



# LOS USOS DEL FIDEICOMISO (TRUST) ANGLOSAJÓN

**ARTURO J. ABALLI, ESQ.\***  
**ABALLI MILNE KALIL, P.A.**  
**ESTADO UNIDOS**

\* Arturo J. Aballi, socio fundador del estudio Aballi, Milne & Kalil, P.A. de Miami, Florida, es un reconocido especialista en Derecho Tributario de EEUU con énfasis en la planificación de patrimonios e inversiones internacionales y asesor de varias de las familias con los más importantes patrimonios internacionales. Licenciado en los Estados de Nueva York y la Florida con más de 40 años de experiencia en su especialidad, domina varios idiomas, y fue uno de los primeros abogados de la Florida que ostenta la certificación de especialista en Derecho Internacional Privado.



**COLAFI 2019**

# I. ANTECEDENTES

- Breve historia de los *trusts*. Las cruzadas (s.11 y 12)
- El arreglo que se propagó en Inglaterra cada vez más, no tenía respaldo de legislación alguna, pero fue apoyado por los *Lord Chancellors* o lores cancilleres de las cortes de equidad durante muchos siglos estableciendo jurisprudencia en materia de *trusts*.
- Aunque el arreglo jurídico llamado *trust* a veces se traduce al castellano como “fiducia,” la traducción más común en todos los diccionarios jurídicos de inglés al español, es la de “fideicomiso.” El *fideicomissum* romano y sus descendientes en las legislaciones europeas, son arreglos diferentes al *trust* anglosajón. La figura romana era una sustitución testamentaria, mientras que el *trust* puede ser testamentario o *inter vivos*.
- Hoy el *trust* es un arreglo que la ley reconoce, mediante el cual el constituyente, llamado *settlor* o *grantor* transfiere bienes al fiduciario o *trustee* que deberá administrarlos para beneficio de uno o más beneficiarios. Ficción legal: división del título. El fiduciario posee el título “legal” del bien dado en *trust* y los beneficiarios el título “equitativo.” Desarrollado por las cortes de “equidad” distintas de las cortes de derecho común. Lo más importante y práctico es que la ley impone serias obligaciones al fiduciario de administrar los bienes del *trust* para beneficio y en el solo interés de los beneficiarios acorde a las condiciones establecidas por el fiduciante o fideicomitente.

## II. USO DEL *TRUST* PARA LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

### A. Inversiones en EEUU

- En los Estados Unidos y otros países de tradición anglosajona (p.e. las islas del Caribe donde se constituyen muchas sociedades *offshore*) aunque también en otros países con sistemas de derecho continental o *civil law*, como por ejemplo, Panamá, no se puede pasar bienes titulados a nombre de un individuo a su fallecimiento sin tener que entablar un juicio de sucesión. Ese juicio, que en los países anglosajones se llama “*probate*” se entabla ante un juez de sucesión en la localidad donde está situado el bien y requiere una serie de documentos, avisos públicos, inventarios etc. que siempre necesita la intervención de abogados cuyos honorarios pueden ser bastante altos. Es más, estos países, sobre todo los anglosajones, no aceptan declaratorias de herederos hechas en un acta notarial en el país de domicilio del finado como prueba de las personas con derecho a la sucesión de sus bienes. Por lo tanto, ese juicio sucesorio no solamente es un proceso costoso sino que evita que los herederos puedan tener acceso y disponer del bien heredado por un tiempo relativamente largo (por lo menos 6 meses y casi siempre mucho más), sin importar si el difunto dejó o no testamento. Claro está si el difunto muere sin testamento el proceso es mucho más largo.

- Norman F. Dacey, publica *How to Avoid Probate* (en español “Como se Evita el proceso de *Probate*”) en 1965 recomendando usar los *trusts* para evitar el juicio de sucesión o *probate*. Necesidad de hacer los *trust* más económicos y surge el living trust (*trust* viviente o auto declaración de *trust*).
- Ejemplo: la Florida adopta F.S 689.075, en 1969, al igual que muchos otros estados que expresamente dice que si un *trust* se crea mediante un escrito, el *trust* es válido no obstante si el fideicomitente es el único fiduciario, retiene el derecho de revocar, enmendar y retirar los bienes o réditos del *trust* entre otros poderes.
- Los *living trusts* han sustituido al testamento en EEUU como la manera más eficiente de organizar la sucesión. El inversionista extranjero siempre debe considerar la creación de un *living trust* sobre bienes sitios en EEUU para evitarle a sus herederos el proceso de probate.
- Impuestos federales de sucesión y donaciones (ISD) y sobre la renta añaden complejidad pero es importante considerarlos. El ISD recae sobre casi todos los bienes de un extranjero “sitios” en EEUU con un valor superior a US\$60.000. El impuesto recae a la tasa del 40% sobre el valor del bien por arriba de dicha exención.

- Dos maneras de evitar el ISD: (i) interponer sociedad extranjera o (ii) un *trust* en el cual el creador no se reserva beneficios y ciertos poderes.

## **B. Inversiones en Otros Países**

- La figura se ha propagado en el mundo de las finanzas y otros centros financieros como Suiza, Panamá, Singapur y los Emiratos Árabes, que reconocen la figura y sus leyes aceptan que a pesar de que no es una persona jurídica, es un vehículo mediante el cual se pueden titular bienes.
- Aceptación como vehículo internacional impulsada por la Convención de la Haya para el Reconocimiento de los *Trusts*.
- Las diferencias en las leyes de sucesión entre los países de derecho común anglosajón y los países de derecho continental han dado lugar al uso del *trust* como una manera práctica de obviar esas diferencias. Aunque muchos países todavía no reconocen el *trust* como titular de bienes, sobre todo los bienes raíces, muchas inversiones se canalizan mediante sociedades cuyo país de constitución reconocen los *trusts* como titulares de acciones, organizando así la sucesión de bienes poseídos por la sociedad interpuesta, de una manera eficiente.

### C. Figuras Jurídicas Similares al *Trust* Anglosajón

- Las fundaciones de interés privado (“FIPs”) es la figura alternativa al *trust* más conocida. La legislación pionera en Latinoamérica fue la de Panamá que en 1995 adopta su Ley No. 25 Sobre Fundaciones de Interés Privado.
- La FIP panameña sigue reglas similares a legislaciones europeas como la de los *Stiftungs* adoptadas por Austria y Liechtenstein y también Holanda con la *Stichting*. Curaçao e islas hermanas holandesas y recientemente jurisdicciones angloamericanas como Jersey, Nevis y los estados de New Hampshire y Wyoming en Estados Unidos han promulgado leyes sobre las FIPs muy similares.
- Diferencias entre la FIP y el *trust*: (i) la primera es una persona jurídica y es administrada por un Consejo Fundacional y el *trust* por uno o más fiduciarios personas físicas o empresa fiduciaria profesional: (ii) las FIPs se constituyen mediante una escritura pública inscrita en una oficina de gobierno, mientras que los *trusts* son enteramente documentos privados.
- El documento **público** que constituye la FIP usualmente no divulga ni la identidad del fundador (el equivalente del *settlor*) ni la de los beneficiarios. Estos se identifican y se benefician y la relación entre el Consejo y los beneficiarios están expresadas en un documento privado llamado Reglamento(s) en Panamá y en resoluciones del Consejo en otras jurisdicciones.

- Una ventaja de las FIPs sobre los *trusts* en muchos países es que son personas jurídicas y por lo tanto se aceptan como titulares de bienes sitios en esos países. El *trust* tiene la ventaja que la ley que los rige tiene el apoyo de siglos de jurisprudencia que ha interpretado todo tipo de disposición y por lo tanto hay más seguridad en su efecto jurídico.
- En EEUU las FIPs tienen el problema que no hay seguridad en su trato tributario. Pueden interpretarse (usualmente) como *trust* pero a veces como “corporaciones” con consecuencias adversas.

### III. CONSERVACION Y PROTECCION DE PATRIMONIOS

- Una de las ventajas del *trust* está en su uso para administrar patrimonios de beneficiarios que no poseen el conocimiento o competencia necesarios para proteger fortunas heredadas. Por ejemplo, un patrimonio heredado por un menor u otro beneficiario que no ha tenido experiencia financiera, puede ser administrado por una empresa fiduciaria o un familiar con el conocimiento necesario para conservar e inclusive incrementar el valor de los activos de su ancestro. Además, el fiduciario puede velar que el beneficiario reciba los montos apropiados acorde con las necesidades reales del beneficiario. La ley y jurisprudencia de *trust* imponen serias obligaciones a los fiduciarios de administrar el patrimonio del *trust* de la manera más prudente para la conservación del mismo y el beneficio de los beneficiarios.

- En muchos países los bienes de un menor son normalmente administrados por un tutor (sea uno de los padres u otro familiar nombrado como tutor), pero dicha administración cesa cuando el menor cumple la mayoría de edad. Pero esa limitación no aplica a los *trust* que pueden durar por generaciones .
- En países de derecho continental se usan otras estrategias para la conservación de patrimonios mediante vehículos societarios. Sin embargo, para nosotros el vehículo societario deja mucho que desear comparado al *trust*, ya que no impone “obligaciones fiduciarias” para la administración en beneficio de los beneficiarios.
- La “protección de activos” mediante *trusts*. *Las leyes de trusts de las Islas Cook, Caimán, Belize y Nevis*, al igual que ciertos estados en EEUU, tienen “*trusts de protección de activos*” (en inglés *asset protection trusts*). Estos *trusts* tratan de minimizar el alcance de las disposiciones heredadas de Inglaterra sobre transferencias en fraude de acreedores. En las jurisdicciones británicas, los *trusts de protección de activos* expresamente derogan esas leyes y añaden una serie de barreras que hacen muy difícil a los acreedores reclamarle a los *trustees* de los *trusts* creados por los deudores para que paguen la deuda del patrimonio transferido al *trust de protección de activos*.



- Entre las barreras que estos trusts interponen están las siguientes: (i) para poder entablar una demanda contra un *trust* de protección de activos, el reclamante deberá entablar la demanda dentro de un 1 año posterior a la fecha en que surge la reclamación: (ii) deberá prestar una caución o depósito importante (por ejemplo, en Nevis es del orden de US\$270.000) para comenzar la demanda: y (iii) el actor deberá probar que fue defraudado por pruebas “que exceden una duda razonable” que es el estándar probatorio para probar los delitos de mayor cuantía en el derecho penal angloamericano.
- Debemos mencionar que las FIPs se pueden usar también como vehículo de protección de activos.

#### IV. INNOVACIONES RECIENTES EN LAS LEYES DE *TRUSTS* DE EEUU-EL “*TRUST* DIRIGIDO”

- Entre las innovaciones de las leyes de *trusts* en EEUU están los ya mencionados *living trusts* y los “*trusts* dirigidos.”
- Estas innovaciones legales no se han adoptado la jurisdicciones británicas offshore que siguen reglas tradicionales de *trusts* como la doctrina inglesa con respecto al *trust* simulado o ficticio (en inglés un “*bare trust*” o “*sham trust*”) que requieren la participación del fiduciario en casi todas las decisiones importantes del *trust*. Esta doctrina no solo restringe al *settlor* y su familia de participar en dichas decisiones sino también aumenta los honorarios de los fiduciarios profesionales de la jurisdicción. Las legislaciones especiales como el régimen VISTA en BVI y el STAR *Trust* en las Islas Caimán, no brindan la flexibilidad y continuidad necesarias, particularmente cuando se quiere continuar el *trust* para futuras generaciones.

- Las legislaciones de los “*trusts* dirigidos” en muchos de los estados de EEUU le da al *settlor* el derecho de controlar las decisiones importantes del *trust* mediante el nombramiento de “asesores” (en inglés *advisers*) cuyas instrucciones al *trustee* deben de ser cumplidas, especificando que si el *trustee* las cumple, queda liberado de responsabilidad por esas decisiones. Ello resulta en que el *Settlor* siga con control de la administración y una disminución importante de los honorarios del *trustee* por librarse de la responsabilidad que la ley de *trust* tradicional impone a los fiduciarios. El *settlor* puede nombrar un asesor para muchas de las decisiones como las distribuciones inversiones, modificaciones, nombramiento y remoción de fiduciarios y otros asesores.
- Los *trusts* dirigidos son particularmente útil cuando el fideicomiso posee acciones de una empresa involucrada en negocios, ya sea en EEUU o en el extranjero. Los fiduciarios profesionales rechazaban estos *trusts* por el riesgo que asumían en administrar un negocio sobre el cual el fiduciario no posee experiencia. De hecho, los fiduciarios profesionales, sobre todo los bancos, se limitaban a administrar *trusts* con carteras de inversiones bursátiles. La nueva legislación absuelve a los *trustees* profesionales, bancos y empresas fiduciarias, si han administrado el bien (las acciones de la empresa) según las instrucciones del asesor nombrado por el *settlor*. Ese asesor puede ser un individuo, una empresa o un comité de varias personas que tiene la responsabilidad exclusiva de la gestión del negocio de la empresa, inclusive el nombramiento de directores o consejeros, ejecutivos, convocación de asambleas, aprobación de negocios e inversiones, absolviendo así al fiduciario de la responsabilidad de la gestión.

- Algunos de los estados con una fuerte legislación de fideicomisos dirigidos, como Alaska, Delaware, Nevada, South Dakota y Wyoming, también tienen leyes de *trust* muy modernas diseñadas para hacer que la jurisdicción sea atractiva para la ubicación de fideicomisos con un empresa fiduciaria con licencia en ese estado. Estos atractivos incluyen leyes muy fuertes de *trusts* de "protección de activos", disposiciones liberales que permiten la enmienda de escrituras de *trust* sin intervención de un juez y la derogación de la regla inglesa que heredaron muchos estados que prohibía a los *trusts* durar más de varias generaciones (la llamada "Regla Contra la Perpetuidad"). En estos estados, el fiduciario no tiene responsabilidad alguna si sigue las instrucciones del asesor. En Delaware, el fiduciario puede ser responsable si su mala conducta es intencional ("willfull").
- La legislación de *trusts* dirigidos protege al fiduciario profesional residente en el estado de toda responsabilidad, incluso de monitorear las acciones del asesor con poder de decisiones sustantivas si el documento define claramente las facultades y ámbito de acción de cada asesor.
- La alternativa a nombrar un asesor o un co-fiduciario es el nombramiento de un "Protector" con muchos de los poderes tradicionales de los *trustees* y la división de esos poderes entre varios "asesores" o comités de asesores. El nuevo concepto en las legislaciones de *trusts* dirigidos no es la división de poderes o funciones que ha existido en la práctica por años, sino la protección del *trustee* librándolo de la responsabilidad que la ley de *trust* tradicional impone al *trustee* por la administración del patrimonio. El grado de protección varía de estado a estado. Lamentablemente no existen sino una decisión judicial interpretando la exoneración del fiduciario profesional bajo los *trusts* dirigidos. Esta fue en el estado de Delaware, uno de los primeros en adoptar este tipo de legislación y el fallo confirma la exculpación de un *trustee* dirigido que cumplió con las instrucciones del asesor nombrado por el fiduciante.

## V. CONCLUSION

- Como la exposición anterior intenta demostrar, el *trust* angloamericano se ha convertido en un vehículo importante para organizar la sucesión de inversiones internacionales, particularmente en países de tradición legal anglosajona pero también en otros centros financieros internacionales que reconocen la figura del *trust*. El *trust* moderno es una figura bastante más flexible y económica que el *trust* británico tradicional, sobre todo en Estados Unidos con las nuevas legislaciones que permiten al fiduciante y familia conservar el control sobre las decisiones del *trust* y proteger el patrimonio en *trust* a través de generaciones.