



# Transportabilidad a España de Trusts y Fundaciones Privadas

Luis Briones

31 de enero de 2020



# Agenda

0

INTRODUCCIÓN

---

1

FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

---

2

TRUSTS

---

# Objeto de la Presentación

- Transportabilidad de Vehículos de Planificación Familiar y Personal.
- Establecidos por no residentes que trasladan su residencia a España.

# Caso Base

- Persona Física residente fuera de España, que
- tiene organizado su patrimonio mediante una estructura adecuada a su legislación local, y
- traslada su residencia personal a España, pudiendo su estructura
  - tener beneficiarios residentes en España y/o
  - poseer activos localizados en España.

# Vehículos Internacionales típicos

- No trataré, por presentar una casuística inabarcable en el tiempo de que disponemos:
  - **Disposiciones testamentarias** locales.
  - **Sociedades.**
- No trataré los **Seguros de Vida**, porque se tratan en otra charla posterior por Irene Cao y Pilar Galán.
- Me centraré en dos instituciones no contempladas por nuestro derecho:
  - **Fundaciones Privadas.**
  - **Trusts.**

1

# Fundaciones de interés privado

# Fundaciones de interés privado

## Notas típicas

- Finalidad.
- Naturaleza jurídica según la ley nacional.
- Existen en muchos países, las más conocidas: Liechtenstein, Panamá y Austria.
- En España no se pueden crear,
  - Toda Fundación debe perseguir un interés público + Protectorado.
  - No se admiten “Patrimonios Separados” salvo en los casos previstos por la ley.

# Fundaciones de interés privado

## Calificación y validez civil

- **C.C. art. 9.11:** su **personalidad jurídica**, capacidad, etc... se rige por la **ley de su nacionalidad**.
- Única excepción, la **cláusula de Orden Público C.C. art. 12.3**.
  - No se aplica la ley extranjera cuando es contraria al orden público.
  - T. S. español: debe interpretarse restrictivamente porque supone la ruptura del consenso internacional, solo debe aplicarse si:
    - hay extrema contradicción con principios legales fundamentales,
    - teniendo en cuenta el entorno social en el momento de la decisión.
  - Ningún Tribunal ni la Administración han considerado aplicable la cláusula de orden público.
- **Conclusión:** En nuestros días deben considerarse válidas y susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones.



# Fundaciones de interés privado

## Calificación en la doctrina administrativa de la DGT

- **General: son personas jurídicas independientes del Fundador y sus beneficiarios**, ejemplos:
  - Panamá: V2137-13 y V820-14.
  - Liechtenstein: V 3048-14, V3927-15, V0781-16, V4637-16 y 1592-17.
  - Alemania: V1901-16.
- **Primeras consecuencias fiscales de esta calificación:**
  - Aportaciones a la Fundación: donaciones a PJ no residente.
  - Distribuciones a beneficiarios: donaciones del Grupo IV.
  - Rentas de fuente española obtenidas por la Fundación: sujetas al IRNR.

# Fundaciones de interés privado

## Calificación en la doctrina administrativa de la DGT 2

- **Caso sorprendente V1454/11:** Viuda que recibe vía una Fundación de Liechtestein bienes a la muerte de su marido, declara como herencia del marido y la DGT parece confirmarlo ...
- **Certificados de participación en las rentas de bienes de la Fundación:**
  - Son normales en Fundaciones europeas, holandesas (V1499-10 y V0339-16) y alemanas (V2834-11), las tres emiten certificados de participación en las rentas de acciones poseídas por la fundación.
  - DGT califica las rentas como **RCM por participación en fondos propios** (LIRPF 25.1.b ) *"rendimientos procedentes de activos que, sin atribuir la condición de socio, accionista, asociado o partícipe en una entidad, facultan, no obstante, para participar en los beneficios, ventas, etc."*, pese a no haber sido emitidos por la propia sociedad ni por sus órganos sociales.

# Fundaciones de interés privado

## Otras consecuencias fiscales de la calificación de la DGT

- 720: ¿titular real? V1901-16
- Transparencia fiscal internacional:
  - Notas generales.
  - **Control:** Un grupo familiar (2º Grado) y sociedades vinculadas tengan una **participación del 50% o más en ...resultados.**
  - Presunciones en caso de paraíso fiscal y obligaciones informativas
- **Impuesto sobre Patrimonio**
  - Fundación: al no existir socios no es un activo a efectos del impuesto.
  - Certificados de participación: sí, valor mercado.

# Fundaciones de interés privado

## Transportabilidad en caso de cambio de residencia

- ¿Pueden mantenerse al trasladar residencia a España?
  - Sí, porque se reconoce su personalidad jurídica.
- Merece la pena mantenerlas
  - En la mayor parte de los casos: no, por la altísima tributación de los que reciban renta de la Fundación.
  - Puede tener sentido mantenerlas (adaptadas) si:
    - El Fundador no necesita usar los bienes o recibir distribuciones de la Fundación (o lo que necesita puede obtenerse mediante usufructos o certificados de renta recibidos de la Fundación antes de trasladar la residencia).
    - No hay beneficiarios residentes en España que vayan a recibir bienes o rentas después del traslado de residencia.
    - Es seguro que no afectan las normas de Transparencia Fiscal Internacional.

2

# Trusts

# Trusts

## Naturaleza Jurídica desde el punto de vista del derecho español

- **No es una persona jurídica**, porque ni la ley del Trust, ni la española se la conceden.
- **Contraria al derecho de propiedad español:**
  - Disocia la “legal ownership” que corresponde al Trustee de la “economic ownership”, separación no contemplada en nuestro derecho de propiedad.
  - Crea un “Patrimonio Separado” lo que en España sólo es posible en los casos tasados legalmente, por el principio de responsabilidad patrimonial universal y par conditio creditorum. Ej. “Patrimonio Protegido” Ley 41/2003.
- **Ni el C.C. ni los derechos forales contemplan el Trust**, aunque se parece a la fiducia catalana y la herencia de confianza.
- **España no ha ratificado el «Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable al Trust y su Reconocimiento»**, de 1 de julio de 1985.

# Trusts

## Naturaleza jurídica desde el punto de vista del derecho español (2)

Por otro lado, paulatinamente el derecho español va reconociendo la existencia de los Trusts y parte de sus efectos jurídicos:

- Los Trust se mencionan en varias normas: Ley 10/2010 blanqueo de capitales, Art. 42 ter, RD 1065/07; Convenio de Lugano sobre ejecución de sentencias y en varios Convenios para evitar la doble imposición.
- La Sentencia TJUE 14/9/2017, asunto C-646/15 considera que los Trustees y los bienes del Trust “*constituyen una entidad capaz de disponer de derechos y obligaciones y, con ello, invocar las libertades comunitarias*” y les concede libertad de establecimiento.

# Trusts

## Naturaleza Jurídica desde el punto de vista del derecho español (3)

- El Tribunal Supremo (entre otras STS 338/2008) considera que son aplicables al Trust las normas de derecho internacional privado, por lo que será eficaz, si lo es según la ley aplicable: del Settlor (herencias-donaciones C.C. art 9.8 y 10.7), la del contrato (C.c art. 10.5), la de localización del bien (C.C. art. 10.1), etc.
- Se trata de un contrato sujeto a ley extranjera y los tribunales españoles nunca han considerado que el Trust sea contrario al orden público.
- Conclusión.



# Trusts

## Calificación tributaria: Posición General

La DGT viene manteniendo, al menos desde 1993, la “inexistencia” a efectos fiscales del Trust:

- Prescinde del Trust y de los Trustees "como si no existiesen": sólo se tienen en cuenta las relaciones entre el Settlor y el/los Beneficiario(s); entre otras: V1224-14, V1225-14, V1226-16; V1495-16 y V0817-18.
- Como no está reconocido en nuestro derecho, el Trust es incapaz de ser titular de derechos y obligaciones, o de ser sujeto pasivo de ningún impuesto en España (V1016-10).
- Considera que, en principio, "no surten efectos las relaciones jurídicas reguladas por el mismo" (entre otras: V0718-19, V0312/19).
- Recientemente parece sugerir con cautela que deben tenerse en cuenta los efectos contractuales del Trust (V0695-17, V1879-17), e incluso la eficacia traslativa al beneficiario/Trustee (V0817-18 y V0718/19).

# Trusts

## DGT: Consecuencias fiscales generales

- IRPF: Las rentas se imputarán al Settlor o al Beneficiario aplicando con los criterios del **artículo 11 LIRPF**, sin necesidad de distribución, con derecho a CDI (V0989-14).
- I.P. **En general la propiedad no se considera transferida** y la mantiene el Settlor, salvo fallecimiento, distribución al beneficiario o situaciones particulares.
- ISD: **Directamente del Settlor al Beneficiario**, con derecho a la deducción por doble imposición (V0010-14).
  - Mortis causa: se devenga en la fecha del fallecimiento (LISD 24.1) aunque esté pendiente de individualización (utiliza LISD art. 22.2 para liquidar, V1016-10), ninguna contestación contempla la aplicación del art. 24.3.
  - Intervivos: cuando se formaliza la escritura o la distribución, no al aportarlo al Trust.

# Trusts

## DGT: Algunos casos particulares relevantes

- **Patrimonio Autónomo Colombiano** gestionado por Trustee (legal owner), y realiza actividad empresarial en Colombia: El partícipe español opera en Colombia mediante **EP con derecho a aplicación del CDI**.
- **Contradiciendo** total o parcialmente **la doctrina general**:
  - V1003-14 y V1495-16: La aportación al Trust en favor de hijo o nietos “conforma el hecho imponible del art. 3.1.b. LISD”, donación que se devenga cuando se aporta el dinero al Trust (o en su constitución).
  - V0817-18 - V0718-19 posible transmisión al beneficiario si sus facultades de disposición son equivalentes a la titularidad.
- **Con aparente contradicción interna**: V0718-19.
- **Con aviso a navegantes**: V0817-18, V0312-19 y V0718-19.
- **Sorprendente**: V1495-16 beneficiario sociedad no residente 100% del hijo residente: no sujeta.

# Trusts

## Otras posibles consecuencias fiscales

- CDIs
- **Entidad en Régimen de Atribución de Rentas**
  - Posición general: no el Trust.
  - Posibilidad: los beneficiarios.
  - Propuesta de Reglamento: sigue calificación fiscal local ¿?
- **Transparencia Fiscal Internacional:** no es compatible con posición DGT.
- **Empresa familiar:** debería ser aplicable (V1879-17).
- **720:** el titular real debe declarar los activos (V1879-17). Preguntas frecuentes nº 52:
  - Settlor residente por los activos y derechos extranjeros.
  - Trustee residente: cuentas en que esté autorizado, bienes de los que sea titular real.
  - Beneficiarios reales y efectivos, no potenciales, cuentas y rentas temp. o vit.

# Trusts

## Conclusiones y observaciones prácticas

- En general migran mal:
  - Posibles problemas civiles, generación de conflictos.
  - La interpretación simplista de la Administración española casa mal con la mayoría de los Trust y es fuente de litigios y en ocasiones de tributación incompatible con las relaciones jurídicas establecidas en el Trust.
  - Puede ser difícil cambiar sus términos antes de venir a España.
  - En general, lo mejor que cabe obtener es la neutralidad fiscal.
- Los Trusts muy simples pueden seguir siendo operativos, con precaución y, si es posible, consulta previa.
- Pueden seguir teniendo funciones ajenas a la fiscalidad en determinadas circunstancias.

# Baker McKenzie.

**Luis Briones**

**Tel: +34 91 230 46 16**

**Fax: +34 91 391 51 49**

**Móvil: +34 659 87 82 07**

**[Luis.briones@bakermckenzie.com](mailto:Luis.briones@bakermckenzie.com)**

**Antonio Zurera**

**Tel: +34 91 230 46 04**

**Fax: +34 91 391 51 49**

**Móvil: +34 637 70 91 29**

**[Antonio.zurera@bakermckenzie.com](mailto:Antonio.zurera@bakermckenzie.com)**

Baker McKenzie Madrid, S.L.P. forma parte de Baker & McKenzie International, una firma de abogados global a la que se encuentran asociadas firmas de abogados de diversas nacionalidades. De acuerdo con la terminología comúnmente utilizada en organizaciones prestadoras de servicios profesionales, cualquier referencia a un "socio" se entenderá hecha a un socio o figura equivalente de este despacho o de otra firma legal asociada a Baker & McKenzie International. Del mismo modo, toda referencia a una "oficina" se entenderá realizada a cualquiera de las anteriormente mencionadas firmas de abogados.

© 2020 Baker McKenzie Madrid, S.L.P.

**[bakermckenzie.com](https://bakermckenzie.com)**