



UNTITLED

BVI LEGAL ADVICE

TRUSTS
PREGUNTAS
FRECUENTES
—

¿QUÉ ES UN TRUST?

Para definirlo de manera rápida y sencilla, diremos que el *trust* es un acuerdo mediante el cual una persona (*settlor*) transfiere la propiedad de ciertos activos a otra (*trustee*) para que los administre en beneficio de uno o más terceros (*beneficiaries*) y los transfiera definitivamente a éstos (u a otros beneficiarios) al cumplimiento de un plazo o al advenimiento de una condición (generalmente – pero no necesariamente - la muerte del *settlor*).

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1984, definió esta figura de la siguiente manera: “*un trust es un conjunto de relaciones jurídicas en virtud de las cuales una persona, a la que se ha*

transferido la propiedad sobre unos bienes, está obligada a administrar dicha propiedad en beneficio de otra”.

Si bien no son totalmente equiparables a los fideicomisos propios del Derecho Civil, los *trusts* se caracterizan –como aquellos– por la existencia de un mandato de administración y la transferencia fiduciaria de los activos sobre los cuales recae dicho mandato por parte del *settlor* al *trustee*.

El principal efecto jurídico del *trust*, del cual se derivan todas sus consecuencias prácticas y jurídicas, es la escisión entre lo que se llama “*legal ownership*”, que va a corresponder al *trustee*, y “*beneficial ownership*”, que corresponderá a los beneficiarios.

¿PARA QUÉ SU UTILIZAN LOS TRUSTS?

Este tipo de estructura permite no sólo una adecuada administración de los activos que se transfieran a ella, sino también determinar con precisión las circunstancias relativas al traspaso de la propiedad de los mismos a los beneficiarios.

Adicionalmente, en el caso de los *trust* irrevocables donde además quien lo establece no es beneficiario ni protector ni retiene facultades de administración sobre los bienes transferidos a los mismos, la propiedad de estos sale del patrimonio del *settlor*, lo cual implica, por un lado, una serie de ventajas impositivas y, por el otro, que dichos activos queden automáticamente protegidos de cualquier acción legal por parte de eventuales acreedores del *settlor*.

En otras palabras, los *trusts* se utilizan para lograr objetivos impositivos, sucesorios y de protección patrimonial/privacidad. Dependiendo de los objetivos que estén buscando los clientes de que se trate, se elegirá un tipo específico de *trust* y la mejor jurisdicción para establecerlo.

No hay, de hecho, otro instrumento más adecuado ni más flexible que el *trust* para alcanzar los objetivos de o planificación patrimonial que una familia pueda tener. Y es precisamente por ello que todos los sistemas legales del mundo se han ido adaptando, de un modo u otro, a esta figura.

¿QUÉ TIPOS DE TRUST EXISTEN? ¿DÓNDE SE PUEDEN ESTABLECER?

Existen varias clases de *trust* (revocable, irrevocable, discrecional, no discrecional, etc.) y muchas jurisdicciones donde constituirlos. Salvo por algunas excepciones, todas estas jurisdicciones son reguladas por el derecho anglosajón, o “*common law*”.

Obviamente, cada clase y jurisdicción deberá ser evaluada en detalle por un especialista internacional con experiencia en estos temas (eventualmente, **UNTITLED SLC**) así como por asesores legales y contables locales del *settlor*.

¿EXISTE ALGUNA DIFERENCIA SUBSTANCIAL ENTRE UN TRUST CREADO EN ESTADOS UNIDOS U OTRA JURISDICCIÓN COMO NUEVA ZELANDA, LAS ISLAS CAIMÁN, ETC.?

Además de las diferencias en los requisitos y condiciones para su creación y regulación, la más notoria es la adhesión al *Common Reporting Standard* (“**CRS**”) por estas últimas jurisdicciones, lo cual no ocurre con Estados Unidos.

Decíamos anteriormente que una de las finalidades de los *trusts* pasa por proteger la privacidad del *settlor*, por evitar que se sepa que el *settlor* está vinculado de algún modo a los activos de que se trate.

Desafortunadamente, desde hace un tiempo los países han avanzado mucho en materia de intercambio de

información financiera, y el derecho a la privacidad de los contribuyentes se ha visto cercenado.

A partir de la entrada en vigor de CRS, los países que han suscripto dicho acuerdo de intercambio automático de información han comenzado a obtener e intercambiar de manera automática información financiera sobre la mayor parte de los *trusts*, incluyendo identidad de los *settlors*, activos que los constituyen y ganancias generadas. Los beneficiarios, en principio, solo se informan durante aquellos años en los cuales han retirado beneficios.

¿POR QUÉ ESTADOS UNIDOS SE HA CONVERTIDO EN UNA JURISDICCIÓN TAN UTILIZADA?

Además de lo mencionado en el punto anterior, cabe destacar que varios Estados como, por ejemplo, Dakota del Sur, que es uno de los que más utilizamos para establecer este tipo de estructuras, poseen legislación muy sólida en materia de protección de

activos. Por lo tanto, es prácticamente imposible que los acreedores de los *settlors* alcancen dichos activos. Además, su estatuto de protección de activos excluye específicamente los reclamos por herencias forzosas.

¿QUÉ OTROS ROLES EXISTEN, ADEMÁS DE SETTLOR, BENEFICIARIOS Y TRUSTEES?

Además de los roles obligatorios que todo *trust* debe tener para calificar como tal, hay otras dos figuras que tienen relevancia y que suelen utilizarse para dotar a la estructura de mayor substancia y asegurar que los objetivos del *settlor* al crearla se cumplan.

1) **Asesor financiero:** es la persona o entidad que en la práctica llevará adelante las inversiones del *trust*. De no existir esta figura, estas facultades corresponderán al *trustee*.

2) **Protector:** es una figura transcendental para el *settlor* pues de algún modo le permite ejercer un mínimo de control luego del desapoderamiento, al tener alguien de su confianza supervisando al *trustee*.

En general, **aunque no es obligatorio hacerlo**, se otorgan al *protector* los siguientes derechos o facultades:

- (a) el poder de remover al *trustee* y al asesor financiero;
- (b) el poder de cambiar la ley aplicable al *trust*;
- (c) el poder de remover o agregar beneficiarios;
- (d) el poder de aprobar distribuciones;
- (e) el poder de recomendar inversiones; y
- (f) el poder de terminar el *trust* o aprobar la terminación del *trust*.

El *protector* es un rol que apareció hace no mucho tiempo y por ende la casuística no es muy extensa. En América Latina es de hecho prácticamente nula.

Lo realmente relevante al momento de determinar las funciones de este, es que no quede, en los hechos, equiparado al *trustee*.

¿QUÉ TIPOS DE ACTIVOS SE PUEDEN CEDER/APORTAR A UN TRUST?

La propiedad fiduciaria puede consistir en acciones, intereses, acciones, bonos, bienes muebles (por ejemplo,

derechos, créditos, obras de arte) e inmuebles en cualquier parte del mundo, presentes o futuros.

¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DEL TRUST EN AMÉRICA LATINA?

Es muy común oír a profesionales del derecho sin mucha experiencia en estas cuestiones decir que los *trusts* no son reconocidos por los regímenes de derecho civil vigentes en América Latina y que por ende los mismos no son oponibles a terceros ni tienen efectos jurídicos.

Muchas de estos argumentos se apoyan también en el hecho de que en la mayor parte de los países de la región existe el régimen de herencia forzosa y en que la figura del *trust* es de origen anglosajón y no latino.

Por más razonable que a simple vista parezca este argumento, el mismo no es en absoluto correcto. De hecho, los jueces de aquellos países que cuentan con

regímenes similares (como es el caso del fideicomiso) jamás podrían sostener que la figura del *trust* es ajena a su ordenamiento jurídico. Entre estos países se incluyen Argentina, México, Brasil, Perú, Paraguay y Uruguay.

En definitiva, siempre y cuando se tomen los recaudos del caso al armarlos, los cuales varían de país en país, los *trusts* son perfectamente válidos y sus efectos van a respetarse casi en su totalidad. Entre ellos, en los países donde hay impuestos sobre el patrimonio, los mismos no son pagados con relación a los activos transferidos a *trusts* irrevocables y cualquier impuesto a las ganancias es diferido hasta que existan distribución. Por otro lado, armar un *trust* irrevocable evita que se apliquen impuestos creados con posterioridad a la transferencia fiduciaria de los bienes.

¿CUÁLES SERÍAN LOS PRINCIPALES RECAUDOS QUE HAY QUE TENER EN CUENTA A LA HORA DE ESTRUCTURAR UN TRUST?

Cuando hablamos de recaudos a tomar en cuenta nos vamos a referir en general a lo que sucede en Argentina, que es hoy por hoy el país de América Latina que cuenta con la jurisprudencia más rica en la materia. Muchos de los fallos emitidos por jueces de aquel país han sido citados tanto en análisis doctrinarios realizados por abogados basados en la región como en fallos judiciales dictados en otros países de la misma.

Otros países donde el tema de los *trusts* se ha analizado en profundidad y los recaudos que deben tomarse en cuenta son bastante claros, son Chile, México y Perú. Obviamente el tema es aún más sencillo en Panamá, donde inclusive existe una ley de *trust*.

En base a la jurisprudencia y opiniones de los fiscos, se deben tomar los siguientes recaudos a fin de minimizar futuros riesgos:

(a) La documentación correspondiente al *trust* debe ser robusta y lo más completa posible.

(b) El *trustee* debe ser un tercero independiente para evitar que se lo considere un *trust* transparente. Mucho mejor si se trata de una empresa dedicada especialmente a la prestación de servicios fiduciarios. Bajo ningún concepto el *settlor* puede ser a su vez el *trustee*.

(c) Tampoco es bueno que el *settlor* sea a su vez beneficiario ni que mantenga facultades de administración sobre los bienes cedidos. Si alguien pide a un tercero que administre ciertos activos para su propio beneficio, estamos más ante un contrato de mandato que ante un *trust*.

(d) Debe elegirse con cuidado no solo el tipo de *trust* y la jurisdicción sino también el *trustee* que se va a utilizar. Al respecto, es preferible que el *trust* sea irrevocable y que la jurisdicción no sea una jurisdicción no cooperante. Tampoco es bueno elegir a cualquiera como *trustee* y luego sacarle todos los poderes a través del asesor financiero y del protector y/o el

otorgamiento de poderes generales de administración a terceros (y mucho menos al settlor). Esto va en contra del principio “*substancia sobre forma*” antes mencionado. Ello a menos que no haya intención de reducir carga impositiva y que el *trust* solo se establezca con fines sucesorios.

(e) Una vez armado el *trust*, debemos ser muy cuidadosos con la transferencia de los activos al mismo.

(f) El último tema a considerar es el control que el *settlor*, de un modo u otro, ejercerá en la práctica en el funcionamiento del *trust*. A mayor control del *settlor*, obviamente mayor tranquilidad para él, pero al mismo tiempo, mayor será el riesgo de que la estructura pueda ser atacada sobre la base de que los activos en realidad nunca salieron de su patrimonio. Es importante que la transferencia de los activos al *trustee* sea real y para eso hay que limitar lo más posible los derechos y facultades del *settlor*.

SPLIT TRUSTS

En algunos países de la región (como México, Perú y otros), existen reglas que impiden que un contribuyente difiera el impuesto a las ganancias que debe pagar con relación a las ganancias generadas por sus activos mediante la transferencia de los mismos a sociedades controladas por él.

En los países que cuentan con estas normas, que se conocen como “*controlled foreign company rules*” (o “*CFC Rules*”), se suele utilizar una estructura especial denominada “*Split trust*”.

Esta estructura implica el establecimiento de dos (2) *trusts* diferentes; uno de ellos revocable y el otro irrevocable. Adicionalmente, se establece una sociedad *holding* que a su vez emite dos clases de acciones:

- (a) acciones ordinarias; y
- (b) acciones preferidas sin derecho a dividendos.

Las acciones preferidas, que como dijimos no otorgan derecho a dividendos, se emiten a favor del *trustee* del *trust* revocable, en tanto que las acciones ordinarias son emitidas al *trustee* del *trust* irrevocable.

Estas acciones, que tienen derecho a voto, son las que se benefician de las ganancias que genera la sociedad dueña de los activos. Las acciones preferidas solo van a recibir las ganancias de capital.

La idea subyacente detrás de esta estructura es que el *settlor* sea beneficiario del capital del *trust* pero no de los ingresos que generen los activos y que tampoco controle la sociedad *holding*.

En países que aún no cuentan con *CFC Rules* (como es el caso de Argentina), no tiene sentido establecer este tipo de estructura.

¿QUÉ IMPUESTOS DEBE PAGAR EL SETTLOR LUEGO DE ESTABLECER UN TRUST? ¿Y LOS BENEFICIARIOS?

Cabe señalar que dependerá de dos factores fundamentales, por un lado, la jurisdicción de constitución y por otro lado el tipo de *trust* seleccionado. Obviamente también será relevante la residencia fiscal del *settlor*.

El *trust* irrevocable en términos generales provoca la escisión del patrimonio del *settlor*, constituyendo un nuevo patrimonio por separado.

El principio general, entonces, es que las ganancias producidas por los *trusts* no generan impuestos a nivel local, siempre y cuando, no exista un residente local respecto del cual pueda sostenerse que tiene el control sobre la estructura o sobre los activos que se han colocado bajo el *trust*.

Esto sucede, por ejemplo, cuando los *trusts* son revocables o cuando el *settlor* se reserva excesivas facultades de administración, sosteniendo la autoridad fiscal que se trata de un *trust* transparente y por lo tanto sujeto a impuestos.

Este es, por ende, el primer recaudo que hay que tomar muy en cuenta al redactar tanto el “*Trust Deed*” como la “*Letter of Wishes*”, que son los dos documentos legales principales de todo *trust*.

Respecto del primer tema, existe en Argentina un dictamen de AFIP emitido el 1 de agosto de 2000 en el cual la autoridad impositiva, utilizando el principio de substancia sobre forma, dictaminó que, si una persona se reserva el derecho de revocar el *trust* en cualquier

momento, evidentemente no ha habido un desapoderamiento real en favor del *trustee*. En ese caso, para peor, el *settlor* era también el *trustee*. En este mismo sentido fallaron los jueces en el caso “Julio César Moreno” de 2002, fallo en el cual se decidió que un *trust* donde el *settlor* actúa también como *trustee* es perfectamente válido, pero, a su vez, fiscalmente transparente.

En otras palabras, el contribuyente debe seguir pagando impuestos, entre estos Bienes Personales, por los activos transferidos al *trust*.

Más allá de que el caso “Eurnekian” sea el más conocido en la materia y el que más material de análisis dejó, lo cierto es que anterior al mismo es el caso “Gonzalo Aguilar”, en el cual la Corte –puesta a analizar un *trust* creado en Guernesey– estableció principios que aún hoy son válidos no solo en Argentina:

- (a) el *trust* irrevocable en el cual el *settlor* no mantiene el control de los activos es una forma válida de estructurar el patrimonio;
- (b) de utilizarse tal estructura, el *settlor* no estará sujeto a impuestos; y
- (c) los beneficiarios van a pagar impuestos recién cuando reciban beneficios del *trust*.

Con relación a este último punto, el concerniente a la declaración y pago de impuesto por parte de los beneficiarios del *trust*, el Dictamen 9/13 emitido por AFIP el 8 de febrero de 2013 confirmó que un beneficiario de un *trust* establecido de acuerdo con las leyes de otro país no debe incluir los activos en su declaración de impuestos (y por ende no debe pagar impuestos) en tanto no tenga facultades decisorias. Si bien, a raíz de la sanción de la llamada Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en diciembre de 2019 se reavivaron las discusiones respecto de este punto (la obligación de los beneficiarios de pagar impuesto a los bienes personales por un eventual beneficio que le corresponda de acuerdo con los términos de un *trust* irrevocable), entendemos que todo sigue igual. No solo por un tema de capacidad contributiva, sino porque la jurisprudencia de dicho país ha sostenido desde hace tiempo que no se pueden gravar derechos en expectativa.

Respecto de qué impuestos van a pagar los beneficiarios del *trust* una vez que reciban los producidos del mismo, en la mayor parte de los países de la región el beneficiario va a pagar la tasa aplicable al impuesto a las ganancias sobre la porción de lo recibido que califique como rentas o ganancias y no sobre la porción que califique como capital inicial del *trust* de que se trate.

OTROS EFECTOS

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, debe considerarse la posibilidad de que aun cuando se declare válido el *trust*, si el mismo viola leyes de orden público en el país de que se trate (como ser el caso de norma sucesorias) es posible que el juez deba obviamente respetar lo que el *trust* establezca para activos ubicados fuera de dicho país pero que luego trate de compensar

a través de la distribución/asignación de bienes ubicados allí. Se trata de otra cuestión que hay que analizar –u otro recaudo que hay que tener en cuenta– al momento de armar la estructura, de manera de que se puedan alcanzar los objetivos del *settlor* en lugar de que estos se vean frustrados por la acción de un juez.

CONSEJOS FINALES

Las dos primeras cuestiones que uno debe tomar en cuenta son los objetivos que el *settlor* (y eventualmente su familia) buscan en la figura del *trust* y el tratamiento que se da a la misma en el país de residencia de *settlor* y los beneficiarios.

A fin de resumir lo expuesto anteriormente, se mencionan a continuación algunas de las cuestiones relevantes a tener en cuenta a la hora de constituir un *trust*:

- (i) mantener la documentación lo más completa posible y asegurarse que la transferencia inicial de activos al *trust* ha sido válida;

- (ii) seleccionar un *trustee* de confianza, el cual debe ser un tercero independiente;
- (iii) asegurarse que el *settlor* no sea beneficiario, ni tenga control suficiente sobre el *trust*, evitando que se lo considere un *trust* transparente (de hecho, lo mejor es que ninguna persona tengan control sobre la estructura por encima del *trustee*);
- (iv) seleccionar con cuidado el tipo de *trust* y la jurisdicción en la cual se lo va a establecer; y
- (v) buscar asesoramiento legal local e internacional.



WWW.UNTITLED-SLC.COM

-
MONTEVIDEO
MIAMI
BRITISH VIRGIN ISLANDS
MADRID

