analogías existentes entre las soluciones que ambas confieren a un mismo problema³⁰³

Las críticas a esta teoría sostienen que no es posible lograr una definición tipo, debido a que, cada legislación define de manera diferente sus categorías, y que, por tanto, recurrir la comparación jurídica no soluciona el problema, por lo que, sugieren que, la ley aplicable se tenga que elegir entre las calificaciones tipo que se encuentran en conflicto, jerarquizándolas en una calificación personal y otra territorial. Aunque, esta última postura, también es criticada porque no puede existir un orden jerárquico cuando se presentan categorías jurídicas desiguales³⁰⁴.

³⁰³ *Vid.* BIOCCA, Stella Maris. *Op. Cit.* p. 227.

³⁰⁴ *Id.* BIOCCA, Stella Maris. Nota 303.

d. Teoría de la coordinación³⁰⁵

Esta teoría sugiere dividir la calificación de la ley aplicable en dos, por un lado, la calificación de la norma de Derecho internacional privado que se realiza a partir de la ley extranjera o *lex fori*, y, la segunda calificación del Derecho aplicable a partir de la *lex causae*, a fin de que, sean los jueces quienes decidan calificar la institución o relación jurídica extranjera en conflicto, entre la primera y segunda opción.

De esta manera, proponen dejar que sean los jueces quienes decidan los criterios aplicables a cada caso, sin encasillarles a una sola concepción, sino permitiéndoles recurrir a los principios de la analogía, la equivalencia, la subsidiaridad y la adaptación, para llegar a soluciones justas y equitativas para cada caso.

Por otro lado, más allá del planteamientos de estas propuestas teóricas, es importante considerar que las jurisdicciones de Derecho civil buscan aplicar su propio ordenamiento jurídico para resolver conflictos, de modo que, en aplicación de la *lex rei sitae* o la ley del lugar donde se suscita la colisión de sistemas jurídicos, les obligan a los juristas a tener que hacer un esfuerzo de adaptar a sus leyes los efectos que resulten aplicables a los *offshore trusts*, generalmente del régimen de derechos reales y derechos sucesorios que actúan como limitantes del desdoblamiento del derecho de propiedad entre el administrador (*trustee*) y el beneficiario³⁰⁶. De esta manera, se observa que existe una variedad de visiones diferenciadas para resolver la problemática de determinar la ley aplicable de manera común, e uniforme, o aplicable a casos concretos.

³⁰⁵ Vid. BIOCCA, Stella Maris. *Op. Cit.* p. 228-229.

³⁰⁶ Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* pp. 106-107.

Para la *lex rei sitae*, el único acto traslativo de dominio es el realizado por el constituyente (*settlor*) a favor del administrador (*trustee*) y la posición del beneficiario no es contemplada en los sistemas jurídicos continentales. Vid. CHECA MARTÍNEZ, Miguel. *Op. Cit.* p.110.

4.3. ALTERNATIVA DE CALIFICACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA A EFECTO FISCAL

4.3.1. Problemática y resistencia a la personificación

El *trust* es una entidad jurídica anglosajona que está conformada por un patrimonio autónomo, separado del patrimonio de las personas que intervienen en él, y además sin personalidad jurídica, por lo cual, se ha venido generando una problemática fiscal cuando es constituido en el extranjero, respecto a la forma de identificar la ley aplicable entre jurisdicciones que intervienen en su constitución, gestión y entrega de beneficios, así como, respecto al tratamiento fiscal que debiera aplicarse sobre el beneficiario efectivo o final, así como, la forma de identificarlo. De modo que, ha surgido la propuesta de personificar el *trust* a efectos fiscales, a fin de que, pudiese ser considerada una entidad jurídica “con personalidad jurídica” para resolver las dificultades fiscales antes mencionadas.

No obstante, aceptar que el *trust* pueda ser considerada una entidad con personalidad jurídica, ha resultado inconcebible para el Derecho anglosajón, precisamente porque las entidades jurídicas con personalidad jurídica del Derecho continental se fundan en actos unificados, en cambio, el *trust* funciona con el único fin de separar patrimonio, porque ha sido creado específicamente para suplir la necesidad de separarlo, y al mismo tiempo darle “vida eterna” como menciona Jesús Alfaro, refiriéndose a que, además de brindarle protección frente a terceros acreedores, el *trust* permite la transmisión de patrimonio con vida económica por tiempo indeterminado³⁰⁷.

Para el Derecho continental nadie puede ser titular de dos patrimonios, cada titular debe tener un solo patrimonio en el que se unifican sus derechos, bienes, deudas y créditos, de modo que, no se puede fingir que se actúa sobre otro patrimonio que no le pertenece. Debido a que, el Derecho continental requiere personificar el patrimonio, y calificar al actuante, al menos como mandatario o administrador,

³⁰⁷ ALFARO, J. (30 de abril de 2019). Los trasplantes jurídicos y las doctrinas de la personalidad jurídica como ejemplo. Obtenido de Almacen De Derecho de: <https://almacenederecho.org/los-trasplantes-juridicos-y-las-doctrinas-de-la-personalidad-juridica-como-ejemplo>

dejando en claro que el propietario es otro individuo, y que estos actuantes solo se presentan para personificar ese patrimonio³⁰⁸.

En cambio, el *trust* es un sistema para separar patrimonios, es decir, una alternativa muy atractiva a la personalidad jurídica que profesa el Derecho continental, porque el *trust* permite transmitir patrimonio a sujetos jurídicos diferentes de manera segura, o incluso al mismo propietario, y si se trata de un *offshore trust*, transferirlo a diferentes jurisdicciones a nivel global³⁰⁹.

Es por ello que, cuando un patrimonio no sirve a un individuo, sino a un fin individual o colectivo, el Derecho continental considera que es necesario personificar ese patrimonio, organizarlo y dotarlo de capacidad. De ahí que, el Derecho continental ha creado la personalidad jurídica para separar todo o parte del patrimonio de los miembros y formar uno solo ligado a un fin. En este contexto, algunos consideran que el problema de la persona jurídica es explicar los patrimonios no individuales y el tener que ligar patrimonios sin sujeto³¹⁰.

Dentro de esa problemática, el *trust* se presenta con un administrador (*trustee*) que no tiene un título jurídico absoluto sobre el patrimonio del *trust*, como esperaría el Derecho continental, sino solamente un título jurídico nominal sobre dicho patrimonio, y deberes de actuación en favor de terceros beneficiarios. Esto responde a que, el *trust* es un sistema para separar patrimonios que no fue creado para alcanzar ninguna forma singular de personificación o personalidad jurídica, precisamente, porque se concentra en separar el patrimonio del constituyente (*setllor*) en dos, entre la propiedad legal del administrador (*trustee*) y la propiedad económica de los beneficiarios, a fin de constituir una dualidad propietaria al crearse. En cambio, la personalidad jurídica busca unir patrimonios a un fin común, y dar capacidad para ser titular de derechos y obligaciones a la persona jurídica que representa al grupo³¹¹.

³⁰⁸ *Ibid.* ALFARO, Jesús. (30 de abril de 2019).

³⁰⁹ *Vid.* ALFARO, Jesús. (30 de abril de 2019) *Loc. Cit.* Nota 307.

³¹⁰ ALFARO, J. (17 de septiembre de 2020). Las personas jurídicas como personas colectivas: la personificación de los grupos. Obtenido de Almacén de Derecho de: <https://almacenederecho.org/las-personas-juridicas-como-personas-colectivas-las-doctrinas-sobre-personificacion-de-los-grupos>

³¹¹ *Ibid.* ALFARO, Jesús (17 de septiembre de 2020).

Los problemas que plantea la separación de patrimonios y el predominio del *trust* para separar patrimonios a conducido a que la concepción de la personalidad jurídica en el Derecho anglosajón esté muy ligada a la idea de unificar grupos de individuos, definiéndola como un grupo unificado, en el que, el grupo tiene personalidad jurídica si el Derecho le permite actuar como si fuera un individuo, bajo el criterio de que es un cuerpo organizado de individuos como una persona, de modo que, estarían conformando una persona o entidad jurídica, a efecto de que, sea tratado como uno solo por el Estado, y no como una composición de individuos. No obstante, lo que correspondía era el reconocimiento de la personalidad jurídica del grupo mediante la constitución de un patrimonio o fondo común separado del patrimonio individual de los miembros.

4.3.2. Concepción de la personalidad jurídica y las distorsiones en el proceso

La “personalidad jurídica” ha tenido una estrecha relación con el Derecho de sociedades, no obstante, se ha incurrido en el error de pensar que su objetivo es permitir que grupos de individuos actúen unificadamente. Puesto que, la “personalidad jurídica” no sirve para la actuación unificada de un grupo o personas colectivas, sino la “representación” de ellas, como la única forma legal que permite que grupos de personas actúen como si fueran un solo individuo³¹².

Si bien la “personalidad jurídica” aporta al reconocimiento unificado de un grupo o colectividad, e impulsa la cooperación entre sus miembros, permitiendo también, separar todo o parte del patrimonio individual de sus miembros para formar un patrimonio común al servicio de un fin común dotándoles de una organización, puesto que, lo esencial para el concepto de “personalidad jurídica” no es el carácter colectivo de los titulares del patrimonio, sino la formación de un solo patrimonio organizado con un fin común, al que se le dota de capacidad de obrar³¹³.

³¹² Vid. ALFARO, Jesús (17 de septiembre de 2020). *Loc. Cit.* Nota 310.

³¹³ Vid. ALFARO, Jesús (17 de septiembre de 2020). *Loc. Cit.* Nota 310.

La concepción errada al que hemos hecho referencia, deviene de la forma de concebir la “personalidad jurídica” desde sus inicios. Recordemos que su concepción fue influenciada por la inexistencia de “representación” en Roma, y esto llevado a que exista una concepción difusa de la “personalidad jurídica”, como si se tratase de grupos unificados de individuos o personas colectivas, cuando hace referencia a patrimonios organizados por un fin común. No obstante, cuando esta concepción llegó al ámbito anglosajón, los patrimonios societarios o no societarios ya se organizaban como *trusts*, y los conceptos de patrimonio y persona jurídica del Derecho civil estaban aislados³¹⁴.

Por su parte, el predominio del uso del *trust* como negocio jurídico fuera de las fronteras de jurisdicciones de sistemas jurídicos anglosajones, ha llevado a pensar en constituir a los *trusts* en “personas jurídicas” conforme se conciben en el Derecho continental. No obstante, la primera dificultad que se ha presentado ha sido la concepción errada de “personalidad jurídica” que ha conducido a la doctrina a tener que asociar la “personalidad jurídica” a un colectivo de individuos, en lugar de, asociarla a un patrimonio. Aunque, la última tendencia sugiere que, existe la necesidad actual de que desde la óptica civilista, el *trust* sea visto como perteneciente al derecho de las cosas, y no al derecho de las personas³¹⁵.

Sin embargo, los *trusts* carecen de base personal, precisamente porque el patrimonio ha sido separado con su creación. No ocurre lo mismo con la “personalidad jurídica”, debido a que, a pesar de que, también concede a sus miembros la capacidad de separar su patrimonio individual para conformar un solo patrimonio con sus activos, esta separación no es completa, y aunque, también puede impedir que se impute a sus miembros derechos u obligaciones, esta prerrogativa es solo individual y en función del aporte. Asimismo, si bien la personalidad jurídica concede a sus miembros el derecho de formar patrimonios únicos separados de su patrimonio individual, esta requiere intervención estatal para constituirse como tal³¹⁶.

³¹⁴ Vid. ALFARO, Jesús (17 de septiembre de 2020). *Loc. Cit.* Nota 310.

³¹⁵ Vid. ALFARO, Jesús. (30 de abril de 2019) *Loc. Cit.* Nota 307.

³¹⁶ Vid. ALFARO, Jesús. (30 de abril de 2019) *Loc. Cit.* Nota 307.

4.3.3. Crítica y propuesta alternativa de personificación mediante atribución

El *trust* es criticado por Zenati Casting, no por tener un patrimonio autónomo, separado y prácticamente intocable, sino por obligar a tener que admitir un “patrimonio sin sujeto como alternativa de propiedad”. Por ello, sugiere que, para que el Derecho Continental reconozca el *trust*, es necesario que primero sea considerado como persona jurídica, en lugar de aceptar que la propiedad sea dividida en dos personas, teniendo que manipular y deformar el derecho de los bienes del Derecho continental. Para este efecto, propone crear una relación entre el *trust* personificado y el beneficiario, a través de la atribución a una persona determinada como único titular de patrimonio. Esta postura se describe a continuación³¹⁷:

“La solución obvia para un jurista romanista habría sido suprimir el trust sustituyéndolo por un mecanismo de personificación... en lugar de verse obligado a admitir la idea de una persona titular de dos patrimonios... los bienes del trust podrían atribuirse a una persona creada a tal efecto, titular de un único patrimonio. De este modo, también se superaría la dificultad de dividir la propiedad entre dos personas (el trustee y el beneficiario). Gracias a las virtudes de la técnica del derecho de las personas jurídicas, el trust personificado habría cumplido su función... sin manipular o adulterar el régimen del derecho de los bienes. Además, dado que la persona jurídica que sería el trust no tendría otra razón de ser que avanzar o servir los intereses del beneficiario, no sería necesario reconocer a éste un derecho sobre los bienes que forman el trust, sino que bastaría con establecer una relación obligatoria entre el trust personificado y el beneficiario...” (Zenati-Castaing, 2015)

Si esta propuesta se lleva a cabo, se estaría dejando de lado la idea de patrimonio de afectación en el que hemos situado al *trust*, a efecto de dar lugar a una propiedad funcional a través de un *trust* personificado. Esta propuesta estaría más acorde a la “teoría de patrimonio sin *dominus*” de Rau y Aubry, la cual, apoya la idea de que “El Derecho no es producto de la voluntad de un sujeto abstracto, sino de fines concretos

³¹⁷ ALFARO, J. (28 de enero de 2021). El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación. Cita y traduce a ZENATI-CASTAING FRÉDÉRIC, Entre trust et fiducie, le malentendu québécois. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 67 N°1, 2015. pp. 23-43. Obtenido de Almacen de Derecho en: <https://almacenederecho.org/el-trust-la-persona-juridica-y-el-patrimonio-de-afectacion>

que los seres humanos persiguen para defender y avanzar en sus intereses”³¹⁸. De esta manera, estaríamos hablando de incluir en la legislación a los *trusts*, dentro del grupo de personas jurídicas como “*trusts* personificados”, cuyas obligaciones fiscales serían exigidas también bajo la consideración de *trusts* personificados.

A modo de ejemplificar esta forma diferente de ver el *trust*, tenemos el caso de Quebec, en el que, su Código civil ha personificado al *trust* y no ha permitido que exista un patrimonio sin sujeto, mediante la conversión del patrimonio del *trust* en “sujeto de derechos” respecto al beneficiario, y “sujeto de obligaciones” respecto al administrador (*trustee*). De modo que, a pesar de que en Quebec se considera la existencia del patrimonio de afectación, por el que, los bienes pueden ser de una persona física o estar afectos a un fin, en cuyo último caso, debiera carecer de propietario o serle éste prescindible, crearon una persona jurídica de tipo fundacional para el *trust*, proporcionándole de persona afecto a un fin, es decir, mediante la afectación de los bienes a un fin, pero por personificación, como si se tratara de una fundación³¹⁹.

También tenemos el caso del Perú, el cual, desde 1997 la Ley del Impuesto a la Renta, regulaba el fideicomiso (una figura similar al *trust*) disponiendo el reconocimiento del patrimonio del mismo como persona jurídica para fines impositivos, estableciendo que, no debía surtir ningún efecto legal la transferencia de patrimonio al fideicomisario, conocido como su similar al administrador (*trustee*) en el caso del *trust*. Sin embargo, esta modalidad ya no se encuentra vigente desde el 2002, y, en su lugar se aplica un sistema de atribución de rentas que busca la neutralidad de los efectos de vehículos de inversión como el fideicomiso y el *trust*³²⁰. En este sentido, la Resolución del Tribunal Fiscal RTF N°05229-4-2003 del Perú ha establecido lo siguiente³²¹:

³¹⁸ *Id.* ALFARO, Jesús (28 de enero de 2021). Nota 317.

³¹⁹ *Vid.* ALFARO, Jesús (28 de enero de 2021). *Loc. Cit.* Nota 317.

Código Civil de Quebec. Art. 1271. El fideicomiso personal constituido en beneficio de varias personas sucesivamente no podrá incluir más de dos rangos de beneficiarios de los frutos y rentas, además del beneficiario del capital; queda sin efecto respecto de los rangos posteriores que pudiera contemplar. CÓDIGO CIVIL DE QUÉBEC. (1991). (Título sexto, Capítulo II, Arts.1260-1298). Obtenido de LégisQuébec el 27 de agosto de 2021 de: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/ccq-1991>

³²⁰ *Vid.* VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. (diciembre 2013). *Op. Cit.* pp. 266 y 267.

³²¹ RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL RTF N°05229-4-2003 de la Republica del Perú.

“La constitución del trust no da lugar al surgimiento de una persona jurídica entendida esta como aquel ente que tiene existencia distinta a la de sus miembros a partir de su inscripción en el registro, y en el que ninguno de estos no todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas, tratándose únicamente de un fondo que es administrado por el trustee, no habiéndosele reconocido tampoco dicha calidad para efecto de la ley del impuesto a la renta, por lo que, en ese orden de ideas, las mayores ganancias que se obtengan por el trust no tributan a nivel de este.

En efecto, el inciso f) del artículo 14° de la ley del referido impuesto solo otorga la calidad de persona jurídica, entre otros, a las entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana, toda vez que existiendo como nexo de vinculación con el impuesto a la renta peruana el criterio fuente (rentas obtenidas en el país) y no el criterio domicilio del sujeto (entidad constituida en el exterior) resulta necesario considerar a tales entidades sujetos del impuesto, dándoles la calidad de persona jurídica a efecto de la ley, a fin de establecer a la persona obligada al pago del impuesto por las referidas rentas de fuente peruana”.

De esta manera, se puede observar que el Tribunal Fiscal del Perú, si bien reconoce que el *trust* no es una persona jurídica, finalmente le otorga calidad de persona jurídica a los *trusts* que sean constituidos en el exterior u *offshore trusts*, siempre que, perciban renta de fuente peruana, pero solo a efectos fiscales, es decir, solamente para identificar a la persona a quien se impondría la obligación de pago del impuesto a la renta de fuente peruana³²²

³²² LÓPEZ MIRANDA, L. (2018). Apuntes sobre el régimen de transparencia fiscal internacional en el Perú. Revista de Derecho Athina N° 11, <https://doi.org/10.26439/athina2014.n011.2038> pp. 214 y 215.

4.4. ALTERNATIVAS EN LA ARMONIZACIÓN FISCAL Y LA COMPARACIÓN JURÍDICA

4.4.1. Teoría de las uniones y distorsiones económicas

Esta teoría se concentra en los efectos de las uniones y distorsiones económicas que se presentan en el mercado, y entiende por “distorsión económica”, todo movimiento o discriminación de origen fiscal que perturba o deforma las condiciones normales que permitirían presentarse en el mercado, provocando cambios en las corrientes normales del mismo, en cuyo caso, el *offshore trust* habría provocado esas distorsiones. Asimismo, esta teoría considera que la única forma de eliminar o disminuir las distorsiones económicas del mercado, es mediante las “uniones económicas”, y el instrumento para hacerlo es la armonización fiscal, afirmando que cualquier objetivo económico común requiere de la armonización fiscal, y su empleo debe ser accionado de acuerdo al tipo de distorsión económica que se busque eliminar y los fines extraeconómicos que se persigan³²³.

Para esta teoría, las uniones económicas dependen de los acuerdos que los países realizan y el progreso de armonización fiscal que alcanzan. En este sentido, refiere que durante los últimos años se ha venido impulsando la eliminación de barreras, diferencias y distorsiones económicas entre los países, especialmente respecto a aquellos que impiden el desarrollo económico, según tres formas: a. La unión económica simple mediante acuerdos bilaterales, b. La unión económica aduanera, sostenida en tarifas del comercio de bienes entre países³²⁴, y c. La unión económica

³²³ DOMÍNGUEZ CRESPO, C. A. (mayo- agosto 2008). Hacia una armonización fiscal en América. Razones y principios a considerar. pp. 717-761. Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 122. pp. 719-720

CASADO OLLERO, G. (1987). Extrafiscalidad e incentivos fiscales a la inversión en la CEE. (Archivo PDF) . En G. Casado Ollero, D. Rufian Lizana, & J. y Sánchez Galiana, Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario Europeo. Ediciones TAT, S.A.L. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3989> p.122

Serrano Antón, F. señala que independientemente de cómo se conciba la armonización, ésta requerirá una evolución paralela a la integración económica. SERRANO ANTÓN, F. (1999). “Experiencias y perspectivas en los procesos de armonización tributaria (especial referencia a América Latina y a la Unión Europea) Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos. p. 59.

³²⁴ La unión económica aduanera ha sido definida legalmente por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT, en la Parte III, Art. 24, parágrafo 8, como aquella sustitución de dos o más territorios por uno solo, de modo que, los derechos de Aduana y la reglamentación comercial restrictiva son eliminados en el intercambio comercial que tengan entre los territorios que constituyen la unión, o al menos, cuando se trate del intercambio comercial de productos originarios en estos territorios, así como, una reserva en la aplicación del comercio con territorios que no comprenden la unión. Asimismo, define zonas libres de comercio como un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan derechos de Aduana y la reglamentación comercial

mantenida en áreas de libre comercio, formadas por tarifas de productos originados en países participantes³²⁵.

A pesar de los avances descritos en estas tres formas de eliminar barreras que se han venido aplicando, esta teoría considera que aún no se habría dado lugar a la labor armonizadora en plenitud. Esta postura nos lleva a la necesidad de distinguir previamente lo que no debe considerarse como “armonización fiscal” para después conceptualarla y describirla. No obstante, es necesario primeramente distinguir los términos que no la definen a pesar de estar relacionados como ser las definiciones de³²⁶:

- a. **Aproximación:** La aproximación hace referencia al acercamiento de legislaciones que, si bien puede ser el término empleado para impulsar avances armonizadores que presentan una imposición directa entre legislaciones, en el ámbito tributario no sería una herramienta específica para llegar a armonizar, o por lo menos, no sería suficiente.
- b. **Coordinación:** La coordinación es el primer paso en el proceso armonizador, es decir, es la acción de menor grado en el avance hacia la armonización. Es una forma de asistir o colaborar con otro país, para evitar que alguna circunstancia afecte a uno de ellos o a ambos, como ejemplo, están los actos de coordinación en los Estados para evitar la evasión fiscal, mediante los cuales, se reúnen y coordinan las acciones a tomar.
- c. **Unificación:** La unificación es el resultado de un proceso de aproximación entre países sometidos a un ordenamiento común supranacional, en el que, todos están sujetos a las mismas reglas. De esta manera, la unificación es el último grado de aproximación legislativa.

restrictiva, o al menos, cuando se trate del intercambio comercial de productos originarios en estos territorios que se constituyen en zonas de libre comercio. ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO GATT DE 1947. Obtenido de Organización Mundial del Comercio - OMC: https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal_s/gatt47.pdf Parte III, Art. 24, parágrafo 8.

³²⁵ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 722-723.

³²⁶ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 224-226.

Consecuentemente, una unificación completa de los sistemas fiscales supondría una cesión absoluta de poder tributario o soberanía fiscal para alcanzar la armonización. No obstante, hay quienes se resisten a aceptarla y añaden que también implica llegar a una identidad de las estructuras económicas, sociales, e incluso conductas sociológicas y psicológicas.

Después de esta distinción previa, ahora podemos señalar que la armonización es el elemento indispensable para la no discrepancia de legislaciones, es decir, para que dos o más partes no discrepen y se conduzcan hacia un mismo fin.

En el ámbito tributario, N. Bouza sostiene que la armonización fiscal pretende limar discrepancias entre legislaciones internas, a fin de que, puedan ser susceptibles de la realización de un objetivo común, el cual, puede servir de impulso para limar diferencias, o de detonante para dar lugar a mayores diferencias³²⁷. Consecuentemente, en el caso que nos ocupa, la armonización fiscal sería la herramienta necesaria para limar discrepancias entre legislaciones internas en torno al *offshore trust*, y hacerlas susceptibles a la realización de un objetivo común.

Para otros como Heleno Torres, la armonización fiscal debiera tenerse más bien, como una herramienta de calibración de regímenes jurídicos aplicado sobre los sistemas jurídicos tributarios, por su capacidad de reducir discrepancias entre sistemas tributarios mediante una transición conveniente hacia la expectativa de bien común que tienen, tanto para las partes, como para los operadores económicos³²⁸, considerando que, el objetivo de la armonización fiscal es servir de instrumento para llevar adelante la integración o unión económica, cuyo objetivo difiere de la fiscalidad tradicional que busca solo percibir ingresos³²⁹.

³²⁷ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 725-726

³²⁸ *Id.* DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. Nota 327.

TÔRRES, H. (2001). Pluritributación internacional de las rentas de las empresas (Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas). San Paulo, Brasil. Ed. Revista dos Tribunais. p.735

³²⁹ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 722-723.

Los fines de la concepción europeísta o de países desarrollados económicamente según Neumark, es contar con un mercado común de condiciones análogas a un mercado interior, la eliminación de influencias y factores que permiten las distorsiones en las condiciones de competencia, y fines políticos económicos.

COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. (1965). Informe del Comité Fiscal y financiero de la Comunidad Económica Europea: informe Neumark. Madrid, España. Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social, Gabinete de Estudios p.35.

En ese orden de ideas, para la teoría que nos ocupa, la armonización fiscal sería el instrumento necesario para eliminar distorsiones del mercado. Aunque es cuestionada respecto a si lo único que persigue es conseguir un mercado común mediante la eliminación de distorsiones del mercado, o si hay algo más que persiga. Al respecto, Domínguez Crespo, considera que las relaciones internacionales relacionadas con la armonización fiscal, no debieran fundarse solo en el mercado³³⁰.

Asimismo, esta teoría es criticada porque no se puede concebir un mercado perfecto y libre de distorsiones o turbulencias, porque según sostienen, el mercado siempre está en movimiento, y al tratar de eliminar barreras para que sea más justo, se podría estar introduciendo mayores distorsiones, o desequilibrios que aumentarían el costo de los bienes y servicios. Por lo que, quienes se oponen, sugieren que la armonización fiscal no debiera ser tenida con la finalidad última de eliminar distorsiones en el mercado, porque equivaldría a buscar eliminar costos del mercado, y no debiera ser ese el caso³³¹.

4.4.2. Teoría general de la integración económica internacional

Para la teoría general de la integración económica internacional, la armonización fiscal es el objetivo internacional fundamental para alcanzar eficacia y eficiencia en la distribución y redistribución internacional de los ingresos nacionales, así como, para lograr estabilidad de las relaciones económicas internacionales con el mínimo de afectación a los objetivos nacionales, a fin de lograr un crecimiento común. Por consiguiente, la armonización fiscal es el instrumento necesario para emprender un proceso de ajuste de sistemas fiscales nacionales con fines económicos internacionales, y de esta manera alcanzar eficiencia distributiva y redistributiva.

No obstante, la armonización no busca alcanzar solamente el ámbito fiscal sino el del Derecho en general, y no se agota en una unión tributaria, ni se desprende de objetivos políticos y económicos de los Estados, así como, tampoco ignora la evolución normativa, ni los avances legislativos y de aplicación de estándares internacionales. De hecho, en el ámbito tributario, armonizar no implicaría solamente

³³⁰ *Id.* DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. Nota 329.

³³¹ *Vid.* DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Loc. Cit.* Nota 329.

unificar ordenamientos o aproximarlos para reducir sus diferencias, sino más bien, involucraría una armonización de procedimientos de fiscalización, inspección, recaudación, y control sobre los beneficios tributarios, como los diferimientos, exenciones, u otros de índole tributaria³³².

Dentro de este contexto, la armonización fiscal se presenta como el instrumento que podría dar lugar a un tratamiento fiscal uniforme y equitativo a los beneficios o rentas generadas por los *offshore trusts*, aunque esto conllevaría proyectar y alcanzar una misma forma de imposición fiscal a nivel global, basado en una misma base imponible, un mismo tipo impositivo y un mismo procedimiento de recaudación del impuesto que grava la renta. Asimismo, debería considerar principios de instancias comunitarias en materia de armonización, como son: a. El principio de progresión; b. El principio de proporcionalidad; c. El principio de oportunidad; d. El principio de eficacia directa e invocabilidad directa de las disposiciones fiscales; y, e. El principio de subsidiaridad³³³.

Esta propuesta se justifica en que, durante los últimos años no habría sido suficiente poner a una mayoría de los países bajo condiciones similares de asumir voluntariamente los estándares de intercambio de información formulados por la OECD para hacer cesar el aprovechamiento económico de los vacíos legales, contradicciones y rechazo sistémico regulatorio en el caso de los *offshore trusts*, y en su lugar, se habrían consolidado ciertas ventajas económicas de unas jurisdicciones respecto a otras, desde donde, todavía sería posible trasladar beneficios, y no se habría logrado una recaudación fiscal equitativa para todos los países vinculados, al no haberse resuelto la necesidad de contar con una sola modalidad de calificar al beneficiario efectivo o final de los *offshore trusts*.

Ante este panorama, se ha analizado el Informe Neumark que presenta una propuesta de procedimiento para alcanzar la armonización fiscal³³⁴, de cuya interpretación y sistematización, se ha podido extraer las partes más significativas

³³² Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 734.

³³³ *Id.* DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. Nota 332.

³³⁴ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 735-737.

Vid. COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. (1965). *Op. Cit.* Nota. 329.

que han permitido sugerir un tratamiento fiscal para los *offshore trusts* a partir sus postulados, el cual se describe a continuación:

- a. En una primera fase, la primera medida preparatoria que debiera adoptarse es la “Armonización de las formas de imposición” sobre las rentas, dividendos, e intereses provenientes de los *offshore trusts*. La segunda medida preparatoria que debiera adoptarse es la “Proyección de una reforma del impuesto que grava las rentas” o beneficios provenientes de los *offshore trusts*, conforme a lo siguiente:
 - i. Debiera aplicarse el principio, por el que, todo beneficio no distribuido debe gravarse con mayor intensidad que los distribuidos;
 - ii. El impuesto a la renta debe ser de tipo fijo y común sobre todos los beneficios de los *offshore trusts*;
 - iii. Las exenciones, reducciones y deducciones respecto a las rentas de los *offshore trusts* deben ser homogeneizadas; y,
 - iv. Debiera crearse un fondo común, con cargo a los ingresos de la recaudación de las rentas de los *offshore trusts* para su posterior asignación al país correspondiente.
- b. En una segunda fase, se debiera adoptarse como primera medida, la reforma del impuesto a la renta respecto a los beneficios generados por los *offshore trusts* de forma armonizada a nivel global. Como segunda medida, se debiera promoverse la aprobación de un acuerdo multilateral que prohíba la constitución de *offshore trusts* de tipo discrecional, para evitar la incertidumbre y la indeterminación de tiempo y lugar que produce el diferimiento y también de tipo irrevocable para evitar la simulación u ocultamiento del verdadero controlador. Y, como tercera medida se debiera promoverse el estudio de la estructura, tipos y modalidades de tratamiento fiscal del impuesto a la renta sobre los beneficios generados por los *offshore trusts*.
- c. En una tercera fase, se debiera fortalecer la aplicación de las medidas de segunda fase, así como, dar lugar a la creación de fondos comunes para la asignación y compensación financiera de ingresos generados por los *offshore trusts* a nivel global. Asimismo, se debiera dar lugar a la creación de dos instituciones internacionales:
 - i. La creación de un servicio común de información para la fiscalización y control de las rentas y beneficios generados por los *offshore trusts*; y,

- ii. La creación de un tribunal fiscal especial para toda controversia relacionada con los *offshore trusts* a nivel global.

Es posible que exista resistencia inicial a este tipo de iniciativa, más que todo por la necesaria sesión de soberanía fiscal para su puesta en marcha, sin embargo, resaltamos como ejemplo de armonización, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT-94), y los resultados de la aplicación del Código Aduanero Comunitario aplicables en la Comunidad Europea y terceros países. Asimismo, tampoco debiera descartarse la posibilidad de implementar la armonización fiscal como resultado de estudios previos de comparación jurídica sobre los sistemas jurídicos, pudiendo tomar como referencia la experiencia de la Comunidad Europea y el Tribunal de Justicia Europea³³⁵.

4.4.3. Teoría de la aplicación de la “comparación jurídica” para la armonización fiscal

A lo largo de los años, los modelos extranjeros de sistemas jurídicos han sido incorporados a diferentes culturas jurídicas, cuyos receptores han optado por adoptarlos en su búsqueda de mejores soluciones, o soluciones técnicamente superiores, por lo que, no existe un sistema jurídico puro que no haya sido influenciado por sistemas jurídicos extranjeros, ni tampoco existen sistemas jurídicos que no hayan evolucionado basados en imitaciones o transferencias de un sistema jurídico a otro. Al contrario, muchas de estas transferencias han sido codificadas, evidenciando la permeabilidad de los sistemas jurídicos y la presencia de vacíos jurídicos, por lo que, la comparación jurídica estuvo siempre presente en el Derecho³³⁶.

Por otro lado, la globalización estaría obligando a los países a interrelacionarse entre sistemas jurídicos y entablar relaciones de confianza entre sí, convergiendo naturalmente hacia estructuras socioeconómicas similares que conducen a la uniformidad de las leyes, reflejando la creciente tendencia hacia la convergencia, puesto que, hay una necesidad por encontrar soluciones en diferentes sistemas

³³⁵ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 738-741.

³³⁶ LERNER, P. (2004). Sobre Armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos. pp. 919-966. Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 111. p. 920-921.

jurídicos para los mismos problemas considerados equivalentes. No obstante, la necesidad de comparar sistemas jurídicos para encontrar mejores soluciones iría más allá de un efecto espontáneo producido por la globalización³³⁷.

En este sentido, para analizar la factibilidad de emplear la comparación jurídica para llevar adelante la armonización fiscal y el desarrollo de un tratamiento para el *offshore trust* a nivel global, nos concentraremos en los avances directos o indirectos que ha alcanzado la armonización fiscal, así como, los aspectos que serían necesarios para llevar adelante el mencionado tratamiento fiscal para el *offshore trust*, considerando que, la tendencia fiscal internacional de los últimos años está orientada hacia la integración internacional, y la revalorización del interés común del mercado, así como, del interés común de una repartición fiscal equitativa³³⁸.

a. Relación de la comparación jurídica y la armonización

Es importante considerar primeramente que el Derecho es un conjunto de sistemas jurídicos, en el que, no existe un subconjunto que se considere “Derecho comparado”, ni existe como norma imperativa. Por lo que, se sugiere hablar preferiblemente de “comparación jurídica” en lugar de Derecho comparado, porque “comparar” es una acción o proceso de conocimiento usado para verificar las diferencias o similitudes entre dos o más fenómenos jurídicos, o como menciona Sacco, es el cotejo científico de sistemas jurídicos para estudiar sus similitudes y diferencias tomando como referencia también las distintas implicaciones sociales la comparación jurídica es entonces un proceso intelectual que sirve de instrumento autónomo del conocimiento del Derecho³³⁹.

En cambio, la comparación jurídica nos proporciona la base intelectual para interpretar y analizar sistemas jurídicos, y se desarrolla considerando los vacíos jurídicos o falencias que presentan los sistemas jurídicos también calificados como “permeabilidad” o “porosidad” de los sistemas jurídicos. Por ello, la comparación

³³⁷ BLANCO CONTRERAS, S. (2016). Los trasplantes institucionales en el campo del Derecho. Una nueva perspectiva para la nueva economía institucional. pp. 170-187. Iberian Journal of the History of Economic Thought Vol. 3 N° 2. p. 178.

³³⁸ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* pp. 718-719

³³⁹ SACCO, R. (1982). *Que es el Derecho comparado* (Che cos'è il diritto comparato). Milan, Italia. Editorial Giuffrè. p. 30.

jurídica y la armonización están relacionados, aunque su relación es compleja, ambos se necesitan mutuamente y convergen hacia un destino común, como es el surgimiento de una cultura jurídica más amplia y acorde a los cambios que conducen a la inevitable armonización de sistemas jurídicos. Actualmente, se podría decir que, este es el mejor momento para la comparación jurídica, debido a que, hay mayor comunicación entre los sistemas jurídicos con la idea de unificar el Derecho³⁴⁰.

La armonización es un proceso, por el cual, las diferencias, contradicciones y dificultades entre los sistemas jurídicos van desapareciendo mientras van incorporándose normas comunes o similares. El objetivo final de la armonización es la unificación, su desarrollo es impulsado por los legisladores, se concentran en distintos niveles o campos del Derecho, y está regido por pautas y principios diferentes. Desde un sentido más amplio, la armonización es un proceso compuesto por etapas: a. Aceptación de institutos; b. Aproximación a soluciones en problemáticas comunes; c. Limitación de diferencias solo a aspectos técnicos; y, d. La adopción de normas comunes basados en proyectos de unificación³⁴¹.

Es por ello que, los actuales cambios en el orden legislativo interno de los países que adoptan una normativa común con la suscripción de un Convenio o Tratado internacionales, todavía no puede ser considerada la finalización del proceso de armonización, sino parte de su desarrollo gradual, es decir, un proyecto encaminado a la unificación, una convergencia, aproximación o concordancia, porque todavía no se ha llegado al punto en que todos los sistemas jurídicos se basan en una misma norma legal adoptada como texto único³⁴².

³⁴⁰ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 336.

Autores como Rodolfo Sacco citado por Lerner, sostiene que la unificación no necesita del Derecho comparado, mientras que, según Zweigert-Kötz la armonización si necesita del Derecho Comparado. Evidentemente, han existido procesos de unificación a lo largo de la historia en los que los cambios legislativos no se basaron en el Derecho Comparado, es el caso del Derecho Romano en la Edad Media, pero también, debe considerarse que no toda formación del Derecho unificado debe estar ligado al Derecho Comparado forzosamente. Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 336.

³⁴¹ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 921-923.

³⁴² *Id.* LERNER, Pablo. Nota. 341.

b. Vías para la armonización

Existen dos vías para alcanzar la armonización. La primera, son las vías centralizadas, a través de las cuales, se fija e impone la norma armonizante, enmarcada en un eje político legal, como es el caso de la legislación y las convenciones internacionales, o el Derecho europeo armonizado de la Unión Europea y la labor de la Corte de Justicia de la Unión Europea.

La segunda, es la vía descentralizada, por la que, se presentan iniciativas privadas, desarrolladas como consecuencia de las prácticas internacionales y los factores del comercio internacional, es decir, el proceso de armonización es impulsado por el tráfico internacional, en la medida que, los árbitros internacionales y los comerciantes ven la importancia de basar sus actividades en textos uniformemente aceptados y principios rectores, los cuales, se constituirían en la base para la posterior codificación, como ejemplo tenemos los Principios de Derecho Contractual Europeo (por sus siglas en inglés: PECL) y los principios sobre Contratos Comerciales Internacionales *Unidroit* preparados por el Instituto Internacional de Unificación del Derecho Privado - *Unidroit*³⁴³.

No obstante, es en las vías descentralizadas de la armonización donde según Lerner, la comparación jurídica encuentra su mayor expresión, al plantear principios que pueden convertirse en proyectos modelo de codificación que sirven de soluciones jurídicas a un común denominador identificado, el cual, finalmente servirá de base para una futura legislación transnacional, a fin de que, las diferencias entre sistemas jurídicos sean cada vez menos marcadas, y con el tiempo, se puedan elaborar códigos comunes en distintos países, tal como viene

³⁴³ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 924.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDITROIT es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, cuyo objetivo es armonizar y coordinar el Derecho Privado entre Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción de una legislación uniforme de Derecho Privado por los diversos Estados. Fue fundado en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones y una vez que fue disuelta, se reconstituyó como organismo independiente en 1940 sobre la base de un acuerdo multilateral: el Estatuto de UNIDROIT. Sus labores principales son; la redacción de proyectos de leyes y convenios modelo, destinados a establecer un Derecho interno uniforme; el planteamiento de principios y la redacción de acuerdos con miras a facilitar relaciones internacionales en el ámbito del Derecho Privado; y, el estudio de la comparación jurídica en las materias Derecho Privado. ESTATUTO ORGÁNICO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO DE 26 DE MARZO de 1993 Obtenido de Unidroit el 23 de marzo de 2022, de: <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf> Art. 1.

desarrollándose la Unión Europea. De esta manera, el proceso de armonización puede ser llevado adelante mediante el trabajo de la comparación jurídica, sobre la base de un enfoque europeo dentro del campo del Derecho privado³⁴⁴.

c. Críticas al trabajo conjunto de la comparación jurídica y la armonización

El trabajo conjunto entre la comparación jurídica y la armonización es objeto de críticas, no obstante, se entiende que estas perderán relevancia en la medida que el proceso de armonización se vaya configurando:

i. Eurocentrismo³⁴⁵:

Para el Eurocentrismo la comparación jurídica no es geográfica, sino más bien, una actitud intelectual que se hace manifiesta mediante la comparación, este se caracteriza por relacionar Europa y el mundo. Dando relevancia a que, desde el siglo XIX y comienzos del siglo XX Europa se ha presentado como exportadora de sistemas jurídicos a países menos desarrollados económicamente y más dependientes culturalmente, es decir, a países de Derecho latinoamericano que tradicional y mayormente han estado basados en los modelos europeos.

Para el eurocentrismo la armonización ha sido una consecuencia necesaria de una realidad incontestable entre Europa y el resto del mundo. El ejemplo más claro es la Unión Europea que ha evolucionado hacia un sistema jurídico basado en la armonización, cuyo espacio geográfico ha llegado a poseer una estructura jurídica común, a pesar de estar fundada en la diversidad y una voluntad política que permite impulsar la convergencia de los sistemas jurídicos.

³⁴⁴ *Id.* ESTATUTO ORGÁNICO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO DE 26 DE MARZO de 1993. Nota 343.

³⁴⁵ *Vid.* LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 927-935.

No obstante, Mattei citado por Lerner sostiene que, en la actualidad Europa se ha convertido en un importador de ideas, de modo que, el eurocentrismo ha cambiado abriendo una nueva perspectiva a la comparación jurídica, encausándolo hacia la armonización, más allá del plano europeo, y volcado a la convergencia de distintas tradiciones jurídicas, como son los sistemas mixtos, donde distintas tradiciones conviven y cohabitan en un mismo sistema, permitiendo que la comparación jurídica salga del eurocentrismo³⁴⁶.

ii. **Privatismo**³⁴⁷:

Para el privatismo la comparación jurídica está ligada tradicionalmente al Derecho privado, por la tendencia natural de buscar normas comunes para las transacciones internacionales privadas, y servir de incentivo para la comparación, por lo que, según sostienen, el proceso de armonización se concentraría en el derecho de las obligaciones y los contratos del Derecho privado³⁴⁸.

No obstante, los procesos de armonización, se han limitado a ciertas áreas del Derecho y en cierto grado relativo, según su evolución aún en Europa. De todas formas, si la armonización fuera relevante solo para el Derecho privado, quedaría excluida la posibilidad de armonizar el Derecho público que aunque es difícil considerar la unificación de los sistemas de gobierno, los avances de unificación y la globalización podrían llevar adelante un análisis comparativo de las estructuras constitucionales y de los derechos fundamentales hasta llegar a la armonización constitucional con base en principios y los valores constitucionales comunes, al ya existir una aproximación de sistemas jurídicos con relación a los principios fundamentales en materia de derechos humanos. No teniendo sentido el especializar la armonización solo en el Derecho privado, puesto que, en la medida que la armonización amplíe el espectro de su interés común entre los diferentes sistemas jurídicos, su alcance será más inclusivo³⁴⁹.

³⁴⁶ En Estados Unidos tendrían más desarrollado un proceso de armonización hacia adentro en el campo del Derecho Privado, en el que, salvo el caso de Luisiana, se reúnen diversos sistemas jurídicos que trabajan en función del sistema jurídico del Common Law.

³⁴⁷ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 345.

³⁴⁸ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 345.

³⁴⁹ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 345.

d. Marco de comparación recomendable para la armonización

En primer lugar, no puede llamarse comparación jurídica aquella labor constante de los juristas de comparar diferentes aspectos del Derecho como ser: la jurisprudencia antigua con la nueva, el hecho con el derecho, el texto de la ley con la interpretación de los tribunales, las soluciones y posturas de diferentes autores, u otros. De hecho, es posible para los juristas estudiar dos o más sistemas jurídicos sin necesidad de hacer una comparación jurídica, o estudiar sistemas jurídicos extranjeros con un sistema jurídico nacional, sin que la motivación sea comparativa, configurándose como estudios de Derecho extranjero que significan una aproximación a sistemas jurídicos ajenos, sin la necesidad de comparar, porque el solo interés sobre otros sistemas jurídicos no hace referencia a la comparación jurídica³⁵⁰.

En segundo lugar, la comparación jurídica no debiera ser patrimonio solo de especialistas como algunos afirman, aunque es posible que, sin participación de especialistas, no sea posible llegar a profundizar el estudio comparado y su trabajo sea superficial. Sin embargo, la comparación jurídica debiera pasar a ser de interés de toda la comunidad jurídica, conforme vaya desarrollándose la armonización y la actitud comparativa aumente, en función del avance, crecimiento, e interacción entre sistemas jurídicos, y el desarrollo de una teoría jurídica con una visión menos localista del Derecho. De esta manera, la comparación jurídica no debiera estar limitada solo a especialistas de un campo o dominio de dos o más sistemas jurídicos, aunque es necesaria e imprescindible su participación y su empleo debiera ser más amplio³⁵¹.

Para ello, es necesario diferenciar a los comparatistas y los armonizadores, los cuales, a pesar de que tienen en común la labor de comparar sistemas jurídicos, no obstante, se diferencian porque el primero puede elegir los sistemas de prefiere comparar y encontrar un común denominador entre ellos, y el segundo debe

³⁵⁰ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 935-939.

Según Wigmore, A. Riles, el amateurismo se interesa por otros sistemas jurídicos diferentes al suyo, porque le sirve de referencia para investigar o complementar su labor académica, usando fuentes de países extranjeros, pero no se considera una teoría comparativa, sino Derecho extranjero usado para una averiguación que no es comparada. Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 961.

³⁵¹ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 960-963.

determinar un número de países que pretende armonizar. Esta diferenciación influye en la metodología de trabajo, y el uso del lenguaje en ambos casos. El método comparatista tiene un enfoque teórico que es expuesto a fin de formular una teoría general del modelo que estudia³⁵².

El comparatista no está obligado a escoger soluciones, el armonizador debe tomar en cuenta diversas soluciones y elegir entre ellas, en busca de formular una ley que represente los distintos sistemas jurídicos y obtenga cierto consenso. Independientemente de las diferencias entre la comparación jurídica y la armonización, la primera se pone al servicio de la armonización y crea marcos metodológicos acordes a la forma de encarar el trabajo comparativo y la aspiración de encontrar un común denominador entre diferentes sistemas jurídicos³⁵³.

Para el comparatista y el armonizador, el común denominador es la idea de que todas las sociedades tienen problemáticas similares, sobre las cuales pueden aplicarse soluciones diferentes, pero llegar a resultados parecidos. Con la observación de que, la armonización puede prescindir de lo histórico, porque no evalúa las causas y circunstancias que llevan a la sociedad a adoptar cierto texto legal, en su lugar analiza los sistemas jurídicos en un momento actual³⁵⁴.

i. Tratamiento de las diferencias y similitudes al armonizar

Desde sus inicios, la armonización se ha distinguido por concebirse en términos de similitudes, debido a que se armoniza sobre la base de lo similar, mientras que, la comparación jurídica se concibe en términos de diferencias, es decir, compara para ver lo distinto. Sin embargo, en la actualidad, viene presentándose una comparación jurídica basada en las similitudes, como resultado de la necesidad de armonizar³⁵⁵.

Al comparar diversos sistemas jurídicos se puede encontrar similitudes y diferencias que llevarán a encontrar soluciones al caso concreto con diferentes

³⁵² Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 350.

³⁵³ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 350.

³⁵⁴ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 350.

³⁵⁵ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 941-945.

posibilidades: normativa similar – mismo resultado, normativa diferente – distinto resultado, normativa diferente – mismo resultado, normativa similar – distinto resultado. De esta manera, un mismo texto jurídico no asegura el mismo resultado, o que dos sistemas jurídicos puedan reconocer un instituto y darle un significado diferente, o que las leyes sean similares pero su aplicación sea diferente, o tener un texto similar, pero generar consecuencias diferentes para cada sistema jurídico, entre otros, porque en todo sistema jurídico la solución no es consecuencia de la ley sino de la interpretación que se la da a esta³⁵⁶.

ii. Problemática idiomática al armonizar

El idioma es una cuestión importante tanto para la comparación jurídica, como para la armonización de los sistemas jurídicos. Debido a que si bien, puede definir el marco para la comparación jurídica, así como, la elección de un campo a comparar según el idioma de los sistemas jurídicos, la falta de conocimiento de un idioma no es justificativo para negarse a comparar sistemas jurídicos, puesto que, la comparación jurídica no está limitada por una cuestión idiomática³⁵⁷.

En el caso de la armonización, el idioma es preponderante porque su objetivo es armonizar y encontrar un común denominador terminológico entre los sistemas jurídicos que armoniza, es decir, una terminología que exprese cabalmente instituciones diferentes. Aunque no siempre es fácil encontrar expresiones que reflejen lo que jurídicamente se busca expresar, por las barreras culturales en las que se encuentran las diferencias idiomáticas, el

³⁵⁶ *Id.* LERNER, Pablo. Nota. 355.

Las diferencias entre sistemas jurídicos han promovido la competencia entre sistemas jurídicos, estimulando a los legisladores a mejorarlos a través de la comparación jurídica. Frente a quienes tienen el temor de que al salvar las diferencias entre los sistemas jurídicos y crear un mundo armonizado, paralice y limite los factores del comercio internacional, por lo que, prefieren mantenerse como están y dejar que cada comerciante internacional verifique las similitudes y diferencias entre sistemas jurídicos, y opten por la que más les convenga a sus intereses. No obstante, la base legal común aplicada en estos años, ha dado una visión contraria de lo que se esperaba y ha permitido lograr un tráfico más acelerado y eficiente. La comparación jurídica no está en contra de la eficiencia, es más, no solo permite encontrar diferencias, sino también similitudes que puedan llegar a proponer una ley armonizadora con las mejores soluciones de los distintos sistemas jurídicos. Esto se presenta, porque el Derecho no es un fenómeno estático, sino dinámico que va cambiando en la medida que se incorporan ideas de otros sistemas jurídicos dentro de su estructura compuesta por leyes, jurisprudencia y prácticas o usos, cuyas soluciones pueden venir de cualquiera de estos. *Id.* LERNER, Pablo. Nota. 355.

³⁵⁷ *Vid.* LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 939-940

armonizador debe entender las diferencias de idioma para formular la norma o el principio en términos que puedan ser aceptables y entendibles para todas las partes, con la expectativa que de todas maneras requeriría la traducción de proyectos de armonización³⁵⁸.

Existen entidades jurídicas complejas como el *trust* donde es difícil encontrar una correcta correlación con los negocios fiduciarios y otros términos, porque su naturaleza y alcance que no es el mismo, y se ha hecho difícil sentar una cultura jurídica común sobre lo que involucra. De hecho, él *trust* todavía se sigue traduciendo como fideicomiso, cuando no es lo mismo. No obstante, la comparación jurídica ha adquirido un rol importante en la realidad jurídica moderna durante las últimas décadas, y actualmente, se ha hecho imprescindible para la realización de investigaciones profundas que abordan institutos jurídicos controversiales.³⁵⁹

Actualmente la comparación es indispensable para llevar adelante una investigación jurídica. Por ejemplo, un comparatista europeo al estudiar su ordenamiento jurídico y las directivas y reglamentos comunitarios, encontrará otras perspectivas en otros Estados miembros. Asimismo, la comparación es fomentada por el manejo de un idioma extranjero, puesto que, aunque puede ser un limitante, también denominado “barrera idiomática”, no debiera impedir la comparación, ni siquiera entre ordenamientos jurídicos con el mismo idioma³⁶⁰.

iii. Textualismo y contextualismo al armonizar

El textualismo es el análisis basado en el texto jurídico o las disposiciones jurídicas, en cambio, el contextualismo es el análisis basado en diferentes circunstancias que influyen o condicionan la aplicación del texto, pueden ser circunstancias políticas o económicas u otras. Para la comparación jurídica el

³⁵⁸ *Id.* LERNER, Pablo. Nota. 357.

³⁵⁹ FERRANTE, A. (2016). Entre Derecho Comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica (Between comparative law and foreign law. An approach to the legal comparison). Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 2, pp. 601-618. Obtenido de www.jstor.org/stable/44114024 pp. 601-602.

³⁶⁰ *Ibid.* FERRANTE, Alfredo. p. 603.

textualismo y el contextualismo están relacionados. El contextualismo se presenta como una reacción frente al excesivo apego a los textos legales y una necesidad de evitar el excesivo formalismo. Aunque, un excesivo contextualismo puede restar sentido a la comparación y hacerle perder importancia, pero tampoco la comparación jurídica puede ser entendida solamente desde el textualismo, sin tener una perspectiva del contexto³⁶¹.

No obstante, los proyectos armonizadores son textualistas, y tienen como producto final un texto, puesto que, la labor de armonizar está basada en la búsqueda de fórmulas de transición que no requieren reflejar procesos históricos, económicos, o sociales. La armonización, no pretende presentar un texto que prescindiera del contexto, sino que, se apoye e integre en él. Por ello, el texto que caracteriza los proyectos de armonización tiene formado de *soft law*, es decir, de normas abiertas de contenido flexible, compuestas por estándares o principios generales que sirven de recurso interpretativo destinado a resolver problemas de lagunas del Derecho, en la medida en que, no se encuentre solución en la legislación o en la analogía³⁶².

El textualismo bajo el formato *soft law* de los proyectos de armonización es considerado el modo más idóneo de superar las diferencias de los sistemas jurídicos, como resultado de los distintos contextos. Este tipo de legislación es un intento de crear un marco que facilite la combinación de sistemas jurídicos diferentes, y que, a su vez, permita adoptar terminologías aceptables a las diferentes tradiciones jurídicas o contextos, por ello, busca contar con principios generales o estándares que funjan como pautas o recursos interpretativos generales para resolver discrepancias o vacíos normativos³⁶³.

La armonización y posterior codificación de los principios generales y estándares de los proyectos de armonización bajo el formato *soft law*, efectuada a través del compromiso voluntario a los actores, les otorgan a sus textos un contenido simbólico más que normativo. Puesto que, a diferencia de

³⁶¹ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 945-950

³⁶² *Id.* LERNER, Pablo. Nota 361.

³⁶³ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 361.

las normas jurídicas que dependen de la interpretación, esta puede variar de lugar a lugar, o de persona a persona, de modo que, la armonización busca más que un consenso, un compromiso de las diferentes tradiciones jurídicas, a someterse voluntariamente a los principios generales y estándares armonizadores³⁶⁴.

Esta codificación de principios y estándares se asemeja a códigos de conducta que voluntariamente son adoptados por los Estados miembros que se presentan como normas *soft law* que llegan a crear Derecho. Como ejemplo, dentro de las vías centralistas, tenemos las resoluciones de la Corte de Justicia Europea, cuyas sentencias son interpretaciones del Derecho no previstas por el legislador en muchos casos, asimismo, están las Normas Internacionales de Contabilidad NIC's como armonización fiscal inducida por la armonización contable con exigencias contables no siempre exigidas por las normas locales³⁶⁵.

En este entendido, el textualismo de la armonización no extingue la necesidad de investigar el contexto, en realidad, la armonización no es un proceso cerrado y limitado al textualismo, su producto final es un texto, pero su proceso de análisis previo requiere de la comparación jurídica para comparar textos y contextos, así como, servir de guía para elegir la mejor solución y derivar en un texto único. No obstante, elaborar un texto único todavía no significa haber alcanzado un Derecho único, porque la interpretación del mismo dependerá del contexto legal, cultural, social o económico de cada sistema, en el que, sea aplicado, pudiendo darle un uso diferente a cada instituto³⁶⁶.

iv. Tránsito de lo analítico a lo normativo para armonizar

La comparación jurídica, en primera instancia, no pretende modificar o remodelar los sistemas jurídicos que analiza por sí mismo, sino entenderlos y ayudar a explicar la ley, sin plantear un marco normativo, sino su descripción.

³⁶⁴ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Op. Cit.* p. 740

³⁶⁵ Vid. DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto. *Loc. Cit.* Nota 356.

³⁶⁶ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 361.

Pero cuando su finalidad es la armonización, busca formular un texto que llegue a ser Derecho positivo, mediante la adopción de convenios internacionales. Para ello, se funda en principios generales o estándares armonizantes que no tienen fuerza obligatoria en sí mismos pero sí pretensión normativa, porque son normativos en potencia, aunque sean adoptados voluntariamente por los actores, y plasmados en un documento que finalmente genere obligatoriedad entre las partes³⁶⁷.

La labor armonizante se realiza a través de los principios generales o estándares armonizantes con potencia normativa, fundados en la elección de soluciones más apropiadas, derivadas de una labor comparativa previa de sistemas jurídicos, a fin de contribuir con la creación de nueva normativa a través de la labor comparativa, partiendo de la descripción del Derecho existente, hasta encontrar el común denominador de comparación para la delineación del nuevo Derecho, resultante del análisis comparativo³⁶⁸.

v. Comparación jurídica frente a la uniformación, armonización y unificación

Tal como hemos visto, el estudio comparativo del Derecho extranjero puede no solo incorporar instrumentos jurídicos, sino también, modificar estructuras de instrumentos jurídicos de un determinado ordenamiento jurídico. Asimismo, puede mejorar el Derecho local en su ámbito internacional, unificando contextos jurídicos. Según estas consideraciones, la comparación y el estudio del Derecho extranjero pueden tener una triple finalidad, uniformar, armonizar y unificar sistemas jurídicos, es decir, la comparación jurídica puede llegar a unificar sistemas jurídicos mediante la implantación de normas idénticas que permitan uniformar disposiciones, o que, siendo diferentes permitan armonizar porque son equivalentes³⁶⁹.

³⁶⁷ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 350-353.

³⁶⁸ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 949.

La fuente de la legislación armonizada es la comparación que, comienza por la vía de la aceptación de principios comunes que pueden ser similares o diferentes al sistema jurídico existente a aquellos que comprenden la armonización, porque crean una cultura jurídica común que ingresará gradualmente al mundo de lo normativo para formar un Derecho unificado derivado de la elaboración comparativa previa. Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 949.

³⁶⁹ Vid. FERRANTE, Alfredo. *Op. Cit.* p. 611.

Para la comparación jurídica, la armonización es su finalidad, aunque no es su única finalidad, y se diferencia de la unificación que busca un idéntico punto común a través de la sustitución de Derecho por un Derecho único. La comparación jurídica es necesaria para llegar a la armonización, y aunque la uniformación se hace más fácil con la comparación y no necesariamente conduce a la unificación del Derecho. La armonización y la uniformación buscan superar las diferencias y barreras de los sistemas jurídicos, de la manera más idéntica, aunque no con idénticos instrumentos, es decir, conservando la diferencia del trasplante jurídico de cada ordenamiento jurídico sin tener que llegar a una unificación estructural.

En este sentido, puede buscarse no armonizar, ni uniformar, sino solo unificar, como se presenta la tendencia europea del único instrumento aplicable a sistemas jurídicos que son diferentes (*Proyecto Draft Common Frame of Reference*). En este tipo de casos, se hace imprescindible la intervención la comparación jurídica desde la actividad legislativa. La uniformación puede no buscar consolidar un solo texto, sino mantener un núcleo de varios sistemas jurídicos (*Proyecto Common Core*) cuya finalidad es demostrar la independencia de la forma jurídica y la sustancia (contenido) al resolver problemas, concentrándose en la aplicación del Derecho más que en el concepto³⁷⁰.

La eficacia de la comparación jurídica radica en llegar a entender las razones históricas, jurídicas y culturales que justifican el texto o instituto jurídico analizado. De modo que, para la comparación jurídica es necesario el estudio del Derecho extranjero solo si está vinculado una metodología, y siempre que, se tenga en cuenta los aspectos históricos, una finalidad, y el contexto socio-jurídico, es decir, considera un estudio de una cultura jurídica³⁷¹.

³⁷⁰ Vid. FERRANTE, Alfredo. *Op. Cit.* pp. 612-613.

³⁷¹ Vid. FERRANTE, Alfredo. *Op. Cit.* pp. 614-615.

4.3.4. Teoría de los trasplantes jurídicos

El trasplante jurídico es un término metafórico creado por la comparación jurídica para referirse al traspaso de normas entre ordenamientos jurídicos. Es mecanismo apto para analizar la importación de normas jurídicas extranjeras hacia sistemas jurídicos receptores. Este mecanismo ha sido usado frecuentemente para demostrar la creación de nuevos sistemas jurídicos, su adaptación y renovación. Durante los últimos años se ha ido constituyendo como un concepto que describe el traslado de una norma de un sistema jurídico a otro. Actualmente, esta teoría es concebida para explicar la transferencia de normas, u otros elementos jurídicos, entre ordenamientos jurídicos, dentro del contexto de la globalización³⁷².

El término trasplante legal o trasplante jurídico fue creado por Alan Watson, en su libro *“The legal trasplants: An Approach to Comparative Law”* de 1974, y definido como: *“El traslado o transferencia de una regla o sistema legal de un país a otro”*. Este término fue concebido como un aporte a la comparación jurídica y un fenómeno que nació del aumento de circulación de reglas e instituciones jurídicas entre sistemas jurídicos a causa de la globalización. Para esta teoría, el Derecho de una sociedad es el resultado de la recepción de los trasplantes de normas jurídicas que recibe de otras sociedades³⁷³.

Desde la óptica dinámica que tienen del Derecho, los sistemas jurídicos evolucionan en base a elementos, ideas, instituciones, o soluciones que son tomados y trasladados a otros sistemas jurídicos, o trasplantados de un sistema jurídico a otro³⁷⁴. De modo que, el estudio de los trasplantes jurídicos se ha configurado bajo competencia de la comparación jurídica, a efecto de comparar diferentes sistemas legales para explicar los cambios jurídicos y la difusión del Derecho, previa

³⁷² BACKENKÖHLER CASAJÚS, C. J. (2019). *Trasplantes jurídicos* (Archivo PDF). Revista en Cultura de la Legalidad N° 17, 262-275. Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/5032-Texto%20del%20art%C3%ADculo-7837-1-10-20190925.pdf> p. 262.

³⁷³ Vid. BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* p. 172.
Ibid. BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. p. 263.

³⁷⁴ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 954
Id. BLANCO CONTRERAS, Sandra. Nota 373.

evaluación de las formas en que, las instituciones legales van conectándose, diferenciándose y trasplantándose de un país a otro³⁷⁵.

La interrelación entre sistemas jurídicos facilita la importación o exportación de institutos jurídicos de un sistema a otro, cuya fuente de mutación son los trasplantes jurídicos, los cuales, funcionan como medio de difusión de modelos jurídicos. Por lo que, según refiere esta teoría, el uso de trasplantes jurídicos ha sido un mecanismo común en la mayoría de sistemas jurídicos, el cual, tradicionalmente fue materializado a través de la adopción de institutos o tradiciones jurídicas a lo largo del tiempo, mediante la presencia de sistemas jurídicos modelo dominante que proyectaban sus instituciones (exportan ideas) hacia otros sistemas que las adoptan (importan ideas) por las que, estos últimos son considerados permeables a influencias extranjeras, y pueden responder a diferentes circunstancias políticas y sociales³⁷⁶.

En este sentido, la comparación jurídica es la herramienta que otorga las pautas para trasplantar una figura jurídica, previo análisis de sistemas jurídicos, y una vez sistematizadas sus similitudes y cerradas las brechas que los diferencian, la comparación jurídica ofrece como producto final y la posibilidad de armonizar mediante la elaboración de un texto que describa el nuevo modelo de trasplante influenciado por otro sistema jurídico, para después trasladar una regla o figura jurídica de un sistema jurídico a otro. Y, una vez trasplantada la figura jurídica, también es posible comparar el resultado de su aplicabilidad y funcionamiento en el ordenamiento jurídico del país receptor, considerando su origen, las influencias entre sí, y la adaptación a un nuevo entorno³⁷⁷.

³⁷⁵ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 961.

La armonización se nutre de la labor comparativa de los sistemas jurídicos y presenta un único texto como resultado. Y, el trasplante jurídico es consolidado cuando un texto armonizador es adoptado por un sistema jurídico, y posteriormente es adaptado al Derecho local. Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 961.

³⁷⁶ SACCO, R. (1991). *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law.* p. 388

Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 955.

Vid. BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. *Op. Cit.* p. 263.

Twining presenta un modelo estándar de trasplantes jurídicos, caracterizados por: la transferencia de normas entre países donde existe un importador y un exportador cuyos gobiernos son agentes principales del trasplante, la presencia de una sola vía de transferencia de una regla o concepto como objeto trasplantado, la recepción del trasplante mediante la promulgación formal de la norma trasplantada, el objeto trasplantado mantenga su identidad sin cambios significativos, la presencia de un sistema más desarrollado que trasplanta a otro menos desarrollado, y que, la norma trasplantada sustituya una norma anterior y queda obsoleta. Vid. BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* p. 179.

³⁷⁷ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* p. 956.

El Derecho Europeo es el ejemplo más claro de la tendencia hacia la armonización, aunque todavía no está materializada plenamente como marco legal en toda Europa, se ha presentado como vía de armonización descentralizada que directa o indirectamente ha sido incorporado a sus sistemas jurídicos, permitiendo que las diferencias entre sus Derechos nacionales vayan desapareciendo cada vez más³⁷⁸, a través del empleo de la comparación jurídica, no como elemento informativo o componente crítico del pensamiento jurídico, sino como base funcionalista de reelaboración de legislación nacional.

a. Posturas respecto a los trasplantes jurídicos

Existen dos posturas o teorías respecto a los trasplantes legales, los “transferistas” versus los “culturalistas”. Los “transferistas” como Watson que defienden este tipo de reforma del Derecho y consideran a los trasplantes legales como los instrumentos más importantes para construir y transformar el Derecho en el mundo. Asimismo, sostienen que las normas están aisladas de la sociedad, por lo que, estas pueden trasplantarse sin problemas. Asimismo, creen que, el éxito de los trasplantes de instituciones legales puede verse reflejados en el crecimiento del país receptor, ya que su empleo puede coadyuvar a evitar actos de corrupción, modernizar impuestos, generar mayor protección de derechos, o garantizar el cumplimiento de la ley o contratos u otros que, pueden reflejar la calidad de gobierno de un país a otro³⁷⁹.

En contraposición, se encuentra la postura de los “culturalistas” como Legrand que, se pronuncian sobre la imposibilidad de trasplantar normas en la medida que consideran que, en toda figura doctrinal, legal o jurisprudencial existe un elemento

Ibid. BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. Nota 376.

Según Blanco Sandra, los trasplantes legales son efectivos cuando el significado de las instituciones o normas que se trasplantan son entendidas por las personas a las que van dirigidas, por ello, sugiere que los trasplantes sean realizados ente países con una similar herencia legal o de la misma familia legal, o que, de otra manera, la sociedad sea informada y preparada para la adopción, debido a que, según sostienen, la familiaridad es determinante para incrementar la receptividad del trasplante. El Derecho anglosajón inglés, el Derecho civil francés y el Derecho civil alemán, son las familias legales más trasplantadas, de las que derivan la mayoría de los sistemas legales. *Vid.* BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* pp. 173-174

³⁷⁸ *Vid.* LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 953-960.

³⁷⁹ *Vid.* BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* pp. 173-175.

cultural que no es susceptible de importación, y por tanto, sostienen que, difícilmente puede tener éxito porque hay un nexo entre las normas y la cultura que no pueden separarse, porque según manifiestan, las normas estarían ligadas a la sociedad en la que nacen y no pueden ser separadas de ella, haciendo imposible que viajen de un ordenamiento a otro³⁸⁰.

Los “culturalistas” también sostienen que el Derecho no debe ser separado de los contextos sociales como pretendería Watson, puesto que, son los contextos sociales los que le dan legitimidad a las normas. Según esta postura las diferencias entre sistemas jurídicos no son conceptuales, sino de mentalidad desde la óptica sociológica y toman como ejemplo las diferencias que separan el *Common Law* y el *Civil Law*³⁸¹.

Consecuentemente, los culturalistas están en contra de la armonización de sistemas jurídicos a través de los trasplantes jurídicos, y creen que los “transferistas” buscan elaborar leyes con ideas del exterior, imponiendo una forma de pensamiento ajeno a la cultura jurídica del país importador, para eliminarla e instituir el poder del sistema jurídico exportador, con el propósito final de preparar una unificación internacional del Derecho, dando como ejemplo a la Unión Europea³⁸².

No obstante, los “culturalistas” son criticados porque la mentalidad no sería ningún obstáculo para armonizar, sino más bien, un desafío para observar donde se encuentran las diferencias y las similitudes. Por otro lado, la armonización no supondría el alcanzar un cambio de mentalidad, ni tampoco una uniformidad de las condiciones socio-económicas del lugar, puesto que, con o sin armonización existe un fluido intercambio comercial alrededor del mundo, independientemente de la diferencia de mentalidades que pudieran existir³⁸³.

³⁸⁰ *Id.* BLANCO CONTRERAS, Sandra. Nota 379.

³⁸¹ *Vid.* LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 378.

Vid. BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* p. 176.

³⁸² *Vid.* LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 378.

Id. BLANCO CONTRERAS, Sandra. Nota 381.

³⁸³ *Vid.* LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 378.

En este sentido, los transferistas pueden abstenerse de vincularse con el contexto social y económico, mientras que, los culturalistas no conciben su desvinculación y por ello, les es imposible reformar a través de los trasplantes legales. Ambas posturas presentan extremos radicales, puesto que, es sabido que, es difícil que las leyes sean separadas de los contextos sociales, de hecho, sin ellos no podrían producir efectos. Entonces, los que se pretende es escoger normas que son consideradas buenas para un fin económico o social etc. para los países que los originan e implantarlas en países que cuyo rendimiento en esas áreas es pobre y buscan mejorar su desempeño³⁸⁴.

Independientemente de estas teorías transferistas y culturalistas, los trasplantes de normas, doctrinas, prácticas e instituciones jurídicas han sido realizadas. La importación o exportación de ellas han sido posibles por la autonomía del Derecho que ha prevalecido sobre los contextos sociales que han sido regulados. No es algo novedoso, puesto que a lo largo de la historia ha habido ejemplos de transferencias de leyes y sistemas jurídicos completos, como en el caso del Derecho romano citado por Watson, el cual, ha sido trasplantado a la mayoría de países de Europa y Latinoamérica, aunque, en ese tiempo no se hacía un análisis previo para trasplantar, ni por ello, esto significa que todo el Derecho sea trasplantable³⁸⁵.

También es posible que la escasa originalidad normativa haya promovido el préstamo, la imitación, o el trasplante entre sistemas jurídicos, aunque para los transferistas el empleo de trasplantes jurídicos ha sido fundamental para la evolución, innovación o transformación del Derecho y de la comparación jurídica³⁸⁶. De hecho, ha sido inevitable impedir la circulación de entidades jurídicas de una sociedad a otra mediante el uso de trasplantes legales sugeridos por la comparación jurídica, más aún, con el aumento de influencia e interacción de sistemas jurídicos que ha traído la globalización.

³⁸⁴ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 378.

³⁸⁵ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota 378.

³⁸⁶ Vid. BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* pp. 176, 183.
Vid. SACCO, Rodolfo (1991). *Op. Cit.* p. 394.

Es sabido que, históricamente los trasplantes jurídicos han nacido como resultado de las conquistas y colonizaciones por la fuerza o de manera impuesta e involuntaria, pero con el pasar del tiempo, también se han presentado transferencias voluntarias, como alternativa a la creación propia de normas, motivados en el ahorro de costos, tiempo, prestigio u otros que, han permitido adoptar modelos implementados en otras sociedades³⁸⁷.

De esta forma, sea o no voluntario, el empleo de trasplantes jurídicos en la actualidad, esta práctica se ha visto influenciado por la globalización y el contexto de las relaciones entre los países productores de normas exportadas y países receptores o importadores de ellas, por la necesidad de alcanzar determinados estándares normativos que mejoren las relaciones, haciendo difícil pensar que, se opta por un trasplante jurídico voluntariamente con absoluta libertad, sin haber sido motivado por alguna presión o beneficio que, involucraría actos de soberanía que finalmente responden a relaciones de poder que pueden disfrazar transferencias impuestas como voluntarias³⁸⁸.

Kahn Freud afirma que, las normas e instituciones jurídicas pueden ser trasplantables, aunque existe el riesgo de que sean rechazadas. Por ello, recomienda que previamente los legisladores deben analizar la ley extranjera y su contexto socio-político, es decir, su vinculación o dependencia de su trayectoria con la sociedad o *path dependence*, puesto que, para este autor, ignorar el contexto social es abusar la comparación jurídica. De este modo, la *path dependence* se ha convertido en un obstáculo, porque es casi imposible cambiar la cultura social o las creencias y tradiciones locales³⁸⁹.

Esto responde a que, en el Derecho no todos los aspectos tienen solución, existen vacíos legales o defectos en las leyes, en la medida que no dan solución a determinados problemas de la sociedad. También es posible que las soluciones no tengan legitimidad o exista una escasa capacitación jurídica para realizarla.

³⁸⁷ RODRÍGUEZ VILLABONA, A. A. (julio - diciembre, 2009). La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el Derecho. Revista IUSTA, vol. 2, núm. 31. p.117.

Vid. BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. *Op. Cit.* p. 266.

³⁸⁸ *Id.* RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés. Nota 387.

Ibid. BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. Nota 387.

³⁸⁹ Vid. BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* pp. 177-178.

Puesto que, encontrar una solución integral a un problema en el campo jurídico es complejo, mucho más cuando se trata de debates por objetos jurídicos extranjeros que son importados por la circulación del Derecho a través de los trasplantes legales. Lo importante es que, la importación de trasplantes legales de normas, instituciones jurídicas o formulas jurisprudenciales promueven el desarrollo de la comparación jurídica, y puede ser más enriquecedor el contar con la opinión de juristas extranjeros cuya experiencia puede explicar la función del trasplante importado en su país de origen³⁹⁰.

El problema del *path dependence* o dependencia de trayectoria de creencias, valores y tradiciones jurídicas arraigadas en las sociedades, referido por los culturalistas, no debiera ser el obstáculo insalvable cuando los cambios son necesarios, y mucho menos cuando es sabido que cualquier incompatibilidad con la sociedad huésped o receptora de los trasplantes debe entrar en un proceso de adaptación a la nueva norma³⁹¹.

Por tanto, frente a una multiplicidad de sistemas jurídicos y mutaciones jurídicas en un mundo globalizado, la comparación jurídica sería la herramienta indicada para ordenar la información, procesarla y transmitirla coherentemente mediante una propuesta de trasplante jurídico extranjero apto para determinada jurisdicción, en cuyo territorio deba ser sometido a un proceso de adaptabilidad. Cuya propuesta no caiga en lo excesivamente teórico obviando el trasfondo, o se concentre solo en el contexto restándole valor a lo teórico, sino presente una propuesta teórica sustentada en la realidad empírica, evitando extremos entre la abstracción o la arbitrariedad³⁹².

³⁹⁰ SAAVEDRA VELAZCO, R. E. (2011). *El método y el rol de la Comparación Jurídica*. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica. Revista *Advocatus* N° 25. Obtenido de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/395/377> pp. 194-196.

³⁹¹ *Id.* SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. Nota. 390.

³⁹² *Id.* BLANCO CONTRERAS, Sandra. Nota 386.
Vid. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Op. Cit.* pp. 197-200.

b. Tipología de los trasplantes legales según la motivación del importador

La tendencia de los últimos años es ir hacia una “tipología de trasplantes jurídicos” encaminada a una reforma jurídica que importe un modelo extranjero idóneo para la reducción de costos y el desarrollo económico; o para cumplir con mandatos externos de organismos o gobiernos que requieren someterse a ciertas estructuras legales como condición para realizar negocios; o para otorgar algún beneficio cuyo incumplimiento es amenazado con ser sancionado o quedar relegado; o por los beneficios empresariales o políticos, por los que, ciertos individuos o grupos invierten en impulsar ciertas estructuras en los sistemas jurídicos por los beneficios que obtendrán de su implementación; o por la legitimidad o prestigio del sistema jurídico o la institución jurídica en el extranjero. De modo que, los trasplantes tienen un valor instrumental que justifica la derogación o modificación de una norma³⁹³.

Para Miller, la tipología de los trasplantes legales está basada en los factores que motivan a quienes los reciben, o a quienes denomina importadores. De cuyo análisis, sostiene que las motivaciones influyen en el éxito o no de un trasplante, por lo que, sostiene que la adopción de trasplantes es de motivación de los gobiernos o de organismos internacionales que los promueven en la medida que interactúan con sus objetivos. Esta forma de percibir la tipología es criticada porque hace poco énfasis en el rol del donante del trasplante jurídico al que denominan exportador. No obstante, a continuación, describimos la tipología que motivaría el uso de trasplantes según Miller³⁹⁴:

i. Trasplantes jurídicos para ahorrar costos

En este tipo de trasplantes jurídicos, la motivación del importador es ahorrar tiempo, dinero y recursos humanos, en el que, el legislador toma para sí una solución que funciona en otro sistema legal en vez de crear una original. Esto

³⁹³ Vid. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Op. Cit.* pp. 219-222.

³⁹⁴ MILLER, J. M. (2006). Una tipología de los trasplantes legales: utilizando la sociología, la historia del Derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. pp. 17-70. Lecciones y ensayos N° 81 de la Universidad de Buenos Aires. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/81/una-tipologia-de-los-transplantes-legales.pdf> pp. 22-38

Vid. BLANCO CONTRERAS, Sandra. *Op. Cit.* p.183.

puede reflejar una la falta de competencia técnica del legislador para diseñar normas originales y propias, sin embargo, le es más factible encontrar una solución que ya funcionó en otro sistema, permitiendo a su vez que, los jueces ahorren tiempo en el análisis y tengan solamente que adoptar el mismo enfoque y criterio del país extranjero donante del trasplante jurídico.

Este tipo de trasplante busca mayor eficiencia desde el punto de vista funcional, y se enfoca en que el modelo extranjero adaptado en el país importador, cumpla con la misma función que en el país exportador. No obstante, presenta poca conexión con la realidad local y la sociedad, puesto que, los ciudadanos se ven obligados a adaptarse a la norma trasplantada, y esta puede no ser aconsejable desde el punto de vista de la eficiencia económica. Y, por tanto, el ahorro de costos puede no ser suficiente para garantizar el éxito, y lo más conveniente pueda ser recurrir a él solo cuando sea funcionalmente apropiado, y si no existen motivaciones adicionales, el trasplante puede ser abandonado una vez que los legisladores consigan otro instrumento alternativo funcionalmente más eficiente.

ii. Trasplantes jurídicos determinados desde el exterior

En este tipo de trasplante, el importador adopta el trasplante jurídico a fin de satisfacer demandas de Estados o entidades extranjeras, y obtener beneficios, o evitar penalidades para su país. Se caracteriza por tener que adoptar medidas en su legislación por las condicionantes, amenazas, u oportunidades que se presentan desde el exterior. Los trasplantes jurídicos impulsados desde el exterior por países desarrollados se han convertido en una fuerza generalizada en el mundo que condiciona la realización de negocios, por lo que, su aceptación por parte de países subdesarrollados sería para complacer a estos Estados más poderosos y aprovechar las oportunidades que ofrecen.

Muchas de las normas de Derecho internacional han sido motivadas por presiones y oportunidades planteadas desde el exterior por países desarrollados, los cuales, han sido aceptadas por países subdesarrollados para evitar sanciones comerciales o para formar parte de los beneficios del

intercambio comercial, y no exponerse a amenazas contra sus intereses. Este tipo de trasplante jurídico se lleva a cabo aún si es ineficiente, porque responde a la presión o los incentivos, como ejemplo tenemos la adopción de legislación sobre derechos humanos, así como los estándares. No obstante, si no existen motivaciones adicionales puede fracasar y ser abandonado cuando la presión o los incentivos externos desaparecen.

1. Trasplante jurídico entrepreneur

Este tipo de trasplante es motivado en las ganancias económicas, o políticas, o ideológicas para quienes los importan. Se caracteriza por ser empleado para ganar respaldo político o de recursos para determinado grupo, de modo que, se enfoca en los individuos y grupos que obtienen beneficios, quienes a su vez alientan la adopción local del modelo extranjero, e “invierten” en la estructura trasplantada, para obtener como recompensa, beneficios políticos y económicos, es decir, para fortalecer sus posiciones en el debate local.

No obstante, los incentivos políticos y económicos que motivan invertir en este tipo de trasplante son locales y dentro del espacio político del que provienen. Asimismo, su utilización y permanencia depende del flujo de ganancias políticas y de recursos de sus impulsores, de modo que, puede fracasar si la inversión del emprendedor se torne improductiva o encuentra una inversión más productiva.

2. Trasplante que genera legitimidad

La motivación para implementar este tipo de trasplantes es el prestigio del modelo, regla o institución jurídica extranjera. El prestigio en el extranjero de la institución jurídica a trasplantar puede derivar de la eficiencia económica que proporciona, o la autoridad legal y legitimidad que puede alcanzar en el país importador. Los debates legislativos e interpretativos están enfocados en los beneficios de su implementación, incluso de índole político, por la expectativa que generan en ciertas áreas, creando voluntad de apoyarse en el modelo. Su legitimidad está basada en las normas y aprobación de autoridades legítimas

en territorio extranjero, ante la falta de una fuente de autoridad legítima en territorio del país importador.

Esta forma de adoptar un trasplante jurídico puede llevar a una pérdida de autonomía de los legisladores para crear leyes y también variar lo establecido en el modelo prestigioso. Por otro lado, la permanencia del trasplante jurídico depende del prestigio del modelo extranjero, es decir, del debate público que genera. Aunque, para algunos, el prestigio es un sin sentido porque el trasplante jurídico puede fracasar en el país exportador y perder prestigio también, por lo que, sería irrelevante cuando se tiene un verdadero flujo de información que permite desarrollar una norma original.

El mayor aporte de Watson ha sido reflexionar sobre la interacción de los sistemas jurídicos, sus características, y como van evolucionado los procesos de influencia, recepción y adaptación de normas, sentencias judiciales, institutos jurídicos, doctrinas u otros, recepcionados del extranjero para ser trasplantados, cuya complejidad puede variar según el contexto social, el tipo de objeto a trasplantar, o el margen de actuación de los actores participantes, pero siempre, configurando un grado de influencia de unos sistemas jurídicos considerados referentes sobre otros³⁹⁵.

Como ejemplo, está el modelo jurídico anglosajón y su influencia recíproca sobre los ordenamientos jurídicos civiles y de la Unión Europea, por lo que, no se puede mencionar una independencia total de algún sistema jurídico. De modo que, la interacción entre sistemas jurídicos, a través de los trasplantes jurídicos usados como herramientas de la comparación jurídica, pueden llegar a proponer reformas normativas que permitan una transformación profunda hacia un nivel global de adaptación³⁹⁶.

No obstante, las dificultades que plantearía una trasposición del *trust* en una jurisdicción regida por el sistema jurídico continental o civil obedecería, en gran medida, a la imposibilidad de reconducirla a sus categorías jurídicas, porque se

³⁹⁵ Vid. RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés. *Op. Cit.* p. 118.

³⁹⁶ *Id.* RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés. Nota 395.

presentaría como un híbrido entre el derecho de obligaciones, el derecho de la propiedad y el derecho de las personas jurídicas. Por tanto, el *trust* constituye un caso sin personalidad jurídica de condición difusa. Si a ello le sumamos la variedad de contextos en que es susceptible de aplicarse y las características que puede llegar a adoptar, dependiendo de los intereses en juego, es posible establecer que el principal atractivo del *trust* (la flexibilidad) reside en la complejidad de su trasposición³⁹⁷.

4.3.5. Propuesta de un nuevo *ius commune*

A fines del siglo XI, en Europa se estableció un sistema jurídico que presentaba una unidad jurídica entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico, el cual, estaba basado en la diversidad, no obstante, al no tener perspectiva comparativa, ni ser homogénea, solo se trataba de un marco intelectual común. En la actualidad, se estaría buscando dejar atrás el pasado *ius commune* y recrear uno nuevo, mediante un nuevo lenguaje jurídico que posicione la armonización en una nueva era, donde la comparación jurídica se constituya en el instrumento más adecuado para crear el debate y marco intelectual, donde lo local sea cada vez menos decisivo para la configuración de sistemas jurídicos³⁹⁸.

Durante los últimos años se ha abierto un mayor grado de interacción entre países, donde la comparación jurídica ha tenido un papel activo e impulsor de los cambios, al guiar y preparar el camino hacia la realización de los moldes para las reformas. No obstante, se ha sugerido que el diálogo de la comparación jurídica no sea planteado desde los términos de los sistemas jurídicos ya conocidos, como el Derecho anglosajón o *Common Law*, el Derecho continental o *Civil Law* u otro, sino a partir de una búsqueda de coherencia, flexibilidad, crítica y nuevas formas metodológicas en base a una perspectiva global³⁹⁹.

Con esta nueva visión, la comparación actuaría bajo el destino común de generar cambios y otorgar un tratamiento armonizado y globalizado para los sistemas

³⁹⁷ Vid. MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (2019). *Op. Cit.* p. 13.

³⁹⁸ Vid. LERNER, Pablo. *Op. Cit.* pp. 963-965.

³⁹⁹ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 396.

jurídicos, sustituyendo la idea del Derecho localista, hacia un dialogo jurídico entre diferentes actores globales, con base en reglas y soluciones comunes, resultantes de la labor de la comparación jurídica, como la mejor alternativa y la más beneficiosa mediante un compromiso voluntario de aplicarla⁴⁰⁰.

La globalización ha hecho más visible la evolución de unos ordenamientos jurídicos más que otros, presentándonos la denominada circulación del Derecho o “dialogo” del Derecho, por el que, se ha expuesto los mismos conflictos alrededor del mundo, así como, las diferentes soluciones de los diversos sistemas jurídicos. Esto ha significado para la comparación jurídica, en la necesidad de una circulación de soluciones compartidas a través de los trasplantes jurídicos en la legislación o desde las referencias jurisprudenciales que superen las diferencias culturales, de definición, lingüísticos, estructurales, funcionales, etc.⁴⁰¹.

El contexto fiscal internacional actual, viene encaminándose hacia una estandarización de sistemas fiscales o armonización fiscal, lo que ha provocado que, la producción normativa de los Estados se vea amenazada, tras la arraigada autosuficiencia de los ordenamientos jurídicos, justificada en su soberanía fiscal. Sin embargo, ha cobrado importancia el principio de neutralidad fiscal o neutralidad distributiva, por el que, la fiscalidad no debiera interferir en la toma de decisiones de los operadores económicos, consecuentemente proponen que, para alcanzar la neutralidad que pretende eliminar las diferencias impositivas, se requiere la aplicación del principio de renta mundial como criterio de atribución fiscal internacional⁴⁰²

⁴⁰⁰ Vid. LERNER, Pablo. *Loc. Cit.* Nota. 396.

Como ejemplo de la tendencia fiscal internacional está el Proyecto Base Consolidada Común del Impuesto de Sociedades (BICIS) elaborado por la Comisión Europea, dentro de una serie de medidas sobre simplificación y mejora del entorno fiscal de las empresas, presentado al Parlamento Europeo el 2011 y 2016 con su nueva versión, constituido por un conjunto único de normas para el cálculo de los beneficios imponibles de las empresas en la UE. Y, el Plan de reforma fiscal internacional que busca la estandarización de impuestos corporativos a grandes empresas con operación en distintos países, denominado Proyecto de Impuesto Global IG del mínimo del 15% sobre los beneficios en el extranjero de las mayores empresas multinacionales, promovido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y postergado para la gestión 2024.

⁴⁰¹ PEGORARO, L. (2013). Estudio Introductorio. Trasplantes, ingertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado. España. Ed. Tirant Lo Blanch. pp. 70-71.

⁴⁰² Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Op. Cit.* pp. 126-127, 129.

Hay neutralidad cuando un sistema jurídico no tienen contradicciones, ni inconsistencias en las medidas tributarias que plantea respecto a la importación o exportación de capitales de inversión, así como, cuando el régimen fiscal no es el elemento que limita o altera la decisión de los inversores a la hora de elegir una determinada jurisdicción para el desarrollo de sus actividades económicas. Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Op. Cit.* p. 121.

Según García Novoa, la neutralidad podría ser alcanzada solamente mediante acciones normativas que superen la limitada legislación doméstica o local, y se encuentren bajo el supuesto de un espacio armonizado en el que todos los países estén integrados⁴⁰³, por lo que, mientras no exista la disposición plena de ceder soberanía tributaria para crear un solo sistema jurídico basado en el principio de neutralidad, junto a la eliminación de competencia fiscal internacional, mediante una norma supranacional regida por el bien común global y consensuada por todos los Estados para establecer un solo tipo impositivo, por lo menos respecto al impuesto a la renta, no se podría pensar en un *ius commune* o Derecho común tributario global.

Esto conllevaría un estudio previo de comparación jurídica global del Derecho y los sistemas fiscales del impuesto a la renta, respecto al uso de categorías jurídicas, dentro de ellas el *offshore trust*, a efecto de superar las divergencias y encontrar soluciones bajo una mentalidad jurídica global, en el que, los legisladores estén dispuestos a desarrollar y plasmar estas soluciones armonizadoras o trasplantes jurídicos en sus ordenamientos jurídicos, así como, los jueces en los razonamientos de sus sentencias.⁴⁰⁴

Consecuentemente, el éxito de esta propuesta dependería de la disponibilidad de los Estados de aceptar ser influenciados por el Derecho extranjero, y específicamente por el trasplante jurídico resultante del proceso armonizador, considerando que les brinda mejores y más eficientes soluciones que responden a un bien común global y pretenden lograr una equidad fiscal. Asimismo, el intercambio de información internacional debiera superar los avances obtenidos y acompañar la creación de registros fiscales globales integrados, para ello sería necesario afianzar las relaciones entre Estados, y definir los puntos de conexión de intercambio de información, así como, el alcance de las competencias tributarias acorde al cese de soberanía fiscal, y función de un solo tipo impositivo, a fin de que, la información y pago del impuesto a la renta pueda ser obtenida y realizada en cualquier parte del mundo, pudiendo así lograr, un único tratamiento para los *offshore trusts* que supere la complejidad que le da su flexibilidad.

⁴⁰³ Vid. GARCÍA NOVOA, Cesar. (2015). *Op. Cit.* p. 131.

⁴⁰⁴ Vid. PEGORARO, Lucio. *Op. Cit.* p. 45.

OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL

Determinar, si, la figura jurídica anglosajona del *offshore trust* constituido en jurisdicciones extranjeras puede: a. Deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales; b. Diferir el pago del impuesto a la renta de manera indefinida e incierta, especialmente cuando es un *offshore trust* de carácter discrecional; c. Disminuir o lograr la desimposición fiscal total del impuesto a la renta, especialmente cuando es un *offshore trust* de carácter irrevocable; y d. Evitar la fiscalización y registro de los sujetos intervinientes y patrimonio o activos, especialmente en jurisdicciones que no lo reconocen y no lo regulan en sus ordenamientos jurídicos o la jurisprudencia especialmente de jurisdicciones de Derecho continental, dando apariencia de licitud y en muchos casos, justificando legalmente su empleo.

OBEJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Definir la concepción del *trust* y el *offshore trust*.
2. Determinar la percepción del *offshore trust* en el ámbito internacional.
3. Analizar el tratamiento fiscal de las rentas del *offshore trust*.
4. Examinar los debates teóricos para un tratamiento fiscal equitativo y uniforme al *offshore trust*.

METODOLOGÍA:

La Metodología utilizada en la investigación fue la Dogmática Jurídica cuyo carácter sistémico permitió estudiar el contenido de las leyes de los sistemas jurídicos continentales y anglosajones utilizando la abstracción enfocada al instituto jurídico del *offshore trust* para develar su naturaleza jurídica y su significancia a partir de su uso. A su vez, se estudió la jurisprudencia necesaria que fue producida por las decisiones judiciales en sentencias como producto de la aplicación de las leyes de diferentes sistemas jurídicos vinculados al *offshore trust*, ante la expectativa de un posible Derecho imperfecto, no uniforme para todos, ni paralelo a la velocidad de los cambios sociales y

jurídicos, cuyos defectos de construcción estarían obligando a los jueces a emitir sentencias para solucionar indeterminaciones, contradicciones o lagunas por causa de imprecisiones o imperfecciones de la legislación.

MÉTODO:

Dentro de la metodología adoptada, se empleó principios generales del Derecho como método principal para interpretar el sentido y contenido de las normas jurídicas de los sistemas jurídicos continentales y anglosajones respecto al *offshore trust*. Asimismo, fueron empleados estos principios generales del Derecho para integrar lagunas jurídicas que se presentaron, mediante una integración sistemática horizontal de normas de sistemas jurídicos de fuente internacional. Por su parte, fue utilizada la analogía jurídica como método de interpretación respecto a la tarea de los jueces que actúan mediante sentencias que generan jurisprudencia, a efecto de concentrarnos en las lagunas que fueron completadas por la tarea jurisdiccional y aquellas que aún no lo están.

TÉCNICA:

La comparación jurídica fue empleada como técnica en la estructura de la Dogmática Jurídica tributaria, con el fin de hallar contrastes de los ordenamientos o sistemas jurídicos y la jurisprudencia como fuente internacional, para identificar sus semejanzas y diferencias respecto al *offshore trust* y encontrar respuestas al problema análogo. Asimismo, mediante esta técnica fue comparada las estructuras o conjuntos normativas, es decir, los sistemas jurídicos, donde se identificaron los equivalentes funcionales, la analogía de solución adoptada en otros sistemas jurídicos, los antecedentes extranjeros de la regulación, y la importación del instituto jurídico analizado.

CONCLUSIONES

Primera: Respecto al concepción del *trust* se ha establecido lo siguiente:

- a. El *trust* es una figura jurídica nacida y desarrollada en el Derecho anglosajón que continúa siendo usada para fines múltiples en países que se rigen por el sistema anglosajón. No existe una definición legal sobre el *trust*, puesto que, su concepción se ha venido desarrollado empíricamente y sus características se han delimitado por acciones de los Tribunales, sin embargo, el Convenio de la Haya de 01 de Julio de 1985, ha proporcionado una definición.
- b. A partir de la investigación efectuada se puede señalar que *trust* es una institución jurídica, por la que, una o más personas (*settlers*) disponen en vida o por causa de muerte (*inter vivos o mortis causa*) de la creación de un fondo o patrimonio separado (*trust*) que adjudican a una o más personas (*trustees*) con la obligación de que sea administrado y gestionado conforme a las instrucciones de sus creadores (*settlers*) en beneficio de terceras personas (*beneficiaries*).
- c. En sentido amplio, el *trust* se define como una relación jurídica, por la que, una persona o más (*settlers*) transmiten o colocan todo o parte de sus bienes y derechos a un fondo o patrimonio separado que crean sin personalidad jurídica (*trust*), a objeto de dejarlo bajo el control de otra persona de su confianza (*trustee*), mediante un acto jurídico, por el que, le otorgan la titularidad y la obligación de gestionarlo o administrarlo en favor de terceras personas beneficiarias (*beneficiaries*) sin que llegue a formar parte de su patrimonio.

Segunda: Respecto a la preferencia de uso del *trust* respecto a otras figuras jurídicas, se destacan las siguientes razones que motivan su elección:

- a. Permite transferir y administrar bienes a través de una relación jurídica trilateral entre el propietario original que aporta sus bienes para crear el fondo del *trust*, el administrador designado por el propietario original, y los beneficiarios que reciben la titularidad económica del fondo del *trust*;
- b. Sirve de instrumento para beneficiar a terceras personas;
- c. Puede ser creado en una variedad infinita de formas, según la necesidad y finalidad que persiga quien lo crea (*settlor*) para beneficiar a terceras personas;
- d. Es flexible y versátil como ninguna otra figura jurídica;
- e. Permite el solapamiento de facultades, puesto que el propietario original puede asumir facultades de administrador o de beneficiario a la vez, o puede designar al administrador

para que sea beneficiario a la vez, complejizando de esta manera la identificación fiscal del beneficiario final o efectivo.

- f. Crea un fondo o patrimonio sin personalidad jurídica, autónomo y separado del patrimonio de las personas que intervienen en el *trust* (*settlor, trustee y beneficiaries*). El cual, al no poder ser sujeto de derechos y obligaciones exige que su titularidad sea transmitida a un administrador (*trustee*) de manera nominal a favor de terceros beneficiarios. Esta característica inherente a su naturaleza le hace inatacable por acreedores, incluso si el acreedor fuese el Estado.
- g. Permite dissociar el derecho de propiedad en dos partes según la forma dual de concebir el derecho de propiedad del Derecho anglosajón. Presenta un desdoblamiento de las facultades inherentes al derecho de propiedad en dos personas diferentes, otorgando facultades legales y formales al *trustee* o administrador (*legal ownership o legal estate*), y facultades materiales y económicas a los beneficiarios (*equitable ownership o equitable estate*), convirtiéndoles en titulares de propiedades distintas sobre un mismo bien o derecho (*estates*) que compone el fondo o patrimonio del *trust*. Esta característica crea un muro que impide identificar al beneficiario efectivo final a efectos fiscales para poder aplicar un tratamiento fiscal apropiado, provocando que algunos países se vean obligados a regular sus efectos en su normativa fiscal, aunque tengan que romper la armonización de su ordenamiento jurídico.

Tercera: Respecto al origen la dualidad del derecho de propiedad en que se basa el *trust* se ha establecido lo siguiente:

- a. El *trust* es una de las contribuciones más significativas del Derecho anglosajón para el Derecho universal, por sus capacidades de transferir y administrar patrimonios en beneficio de terceras personas a lo largo del tiempo hasta el día de hoy y su notable desarrollo en la actualidad.
- b. El *trust* es una figura jurídica de origen anglosajón que nació en Inglaterra, en aquella época en que los caballeros (*settlers*) partían para luchar en las Cruzadas y dejaban sus tierras en manos de una persona de su confianza (*trustee*) para que las administre y gestione en favor de su esposa e hijos (*beneficiaries*) hasta su regreso. No obstante, fue creación fue resultado de la negativa de las personas de confianza (*trustee*) de devolver las tierras a los caballeros que retornaban de las Cruzadas (*settlers*) y la falta de protección del derecho de propiedad de los caballeros y sus beneficiarios por parte del Derecho entonces vigente o *Common Law*,

- el cual, solo reconocía los derechos de propiedad de la persona a quien encargaban sus bienes (*trustee*).
- c. El *trust* se constituyó como una institución jurídica por primera vez con el reconocimiento del derecho de propiedad del caballero (*settlor*) y sus beneficiarios, mediante la creación del derecho de equidad (*Equity Law*) como un conjunto de principios de equidad para juzgar la conciencia de las personas, creado conjuntamente con el Tribunal de Cancillería (*Court of Chancery o Equity Jurisdiction*) para proteger el derecho de propiedad del caballero (*settlor*) y sus beneficiarios, el cual, fue presidido por el Canciller Real (*Lord Chancellor*). Esto fue el comienzo de una forma diferente de concebir el derecho de propiedad a través de su separación, originando la jurisprudencia y la dualidad del derecho de propiedad, además de la dualidad jurisdiccional, por el que, la titularidad del administrador (*trustee*) quedo bajo jurisdicción y defensa en los tribunales del Derecho Común (*Common Law*), y la propiedad material de los propietarios (*settlers*) o beneficiarios bajo la jurisdicción y defensa de los tribunales de la Equidad (*Equity Law*).
 - d. El nacimiento del *trust* como figura jurídica provino de la simbiosis de dos sistemas jurídicos, el Derecho Común (*Common Law*) y el Derecho de equidad (*Equity Law*). El cual, a pesar de que la dualidad jurisdiccional desapareció con la supresión de la Equidad (*Equity Law*) y posterior instauración de la Corte Suprema (*Supreme Court of Judicature Act*) en 1873, el derecho de equidad ha subsistido después de haber sido transferido a los Tribunales de Derecho Común (*Common Law*), donde estos sistemas se encuentren fusionados actualmente y los casos de *trust* son conocidos por la Corte Suprema.
 - e. El *trust* se constituye en la creación más destacada de la Equidad y la jurisprudencia inglesa que todavía continúa vigente y es una de las figuras jurídicas más usadas en los países anglosajones, no solo para fines testamentarios sino como instrumento de inversión o sistema de protección de activos frente a acreedores, incluso en confiscaciones fiscales.

Cuarta: Respecto a la percepción del sistema jurídico continental o *Civil Law* frente a los efectos del *trust* se concluye lo siguiente:

- a. El *trust* es una figura jurídica ampliamente conocida y utilizada en países sujetos el Derecho anglosajón, pero resulta desconocida para el Derecho continental o *Civil Law* por los siguientes aspectos:
 - No le ha sido posible asimilar la separación del derecho de propiedad en los códigos civiles, ni la constitución de un patrimonio autónomo sin personalidad jurídica que pueda ser usado para lograr una finalidad, debido a que, el Derecho continental entiende el

derecho de propiedad como un dominio absoluto, definitivo, e indivisible que pertenece a alguien sin temidos medios.

- Le ha sido imposible concebir la propiedad en interés ajeno que no beneficia a su titular.
 - Le resulta inadmisibles admitir que exista un administrador que a la vez sea titular de un patrimonio que no le pertenece ni le genera ningún beneficio propio, al que ningún acreedor personal puede exigir el pago de adeudos porque el fondo del *trust* responde a derechos de terceras personas.
- b. El creciente uso transfronterizo del *trust* en países de sistema jurídico continental o *Civil Law* y la complejidad para darle un tratamiento y lograr asimilarlo, ha impulsado que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado HCCH emita el Convenio de la Haya de 1 de Julio de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento internacional, a fin de dotar de pautas para su aplicación y simplificar o eliminar el rechazo del *trust* por el *Civil Law*. Sin embargo, su ratificación y adhesión fue escasa después de entrar en vigencia el 1 de enero de 1992, y se convirtió en un intento fallido de regulación internacional. Por tanto, la falta de reconocimiento del *trust* todavía está presente, y existe el riesgo de que su uso incremente en sistemas jurídicos no anglosajones y no pueda ser regulado por la creciente afluencia de transacciones en un mundo globalizado;
- c. La imposibilidad de incorporar el *trust* en las legislaciones civiles también ha impedido su regulación en el ámbito tributario. Aunque existen jurisdicciones que han preferido romper la armonía de su ordenamiento jurídico y han preferido regularlo fiscalmente a pesar de la indefinición que mantienen en ámbito civil de sus legislaciones.
- d. El rasgo distintivo que separa el Derecho anglosajón del Derecho continental es en esencia la fragmentación del derecho de propiedad, el cual, si bien es aceptado y regulado con naturalidad por el Derecho anglosajón, en países de Derecho continental el derecho de propiedad es concebido como un dominio absoluto y exclusivo, por el que, algo pertenece a alguien o no de manera definitiva e indivisible sin términos medios, por ello, resulta imposible aceptar la fragmentación del derecho de propiedad, y, por tanto, el *trust* no ha tenido cabida.

Quinta: Respecto al *trust* en su estado básico, se destacan las siguientes características:

- a. Crea un fondo separado del patrimonio personal de los sujetos que intervienen (*settlor, trustee, y beneficiaries*), en el que, los bienes o activos se desprenden del patrimonio original para formar uno nuevo con un fin específico, sin involucrar el patrimonio del administrador (*trustee*) ni de los beneficiarios, quedando aislado de los acreedores personales de estos

- sujetos intervinientes e incluso del Estado, no puede ser tocado ni reclamado y queda destinado al cumplimiento de los fines por el que fue creado;
- b. Crea un patrimonio de afectación, donde la gestión del fondo afecta solo al conjunto de bienes que se constituyen como patrimonio de afectación hasta que se cumpla el fin. Esta afectación no es perpetua porque responde al cumplimiento temporal de un fin;
 - c. Constituye un fondo o patrimonio autónomo a cualquier vínculo jurídico, configurando una entidad sin personalidad jurídica que no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones, y permanece aislado de responsabilidades patrimoniales y fiscales, por lo que, no puede responder por deudas de los sujetos intervinientes, quedando protegido de cualquier deuda, incluso si fuese tributaria;
 - d. Transmite la titularidad “nominal” del fondo del *trust* al administrador sin que signifique una transferencia absoluta, sino por cuenta de terceros, para gestionar bienes ajenos a favor de los beneficiarios;
 - e. No es admitido por los sistemas jurídicos continentales por su forma dual de concebir el derecho de propiedad a partir de la autonomía de la voluntad, y por contradecir los derechos reales absolutos e inalterables establecidos por la codificación continental.
 - f. Permite la fragmentación de las facultades inherentes del derecho de propiedad en dos personas diferentes, la propiedad legal o formal a favor del administrador y la propiedad material y económica a favor del beneficiario que recibe los réditos que produce su explotación. Esta fragmentación culmina cuando el capital del fondo del *trust* es transferido definitivamente al beneficiario, al cumplimiento del fin por el que fue creado. Desde la óptica civilista, mientras no sea transferido el capital del fondo del *trust*, el constituyente (*settlor*) continúa siendo propietario, porque el administrador solo aparenta ser propietario, aunque solo lo administra sin tener dominio completo, por la obligación que tiene frente beneficiarios que cuentan con el derecho a recibir y disfrutar del fondo del *trust*.
 - g. Permite que el propietario original pueda reservarse para sí facultades en diferentes niveles de intervención en el *trust* e incluso la revocatoria, o designar al administrador como beneficiario a la vez, dando lugar al solapamiento de sujetos y facultades.
 - h. Puede constituirse en una variedad ilimitada de formas según las necesidades o fines, estos pueden ser: testamentario, porque sirve de instrumento para transferir bienes después de la muerte; inter vivos, realizado entre personas con vida generalmente en el extranjero; privado, con beneficios específicos y definidos entre particulares; público, con propósitos públicos y de interés general; revocable, cuando el constituyente se reserva la facultad de modificar, revocar o anular el *trust* y sus condiciones manteniendo el control sobre los bienes y activos

del fondo del *trust*, por lo que, puede ser considerado propietario todavía; y de participación, donde los beneficiarios han sido designados según su participación en el fondo sin que el administrador tome decisiones discrecionales, entre otros.

Sexta: Respecto al *trust* considerado como vehículo de inversión, se concluye lo siguiente: Considerando que las operaciones internacionales se instrumentan a través de compañías o empresas, pero también a través de vehículos de inversión o de gestión de patrimonio que facilitan la realización de actividades empresariales y de inversión pasiva, tanto de personas naturales como jurídicas, permitiendo que se obtengan rentas, pero no necesariamente que tributen por ellas en el país de su residencia, el *trust* es un vehículo de inversión cuando se constituye en el extranjero o fuera del lugar donde se constituye bajo la modalidad de *offshore trust*, por ser un instrumento idóneo para conducir rentas de un país a otro y se considera atractivo para los inversionistas por las siguientes razones:

- Se puede escoger la jurisdicción que más les sirva a sus intereses, así como las jurisdicciones con las que combinará sus operaciones;
- Es versátil y flexible para la administración y protección de activos y patrimonio en diferentes lugares donde se estructura;
- Por su naturaleza compleja y las múltiples formas en que puede configurarse en diferentes países con ordenamientos jurídicos diferentes, logra encubrir al verdadero beneficiario efectivo o final de los activos o patrimonio que protege;
- Es una figura jurídica que ha logrado expandirse fuera de los países de Derecho anglosajón desde donde se origina a través de los *offshore trusts* y es ampliamente usada como herramienta para la planificación fiscal internacional, al poder viabilizar la reducción, el diferimiento, y la des-imposición del impuesto a la renta que pudiera aplicarse; y
- Sus características se enmarcan en aquellas características que son esenciales para los vehículos de inversión, al facilitar la gestión de patrimonio ligada a un fin específico, por el que, a través de los *offshore trust* también es posible obtener rentas que no necesariamente tengan que tributar por ellas en el país de su residencia.

Séptima: Respecto a la definición del *offshore trust*, características y finalidad que los distingue a efectos fiscales, se concluye lo siguiente:

- a. El *offshore trust* también denominado *trust* extraterritorial, transfronterizo, extranjero, o *foreign trust*, es un *trust* básico creados fuera del país de residencia habitual de la persona que lo origina (*settlor*), y de quienes son designados como beneficiarios de sus rendimientos,

- el cual, al quedar sometidos a jurisdicciones extranjeras, y tener una estructura de patrimonio separada del patrimonio de los sujetos intervinientes (*settlor, trustee y beneficiaries*), cuentan con una capa adicional de protección contra acreedores, incluso contra los Estados respecto de las obligaciones tributarias que generan.
- b. Su característica esencial es poder constituir un fondo o patrimonio separado del *trust*, fuera de la residencia habitual del constituyente (*settlor*), cuya modalidad, le permite regirse por la legislación extranjera del país o jurisdicción que selecciona como favorecedora de la finalidad por el que es creado, el cual, necesariamente queda ligado a intereses fiscales y económicos del constituyente (*settlor*), desde cuya jurisdicción seleccionada puede aprovechar de cierta capa adicional de protección que no estaría disponible si fuese creado en el país de origen del constituyente (*settlor*), sino solo a través de la aplicación de la legislación extranjera.
 - c. Su finalidad principal es poder elegir el lugar donde obtener mejores ventajas, así como, adquirir mayor protección de activos al desconectarse del sistema tributario del país anglosajón, y lograr la reducción de impuestos y desgravación mientras no se distribuyen los rendimientos.
 - d. Se caracteriza por tener una estructura regida por el Derecho anglosajón, pero es creado en jurisdicciones cuya legislación extranjera le es económica y fiscalmente más favorable, porque le ofrece mayor protección a nivel de privacidad y a nivel fiscal.
 - e. Es catalogado vehículo extranjero de inversión y de gestión de patrimonio con domicilio en el exterior que facilita la realización de actividades empresariales y de inversión pasiva, tanto de personas naturales como jurídicas que obtienen rentas, pero no necesariamente tributan por ellas en el país de su residencia, al emplear sistemas fiscales de fuente territorial donde solo los residentes tributan por rentas obtenidas en el exterior.
 - f. Es deslocalizable y pueden escogerse la o las jurisdicciones más favorables, dejando en incertidumbre la identificación del beneficiario efectivo.
 - g. Son una forma legal de proteger activos y patrimonio. No es una práctica ilegal, su empleo se enmarca dentro de la planificación fiscal internacional para obtener mayores ingresos.
 - h. Su carácter discrecional posibilita el diferimiento del nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren en el tiempo, y al no ser repartidas no se generan las obligaciones fiscales, más aún cuando interviene un país de fuente territorial, en el que, los vehículos de inversión residentes no tributan por rentas de fuente extranjera, presentándose como instrumento idóneo para conducir rentas de un país a otro.

- i. Son una estructura jurídica intermediaria que al estar sujeto a una legislación extranjera puede obtener ventajas fiscales que no se obtendría si se constituyese en la legislación del país de residencia del constituyente que lo crea.
- j. Su finalidad es la protección de patrimonio y activos motivada por beneficios económicos y fiscales que ofrece su creación deslocalizada y abierta a la selección de la legislación favorable cuyas ventajas son aprovechados para la planificación patrimonial y fiscal, estas ventajas serían las siguientes:
 - Ofrece libertad de elegir la legislación a la que será sometido, así como, desde donde se obtendrán mejores ventajas o mayor protección de activos, al facilitar la desconexión del sistema tributario del país anglosajón, y conseguir la reducción de impuestos o desgravación mientras no se distribuyen los rendimientos;
 - Ofrece mayor protección de activos al desconectarse del sistema tributario del país anglosajón. Debido a que se beneficia de condiciones que no estarían disponibles en su país de origen, pero que si le son favorables en el país extranjero que escoge constituirse y combinarse;
 - Ofrece una estrategia de protección de activos a prueba de balas según Nomad Capitalism, debido a que el patrimonio que protege no puede ser embargado, confiscado o reclamado;
 - Ofrece reducción de impuestos según las ventajas fiscales que otorgue la legislación extranjera que seleccione;
 - Ofrece desgravación mientras no se distribuyen rendimientos, es decir, permite el diferimiento, aunque esto depende de las disposiciones legales y si estas establecen o no restricciones u obligaciones tributarias.
- k. Es considerado una entidad transparente o entidad controlada no domiciliada por algunas legislaciones que han introducido las normas TFI en sus ordenamientos jurídicos, porque tiende a ser constituido en jurisdicciones extranjeras con ventajas fiscales del impuesto a la renta, y porque su naturaleza le permite llegar a deslocalizar la base imponible de las rentas que genera. Por ello las normas TFI o de “transparencia”, no toman en cuenta la decisión de diferir las rentas pasivas y las imputan directamente a quien consideran controlador, haciendo que el *offshore trust*, también considerado vehículo jurídico se haga transparente a efectos fiscales, considerando que se otorga beneficios directamente al controlador o beneficiario efectivo, cuya condición se profundiza cuando se constituye con carácter irrevocable y/o discrecional.

Octava: Respecto a las ventajas para los inversionistas al constituir un *offshore trust* de carácter irrevocable y discrecional, frente a las desventajas de las administraciones tributarias se concluye lo siguiente:

- a. En un *offshore trust* de carácter irrevocable el constituyente (*settlor*) no se reserva ningún derecho o facultad respecto al fondo que crea y transfiere la titularidad al administrador (*trustee*) sin posibilidad de ser revocado, de manera que queda desvinculado totalmente del *trust* y le es posible demostrar a los tribunales que dicho patrimonio no le pertenece ni tiene el control sobre él al no reservarse ningún derecho o facultad sobre el para administrarlo, modificarlo o rescindirlo.

Esta condición fortalece la protección de activos al dejar la titularidad bajo responsabilidad del administrador (*trustee*), quien al no ser propietario absoluto sino solo “nominal” no puede asumir obligaciones tributarias, ni tampoco los beneficiarios que mantienen la expectativa de ser propietarios pero aún no lo son a pesar de recibir beneficios, de manera que, al no tener claro el sujeto pasivo a quien atribuir las obligaciones fiscales por las rentas que genera el *offshore trust*, el constituyente (*settlor*) puede favorecerse de una des-imposición o no gravabilidad de las rentas solo por quedar desvinculado totalmente de su calidad de el propietario original;

- b. En un *offshore trust* de carácter discrecional, el constituyente (*settlor*) otorga al administrador (*trustee*) la facultad discrecional de designar a los beneficiarios, así como, definir la forma, tiempo y lugar en que recibirán los mismos. De modo que, el administrador (*trustee*) decide quiénes serán los beneficiarios y cuando los designará, así como, la forma en que serán distribuidos los beneficios, haciendo más compleja la forma de atribuir rentas e identificar a los beneficiarios porque no se conocen aún, y su designación queda en suspenso facilitando el diferimiento fiscal.

Esta forma de *offshore trust* permite dejar en incertidumbre la identificación del beneficiario efectivo o final de las rentas que genera el *offshore trust*, así como, difiere en el tiempo la distribución de estas rentas. Es usada por las ventajas que puede generar la imprevisibilidad y la falta de información de las actuaciones del administrador (*trustee*) que además facilita el diferimiento del nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren, no se generan las obligaciones fiscales. Por tanto, puede ser catalogado como entidad transparente por algunas legislaciones, en las que, no se toman en cuenta la decisión de diferir las rentas pasivas y las imputan directamente a quien consideren controlador, haciendo que el *offshore trust* también se haga transparente a efectos fiscales.

- a. El carácter irrevocable y discrecional generan una barrera adicional que imposibilita la identificación del beneficiario efectivo a quien considerar sujeto pasivo de obligaciones fiscales, sumado a que, solo por el hecho de ser un *trust* ya se enmarca en la imposibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones fiscales, al ser una entidad sin personalidad jurídica.
- b. Para los inversionistas los *offshore trust* se constituyen en un instrumento para la optimización fiscal, por las exenciones, el diferimiento o des-imposición que puede alcanzar según la ley extranjera que se escoge para constituirlo, administrarlo y otorgar beneficios. En cambio, para las administraciones tributarias se presentan desventajas, especialmente en sistemas continentales que no pueden darle un tratamiento fiscal que permita cobrar el impuesto a la renta, además de la dificultad de obtener información de: su constitución, los sujetos que intervienen, el lugar de administración, el lugar de la distribución, el costo fiscal de las aportaciones, el momento de aportación, la ubicación de los bienes y derechos, los movimientos durante la administración, etc.

Novena: Respecto al uso del *offshore trust* como herramienta de planificación fiscal, se concluye lo siguiente:

- a. La planificación fiscal internacional o economía de opción es el derecho a optar por vías fiscales más beneficiosas dentro de la legalidad, es decir, permite optar vías fiscales más beneficiosas o menos onerosas dentro de la legalidad, cuyas operaciones económicas sean consideradas legales mientras no vulneran la norma directamente, y lícitas mientras involucren actos de elusión.
- b. A pesar de enmarcarse en la legalidad, la planificación fiscal internacional se ha convertido en un problema para las administraciones tributarias del mundo, por viabilizar la toma de destinos con mayores ventajas tributarias que terminan deslocalizando las bases imponibles y permite que sean conducidas hacia jurisdicciones con ventajas fiscales, por el que, generan mayores desafíos para las administraciones tributarias cuyo deber es defender el interés tributario contra la afectación de los intereses fiscales locales e internacionales.
- c. Los resultados de la planificación fiscal internacional han exigido fijar la atención en los mecanismos jurídicos que emplean para disminuir o escabullirse del total o parte del pago de impuestos, mediante el aprovechamiento de los siguientes factores:
 - La no regulación, o no reconocimiento en los sistemas jurídicos que intervienen;
 - La presencia de diferentes localizaciones que intervienen en los relacionamientos;
 - La combinación de jurisdicciones cuyas disposiciones jurídicas generan inaplicabilidades cuando convergen, o siendo que siendo ensamblados deliberadamente permiten

- conseguir lo siguiente: la protección frente a las obligaciones tributarias; o evitar, demorar, o reducir el pago del impuesto que grava las rentas en una parte de las jurisdicciones de la cadena productiva o en todas las que intervienen, en aplicación de la denominada “planificación fiscal agresiva”; y,
- Los vacíos jurídicos, imprecisiones, diferencias y la falta de uniformidad de las legislaciones permiten justificar la legalidad de actuaciones que en otra parte del mundo son tachadas de ilegales, obligando a exigir además una justificación económica de los movimientos de capital. Siendo la justificación de legalidad fundada en las citadas imprecisiones de las legislaciones, la herramienta que marca la debilidad de los países.
- d. La globalización y la internacionalización de la economía han profundizado la problemática fiscal de controlar el cumplimiento de obligaciones tributarias por actividades económicas transfronterizas, al haber provisto el terreno propicio para el empleo de esquemas de planificación fiscal internacional cada vez más sofisticadas y la presencia de contribuyentes globales que buscan disminuir gastos por conceptos fiscales.
- e. Los *offshore trusts* han sido considerados uno de los mejores mecanismos de protección de patrimonio y de planificación fiscal internacional, por facilitar la elección de la jurisdicción con legislación más favorable a sus intereses y por permitir la fragmentación del fondo del *offshore trust* en dos, deslocalizando sus partes en diferentes jurisdicciones donde la figura jurídica del *trust* puede o no estar sujeta a tributación, o estar exencionada, o presentar una gravabilidad reducida, convirtiéndose en una figura jurídica estratégica por la libertad que proporciona para elegir jurisdicciones.
- f. Si los *offshore trusts* son discrecionales, se favorecen del diferimiento fiscal, o no distribución de las rentas a los beneficiarios, y si además son de carácter irrevocable, se favorecen de la des-imposición o no gravabilidad de las rentas, al quedar desvinculado el propietario original o constituyente (*settlor*), y dejar al administrador (*trustee*) como propietario legal “nominal”, mientras los beneficiarios mantienen la expectativa de ser propietarios en algún momento incierto, y por tanto, el nivel de inseguridad es mayor respecto a la definición del sujeto pasivo o beneficiario final o efectivo, no quedando claro a quien atribuir las obligaciones fiscales por las rentas que genera el *offshore trust*, más aun cuando no se distribuyen, sino que se acumulan con destino incierto.

Decima: Respecto a las acciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – HCCH frente al empleo de los *offshore trusts*, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. La expansión del uso de los *offshore trust* fuera de las fronteras anglosajonas y la dificultad de asimilarlo en países que se rigen por sistemas no anglosajones como el sistema continental o *Civil Law*, dio lugar a que, el 1 de julio de 1985, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – HCCH, como promotor de la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional privado, emita el “*Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y su Reconocimiento*”, con el fin de que, los *trusts* creados bajo el Derecho anglosajón pudiesen desplegar sus efectos en jurisdicciones de Derecho Continental de manera regulada y uniforme, dada su naturaleza deslocalizable, presentando una propuesta para modificar los ordenamientos a objeto de lograr una adaptación del *trust* como institución específica, y con su aplicación y definición de la ley aplicable, se pudiese evitar la inseguridad jurídica que genera una entidad jurídica deslocalizable como el *trust* que no tiene personalidad jurídica y que permite múltiples variaciones en su creación.
- b. La ratificación y adhesión al citado Convenio fue escasa, no obstante, dio las pautas sobre la ley aplicable a los *trusts*, a través del reconocimiento de la facultad del constituyente (*settlor*) para definir la ley aplicable en el acto de constitución, y criterios conexión subsidiaria para seleccionar la ley aplicable en caso de no estar establecida, mediante la aplicación del principio de proximidad para verificar el lugar donde el *trust* se encuentra más estrechamente vinculado según la verificación de los siguiente criterios de:
 - El lugar donde el *trust* es constituido y administrado;
 - El lugar donde se encuentran situados los bienes del *trust*;
 - El lugar de residencia del administrador (*trustee*), o desde donde ejerce sus actividades;
 - El lugar donde los objetivos del *trust* deben cumplirse y cuales son estos objetivos.
- c. A pesar de que el citado Convenio es carácter universal porque la adhesión y ratificación se encuentra abierta a todos los países, incluso los de sistema anglosajón, respecto al reconocimiento del *trust*, ningún país está obligado a reconocer el *trust* según el Convenio. Esto ha dado lugar a la problemática de la existencia de legislaciones elegidas por el constituyente (*settlor*) como ley aplicable al *trust* que no reconocen el *trust* como figura jurídica aplicable en sus ordenamientos jurídicos, a pesar de estar vinculado estrechamente.

Decima Primera: Respecto a la postura del Consejo de la Unión Europea frente al *offshore trust* se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. Para el Consejo de la Unión Europea el *offshore trust* es un instrumento jurídico transfronterizo que genera rentas que se distribuyen en forma de pago de intereses sin estar sujetos a tributación efectiva, por lo que, la Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014,

establece que cuando un Estado miembro de la UE realiza pagos de intereses al fondo de un *trust* en el extranjero, sin que éste se encuentre sujeto a tributación efectiva, porque el administrador (*trustee*) reside fuera de la UE, estos pagos son considerados realizados y atribuidos inmediatamente a la persona física residente del Estado miembro que los recibe, salvo que, demuestre que se encuentra sujeto a tributación efectiva. Y, en caso de que la administración del *trust* sea realizada desde un Estado miembro, se considera obligado al pago el Estado miembro en el momento de la percepción o distribución de beneficios o intereses.

- b. La Directiva del UE referida no se pronuncia sobre los *offshore trusts* de carácter discrecional, los cuales, permiten diferir la atribución de las rentas según decisión discrecional del administrador (*trustee*) o mantener en suspenso la identificación de los beneficiarios y el momento de su distribución, de forma que, no sería factible el cumplimiento de las reglas que establece al desconocerse la identidad de los beneficiarios y los pagos atribuidos, y al no considerar las capacidades diferentes de otras jurisdicciones para brindar información, a pesar de que la Directiva le otorga la responsabilidad al administrador (*trustee*) de informar el lugar de administración y constitución del *trust*.

Decima Segunda: Respecto a la postura del Parlamento Europeo frente al *offshore trust* se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. La Comisión del Parlamento Europeo presenta uno de los pronunciamientos más recientes sobre el *trust* a través de su Informe de 16 de septiembre de 2020, en el que evalúa si los Estados miembros han identificado debidamente en sus leyes al *trust* e instrumentos jurídicos similares respecto a las obligaciones establecidas en la Directiva (UE) 2015/849 contra el blanqueo de capitales, y obliga a los administradores (*trustees*) de los *trusts* a que informen sobre: la titularidad real del *trust*, el lugar de su residencia o de constitución, y donde realizan sus negocios o adquieren bienes, bajo aplicación de sanciones que les obliga asumir a los Estados miembros. En este Informe también se detalla el último reporte de 27 de abril de 2020 sobre los Estados miembros que no lo reconocen ni regulan en sus legislaciones, los que si lo regulan, los que solo ratificaron el convenio y los que regulan figuras similares, dentro de cuyo resultado, los países que si lo regulan en sus ordenamientos jurídicos son Chipre, Malta, Reino Unido e Irlanda, entre ellos, solo los primeros tres lo reconocen mediante la ratificación del Convenio de La Haya de 1985.
- b. Este Informe confirma la naturaleza del *trust* y los riesgos que se ha venido alertando a lo largo de la investigación de la presente tesis, resaltando las siguientes características:

- La separación o desconexión de la propiedad en dos (la propiedad legal separada de la propiedad económica), proveniente del Derecho anglosajón, pero no reconocida por el Derecho continental.
- La estructura compleja que exige esfuerzos adicionales para identificar verdaderas relaciones y titulares del *trust*.
- El riesgo del uso indebido de los *trust* según el estudio de casos de blanqueo de capitales, específicamente cuando se constituyen en el extranjero, porque los sujetos coinciden y se solapan.

Decima Tercera: Respecto a la competencia judicial dentro la Unión Europea frente al *offshore trust*, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

El Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea en su Reglamento N° 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 se han pronunciado sobre la competencia judicial para conocer y resolver demandas dentro de la UE, y han establecido que una persona miembro de la UE puede presentar demanda contra el constituyente (*settlor*), administrador (*trustee*) o beneficiario de un *trust*, ante órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro donde se domicilie el *trust*. Pero esta disposición se somete a lo dispuesto en el documento de constitución sobre la ley aplicable, reconociendo que es el único documento que define donde debe conocerse la demanda.

Decima Cuarta: Respecto a la soberanía fiscal y las normas de Transparencia Fiscal Internacional se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. La incursión de la globalización ha afectado la soberanía fiscal al incrementar la incertidumbre sobre cómo afrontar las relaciones tributarias entre países por el crecimiento de transacciones económicas alrededor del mundo respecto a las rentas que estas generan, cuestionando si es suficiente para el reparto equitativo de las bases fiscales, y lo que se ha podido evidenciar es un desequilibrio ocasionado por la pérdida de soberanía fiscal de los países que producen el valor y el traslado de beneficios a jurisdicciones con ventajas fiscales, dando lugar al “*quebrantamiento del nexo entre el lugar de generación del beneficio y el lugar de percepción del beneficio*”, es decir, a la erosión de las bases imponibles o traslado de beneficios que ocasionan pérdidas de ingresos fiscales.
- b. El desequilibrio de la soberanía fiscal ha ocasionado que, en el afán de atraer inversión, algunos países decidan ofrecer incentivos, exenciones, o tratamientos especiales, dando lugar a la competencia fiscal internacional, donde se termina distorsionando los sistemas fiscales e incentivando la búsqueda de ventajas fiscales.

- c. En respuesta a las distorsiones de la competencia fiscal internacional, han sido introducidas las normas TFI o de Transparencia Fiscal internacional, también denominadas Normas CFC o Controlled Foreign Company, las cuales, han sido también incorporadas en los ordenamientos jurídicos para ignorar la decisión de diferir las rentas pasivas e imputar directamente a quien consideren controlador, haciendo que los vehículos jurídicos se hagan transparentes a efectos fiscales, porque consideran que estos son obtenidos directamente por el controlador o beneficiario efectivo. De manera que, las rentas son sometidas a imputación y atribuidas al verdadero perceptor o controlador, prescindiendo de la decisión de diferir, esto es llamado como Presunción legal de control. No obstante, es mucho más difícil identificar al controlador o beneficiario efectivo de los *offshore trusts* a causa del solapamiento que puede aplicar, obligando a que las Administraciones Tributarias a tener que identificar cada capa de la cadena del vehículo de inversión.
- d. La finalidad de las normas TFI son las siguientes:
- Evitar que las rentas deslocalizables o móviles se ubiquen en jurisdicciones fiscales convenientes para diferir el pago del impuesto a la renta, considerándolas distribuidas como si la entidad o instrumento jurídico que las genera no existiera,
 - Promover la equidad del sistema tributario, buscando que las rentas locales sean gravadas de la misma forma que las extranjeras. Aunque algunos creen que se busca proteger el principio de renta mundial, cuyo fin es la equidad fiscal al gravar de la misma manera las rentas locales como las extranjeras.
 - Aplicar el Principio de neutralidad, por el que, las operaciones económicas no se vean afectadas por la imposición de cierto país, si no que sin importar la localización, todas las transacciones tengan la misma presión tributaria. Busca que se tribute en forma idéntica a la que tributarían si las actividades económicas no se protegiesen detrás del trust.

Decima Quinta: Respecto a la discrepancia sobre la definición del *beneficial owner* y el beneficiario efectivo o final de los *offshore trust*, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. La expresión *beneficial owner* fue concebida para identificar a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que verdaderamente controla u obtiene los resultados de una entidad o estructura jurídica, por encima de lo establecido por la formalidad.
- b. Independientemente de la controversia de su falta de definición y alcance en la actualidad, entre si es correcto referirse al término “beneficiario efectivo”, o “beneficiario final”, “controlador final efectivo”, o “beneficiario final efectivo”, lo cierto es que, la noción de *beneficial owner* tiene su origen en el nacimiento del *trust* en Inglaterra y fue creado a causa

- de la necesidad de encontrar al verdadero propietario de las tierras y brindarle seguridad a los caballeros que las encargaban sus tierras a sus amigos de confianza mientras iban a las guerras.
- c. Este concepto fue creado para proteger los derechos ante la negativa de devolución de tierras por parte de las personas parecían ser de confianza y quedaban encargadas mientras los caballeros iban a la guerra, el cual, fue creado para identificar a la persona que verdaderamente controla y se beneficia de determinada entidad legal por encima de lo establecido por la formalidad, pero no existe aún una definición oficial.
 - d. El concepto de *beneficial owner* fue introducido en los Modelos de Convenios de Doble imposición en 1977, y se encuentra citado en los Arts. 10, 11, y 12 como “beneficiario efectivo”, no obstante, su traducción todavía se encuentra en controversia. Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE se traduce como “beneficiario final” a efectos de la transparencia fiscal; en materia de lavado de capitales como “controlador final efectivo”; y, en la normativa del Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI como “beneficiario final” o quien tiene la propiedad, el control y goza de beneficios; en la presente tesis se ha sugerido considerar referirse a “beneficiario final efectivo”, porque describe a quien tiene el último poder efectivo de disposición de los resultados del fondo del *trust*.
 - e. Es necesario tomar en cuenta que todavía no existe un concepto internacional unificado que resuelva la problemática de la traducción del *beneficial owner*, y por tal motivo se continúa acudiendo a la definición que adopta cada sistema jurídico, aunque resulta mucho más difícil para países de sistema continental que ni siquiera admiten su existencia.
 - f. Dentro de la problemática fiscal de identificar al “beneficiario efectivo o final” o la persona que verdaderamente controla u obtiene los resultados de las ganancias por encima de lo formalmente visible a efectos del impuesto a la renta, resulta mucho más difícil identificar a al beneficiario efectivo de vehículos jurídicos sin personalidad como los *trusts*, cuya estructura es más sofisticada y no solo la propiedad del fondo del *trust* está separada en dos, sino también la titularidad y el control efectivo de él, con el añadido de que es posible solapar facultades y una misma persona puede ser a la vez constituyente (*setllor*) y beneficiario, o administrador (*trustee*) y beneficiario, siendo aún más complejo cuando se trata de *offshore trusts* que se vinculan a varias legislaciones, y algunas de ellas desconocen el *trust* o no lo regulan en sus ordenamientos jurídicos, haciendo que no sea posible identificar a los obligados al pago del impuesto a la renta.

Decima Sexta: Respecto a la identificación del beneficiario final o efectivo del *offshore trust*, la problemática se concentra en:

- a. El desconocimiento y no reconocimiento de esta figura jurídica en los ordenamientos jurídicos continentales, impide anticipadamente cualquier tipo de valoración fiscal del beneficiario efectivo o final y consecuentemente la determinación del obligado al pago del impuesto a la renta;
- b. Si esta figura jurídica fuese reconocida por los ordenamientos jurídicos y se llegase a identificar al controlador del *offshore trust*, la siguiente problemática sería la falta de definición del término *beneficial owner* y la discordancia con la definición de sujeto pasivo o contribuyente del impuesto a la renta en la legislación fiscal local; y si esto se resolviera problemática se concentraría en si el ordenamiento jurídico es capaz de reconocer en su sistema jurídico la dualidad del derecho de propiedad y la titularidad nominal del administrador (*trustee*). Por lo que, al no haber concordancia ni aceptación de la concepción de los *trust* en una gran parte de legislaciones, la definición de “beneficiario final o efectivo”, tampoco tendría aplicación práctica a efectos de los *offshore trust*.
- c. La flexibilidad del *trust* permite que el constituyente (*settlor*) pueda decidir solapar facultades de los otros sujetos intervinientes a la vez, por ello, el administrador (*trustee*) puede también ser beneficiario o el constituyente (*settlor*) puede reservarse facultades y actuar como administrador (*trustee*) o beneficiario del *trust*, haciendo que la identificación del sujeto pasivo sea aún más compleja, por las dificultades de disponer de esta información y verse obligado a identificar cada capa de la cadena hasta llegar a conocer la estructura de control de cada una de ellas.
- d. La estructura del *offshore trust* exige que sea necesario diferenciar la distribución de los intereses y la distribución del capital como dos momentos distintos, e incluso sugiere que pueda referirse a “beneficiario efectivo” a quien percibe las rentas y “beneficiario final” cuando recibe el capital;
- e. Si no hay reconocimiento del *offshore trust* será difícil poder dar un tratamiento fiscal adecuado sobre el verdadero controlador o receptor de los beneficios y continuará siendo posible ocultar a los verdaderos propietarios, afectando no solo la fiscalidad sino también las políticas de prevención de blanqueo de capitales que han venido previniendo sobre el abuso de vehículos jurídicos.

Decima Séptima: En países que se rigen por el sistema jurídico anglosajón, se analizó el tratamiento fiscal aplicado a los *offshore trust* en Estados Unidos de América y el Reino Unido, llegando a las siguientes conclusiones:

- a. En Estados Unidos el *offshore trust* es denominado *trust* extranjero o *US Foreign Trust*. Pueden ser empleado por individuos extranjeros no residentes y su uso está liberado del impuesto a la renta estadounidense, salvo que la administración fiscal americana (*Internal Revenue Service – IRS*) considere que existe participación de un ciudadano o residente estadounidense como constituyente (*settlers*) o beneficiario, en cuyo caso, los ciudadanos o residentes estadounidenses son tratados como propietarios, es decir, los *trusts* extranjeros (*US Foreign Trusts*) pueden ser calificados como *Foreign non-grantor trusts* o no otorgantes gravando el impuesto a la renta a los beneficiarios estadounidenses, o como *Foreign grantor trust* u otorgantes gravando a los constituyentes (*settlor*)., a fin de prevenir o frenar que se evada o difiera indebidamente los ingresos mediante estas reglas excepcionales que buscan el reconocimiento de ganancias y la identificación de ellas. Este país no cuenta con registros públicos sobre el *trust*, ni forma parte del consenso internacional sobre intercambio automático de información de cuentas financieras denominado Common Reporting Standard CRS desarrollado por la OECD, por tanto, los *US trust* no están obligados a presentar CRS, salvo que se trate de *trust* extranjeros o *US foreign trust* vinculados a países que han implementado la CRS.
- b. En Reino Unido los *trusts* constituidos y administrados por no residentes no pagan el impuesto a la renta si los ingresos que reciben son extranjeros, salvo que los *trust* sean de carácter discrecional o de participación, en cuyo caso los administradores (*trustees*) deben pagar el impuesto a la renta por los ingresos del fondo del *trust* que gestionan.

Decima Octava: En países que se rigen por el sistema jurídico continental, se analizó el tratamiento fiscal aplicado a los *offshore trust* en España y Argentina, llegando a las siguientes conclusiones:

- a. España es un país de sistema continental que no ha recogido ni incorporado el *trust* en su ordenamiento jurídico, y tampoco se ha adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, por lo que, en territorio español el *trust* es desconocido tanto en lo material como en lo internacional privado, y por tanto, no puede ser sujeto de derechos ni obligaciones, ni mucho menos, surtir efectos jurídicos dentro de él. No obstante, se han pronunciado judicial y administrativamente estableciendo reglas para su tratamiento porque no han podido evitar que los residentes españoles constituyan *trusts* en el extranjero o sean beneficiarios de ellos.

Asimismo, no pueden excluirse de aplicar Directiva 2014/48/UE de 24 de marzo de 2014 respecto a la competencia judicial internacional de los *trusts* al ser miembro de la UE.

En el ámbito judicial, el Tribunal Supremo español, se ha pronunciado mediante Sentencia 338/2008 de 30 de abril de 2008, catalogando al *trust* como negocio jurídico ampliamente utilizado por diferentes países del Common Law, pero desconocido para el Derecho español en lo material e internacional privado, referenciando su falta de incorporación al ordenamiento jurídico español y adhesión al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1985, estableciendo que la única forma de surtir efectos en su territorio es a través de su reconocimiento mediante ley previa suscripción del citado Convenio.

En el ámbito fiscal, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado mediante resoluciones con efecto vinculante, disponiendo que al no estar reconocida la figura jurídica anglosajona del *trust* en el ordenamiento jurídico español, el *trust* debe ser tenido por no constituido, de tal manera que, las relaciones jurídicas que producen y regulan, no surten efectos legales en España, y por tanto, las operaciones de distribución de rentas periódicas producidas por los fondos de los *trust* a favor de los beneficiarios, deben ser consideradas a efectos fiscales, como si fueran transmisiones directas del constituyente (*settlor*) al beneficiario, es decir, como si el *trust* no existiese, porque no se consideran producidas las aportaciones del constituyente, aplicando el régimen de transparencia fiscal a personas residentes en España, calificando al *offshore trust* como entidad transparente.

- b. La República de la Argentina es un país de sistema continental que no se ha adherido al Convenio de la Haya de 01 de julio de 1985, sin embargo, ha regulado el *trust* de forma expresa en el ámbito fiscal dentro de la reforma tributaria de 2017 mediante ley 27.430 estableciendo un tratamiento fiscal para los trusts extranjeros u offshore trusts, cuyo objeto específico sea la administración de activos financieros, disponiendo que, las ganancias obtenidas desde el extranjero (Domiciliados o ubicados en el extranjero) deban imputarse al residente argentino que los controle en el año fiscal. De modo que, imputan el impuesto a las ganancias en los casos de:
 - a. Offshore trusts revocables,
 - b. Cuando el constituyente (*settlor*) sea también beneficiario, y
 - c. Cuando el sujeto que mantiene en su poder los activos financieros, pueda tomar decisiones directas o indirectas para invertir o dejar de invertir en ellos.

Verificado el cumplimiento de los tres criterios se aplica normas de transferencia fiscal internacional, imputando el impuesto a las ganancias al residente argentino como si el *trust* no existiese, bajo el supuesto de que lo hubiese obtenido directamente, permitiendo

computar el impuesto análogo pagado en el exterior, de modo que los activos financieros son considerados como propiedad del constituyente, como si nunca hubieran dejado de serlo. No se imputa el impuesto a los *offshore trust* irrevocables en los que el residente argentino no tiene el control ni se reserva ninguna facultad. Si se imputa el impuesto a las ganancias a los beneficiarios residentes argentinos (de trust revocables o irrevocables) que perciban beneficios con rentas periódicas o ganancias acumuladas o de capital, salvo que demuestre que no han sido percibidas. Exenciona este impuesto a beneficiarios del exterior salvo que no residan en jurisdicciones no cooperantes.

Decima Novena: Con relación al resultado de las medidas implementadas por la OECD y el G-20 en lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, y los esfuerzos por implementar estándares de intercambio de información para calificar jurisdicciones cooperantes o no cooperantes fiscalmente y su relación con los *offshore trust*, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a. Actualmente la OECD no registra ninguna jurisdicción “no cooperante” en el intercambio de información con fines fiscales, sin embargo, según el Índice de Paraísos Fiscales de 2021, elaborado por la Tax Justice Network, habría obtenido datos que revelarían que la OECD no habría logrado detectar ni prevenir el fraude fiscal corporativo facilitado por los propios países miembros de la OECD, y por tanto, muchas jurisdicciones consideradas cooperantes continuarían siendo jurisdicciones de baja o nula tributación porque mantienen sistemas legales que ponen a disponibilidad de los actores económicos, ventajas fiscales para reducir la carga fiscal del impuesto a la renta, presentándose como jurisdicciones atrayentes para la constitución de *offshore trusts* y la deslocalización de beneficios que por su naturaleza y flexibilidad de los *trust*, estos pueden optar por seleccionar jurisdicciones para aprovechar los beneficios que ofrece. Como ejemplo de esta afirmación, se consideró el análisis de Mónaco y Malta, llegando a la siguiente conclusión:
 - Malta es un país considerado cooperante para la OECD y no enlistado como país no cooperante para la ONU, el cual, en su Ley del Impuesto a la renta (*Income Tax Act*) de 1949, dispone que los *trusts* constituidos en Malta por personas no residentes, administrados fuera de su territorio no tienen la obligación de registrarse, y las rentas, ganancias o beneficios que generen fuera de Malta distribuidos a beneficiarios residentes en Malta están exentas del Impuesto a la Renta, siempre que deriven de personas no residentes que no sean propietarias, ni estén controladas directa o

indirectamente, ni actúen en nombre de una o más personas que sean residentes habituales o domiciliados en Malta.

- Mónaco es un país que considerado cooperante para la OECD y no enlistado como país no cooperante para la ONU, en el que, sus residentes no están obligados al pago del impuesto a la renta, así como, tampoco las rentas o ganancias que pudiesen generar los *trusts* a favor de sus residentes.
- b. Las jurisdicciones extranjeras que intervienen en un *offshore trust* pueden o no ser consideradas cooperantes y continuar siendo favorables a sus intereses porque la protección y beneficios económico fiscales que consigan dependerá de la forma de elegir legislaciones y su combinación.

Vigésima: Como resultado de la evaluación efectuada en la presente tesis en lo relacionado al *offshore trust* y el ámbito fiscal se concluye lo siguiente:

- a. El *offshore trust* se habría consolidado como la fórmula de ingeniería fiscal perfecta para conseguir lo siguiente:
- Diferir el reparto de rentas y suspender también el pago del impuesto a la renta de manera indefinida e incierta;
 - Deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales;
 - Disminuir, reducir el impuesto a la renta;
 - Desimponer del impuesto a la renta, por el no reconocimiento o desconocimiento de la legislación o por inapropiada analogía aplicada; y,
 - Evitar la fiscalización y registro de los sujetos intervinientes y patrimonio o activos, especialmente en jurisdicciones que no lo regulan, y corriendo el riesgo de fiscalizar a la persona equivocada; dando apariencia de licitud y en muchos casos, justificando legalmente su empleo.
 - Encubrir al verdadero propietario o beneficiario justificados en su naturaleza;
 - Aprovechar la falta de regulación y los vacíos normativos para justificar una desimposición.
 - Aprovechar las discrepancias y complejidades de las legislaciones continentales para aceptar una figura jurídica anglosajona dual sin personalidad jurídica.
 - Aprovechar las alícuotas bajas o nulas u otros beneficios que la legislación extranjera establezca.
- b. El empleo de un *offshore trust* puede beneficiarse de lo siguiente:

- No necesitan registrarse para constituirse. No todos los países tienen un registro ni medios para hacerlo. Por lo que los sujetos intervinientes pueden permanecer ocultos.
 - Pueden poner el patrimonio en incertidumbre sin dueño solo por el hecho de ser un patrimonio autónomo, pero más aún por llegar a desconectar legalmente de las personas que los controlan, cuando es de carácter irrevocable y discrecional sin definición de beneficiario.
 - Pueden escoger la jurisdicción con mayores ventajas fiscales, sean o no cooperantes, logrando vencer la leyes y escapar de las obligaciones tributarias, los derechos de acreedores y los derechos de los Estados respecto al impuesto a la renta.
- c. El *offshore trust* sería apto para erosionar las bases imponibles del impuesto a la renta en dos ámbitos:
- Cuando el *offshore trust* es desconocido o no es reconocido por los ordenamientos jurídicos, su empleo no llegaría a constituirse bajo los parámetros de la evasión, elusión o fraude de ley, porque para ello previamente debería estar regulada la ley que supuestamente evade, elude o causa fraude. Tampoco es una opción que la ley otorga, como refiere la economía de opción, en cuyo caso, se presenta más bien como instrumento de des-imposición por exclusión fiscal anómala, a falta de norma que lo regule, o que lo regule efectivamente; y
 - Cuando el *offshore trust* se encuentra legislado, puede aprovecharse de las ventajas que disponga la legislación a la que se somete, pudiendo presentarse bajas alícuotas, exclusiones, o no sujeciones del impuesto a la renta, o en su lugar, pueda beneficiarse de su misma naturaleza, bajo los siguientes términos:
 - i. Si el *offshore trust* es de carácter irrevocable, tienen la posibilidad de beneficiarse de la des-imposición o no gravabilidad de las rentas sobre el constituyente (*settlor*), al quedar desvinculado de su calidad de el propietario original y dejar al administrador (*trustee*) como propietario legal “nominal”, mientras los beneficiarios mantienen la expectativa de ser propietarios, y por tanto, no dejar claro en quien se personifica la calidad de titular propietario bajo los términos del sistema jurídico continental principalmente, y por ende en quien debiera recaer la calidad de sujeto pasivo a quien atribuir las obligaciones fiscales por las rentas que genera el *offshore trust*, salvo que por definición expresa de la ley decida que recaer sobre el constituyente (*settlor*) o el administrador (*trustee*).
 - ii. Si el *offshore trust* es de carácter discrecional, tienen la posibilidad de beneficiarse del diferimiento del nacimiento de la obligación tributaria del impuesto a la renta, de

tal manera que, como los beneficios no se reparten, sino se difieren en el tiempo, no se generan obligaciones fiscales al no llegarse a percibir ninguna renta aún o mientras aún no sea definida su distribución, al estar sometida a una decisión discrecional del administrador (*trustee*), haciéndose muy atractivos para los inversionistas.

- d. Las pérdidas de recaudación se concentrarían en la existencia de legislaciones con asimetrías y vacíos normativos que presentan ventajas para inversionistas que las buscan. A pesar de las políticas de transparencia fiscal internacional que solo ha servido de disuasión, es decir, para causar sensación de riesgo para que se evite el uso de las deficiencias normativas en los sistemas. Al contrario, es un reto global el lograr que las Administraciones Tributarias tengan información integra u oportuna de las estrategias de planificación fiscal internacional nociva.

Vigésima primera: Respecto al tratamiento fiscal internacional para los *offshore trusts* y la definición teórica que se propone, se ha concluido lo siguiente:

- a. Existe la necesidad de contar con un tratamiento fiscal equitativo y uniforme para los *offshore trust*, el cual, permita superar la problemática fiscal descrita a lo largo del presente proyecto de investigación, y permita superar los avances de intercambio de información logrados durante los últimos años, en busca de evitar la invisibilidad fiscal justificada, y la desigualdad en el tratamiento a los sujetos pasivos, así como, la falta de equidad y visión de la existencia de sujetos pasivos globales, y tratamiento diferenciado que estarían permitiendo la fuga de capitales o desviación de bases imponibles a territorios más favorables.
- b. El *offshore trust* constituido en jurisdicciones extranjeras, tiene la posibilidad de deslocalizar las bases imponibles para obtener beneficios fiscales y diferir el reparto de rentas especialmente cuando es constituido de carácter discrecional, o disminuir o suspender el pago del impuesto a la renta especialmente cuando es de carácter irrevocable, o quedar excluido del pago de este impuesto por el no reconocimiento o desconocimiento de la legislación o jurisprudencia de jurisdicciones de Derecho continental, y por tanto, existe la necesidad de contar con un tratamiento fiscal equitativo e uniforme que supere las dificultades atravesadas y los avances logrados durante los últimos años. Por ello, después de analizar las teorías y subteorías del Derecho internacional privado y de la teoría de la Armonización fiscal a partir de la Comparación Jurídica, nos adherimos a la postura de la teoría de la armonización fiscal a partir de la comparación jurídica complementado con las propuestas de sus subteorías, por ser la que más se adecua a las necesidades actuales del

- contexto tributario internacional, por lo que, proponemos partir de la comparación jurídica para llegar un estudio efectivo del *offshore trust* como figura jurídica trasplantable, o como trasplante jurídico, y su implementación pueda efectuarse según el procedimiento sistematizado que ha sido propuesto en la presente tesis a partir del Informe Neumark.
- c. Es reto es tratar de uniformar una figura jurídica como el *offshore trust*, por su naturaleza camaleónica, extremadamente versátil y flexible, con capacidades de ejercer múltiples funciones al mismo tiempo, y amplias posibilidades de situarse en cualquier parte del mundo, lo que le posiciona como el elemento clave para reflejar la vulnerabilidad del Derecho, o la inexistencia de un Derecho infalible. Asimismo, se considerara que en la actualidad muchos países cuentan con la información digitalizada de todos los movimientos económicos relacionados con el impuesto a la renta, por lo que, la presentación de estados contables y financieros es cada vez más irrelevante.
- d. Bajo estas consideraciones, se ha sugerido establecer un tratamiento fiscal común para los *offshore trusts*, mediante la adopción de una política fiscal común a nivel global, fundada en la armonización de sistemas jurídicos, previa labor de la comparación jurídica, hasta alcanzar obtener un trasplante jurídico que genere legitimidad, y promueva:
- Un debate previo respecto al contenido del modelo que se desea trasplantar;
 - Aceptación del modelo por la sociedad, aunque sus intereses sean diferentes; y,
 - Voluntad de ceder autonomía futura al modelo de parte de los Estados.
- e. Esta propuesta también implicaría alcanzar una profundización en el intercambio de información, a través de reformas al modelo automático de intercambio de información, con el fin de ampliar su ámbito de aplicación a estructuras jurídicas como el *offshore trust*, así como, promover una obligación de crear en todos los territorios, un registro nacional de *trusts*, con información sobre las cuentas, los beneficiarios interpuestos, administradores (*trustees*) y propietarios originales (*settlers*), y permitir que esta información quede a disposición de cualquier administración fiscal que la necesite, de modo que, esto conllevaría crear un registro global a efectos del impuesto a la renta, al que puedan enlazarse todos los sistemas fiscales locales.
- f. Para dar un tratamiento al *offshore trust* es preciso partir de la comparación jurídica en la labor armonizadora y conseguir previamente las pautas para trasplantar una figura jurídica, como resultado del análisis de sistemas jurídicos y sistematización de similitudes y diferencias, hasta que pueda ofrecerse un producto final y exista la posibilidad de armonizar mediante la elaboración de un texto que describa el nuevo modelo de trasplante que podrá influenciar otro sistema conforme establece la teoría de los trasplantes. Asimismo, será

necesario considerar que en la actualidad muchos países cuentan con la información digitalizada de todos los movimientos económicos relacionados con el impuesto a la renta, por lo que, la presentación de estados contables y financieros es cada vez más irrelevante. Además es necesario crear un nuevo Derecho común, al menos en el ámbito fiscal, y comenzar por resolver la problemática del *offshore trust* a través de la armonización, para la consolidación de una nueva era fiscal que no debiera ser difícil de imaginar, pero si ser considerado necesario para crear el debate y el marco intelectual a partir de la comparación jurídica bajo un objetivo común y acorde al mundo globalizado, sustituyendo la competencia fiscal internacional y el apego al Derecho localista, hacia un dialogo jurídico entre diferentes actores globales con base en reglas y soluciones comunes resultantes de la labor de la comparación, todo ello en base a un procedimiento de labor armonizadora, por lo que, se postula el procedimiento interpretado en esta tesis, respecto al caso concreto del *offshore trust* a partir del Informe Neumark.

g. El Informe Neumark presenta una propuesta de procedimientos para alcanzar la armonización fiscal global de los impuestos más relevantes y plantea procedimientos para llevarlo a cabo, de cuya revisión y análisis, se sistematizó e interpretó su aplicabilidad para dar un tratamiento fiscal al *offshore trust*, el cual, se consideró adecuado aplicar previo estudio de comparación jurídica. El planteamiento sistematizado realizado a partir del Informe Neumark para el *offshore trust* es el siguiente:

- En una primera fase, la primera medida preparatoria que debería adoptarse es la “Armonización de las formas de imposición” sobre las rentas, dividendos, e intereses provenientes de los *offshore trusts*. La segunda medida preparatoria que debiera adoptarse es la “Proyección de una reforma del impuesto que grava las rentas” o beneficios provenientes de los *offshore trusts*, conforme a lo siguiente: a. Debiera aplicarse el principio por el que, todo beneficio no distribuido debe gravarse con mayor intensidad que los distribuidos; b. El impuesto a la renta debiera ser de tipo fijo común sobre todos los beneficios de los *offshore trusts*; c. Las exenciones, reducciones y deducciones respecto a las rentas de los *offshore trusts* deben ser homogeneizadas; y, d. Debiera crearse un fondo común con cargo a los ingresos de la recaudación de las rentas de los *offshore trusts* para su posterior asignación al país correspondiente.
- En una segunda fase, se debiera adoptar como primera medida, la reforma del impuesto a la renta respecto a los beneficios generados por los *offshore trusts* de forma armonizada a nivel global. Como segunda medida, se debiera promover la aprobación de un acuerdo multilateral que prohíba la constitución de *offshore trusts* de tipo

discrecional, para evitar la incertidumbre y la indeterminación de tiempo y lugar, así como, para evitar el diferimiento, y también de tipo irrevocable para evitar la simulación u ocultamiento del verdadero controlador. Y, como tercera medida se debiera promover el estudio de la estructura, tipos y modalidades de tratamiento fiscal del impuesto a la renta sobre los beneficios generados por los *offshore trusts*.

- En una tercera fase, se debiera fortalecer la aplicación de las medidas de segunda fase, así como, dar lugar a la creación de fondos comunes para la asignación y compensación financiera de ingresos generados por los *offshore trusts* a nivel global. Asimismo, se debiera dar lugar a la creación de dos instituciones internacionales: a. La creación de un servicio común de información para la fiscalización y control de las rentas y beneficios generados por los *offshore trusts*; y, b. La creación de un tribunal fiscal especial para toda controversia relacionada con los *offshore trust* a nivel global.
- h. La tendencia fiscal internacional viene encaminándose hacia una estandarización de sistemas fiscales o armonización fiscal, lo que ha provocado que la producción normativa de los Estados se vea amenazada tras la arraigada autosuficiencia de los ordenamientos jurídicos, justificada en su soberanía fiscal. Sin embargo, ha cobrado importancia el principio de neutralidad fiscal o neutralidad distributiva, por el que, la fiscalidad no debiera interferir en la toma de decisiones de los operadores económicos, consecuentemente proponen que, para alcanzar la neutralidad que pretender eliminar las diferencias impositivas, se requiere la aplicación del principio de renta mundial como criterio de atribución fiscal internacional.
- i. Con el estudio del *offshore trust* se puso en evidencia la existencia de un espacio de regulación difusa y a veces escasa que da cabida a la distorsión fiscal, por lo que, consideramos que es el momento preciso para fomentar la gobernanza global en materia fiscal, mediante un tratamiento único y la celebración de acuerdos multilaterales que permitan aplicar medidas idénticas y equivalentes entre Estados por el bien común global, a fin de garantizar la imposición de los beneficiarios efectivos, y la eliminación de la fuga de capitales hacia otros países. Asimismo, lo que se espera es poder establecer un solo hecho imponible para las rentas que genera el *offshore trust*, delimitado de tal forma que pudiese aplicarse tanto en jurisdicciones de sistemas jurídicas anglosajonas, como en jurisdicciones de sistemas jurídico continentales, atendiendo solo conceptos económicos y tributarios, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

BIBLIOGRAFÍA

Abache Carvajal, S., & Atencio Valladares, G. (2018). *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional*. México. Editorial Academia Mexica de Derecho Fiscal, A.C.

Abugattas Nazal, P. (6 de diciembre de 2014). *Análisis crítico de las nuevas normas CFC introducidas en la Ley 20.780 (Archivo PDF)*. Publicado en el anuario de Derecho Tributario. Obtenido de Universidad Diego Portales de Chile el 15 de diciembre de 2020 en: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/analisis_critico-1.pdf

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT de 1947. Obtenido de Organización Mundial del Comercio - OMC: <https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal/s/gatt47.pdf>

Agencia Tributaria española. (febrero de 2022). *Anexo IV. Jurisdicciones no cooperativas Manual de Tributación de No Residentes*. Obtenido de Agencia Tributaria de España, el 5 de abril de 2022, de: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/manual-tributacion-no-residentes/anexos/jurisdicciones-no-cooperativas.html>

Alfaro, J. (30 de Abril de 2019). *Los trasplantes jurídicos y las doctrinas de la personalidad jurídica como ejemplo*. Obtenido de Almacen De Derecho de: <https://almacenederecho.org/los-trasplantes-juridicos-y-las-doctrinas-de-la-personalidad-juridica-como-ejemplo>

Alfaro, J. (17 de septiembre de 2020). *Las personas jurídicas como personas colectivas: la personificación de los grupos*. Obtenido de Almacén de Derecho de: <https://almacenederecho.org/las-personas-juridicas-como-personas-colectivas-las-doctrinas-sobre-personificacion-de-los-grupos>

Alfaro, J. (28 de Enero de 2021). *El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación. Cita y traduce a Zenati-Castaing Frédéric, Entre trust et fiducie, le malentendu québécois. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 67 N°1, 2015. pp. 23-43*. Obtenido de Almacen de Derecho en: <https://almacenederecho.org/el-trust-la-persona-juridica-y-el-patrimonio-de-afectacion>

Almudi Cid, J. M. (2005). *Fiscalidad Internacional*. Obra conjunta con el Centro de Estudios Financieros. Madrid, España. p. 839.

- Altamirano, A. (11 y 12 de Agosto de 2002). *Transparencia fiscal internacional. Normas tributarias para la prevención de la elusión internacional*. Presentado en el II Coloquio Internacional de Derecho Tributario organizado por la Universidad Austral. San Pablo, Brasil.
- Altamirano, A. (2010). Tratamiento Tributario del Fideicomiso en la República Argentina. Buenos Aires, Argentina. En Á. U. Nieto, *Fideicomiso en Latinoamérica*. Editorial Marcial Pons.
- Álvarez Barbeito, P. (20 de Julio de 2016). *Doctrina administrativa en torno al trust*. (Archivo PDF). Obtenido de Gómez-Acebo & Pombo el 2 de octubre de 2018 de: <https://www.gap.com/publicaciones/doctrina-administrativa-en-torno-a-las-consecuencias-fiscales-de-los-trust/>
- Álvarez Barbeito, P. (29 de Mayo de 2018). *La Dirección General de Tributos matiza los efectos fiscales de los trust*. Obtenido de www.lexology.com el 19 de enero de 2021 de: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ebf6b65b-f316-4625-b401-84d4398f6e6b>
- Antúnez, R. (29 de Noviembre de 2017). *La figura del trust en España*. Obtenido de Adarve en: <https://www.adarve.com/la-figura-del-trust-espana/>
- Aquilina, G. (5 de abril de 2019). *Los fideicomisos y América Latina: un paseo por el carril de la memoria (Trusts and Latin America- A Walk Down Memory Lane)*. Obtenido de IFC el 20 de octubre de 2019 de: <https://www.ifcreview.com/articles/2019/april/trusts-and-latin-america-a-walk-down-memory-lane/>
- Asociación Americana de Abogados. (2015). *Glosario de Trusts*. En *Defensor de Familia. De camino al Trust (Family Advocate. Crossing paths with a trust) Vol. 38, N° 2, 2015*. Obtenido de <https://www.jstor.org/journal/familyadvocate>
- Ayala Canales, C. G. (21 de octubre de 2014). *Tratamiento fiscal del Trust o Fideicomiso*. Obtenido de Legaltoday el 22 de diciembre de 2021 de: <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/tratamiento-fiscal-del-trust-o-fideicomiso-2014-10-21/>
- Azócar, C. (Marzo de 2018). *Efectos tributarios en la aplicación del artículo 41 G de la Ley de la Renta a los Trust (Tesis de Maestría, Universidad de Chile)*. Repositorio documental de la Universidad de Chile (Archivo PDF). Obtenido de El Repositorio académico de la Universidad de Chile el 20 de octubre de 2021 de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/165734>

- Backenköhler Casajús, C. J. (2019). Trasplantes jurídicos (Archivo PDF). *Revista en Cultura de la Legalidad N° 17*, 262-275. Obtenido de file:///C:/Users/usuario/Downloads/5032-Texto%20del%20art%C3%ADculo-7837-1-10-20190925.pdf
- Bello Knoll, S. I. (2013). *El Fideicomiso Público*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Marcial Pons.
- Bello, A. (s.f.). *Bienes Personales LEY 27.541 y su reglamentación*. En ONVIO, Dossier. Casos prácticos para contadores, ajustes por inflación, bienes personales, impuesto a las ganancias. Editorial Thomson Reuters. Obtenido de <https://www.thomsonreuters.com.ar/content/dam/openweb/documents/pdf/arg/white-paper/dossier-casos-practicos-para-contadores-onvio.pdf>
- Biocca, S. M. (1971). *El Problema de calificaciones en el Derecho Internacional Privado*. Obtenido de Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, el 19 de octubre de 2021 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/el-problema-de-las-calificaciones-en-derecho-internacional-privado.pdf>
- Blanco Contreras, S. (2016). Los trasplantes institucionales en el campo del Derecho. Una nueva perspectiva para la nueva economía institucional. pp. 170-187. *Iberian Journal of the History of Economic Thought Vol. 3 N° 2*.
- Calderón Carrero, J. M., & Martín Jiménez, A. (2004). *Las normas anti-paraíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: El caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea*. (I. d. (IEF), Editor) Obtenido de Instituto de Estudios Fiscales (IEF) DOC. N° 11/04 de: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2004_11.pdf
- Camerini, M. A. (2007). *El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Obtenido de : https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-busquedasDB.pl?tipoAccion=BUSQUEDA_AVANZADA&autor=Camerini,%20Marcelo%20A.
- Campanon Galiana, L. (2 de Junio de 2020). *Tratamiento de la ya no tan desconocida figura del Trust en nuestro ordenamiento jurídico tributario*. Obtenido de Taxalandia, blog fiscal y de opinión tributaria. <https://www.politicafiscal.es>: <https://www.politicafiscal.es/equipo/laura-campanon-galiana/tratamiento-de-la-ya-no-tan-desconocida-figura-del-trust-en-nuestro-ordenamiento-juridico-tributario>

- Carrascoza Gonzáles, J. (2007). *El trust anglosajón y el Derecho Internacional Privado Español*. Barcelona, España. En E. Arroyo I Amayuelas, *El trust en el Derecho Civil*. Editorial Bosch.
- Casado Ollero, G. (1987). Extrafiscalidad e incentivos fiscales a la inversión en la CEE. (Archivo PDF) . En G. Casado Ollero, D. Rufian Lizana, & J. y Sánchez Galiana, *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario Europeo*. Ediciones TAT, S.A.L. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3989>
- Casillas, C. (1996). *Características del trust en el Derecho Anglosajón* (Archivo PDF). En R. d. México, & I. d. UNAM (Ed.), *El fideicomiso y los proyectos de infraestructura*. Obtenido de [ru.juridicas.unam.mx: file:///C:/Users/usuario/Downloads/caracteristicas-del-trust-en-el-derecho-anglosajon.pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/caracteristicas-del-trust-en-el-derecho-anglosajon.pdf)
- Ceballos Morales, A. (2009). *El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia* (Archivo PDF). Trabajo presentado al XI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional. Obtenido de Instituto de Estudios Fiscales IEF el 9 de diciembre de 2020 de: https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/10_02.pdf
- Checa Martínez, M. (1998). *El trust angloamericano en el Derecho español*. Madrid, España. Editorial Mc Graw Hill.
- CIAT. (2007). *Manual CIAT de Control de Planeamiento Tributario Internacional*. Obtenido de Centro Interamericano de Administraciones Tributarias - CIAT, el 20 de octubre de 2019 de: https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2007ManualPlaneamiento/2007_manual_planeamiento_tributario_internacional.pdf
- Código de Administración de Nueva Jersey. (s.f.). *Sección 10:71-4.11 Trust*. Obtenido de Casetex, el 12 de marzo de 2022 de: <https://casetext.com/regulation/new-jersey-administrative-code/title-10-human-services/chapter-71-medicaid-only/subchapter-4-resources/section-1071-411-trusts>
- Código de Regulaciones Federales de los EEUU. (s.f.). Obtenido de Legal Information Institute, el 10 de marzo de 2022 de: [law.cornell](http://www.law.cornell.edu)
- Código Civil de Québec. (1991). (*Título sexto, Capítulo II, Arts.1260-1298*). Obtenido de LégisQuébec el 27 de agosto de 2021 de: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/ccq-1991>

- COMA&ROIG Assesors. (10 de diciembre de 2012). *Obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero del 1 al 31 de marzo de cada ejercicio*. Obtenido de COMA&ROIG Assesors: <https://www.comaroig.es/obligacion-de-informacion-sobre-bienes-y-derechos-situados-en-el-extranjero-del-1-al-31-de-marzo-de-cada-ejercicio/>
- Comunidad Económica Europea. (1965). *Informe del Comité Fiscal y financiero de la Comunidad Económica Europea: informe Neumark*. Madrid, España. Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social, Gabinete de Estudios .
- Concejo de la UE. (24 de febrero de 2022). *Conclusiones del Consejo sobre la lista revisada de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales (Conclusions du Conseil relatives à la liste révisée de l'UE des pays et)*. Obtenido de Concejo de la Unión Europea, de: <https://www.consilium.europa.eu/media/54471/council-conclusions-24-february-2022.pdf>
- Concejo de la UE. (s.f.). *Fiscalidad: lista de la UE de jurisdicciones no cooperativas*. Obtenido de Concejo de la Unión Europea, el 28 de marzo de 2022, de: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>
- CPSPCEC. (19 de noviembre de 2019). *AFIP advierte sobre trust y cambios de residencia fiscal*. Obtenido de Caja de Previsión Social para Profesionales en Ciencias Económicas (CPSPCEC) el 21 de octubre de 2021 de: <https://cpcecba.org.ar/noticias/afip-advierte-sobre-trust-y-cambios-de-residencia-fiscal/14800/>
- Cruz Padiá, I. (enero de 2018). *Tranparencia Fiscal Internacional: Una realidad inacabada*. Obtenido de researchgate: https://www.researchgate.net/publication/326632547_TRANSPARENCIA_FISCAL_INTERNACIONAL_UNA_REALIDAD_INACABADA_CONTROLLED_FOREIGN_CORPORATION_AN_UNFINISHED_REALITY
- Cueto Rúa, J. A. (noviembre-diciembre 2008). *Breve introducción al concepto del Trust anglosajón*. Revista cTPcba N° 94. Obtenido de <https://issuu.com/revistatrad/docs/rev94>
- De Arespachaga, J. (2000). *“El "trust", la fiducia y figuras afines”*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons.
- Depersio, G. (26 de enero de 2021). *¿Pagan impuestos los beneficiarios del Trust? (Do Trust Beneficiaries Pay Taxes?)*. Obtenido de Investopedia el 21 de octubre de 2021 de: <https://www.investopedia.com/ask/answers/101915/do-beneficiaries-trust-pay-taxes.asp>

- Directiva del Consejo 2011/16/UE de 15 de febrero de 2011. (s.f.). *Relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, por la que, se deroga la Directiva 77/799/CEE*. Obtenido de Eur-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0016>
- Directiva 2014/48/UE del Consejo de la UE de 24 de marzo de 2014. *Modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*. Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de octubre de 2019: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0048&from=PT>
- Domínguez Crespo, C. A. (mayo- agosto 2008). Hacia una armonización fiscal en América. Razones y principios a considerar. pp. 717-761. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, N° 122*.
- Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Tributario de 26 de marzo de 1993. Obtenido de Unidroit el 23 de marzo de 2022, de: <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>
- Fermín Fernández, J. C. (2016). Reflexiones sobre la idea de justicia en el sistema de tributación internacional, desde la perspectiva de los tratados para evitar la doble imposición y las inversiones en jurisdicciones de baja imposición. En (. G. García Pacheco Ingrid, *Nuevos retos de la fiscalidad internacional, Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, tema II, Caracas Venezuela*. Asociación venezolana de Derecho Tributario.
- Ferrante, A. (2016). Entre Derecho Comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica (Between comparative law and foreign law. An approach to the legal comparison). *Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, N° 2*, pp. 601-618. Obtenido de www.jstor.org/stable/44114024.
- Fraga Pittaluga, L. (2012). *Principios constitucionales de la tributación*. Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N°25.
- Gámez, R., & Cuñado, F. (2014). *Legal English: inglés jurídico para juristas y traductores de habla hispana. Libro I Introducción al Common Law. Ee-Book. 1ra. Edición*. Obtenido de https://www.academia.edu/38278793/EBook_Legal_English_2b
- García Novoa, C. (2004). *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Editorial Marcial Pons.

- García Novoa, C. (2012). *El concepto de tributo*. Editorial Marcial Pons.
- García Novoa, C. (2015). *El Derecho Tributario actual, innovaciones y desafíos*. Bogotá, Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- García Novoa, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons.
- García Novoa, C. (2016). *Nuevo modelo de tax internacional regime, a partir de las políticas globales contra la elusión tributaria*. En G. P. Ingrid, *Nuevos retos de la fiscalidad internacional, Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, tema II*. Caracas Venezuela. Editorial Asociación Venezolana de Derecho Tributario.
- García Novoa, C. (2016). *Nuevo modelo de tax internacional regime, a partir de las políticas globales contra la elusión tributaria*. En G. P. general), *Nuevos retos de la fiscalidad internacional, Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, tema II, Caracas Venezuela*. Asociación Venexolana de Derecho Tributario.
- Garde Castillo, J. (1947). *La institución desconocida en Derecho internacional privado*. Valladolid, España. Editorial Reus S.A.
- Garrido Grateron, M. S. (2000). *Bienes y derechos reales. En Derecho Civil III*. Caracas Venezuela. (2da. ed.). Fondo Editorial USM. Obtenido de https://www.slideshare.net/hugo_araujo/teria-del-patrimonio
- García Novoa, C. (2018). *El Derecho Tributario Actual, innovaciones y desafíos*. 2da Ed. Bogota, Colombia. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Gobierno del Reino Unido. (s.f.). *Impuesto a las ganancias de capital y los Trust (Trust and capital gains tax)*. Obtenido de Gov.uk: <https://www.gov.uk/trusts-taxes/trusts-and-capital-gains-tax>
- Gobierno del Reino Unido. (s.f.). *Trust e impuestos (Trusts and taxes)*. Obtenido de gov.uk el 23 de diciembre de 2020 de: <https://www.gov.uk/trusts-taxes>
- Gobierno del Reino Unido. (s.f.). *Trust y el impuesto sobre la renta (Trusts and Income Tax)*. Obtenido de gov.uk el 23 de diciembre de 2020 de: <https://www.gov.uk/trusts-taxes/trusts-and-income-tax>
- Gobierno del Reino Unido. (s.f.). *Trusts de no residentes (Non resident trusts)*. Obtenido de Gov.uk: <https://www.gov.uk/guidance/non-resident-trusts>

- Gonzales Beilfuss, C. (1997). *El trust. La institución angloamericana y del Derecho Internacional privado español*. Barcelona, España. Bosch, Casa Editorial, S.A.
- Gonzales, J. (19 de Noviembre de 2020). *El tratamiento fiscal de los «Trust» en España (Archivo PDF)*. Obtenido de GOY GENTILE Abogados en: <https://www.goygentile.com/el-tratamiento-fiscal-de-los-trust-en-espana/>
- Gotlib, G., & Vaquero, F. (2005). *Aspectos internacionales de la tributación Argentina*. Buenos Aires Argentina. Ed. La Ley.
- Gutiérrez, M. (21 de Mayo de 2018). *Qué estrategias de planificación fiscal sirven para la post reforma de Argentina*. Obtenido de Funds Society: <https://www.fundssociety.com/es/opinion/que-estrategias-de-planificacion-fiscal-sirven-para-la-post-reforma-de-argentina>
- HCCH. (1 de Julio de 1985). *Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*. Obtenido de HCCH Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>
- HCCH. (23 de marzo de 2017). *Estado Actual del Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*. Obtenido de Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado HCCH: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=59>
- Henderson, A. (17 de Septiembre de 2021). *Offshore Trust: La guía definitiva (Offshore Trusts: The ultimate guide)*. Obtenido de Nomad Capitalist el 20 de octubre de 2021 de: <https://nomadcapitalist.com/finance/offshore/offshore-trusts-the-ultimate-guide/>
- Hijas Cid, E. (s.f.). *¿Se puede adaptar el trust al ordenamiento jurídico español?* Obtenido de El Notario del Siglo XXI el 07 de Diciembre de 2020 de: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/7516-se-puede-adaptar-el-trus>
- Ibarra Rodriguez, A. (2002). La elusión tributaria y su regulación en la legislación tributaria de España. *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario. La evasión y elusión fiscal, normas antielusivas*.
- IDC Online. (05 de Octubre de 2010). *Concepto de "beneficiario efectivo"*. Revista digital IDC Online el 20 de octubre de 2019 de. Obtenido de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Y->

wPR9OwwwAJ:<https://idconline.mx/fiscal/en-opinion-de/2002/08/15/concepto-de-beneficiario-efectivo+&cd=10&hl=es-419&ct=clnk&gl=bo>

Informe de la Comisión del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 2020. *Evalúa si los Estados miembros han identificado debidamente y han sometido a las obligaciones establecidas en la Directiva (UE) 2015/849 a todos los trusts e instrumentos jurídicos análogos que se rigen por sus leyes.* Obtenido de EUR-Lex.Europa el 20 de octubre de 2021 de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0560&from=DE>

INSIGHT-TRUST. (s.f.). *El trust, una figura cada vez más reconocida en la región.* Obtenido de INSIGHT-TRUST el 22 de septiembre de 2021 de: <https://insight-trust.com/el-trust/>

Invertax US. (s.f.). *Trusts en los Estados Unidos de América (Archivo PDF).* Obtenido de Invertax el 20 de octubre de 2021 de: http://invertax.com/web/wp-content/uploads/2018/02/Invertax_Brochure_US_Trust_ES_Digital.pdf

IRS de EEUU. (s.f.). *Esquemas abusivos de evasión fiscal de trusts - Hechos (Sección IV) (Abusive Trust Tax Evasion Schemes - Facts (Section IV)).* Obtenido de IRS de los Estados Unidos el 20 de enero de 2022 de: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/abusive-trust-tax-evasion-schemes-facts-section-iv>

IRS de EEUU. (s.f.). *Los otorgantes pueden ser tratados como propietarios de trusts (Grantors May Be Treated as Owners of Trusts).* Obtenido de IRS de los Estado Unidos el 20 de enero de 2022 de: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/abusive-trust-tax-evasion-schemes-law-and-arguments-section-ii>

IRS de EEUU. (s.f.). *Requisitos de informes de trusts extranjeros y consecuencias fiscales (Foreign Trust Reporting Requirements and Tax Consequences).* Obtenido de IRS de los Estados Unidos el 10 de enero de 2022 de: <https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/foreign-trust-reporting-requirements-and-tax-consequences>

IRS de EEUU. (s.f.). *Resumen de informes FATCA para contribuyentes de EEUU.* Obtenido de IRS de los Estados Unidos el 9 de marzo de 2022: [irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-us-taxpayers](https://www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-us-taxpayers)

Knobel, A. (13 de febrero de 2017). *Trusts: ¿Armas de injusticia masiva? (Trusts: Weapons of Mass)* . Obtenido de Tax Justice Network: <https://taxjustice.net/wp-content/uploads/2020/11/Trusts-Weapons-of-Mass-Injustice-Final-12-FEB-2017.pdf>

- Lafuente Sánchez, R. (enero-junio de 2016). *Sucesión por causa de muerte y trust. En sección de Jurisprudencia española y europea de Derecho Internacional Privado (pp. 215-218). Madrid, España*. Obtenido de Revista Española de Derecho Internacional Vol. 68/1 en: <http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1393/jurisprudencia-esp%C3%B1ola-y-europea-de-derecho-internacional-privado.html/>
- Lerner, P. (2004). Sobre Armonización, Derecho Comparado y la relación entre ambos. pp. 919-966. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 111*.
- Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo de 28 de abril de 2010. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 29 de abril de 2010 BOE-A-2010-6737: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-6737>
- Ley 11/2021 de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal de 9 de julio 2021. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 10 de julio de 2021 BOE-A-2021-11473: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11473#:~:text=A%2D2021%2D11473-,Ley%2011%2F2021%2C%20de%209%20de%20julio%2C%20de%20medidas,funcionamiento%20del%20mercado%20interior%2C%20de>
- Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias. Texto Ordenado de 6 de diciembre de 2019 actualizado el 01 de noviembre de 2021. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial de Argentina: https://leyesar.com/ley_de_impuesto_a_las_ganancias/137.htm
- Ley 25/2010 del libro segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y la familia de 29 de julio de 2010. (s.f.). *Cápítulo VII, Art. 227-1 al Art. 227-9*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 21 de agosto de 2010 BOE-A-2010-13312: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-13312>
- Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 31 de julio de 2015 BOE-A-2015-8564.: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>
- Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio de 28 de noviembre de 2006. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 29 de noviembre de 2006 BOE-A-2006-20764: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-20764>

Ley 58/2003 General Tributaria de 17 de diciembre de 2003. (s.f.). Obtenido de Boletín Oficial del Estado publicado el 18 de diciembre de 2003 BOE-A-2003-23186: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>

Ley de impuestos sobre ganancias imponibles (Taxation Chargeable Gains - TCGA) de 1992 del Reino Unido. (s.f.). *Parte III, Cap. I, (Sección 65); Cap. II (Sección 80)*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/1992/12/contents/enacted

Ley de impuestos sobre ganancias imponibles (Taxation Chargeable Gains - TCGA) de 1992 del Reino Unido. (s.f.). *Parte III, Capítulo II, Sección 86, 87, 87K, 87L, 89 y 90, o el párrafo 8 del Anexo 4C*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/1992/12/contents/enacted

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 1949 de Malta actualizada al 08 de febrero de 2022. (s.f.). (*Chapter 123*). Obtenido de Legislation Malta, el 7 de abril de 2022, de: <https://legislation.mt/eli/cap/123/eng>

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 12 Ganancias de ingresos acumulados, Capítulo 2 Ganancias y pérdidas devengadas, Sección 643 (7), y 667*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Cap. 2 (Sección 667, 475 y 476), Cap. 3 (Sección 680), Cap. 4 (Sección 487)); Parte 13, Cap. 2 (Sección 721); y Parte 14, Cap 1, (Sección 812), Cap. 2 (Sección 835)*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Cap. 2 (Sección 9), Cap. 3 (Secciones 479 al 481), Cap. 6 (Sección 491) y Cap. 7 (Secciones 493 al 498; y Parte 14, Cap. 1 (Sección 812)*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Cap. 2 (Secciones 474 al 478, 651), Cap. 3 (Secciones 479 al 481), y Cap. 7 (Secciones 493 al 498)*, . Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 10 Mantenimiento de patrimonio, Rentas tratadas como rentas del settlor: Reglas especiales, Sección 510 al 511*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 2 Disposiciones generales sobre liquidaciones y trustees, Secciones 467 al 517*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 7 Pagos Discrecionales, Sección 496 al 498*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley del Impuesto a la renta (Income Tax Act) 2007 del Reino Unido. (s.f.). *Parte 9 Reglas especiales sobre acuerdos y trustees, Capítulo 8 Gastos de los trustees e ingresos de los beneficiarios, Secciones 501 al 503*. Obtenido de Legislación del Gobierno del Reino Unido (Legislation of Government United Kingdom), el 13 de marzo de 2022 de: legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/contents

Ley N° 214 de 27 de febrero de 1936 que modifica la Ley N° 207 del 12 de julio de 1935 sobre trusts. (s.f.). Obtenido de LEGIMONACO, el 20 de abril de 2022, de: <https://www.legimonaco.mc/305/legismclois.nsf/ViewTNC/D6DDB68563751C70C125773F003797E9!OpenDocument>

LexisPSL, Ozannes, M., & Olsen, C. (s.f.). *¿Qué es un offshore trust? (What is an offshore trust?)*. Obtenido de LexisNexis el 07 de octubre de 2021 de: <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/what-is-an-offshore-trust>

- Lipstein, K. (1993). Trusts. En K. Lipstein, *Internacional Encyclopedia of Comparative Law Vol. III, Capítulo 23. Tubingen. pp. 16-17.*
- Litwak, M. (s.f.). *Manual Básico de Jurisdicciones Offshore*. Obtenido de FINGURU el 23 de octubre de 2021: https://fin.guru/educacion/201803/manual-basico-de-jurisdicciones-offshore_n5502
- López Miranda, L. (2018). Apuntes sobre el régimen de transparencia fiscal internacional en el Perú. *Revista de Derecho Athina N° 11*, <https://doi.org/10.26439/athina2014.n011.2038>.
- Martín Santiesteban, S. (abril 2008). *La figura del trust en los Estados Unidos de América. Sus aplicaciones en el Derecho de Familia* (Archivo PDF). Barcelona, España. *Revista para el análisis del Derecho InDret Privado 2/2008*. Obtenido de InDret Privado en: <https://indret.com/la-figura-del-trust-en-los-estados-unidos-de-america/>
- Martín Santiesteban, S. (30 de mayo de 2008) *¿Es preciso ratificar el Convenio de la Haya sobre el trust?*, Obtenido de Portal jurídico de Thomson Reuters LegalToday el 21 de octubre de 2021 de: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/es-preciso-ratificar-el-convenio-de-la-haya-sobre-el-trust-2008-05-30/>
- Martín Santiesteban, S. (2019). *El family trust. Reflexiones cerca de una posible regulación* (Archivo PDF). En *Personalidades jurídicas difusas y artificiales* (Especial N. 4/2019 ed.). Editorial TransJus Working Papers Publication. Obtenido de <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/18176/FamilyTrustReflexiones.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Martos Belmonte, P. (2012). *Tratamiento fiscal de un trust discrecional constituido en el extranjero por un residente en España. Derecho comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas*. (Archivo PDF). *Crónica Tributaria N° 142/2012*. Obtenido de <https://www.ief.es/vdocs/publicaciones/1/142.pdf#page=77>
- Medina Cepero, J. R. (2003). La regulación actual de los paraísos fiscales en España (Archivo PDF) (pp. 45-61). *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid N°. 17*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=825272>
- Miller, J. M. (2006). Una tipología de los trasplantes legales: utilizando la sociología, la historia del Derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. pp. 17-70. *Lecciones y ensayos N° 81 de la Universidad de Buenos Aires*. Obtenido de

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/81/una-tipologia-de-los-transplantes-legales.pdf>

Montaño Galarza, C. (2007). *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Quito, Ecuador. Corporación Editora Nacional.

Nasarre Aznar, Sergio; Garrido Melero, Martín (Coordinadores). (2006). *Los patrimonios fiduciarios y el trust (p.158)*. III Congreso de Derecho Civil Catalán. Madrid, España. Marcial Pons.

Naudé, R. (2018). *Trust extranjeros y empresas extranjeras controladas: ¿Opuestos que ya no se pueden atraer? (Foreign trusts and controlled foreign companies – opposites that may no longer attract?)*. Obtenido de KPMG el 21 de octubre de 2019 de: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2018/07/tnf-southafrica-july17-2018.pdf>

NEWCO. (s.f). *Constitución de Trusts en Malta*. Obtenido de www.newco.pro el 23 de diciembre de 2020 de: <https://www.newco.pro/es/invertir-en-malta/constitucion-de-trusts-en-malta>

NEWCO. (s.f). *Régimen Fiscal de los Trust*. Obtenido de www.newco.pro el 23 de diciembre de 2020 de: <https://www.newco.pro/es/invertir-en-malta/informacion-fiscal-y-contable-en-malta/regimen-fiscal-de-los-trusts>

NEWCO. (s.f.). *Transferencia de los bienes del Settlor al trust en Régimen fiscal de los trust*. Obtenido de www.newco.pro el 23 de diciembre de 2020 de: <https://www.newco.pro/es/invertir-en-malta/informacion-fiscal-y-contable-en-malta/regimen-fiscal-de-los-trusts>

Nomad Capitalist. (s.f.). *Offshore trust*. Obtenido de Nomad Capitalist el 07 de Octubre de 2021 de: <https://nomadcapitalist.com/offshore-trust/>

OECD. (1998). *Informe sobre Competencia Fiscal Perjudicial: Un nuevo problema mundial (Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)*. París, Francia. OECD Publications. Obtenido de <https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf>

OECD. (2000). *Informe de progreso de 2000: Hacia la cooperación fiscal mundial: avances en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perjudiciales (Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices)*. Obtenido de <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf>

- OECD. (2001). *Proyecto de Contenido de la Actualización de 2002 del Modelo de Convenio Fiscal de 2 de octubre de 2001 (Draft Contents Of The 2002 Update To The Model Tax Convention)*. Obtenido de rashminsanghvi: https://www.rashminsanghvi.com/downloads/taxation/international-taxation/OECD_Model_draft_changes_for_2002.pdf
- OECD. (2001). *Proyecto de Prácticas Tributarias Perjudiciales de 2001 (Project On Harmful Tax Practices)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/harmful/2664450.pdf>
- OECD. (18 de abril de 2002). *Modelo de acuerdo de intercambio de información (Agreement on Exchange of Information On Tax Matters)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>
- OECD. (2004). *Informe del progreso 2004 sobre el Proyecto de la OECD sobre prácticas tributarias perjudiciales (The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: the 2004 Progress Report)*. Obtenido de OECD, el 31 de marzo de 2022, de: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/oecd-harmful-tax-practices-project-2004-progress-report.pdf>
- OECD. (1 y 2 de septiembre de 2009). *Consultas sobre el 5° Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, del 1 al 2 de septiembre del 2009, Ciudad de México*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/centrodemexico/5foroglobalsobretransparenciaeintercambiodeinformaciondel1al2deseptiembredel2009ciudaddemexico.htm>
- OECD. (1 y 2 de septiembre de 2009). *Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, palabras de Ángel Gurría Secretario General de la OECD. México DF, México*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/treaties/foroglobalsobretransparenciaeintercambiodeinformacionpalabrasdeangelgurria.htm>
- OECD. (2 de abril de 2009). *Informe de la OECD sobre países evaluados por el Foro Global según la implementación del estándar internacional (A Progress Report on the Jurisdictions Surveyed by the OECD Global Forum in Implementing the Internationally Agreed Tax Standard)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/42497950.pdf>

- OECD. (5 de octubre de 2015). *La OECD presenta los resultados del Proyecto BEPS de la OECD y el G20 para su discusión en la reunión de los Ministros de Finanzas del G20*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/finance/la-ocde-presenta-los-resultados-del-proyecto-beps-de-la-ocde-y-el-g20-para-su-discusion-en-la-reunion-de-los-ministros-de-finanzas-del-g20.htm>
- OECD/G20 (2015). *Proyecto OECD/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Informes Finales 2015. Resúmenes*. (Archivo PDF). Obtenido de OECD el 2 de octubre de 2019 de: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf> Offshore.finance. (s.f.). *¿Qué son los Trusts y cuáles son sus ventajas?* Obtenido de Offshore.finance el 20 de octubre de 2021: <https://www.offshore.finance/es/preguntas/terminos-financieros/ventajas-trusts>
- OECD. (2015-2020). *Información sobre el Marco Inclusivo sobre BEPS*. Obtenido de OECD, el 28 de marzo de 2022, de: <https://www.oecd.org/tax/beps/folleto-marco-inclusivo-sobre-beps.pdf>
- OECD. (abril de 2018). *Norma para el Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras en Materia Tributaria: Manual de Implementación. 2da Edición*. Obtenido de OECD el 9 de marzo de 2022: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf>
- OECD. (abril de 2021). *Acción BEPS 6 sobre la prevención de la concesión de beneficios de convenios en circunstancias inapropiadas, documentos revisados de revisión por pares (BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances)*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-revised-peer-review-documents.pdf>
- OECD. (14 de diciembre de 2021). *Desafíos fiscales derivados de la Digitalización de la Economía Reglas globales del modelo de erosión antibase (Pilar 2). Marco inclusivo sobre BEPS. (Tax Challenges Arising from the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules)*. Obtenido de OECD, el 28 de marzo de 2022, de: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>

- OECD. (2021). *Revisión por pares del intercambio automático de información de cuentas financieras 2021 (Peer Review of the Automatic Exchange of Financial Account Information - 2021)*. Obtenido de OECD Library, el 27 de marzo de 2022 de: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/peer-review-of-the-automatic-exchange-of-financial-account-information-2021_90bac5f5-en#page1
- OECD. (18 febrero - 4 marzo de 2022). *Pilar 1 – Importe A: Proyecto de reglas modelo para la determinación de la base imponible (Pillar One – Amount A: Draft Model Rules for Tax Base Determinations)*. Obtenido de <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-tax-base-determinations.pdf>
- OECD. (s.f.). *Estandar Común de Informes (Common Reporting Standard -CRS) por jurisdicción 2017, 2018, 2019 y 2020, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)*. Obtenido de OECD el 9 de marzo de 2022: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/#d.en.345489>
- OECD. (s.f.). *Fiscalidad Internacional*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/g20/topics/international-taxation/>
- OECD. (s.f.). *Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales. Despliegue de Informes desde el 2010 al 2021*. Obtenido de OECD Library, el 27 de marzo de 2022 de: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews_2219469x
- Oficina del Comisionado de ingresos (Office of the Commissioner for Revenue) de Malta. (s.f.). *Nota de orientación sobre el tratamiento fiscal de los trusts (Guidance Note on the Tax Treatment of Trusts)*. Obtenido de Office of the Commissioner for Revenue, el 07 de abril de 2022, de: <https://cfr.gov.mt/en/inlandrevenue/legal-technical/Pages/Guidance-Note-on-the-Tax-Treatment-of-Trusts.aspx>
- Paraisos-fiscales.info. (10 de marzo de 2019). *¿Que es el trust anglosajon?* Obtenido de Paraisos-fiscales.info el 20 de octubre de 2021 de: <https://www.paraisos-fiscales.info/blog/economia-finanzas/que-es-trust-anglosajon>
- Paraisos-fiscales.info. (22 de febrero de 2019). *La protección superior con un offshore trust*. Obtenido de Paraisos-fiscales.info el 21 de abril de 2022 de: <https://www.paraisos-fiscales.info/blog/economia-finanzas/proteccion-superior-con-offshore-trust>

- Paraisos-fiscales.info. (10 de marzo de 2019). *¿Que es el trust anglosajon?* Obtenido de Paraisos-fiscales.info: <https://www.paraisos-fiscales.info/blog/economia-finanzas/que-es-trust-anglosajon>
- PEDIAA. (13 de agosto de 2021). *Diferencia entre Trust público y Trust privado (What is the difference between private and public trust)*. Obtenido de Pediaa el 21 de octubre de 2021 de: <https://pediaa.com/what-is-the-difference-between-private-and-public-trust/#:~:text=A%20private%20trust%20is%20a%20trust%20for%20the%20benefit%20of,%2C%20religious%2C%20or%20charitable%20purpose.>
- Pedrosa Pedrosa, J. (s.f.). *Paraísos Fiscales (Archivo PDF)*. Obtenido de la Confederación Estatal de Asociaciones y Federaciones de alumnos y exalumnos de los programas universitarios de mayores CAUMAS, el 24 de abril de 2018 en: <https://caumas.org/articulo/paraisos-fiscales-2/>
- Pegoraro, L. (2013). *Estudio Introductorio. Trasplantes, ingertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado. España*. Ed. Tirant Lo Blanch .
- Porporatto, P. (s.f.). *¿Quién está detrás de todo esto? – El beneficiario owner*. Obtenido de Centro Interamericano de Administraciones Tributarias CIAT el 08 de Diciembre de 2020 de: <https://www.ciat.org/quien-esta-detras-de-todo-esto-el-beneficial-owner/>
- Ramos Angeles, J. A. (2014). *Transparencia fiscal internacional: análisis de su aplicación a individuos y empresas con inversiones en el exterior (Archivo PDF)*. Lima, Perú. Revista Asesor Empresarial N° 779, Segunda quincena.
- Real Decreto 1558/2012 de 24 de noviembre de 2012. (s.f.). *Relativo al establecimiento de obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero*. Obtenido de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado publicado el 24 de noviembre de 2012 BOE-A-2012-14452: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-14452
- Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo de 2014. (s.f.). *Aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Obtenido de Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado publicado el 06 de mayo de 2014. BOE-A-2014-4742: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-4742>

Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000. *Relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.* Obtenido de Eur.lex: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20100514:ES:PDF>

Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre de 2012. Obtenido de Eur-Lex el 20 de octubre de 2019 de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02012R1215-20150226>

Resolución de Sala Primera Civil del Tribunal Supremo STS 338/2008 de 30 de abril de 2008. (s.f.). Obtenido de CENDOJ Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, España: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos V0010-10 de 14 de Enero de 2010. (s.f.). Obtenido de Iberley: <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-vinculante-dgt-v0010-10-14-01-2010-1370371?collection=resoluciones&term=V0010-10+de+14+de+enero+de+2010&query=V0010-10+de+14+de+enero+de+2010&noIndex>

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos V1016-10 de 14 de mayo de 2010. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos V1495-16 de 8 de abril de 2016. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos V3316-20 de 06 de noviembre de 2020. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos, España: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos V0817-18 de 26 de marzo de 2018. (s.f.). Obtenido de Dirección General de Tributos, España: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/>

Resolución Del Tribunal Fiscal RTF N°05229-4-2003 de la Republica del Perú.

Richetti, V. v., & Carbajal, A. (16 de Agosto de 2018). *Tratamiento fiscal en España de la figura del Trust.* Obtenido de Mondaq en: <https://www.mondaq.com/tax-authorities/728376/tratamiento-fiscal-en-espaa-de-la-figura-del-trust>

- Rodriguez Losada, S. (2013). *Interpretación jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo en el ámbito internacional. Revista Cronica Tributaria N° 149. Obtenida el 20 de octubre de 2019 de: https://economistas.es/Contenido/REAF/CronicaTributaria/149/149_Rodriguez.pdf*
- Rodríguez Villabona, A. A. (julio-diciembre, 2009). La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el Derecho. *Revista IUSTA, vol. 2, núm. 31*, pp. 99-122.
- Romero, J. A. (mayo - junio 2009). *Las normas anti-diferimiento y la legislación tributaria colombiana*. Revista Impuestos N° 153. Colombia.
- Saavedra Velazco, R. E. (2011). El método y el rol de la Comparación Jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica. *Revista Advocatus N° 25*, 193-244. Obtenido de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/395/377>
- Sacco, R. (1982). *Que es el Derecho comparado (Che cos'è il diritto comparato)*. Milan, Italia. Editorial Giuffrè.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law pp.1-341.
- Sanin, J. E. (2 de mayo de 2018). *Tratamiento fiscal de los Trusts bajo el régimen ECE*. Obtenido de www.asuntoslegales.com.co: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-esteban-sanin-511016/tratamiento-fiscal-de-los-trusts-bajo-el-regimen-ece-2720832>
- Sanz Gadea, E. (s.f.). *Transparencia Fiscal Internacional. Presentación para la XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero*. (Archivo PDF) . Obtenido de https://www.fundef.org/docs/s48_3.pdf
- Sentencia de Sala Primera Civil del Tribunal Supremo STS 338/2008 de 30 de abril de 2008. Obtenido de VLEX: <https://vlex.es/vid/sucesion-testamentaria-b-c-38999864>
- Serrano Antón, F. (1999). “Experiencias y perspectivas en los procesos de armonización tributaria (especial referencia a América Latina y a la Unión Europea) *Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*.
- Serrano Migallón, F. (2008). La adecuación de los esquemas tributarios en México a un contexto globalizado. México D.F. En S. M. general), *Estudios Jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de La Vega*. Editorial Porrúa-Facultad de Derecho UNAM.

- Siquiera Tachini, J. A. (26 de noviembre de 2021). *El trust como método de planificación patrimonial*. Obtenido de Thomson Reuters el 5 de enero de 2022 de: <https://laleyuruguay.com/blogs/novedades/el-trust-como-metodo-de-planificacion-patrimonial>
- Tax Andersen. (2021). *Fiscalidad de los trust extranjeros en Estados Unidos (US Taxation of Foreign Trusts)*. Obtenido de Andersen: <https://uk.andersen.com/wp-content/uploads/2021/01/US-taxation-of-foreign-trusts-guide-Jan-2021.pdf>
- Tax Justice Network. (2021). *Índice de paraísos fiscales 2021 (Corporate Tax Haven Index 2021)*. Obtenido de Tax Justice Network: <https://cthi.taxjustice.net/en/>
- Tax Justice Network. (9 de marzo de 2021). *La clasificación de paraísos fiscales muestra que los países que establecen las normas fiscales mundiales hacen lo posible para ayudar a las empresas a ignoralas*. Obtenido de Tax Justice Network, el 6 de abril de 2022, de: <https://taxjustice.net/press/la-clasificacion-de-paraisos-fiscales-muestra-que-los-paises-que-establecen-las-normas-fiscales-mundiales-hacen-lo-posible-para-ayudar-a-las-empresas-a-ignoralas/><https://taxjustice.net/press/la-clasificacion-de-paraisos-fiscal>
- Tax Justice Network. (s.f.). *Comentarios a Trust: ¿Armas de injusticia masiva? de Andrés Kobel*. Obtenido de Tax Justice Network, el 6 de abril de 2022, de: <https://taxjustice.net/reports/trusts-weapons-of-mass-injustice/>
- Tomé, G. (s.f.). *Los fideicomisos anglosajones (trust) y su operativa en España*. Obtenido de Navarro Abogados y Consultores NA&C el 25 de septiembre de 2021 de: <https://navarroabogados.net/los-fideicomisos-anglosajones-trust-y-su-operativa-en-espana/>
- Tôrres, H. (2001). *Plur tributación internacional de las rentas de las empresas (Plur tributação internacional sobre as rendas de empresas)*. San Paulo, Brasil. Ed. Revista dos Tribunais.
- U.S. Department of the Treasury. (s.f.). *Instrucciones para el Form. W-8BEN, Certificado de condiciones de extranjero del beneficiario para la declaración y retención de impuestos en los Estados Unidos para personas físicas*. Obtenido de Citibank, el 12 de marzo de 2022 de: https://www.citibank.com/tts/sa/taxinitiatives/docs/tax-forms/Instructions-for-Form-W-8BEN-2017_SPC.pdf
- U.S. Department Of The Treasury. (s.f.). *Acuerdos FATCA por jurisdicción vigentes respecto a la Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras*. Obtenido de U.S. Department Of

The Treasury, el 12 de marzo de 2022 de: home.treasury.gov/policy-issues/tax-policy/foreign.account-tax-compliance-act

Villagra Cayamana, R. A. (2013). *Análisis crítico del régimen de transferencia fiscal internacional vigente en el Perú a partir del 2013*. Revista de Derecho THEMIS N° 64. Obtenido el 21 de Diciembre de 2019 de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9536>

Villanueva Gutiérrez, W. (Diciembre 2013). El fideicomiso y sus implicancias tributarias (Archivo PDF). *Revista IUS ET VERITAS* N° 47. Obtenido de file:///C:/Users/usuario/Downloads/11946-Texto%20del%20art%C3%ADculo-47533-1-10-20150423.pdf

Virgos Soriano, M. (2006). *el trust y el Derecho español*. Navarra, España. Editorial Arazandi SA. Virgos Soriano, M. (2006). *el trust y el Derecho español*. Navarra, España. Editorial Arazandi SA.

Zenati-Castaing, F. (2015). *Entre trust y fiducie, el malentendido de Quebec (Entre trust et fiducie, le malentendu québécois)*. En *Revista internacional de Derecho Comparado*. Vol. 67 N°1. pp. 5-6. Obtenido de CanLII: https://www.canlii.org/fr/doctrine/doc/2014CanLII Docs33217#!fragment/zoupio-_Toc3Page6/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszlQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0IBsASgA0ybKUIQAiokK4AntADkykREJhcCWfKU15EbMmR0AZnThhSDZOs3aQAZTykAQkoBKAUQAY3gDUAQQA5AGFvEVlwACNoDS0EISE

Zucman, G. (2015). *La riqueza escondida de las naciones. Como funcionan los paraísos fiscales y que hacer con ellos*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Siglo XXI Editores. Martin, J. (23 de abril de 2020). *Beneficiario final o beneficiario efectivo*. Obtenido de Julian Martin & Asoc Consultores Tributarios JM&A el 20 de octubre de 2021 de: <https://julianmartintax.com.ar/2020/04/23/beneficiario-final-o-beneficiario-efectivo/>