

¿Existen argumentos desde la perspectiva del bienestar social que justifiquen las regulaciones ventajosas de los fideicomisos?

Andrés Knobel

Contenidos

1. Objetivo.....	3
2. Marco Legal.....	3
3. Conceptos	4
a) Fideicomiso	4
b) Bienestar social.....	4
4. Marco Histórico.....	5
5. Estructura.....	6
6. Parte 1. La opacidad de los fideicomisos a nivel mundial y los riesgos de lavado de activos, corrupción y evasión fiscal	6
6.1 Magnitud del problema	6
6.2 Las medidas actuales para aumentar la transparencia de los fideicomisos y su comparación con las medidas para personas jurídicas	7
6.3 Observaciones desde la perspectiva del derecho y la economía	11
6.4 Propuesta de regulación para reducir los riesgos de la opacidad de los fideicomisos.....	12
6.5 Publicidad de la información.....	12
7. Parte 2. Los usos y abusos de los fideicomisos desde la perspectiva del bienestar social, y su comparación con las sociedades comerciales	14
7.2 Usos positivos	15
7.3 Abusos.....	16
7.4 Una de tantas armas de doble filo, pero más filosa	19
7.5 Posibilidad de evitar el pago a acreedores legítimos.....	20
7.5.1 Cláusulas típicas del fideicomiso de protección de activos	22
7.5.2 Eficacia de los fideicomisos de protección de activos	23
7.6 La elusión de impuestos.....	24

7.7 Observaciones desde la perspectiva del derecho y la economía	26
7.8 Propuesta de regulación en favor de los acreedores personales del fiduciante y para evitar la elusión de impuestos sobre los titulares de bienes.....	27
Conclusión.....	27
Bibliografía	29

1. Objetivo

Este trabajo procura analizar las regulaciones sobre fideicomisos, y los potenciales riesgos que generan en materia de incentivos y riesgo moral con respecto a: la falta de disponibilidad de información a nivel global sobre las partes de un fideicomiso (fiduciante, fiduciario, etc.) y los riesgos de lavado de dinero, evasión fiscal y corrupción relacionadas a la falta de tal información; y la estructura de control y propiedad de ciertos fideicomisos que puede derivar en una mayor limitación de la responsabilidad de ciertas partes del fideicomiso (fiduciante y beneficiario) en perjuicio de sus acreedores voluntarios e involuntarios o de los fiscos.

Este trabajo involucra tres fases:

- Explicativa: descripción del uso positivo y abusivo (desde el punto de vista del bienestar social) tanto en la práctica como a nivel potencial - de los fideicomisos.
- Descriptiva: marco legal en diferentes jurisdicciones en relación a los mecanismos de registración de fideicomisos y sus partes.
- Exploratoria: propuestas de regulación para incentivar el uso “positivo” de los fideicomisos (impidiendo o mitigando el uso abusivo).

Los métodos de investigación incluyen una revisión bibliográfica de la doctrina, estudios de casos jurisprudenciales, y un análisis de derecho comparado en términos de regulación y registración de las partes intervinientes de fideicomisos.

2. Marco Legal

Este trabajo no analiza la situación de los fideicomisos en un único país. A modo de ejemplo, en la Argentina el fideicomiso está regulado por la ley 24.441 y por el nuevo Código Civil y Comercial en los capítulos 30 y 31 (artículos 1666 a 1707). Asimismo, la Resolución AFIP 3312/2012, la Resolución IGI 7/2015 (actualizada) y la Resolución CNV 687/2016 establecen requisitos de su registración, mientras que la Resolución UIF 140/2012 establece la información sobre fideicomisos que deben recoger los sujetos obligados a cumplir con las medidas anti-lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo. En cambio, en países del *Common Law* no siempre existe legislación formal sobre fideicomisos. En el Reino Unido, la figura del trust ha sido regulado por la jurisprudencia como por ejemplo el fallo *Knight vs Knight* de 1840 que establece las tres certezas que debe tener un fideicomiso (intención de crearlo, bienes y beneficiarios). A nivel registral existen requisitos específicos en las leyes tributarias¹ para ciertos fideicomisos, y cuando un fideicomiso reviste la condición de “persona con control significativo” de ciertas sociedades comerciales². En Estados Unidos cada Estado regula localmente a los fideicomisos aunque existe una ley modelo llamada *Uniform Trust Code*. A nivel registral, existen por ejemplo regulaciones para fideicomisos domésticos sujetos a impuestos en la Regulación del Tesoro § 1.6012-3(a)(1)³.

¹ Ley de Tributación de Ganancias Imponibles (*Taxation of Chargeable Gains Act*) de 1992 y la Ley de Gestión de Impuestos (*Tax Management Act*), según describe la Evaluación de Pares (*peer review*) del Foro Global de Intercambio de Información sobre el Reino Unido, de 2012, pág. 35.

² Parte 21A de la Ley de Compañías (*Companies Act*) de 2006, según fue modificada en 2015.

³ Evaluación de Pares (*peer review*) del Foro Global de Intercambio de Información sobre Estados Unidos de 2011, pág. 41.

En relación a la disponibilidad de información y registro de fideicomisos, se mencionará un resumen de las situaciones registrales de más de 100 jurisdicciones según describe el Índice de Secreto Financiero (*Financial Secrecy Index*) de la organización *Tax Justice Network* que se basa en las Evaluaciones de Pares (*peer reviews*) del Foro Global de Intercambio de Información dependiente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE). Se mencionará también la 4ta Directiva de la Unión Europea de 2015 que contiene un requisito sobre el registro de ciertos fideicomisos en los Estados Miembro, y del Reino Unido que fue el primer Estado Miembro en implementar la 4ta Directiva en su legislación doméstica.

3. Conceptos

a) Fideicomiso

El fideicomiso (similar al *trust* anglosajón, usado en este trabajo como sinónimos) “es un negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.”⁴ El fiduciante (*settlor*) “es la persona que constituye el fideicomiso asumiendo el compromiso de dotarlo de bienes que han de formar su patrimonio.”⁵ El fiduciario (*trustee*) “es la figura central del instituto, la persona que tiene a su cargo el gobierno del patrimonio fideicomitado, a cuyo efecto goza de las facultades necesarias para el cumplimiento de la finalidad prevista dentro de lo que dispongan la ley y las cláusulas del contrato.”⁶ El beneficiario es la “persona en favor de quien se ejerce el fideicomiso.”⁷

b) Bienestar social

Este trabajo toma una postura de bienestar social basada en Bentham⁸ entendido como el bienestar de la sociedad en su conjunto, donde se maximice el bienestar de la mayor cantidad de individuos, por ejemplo de gozar de más (o por lo menos los mismos) derechos. Esto se contrapone con los riesgos de maximizar los beneficios privados de sólo algunos individuos (ej. el fiduciante y/o beneficiario de un fideicomiso) a costa del resto de los individuos de la sociedad. Por ejemplo si el fideicomiso se utiliza para evadir impuestos, se aumentaría la carga fiscal para el resto de los individuos que no son parte del fideicomiso, o se privaría al Estado de los recursos necesarios para garantizar los derechos de la sociedad. Si el fideicomiso se utiliza para la comisión de crímenes como el lavado de dinero o la corrupción, se afectaría la idea de justicia, respeto e igualdad ante la ley. Asimismo, si el fideicomiso se utiliza para cometer fraude a acreedores legítimos o si los fiduciantes no tienen incentivos para actuar

⁴ Bossini, Lucila Adriana, “Introducción al fideicomiso”, *El Derecho* 232-931 [2009].

⁵ Giraldi, Pedro Mario, *Ley 24.441*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 63.

⁶ Id. nota 5, págs. 68-69.

⁷ Id. nota 5, pág. 96.

⁸ “[social welfare should be seen as] ‘the greatest happiness of the greatest number’ (Bentham J., ‘An introduction to the principles of morals and legislation’ (1789) citado en Spicker Paul, ‘Principles of social welfare - an introduction to thinking about the welfare state’).”

diligentemente, las partes del fideicomiso se beneficiarían a costa de otros individuos que no podrán cobrar sus deudas y se empobrecerán.

4. Marco Histórico

El fideicomiso tiene su origen por un lado en el derecho romano, en las figuras del *fideicommissum* y la *fiducia*. Explica Giraldi⁹ que el primer caso, relacionado al derecho sucesorio y testamentario, era utilizado para eludir las incapacidades testamentarias del derecho romano. El testador instituía en heredero a un tercero de confianza para que este entregara los bienes al verdadero destinatario. Por otra parte, la *fiducia*, era de carácter contractual. Esper¹⁰ detalla que este instituto consistía en la entrega de una cosa a para que fuera utilizada según el uso estipulado, y para luego ser restituida. Las variantes eran la *fiducia cum creditore*, donde la cosa se entregaba en garantía para el cumplimiento de una obligación, y la *fiducia cum amico*, en la que la cosa se entregaba a alguien de confianza con una finalidad de uso o custodia, para luego ser restituida.

Giraldi¹¹ describe que en el *Common Law*, el fideicomiso (*trust*) constituye la versión moderna de la institución inglesa del *use*. Esta era utilizada para eludir restricciones legales a la libre disposición y utilización de bienes inmuebles, en la que el bien se traspasaba al *feoffe to use*, quien tenía la obligación moral de poseerlo en beneficio de un tercero, el *cestui que use*. Sin embargo, este último no tenía derechos sobre los bienes, por lo que dependía de la buena fe del primero. A partir de esta situación de desprotección del *cestui*, las cortes de justicia que basaban sus decisiones en reglas de equidad (*equity*) fueron dando forma al *trust*. En este, el beneficiario (*cestui que use*) sí tiene derechos sobre el bien, al separarse la propiedad sobre la cosa en una propiedad legal (*legal ownership*) en manos del fiduciario o *trustee* (equivalente al *feoffe* en el caso del *use*) y una propiedad beneficiaria (*beneficial ownership*) en manos del beneficiario (*cestui* en el caso del *use*).

Langbein¹² coincide en que el *trust* se desarrolló a fines de la Edad Media, cuando la tierra era la principal fuente de riqueza. El *trust* servía para facilitar la libre transmisión intra-familiar de la propiedad sobre inmuebles rurales, eludiendo así las estrictas reglas feudales (ej. transmisión total por herencia al primogénito en vez de la posibilidad de legar y dividir la propiedad, impuestos a la transmisión de la propiedad, etc.). Sin embargo, luego de los siglos, al cambiar el tipo de riqueza, el *trust* también se fue adaptando. En el siglo diecinueve en Estados Unidos, muchos emprendimientos comerciales se constituyeron como fideicomisos comerciales (*business trusts*) para aprovechar la flexibilidad de esta estructura, comparado con la rigidez del derecho societario de aquel momento. En la actualidad, el fideicomiso moderno se utiliza además para la administración de activos financieros y para la protección de activos, por ejemplo, desde que la Corte Suprema de Estados Unidos en 1875 autorizara las

⁹ Id. nota 5, pág. 5.

¹⁰ Esper, Mariano, *Manual de contratos civiles y comerciales: parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2011, pág. 907.

¹¹ Id. nota 5, págs. 1-3.

¹² Langbein, John H., "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *The Yale Law Journal*, Vol. 105, No. 3 (Dec., 1995), disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1500&context=fss_papers

estipulaciones a favor de pródigos o derrochadores (*spendthrift provisions*) en las que el fiduciante puede impedir que cualquier acreedor acceda a los activos fideicomitidos (Nichols v. Eaton¹³).

5. Estructura

Este trabajo analiza los riesgos generados por los fideicomisos para el bienestar social, analizando primero la falta de información y registración que afecta a muchos fideicomisos, y luego los riesgos para los acreedores y fiscos resultantes de la estructura de control y propiedad de los fideicomisos.

6. Parte 1. La opacidad de los fideicomisos a nivel mundial y los riesgos de lavado de activos, corrupción y evasión fiscal

El Grupo de Acción Financiera (GAFI) que establece las 40 Recomendaciones anti-lavado de activos reconoce que “los vehículos corporativos -como empresas, fideicomisos, fundaciones, sociedades y otros tipos de personas jurídicas y estructuras jurídicas llevan a cabo una amplia variedad de ocupaciones. No obstante, a pesar del papel esencial y legítimo que desempeñan estos vehículos en la economía mundial, bajo ciertas condiciones, han sido mal utilizados para fines ilícitos, incluyendo el lavado de activos, el soborno y la corrupción, operaciones con información privilegiada, el fraude fiscal, el financiamiento del terrorismo, y otras actividades ilegales.” (traducción propia)¹⁴

6.1 Magnitud del problema

Como evidencia del uso de los fideicomisos en actividades ilegales de gran envergadura, los siguientes casos resultan ilustrativos.

Por ejemplo, Sam y Charles Wyly en Estados Unidos, establecieron una serie de fideicomisos offshore y los utilizaron para cometer fraude fiscal mediante el blindaje de más de mil millones de dólares de la riqueza familiar¹⁵.

El multimillonario distribuidor internacional de arte, Guy Wildenstein usó un esquema de fideicomisos que fue descrito como “el fraude fiscal más sofisticado y más largo de Francia contemporánea”¹⁶.

El ex presidente de Ucrania, Viktor Yanukovich¹⁷ aparentemente adquirió del Estado sin un proceso de licitación, el Palacio Presidencial, un coto de caza y aviones presidenciales a través de una serie de

¹³ Nichols v. Eaton, 91 U.S. 716 (1875), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/91/716/>

¹⁴ GAFI 2014: “FATF Guidance Transparency and Beneficial Ownership”, Octubre de 2014, (pág. 1) disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf>

¹⁵ En 2014 el tribunal concluyó que los Wyly estuvieron involucrados en un fraude durante trece años, con la creación de diecisiete fideicomisos y cuarenta empresas offshore, empleando numerosos fiduciarios de la Isla de Man, un ejército de abogados y así fueron capaces de acumular una enorme riqueza libres de impuestos: <http://www.wsj.com/articles/judge-says-businessman-sam-wyly-hid-wealth-offshore-1462976141>; 8.5.2017.

¹⁶ Guy Wildenstein y su hermano Alec conspiraron para ocultar arte y otros activos bajo la propiedad de fideicomisos complejos y movieron millones de dólares en obras de arte a Suiza desde Nueva York días después de la muerte de su padre. En consecuencia, las autoridades fiscales francesas están reclamando impuestos atrasados por más de 550 millones de euros: <http://www.nytimes.com/2016/10/21/arts/design/wildenstein-tax-trial-ends-with-art-dealers-fate-in-tribunals-hands.html>; 8.5.2017.

¹⁷ <http://www.economist.com/blogs/easternapproaches/2014/03/ukraine-s-stolen-assets>; 8.5.2017.

empresas offshore cuya cadena de propiedad terminaba en un impenetrable fideicomiso de Liechtenstein.

Sin embargo, la ausencia de numerosos casos puede ser precisamente por la efectividad de los fideicomisos en la opacidad de las actividades ilegales. Esta fue una observación realizada por el informe “Puppet Masters” del Banco Mundial sobre el uso de vehículos legales y la corrupción: “Los investigadores entrevistados. . . argumentaron que nuestra base de datos de investigaciones sobre casos de corrupción de alto nivel no pudo capturar la verdadera medida en que los fideicomisos son utilizados. Los fideicomisos, dijeron, demuestran tal obstáculo para la investigación, el procesamiento (o sentencia civil), y la recuperación de activos, que rara vez son priorizados en investigaciones de corrupción [...] Los investigadores y los fiscales no suelen presentar cargos contra los fideicomisos, debido a la dificultad de probar su papel en un crimen... puede que no se mencione a los fideicomisos en las acusaciones formales y documentos judiciales, y en consecuencia, su uso indebido queda sub-dimensionado”¹⁸ (traducción propia).

6.2 Las medidas actuales para aumentar la transparencia de los fideicomisos y su comparación con las medidas para personas jurídicas

Mientras que las personas jurídicas (ej. sociedades comerciales) deben registrarse en registros públicos según obligaciones internacionales y la práctica en la mayoría de las jurisdicciones, esto no suele ocurrir con los fideicomisos, como se describe a continuación.

Para mitigar los riesgos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, las Recomendaciones GAFI¹⁹ requieren en las Recomendaciones 10, 22, 24 y 25 que exista información disponible para las autoridades sobre los “beneficiarios finales” (*beneficial owners*) tanto sobre personas jurídicas como sobre fideicomisos (denominados por el GAFI como estructuras jurídicas). Los beneficiarios finales son definidos por el GAFI como “la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee o controla a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica.”²⁰

Aunque las Recomendaciones GAFI reconocen, como se mencionó antes, que tanto personas jurídicas como fideicomisos pueden estar involucrados en lavado de activos y otras actividades ilegales, el requisito de estar inscripto en un registro sólo se aplica a las personas jurídicas, pero no a los fideicomisos. La Nota Interpretativa a la Recomendación GAFI 24 “obliga a los países a garantizar, como requisito previo, que la información básica sobre las empresas sea obtenida y registrada por un registro de sociedades. Éste debe incluir lo siguiente: el nombre de la sociedad, la prueba de constitución, la forma jurídica y la dirección del domicilio social, competencias reglamentarias básicas (por ejemplo, memorándum y estatutos) y una lista de directores. Esta información contenida en el registro de sociedades debe ponerse a disposición del público”²¹ [traducción propia].

¹⁸ Van der Does de Willebois, et al, “The Puppet Masters - How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It”, World Bank, 2011, págs. 45-46, disponible en: <https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/puppetmastersv1.pdf>

¹⁹ GAFI 2012: “Las Recomendaciones del GAFI”, 2012, disponibles en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

²⁰ Id. Nota 19, pág. 119.

²¹ Id. Nota 14, pág. 13.

La edición 2015 del Índice de Secreto Financiero²² comprueba que en las 102 jurisdicciones evaluadas (excepto en Burundi), todas las sociedades comerciales con responsabilidad limitada deben registrarse ante un registro comercial o ante autoridades fiscales en todas las circunstancias. De éstas, 42 jurisdicciones requieren registrar ante alguna autoridad (ej. el registro comercial o la autoridad fiscal) información actualizada sobre sus accionistas, aunque esto no es obligatorio según las Recomendaciones GAFI.

En cambio, con respecto a los fideicomisos, el GAFI reconoce que “los requisitos específicos de registro para los fideicomisos son poco comunes, aunque las declaraciones de impuestos pueden requerir un registro si la administración del fideicomiso genera ingresos [...] En países del *Common Law* los fideicomisos, a diferencia de las empresas, son acuerdos privados que no son creados ni requieren de reconocimiento del Estado para existir”²³ [traducción propia].

La Unión Europea, por ejemplo, aprobó la 4ta Directiva Anti-Lavado de Activos en 2015 (obligando a los Estados a implementarla como legislación local antes del 30 de Junio de 2017) y, mientras que exige que todas las personas jurídicas deben inscribirse y registrar a sus beneficiarios finales en un registro central (Art. 30.3), la obligación de registración para fideicomisos (en el Art. 31) está limitado a aquellos que generen consecuencias fiscales y cuyos fiduciarios estén regulados por un Estado miembro.

La edición 2015 del Índice de Secreto Financiero confirma que, de 102 jurisdicciones evaluadas, sólo 5 requieren que los fideicomisos de ley local (si éstos pueden ser creados) como aquellos de ley extranjera administrados por un fiduciario local deban registrarse.

Todos los fideicomisos de derecho interno y todos los fideicomisos de derecho extranjero administrados por un fiduciario local
Hungría, República Checa y San Marino
Todos los fideicomisos de derecho extranjero con fiduciario local (no se pueden crear fideicomisos de derecho interno)
Italia, Monaco
Sólo los fideicomisos con fiduciario local (tanto fideicomisos de derecho extranjero como interno)
Australia, Canada, India, Irlanda, Filipinas, Japón, Korea y Nueva Zelanda
(No existen fideicomisos de derecho interno), pero no se requiere registrar a todos los fideicomisos de derecho extranjero con fiduciario local)
Andorra, Aruba, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Grecia, Islandia, Letonia, Macao, Maldivas, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Suecia y Suiza

²² <http://www.financialsecrecyindex.com>

²³ Id. Nota 14, págs. 29 y 32.

Registración de todos los fideicomisos de derecho interno, pero no registración de todos los fideicomisos extranjeros con fiduciario local

Belice, Islas Cook, Curazao, República Dominicana, Francia, Islas Marshall, Seychelles, Sudáfrica, Islas San Cristóbal y Nieves, y Uruguay

Registración de todos los fideicomisos extranjeros con fiduciario local, pero no registración de todos los fideicomisos de derecho interno

Chile

Ni todos los fideicomisos de derecho interno ni todos los de derecho extranjero con fiduciario local tienen que registrarse

Anguila, Antigua y Barbuda, Bahrein, Barbados, Barbados, Bermudas, Bolivia, Botswana, Islas Vírgenes Británicas, Brunei, Islas Caimán, China, Costa Rica, Dominica, Gambia, Ghana, Gibraltar, Granada, Guernesey, Hong Kong, Isla de Man, Israel, Jersey, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malasia (Labuan), Malta, Mauricio, México, Montserrat, Nauru, Panamá, Samoa, Singapur, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Taiwán, Tanzania, Turquía, Islas Turcas y Caicos, Emiratos Árabes Unidos (Dubai), Reino Unido, Islas Vírgenes, Vanuatu, Venezuela

Como se mencionó arriba, las Recomendaciones GAFI exigen que la información sobre los beneficiarios finales esté disponible para las autoridades tanto en el caso de personas jurídicas (Recomendación GAFI 24) como de fideicomisos (Recomendación GAFI 25). Sin embargo, la realidad es que resulta mucho más fácil para las autoridades obtener tal información cuando saben de la existencia de la entidad (tienen una dirección, una lista de directores), ya que ésta debió registrarse ante un organismo del Estado para obtener validez legal, o por lo menos para beneficiarse de la responsabilidad limitada de sus miembros (como suele suceder con las personas jurídicas en varios países, como por ejemplo en Suiza, Singapur, Turquía, Panamá, Emiratos Árabes Unidos o República Dominicana²⁴). En cambio, resultaría más difícil obtener información cuando un fideicomiso no requiere estar inscripto por lo que ninguna autoridad puede saber sobre su existencia. Además, si la obtención de información depende de solicitársela al fiduciario, éste podría advertir a su cliente, perjudicando cualquier investigación.²⁵

La justificación que suele darse por esta diferenciación entre personas jurídicas y fideicomisos, es que el fideicomiso es una mera relación o acuerdo entre partes, por lo que “los fideicomisos por lo general no poseen una personalidad jurídica separada y por lo tanto no pueden realizar transacciones o ser titulares de bienes por derecho propio, pero sólo a través de sus fiduciarios.”²⁶ [traducción propia].

Sin embargo, esta diferenciación es más teórica que práctica. Podría argumentarse que no sería necesario registrar a los fideicomisos, siempre y cuando el fiduciario fuera un puro testaferrero pero no se creara un

²⁴ Fuente: Evaluaciones Mutuas del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de cada jurisdicción (Suiza, pág. 38; Emiratos Árabes Unidos, pág. 27; Turquía, pág. 30; Panamá pág. 31; y Rep. Dominicana, pág. 23), disponible para cada jurisdicción en: www.eoi-tax.org/jurisdictions. En Singapur, Art. 19.5 de la *Companies Act*.

²⁵ Id. Nota 14, pág. 32.

²⁶ Id. Nota 14, pág. 29.

patrimonio separado. En tal caso, desde la perspectiva de las autoridades, sería igual a cualquier persona física que fuera titular de bienes. Además, desde la perspectiva de terceros (y la protección de la ley), el fiduciario tendría el dominio absoluto sobre los bienes fideicomitidos (y por ende los bienes fideicomitidos serían parte de su patrimonio personal, pudiendo hacer actos de disposición, aunque también siendo alcanzados por los acreedores personales del fiduciario). Esto sería muy similar al instituto del *use*, mencionado arriba, que fue dejado en desuso precisamente por la desprotección que sufren los beneficiarios (ya que el fiduciario podría quedarse con los bienes y los beneficiarios tendrían que probar que existía una obligación contractual por parte del fiduciario pero aún así no tendrían ningún derecho sobre la cosa, sino reclamar daños y perjuicios contra el fiduciario).

A diferencia de esta situación teórica, Arabia²⁷ explica que el fideicomiso sí produce un patrimonio de afectación, donde los bienes fideicomitidos están separados del patrimonio personal de sus partes. Esto implica que los bienes no pertenecen al patrimonio personal del fiduciario, por lo que ni éste puede disponer de ellos en su propio beneficio ni sus acreedores personales pueden acceder a ellos. Además, en los fideicomisos actuales lo que suele suceder es que el fiduciario es inscripto, por ejemplo en una escritura sobre un inmueble, como tal (como fiduciario de un fideicomiso) y con un dominio fiduciario, pero no con un dominio absoluto sobre los bienes²⁸.

Interesantemente, en general se menciona que el “fideicomiso es el dueño de activos”, y no el “fiduciario”, demostrando que, a pesar de que el título esté en manos del fiduciario, el efecto práctico es que el fideicomiso es el dueño de los activos. Por ejemplo, la High Court de Auckland, en un caso sobre fideicomisos involucrados en un caso de lavado y corrupción relacionado al fondo soberano de Malasia, 1MDB mencionaba “las acciones de la sociedad holding son propiedad de un fideicomiso... Las acciones de una empresa beneficiaria están en poder de otro fideicomiso”²⁹.

Esta separación del patrimonio no es la única similitud con una persona jurídica. Los fideicomisos, como tales (no necesariamente el fiduciario) pueden ser titulares de cuentas bancarias, como reconoce el Estándar de Reporte Común (*Common Reporting Standard* o CRS³⁰) de la OCDE para el intercambio automático de información bancaria, que tiene estipulaciones específicas para cuando un fideicomiso es el titular de una cuenta bancaria. Asimismo, en muchas jurisdicciones (ej. Argentina, Estados Unidos, Nueva Zelanda, el Reino Unido³¹) los fideicomisos son sujetos pasibles de impuestos como cualquier entidad y deben obtener un número de identificación tributaria, ej. el CUIT en Argentina.

Otro factor que demuestra la incongruencia en la ausencia de registración de fideicomisos se refiere a las regulaciones sobre fundaciones privadas como por ejemplo la fundación privada panameña o la STAK holandesa. Este tipo de entidades suele tener una estructura muy parecida a los fideicomisos (el fundador es similar al fiduciante, el consejo de administración es similar al fiduciario, y existen beneficiarios). Además, las fundaciones privadas pueden tener efectos parecidos a los fideicomisos (en materia de

²⁷ Arabia, F., “El fideicomiso como posible estrategia de fraude”, SAIJ, Diciembre 2008.

²⁸ Explicación de la Titular del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal durante las 3eras Jornadas sobre Beneficiarios Finales realizadas en el Banco Central de la Rep. Argentina el 21 y 22 de Junio de 2017.

²⁹

https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/13/alfresco/service/api/node/content/workspace/Space_sStore/f019e32c-6c3e-4f82-817b-25db0fbe2cb2/f019e32c-6c3e-4f82-817b-25db0fbe2cb2.pdf

³⁰ <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Automatic-Exchange-Financial-Account-Information-Common-Reporting-Standard.pdf>

³¹ Fuente: Evaluaciones Mutuas del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de cada jurisdicción (Estados Unidos, pág. 14; Nueva Zelanda, págs. 42-44 ; Reino Unido, pág. 37), disponible para cada jurisdicción en: www.eoi-tax.org/jurisdictions. En Argentina, la fuente legal son las Resol AFIP 10/97 y 2811/10.

separación de activos y control), y por eso son igualmente ofrecidas por los planificadores fiscales³². Sin embargo, la fundación privada es considerada una persona jurídica por ejemplo por el GAFI, y por eso tienen las mismas obligaciones registrales que las sociedades, como describe la Recomendación GAFI 24.

6.3 Observaciones desde la perspectiva del derecho y la economía

La falta de registración efectiva de los fideicomisos en la mayoría de los países (a diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas, como la sociedad comercial), y su compleja estructura de control (no hay sólo accionistas iguales entre sí, sino que puede haber por lo menos fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios) genera una asimetría de información. Las partes del fideicomiso, especialmente el fiduciante y fiduciario, saben exactamente quién está en control del fideicomiso y la razón de ser de las transacciones y el valor de los activos del fideicomiso. En cambio, es probable que las autoridades fiscales o anti-lavado de dinero no sepan quiénes controlan verdaderamente al fideicomiso y/o cuáles son los activos del fideicomiso o cuál es el verdadero propósito de las transacciones (por ejemplo si el fiduciario venden un activo del fideicomiso). Asimismo, es posible que las autoridades ni siquiera sepan de la existencia del fideicomiso en un primer lugar.

Esta asimetría de la información genera incentivos negativos, como el riesgo moral de que los fiduciantes utilicen al fideicomiso para realizar actividades ilegales (ej. evasión de impuestos, lavado de dinero, etc.) ya que podrán ocultar la propiedad de dinero o activos de origen ilegal sin ser descubiertos o sabiendo que le resultará muy difícil a las autoridades descubrir quién estaba detrás del fideicomiso.

Sin embargo, no resulta suficiente requerir la registración de fideicomisos si la sanción por incumplimiento es baja. Por ejemplo, mientras que requerir la registración de un fideicomiso para que éste tenga validez legal o para que pueda operar en la economía (ej. obtener el CUIT para abrir una cuenta bancaria o adquirir bienes) es un incentivo suficiente, establecer como sanción una mera multa administrativa por monto fijo (y barato) puede no generar incentivos suficientes para la registración, sino ser considerado un mero costo fijo por el intento de preservar el secreto.

El establecimiento de requisitos de registración puede también generar una señalización y selección automática sobre los fideicomisos legítimos (involucrados en actividades legales) que no tendrán problema en revelar sus controlantes a las autoridades, a diferencia de aquellos que se oponen a hacerlo. Esto fue lo que sucedió en Nueva Zelanda. Este país había sido mencionado en los Papeles de Panamá donde se mencionaba el uso de fideicomisos neozelandeses para la evasión fiscal o el lavado de dinero (por ejemplo, había un fideicomiso de Nueva Zelanda involucrado en el famoso caso de corrupción y lavado de 3.500 millones de dólares del Fondo soberano de Malasia, el “1MDB”³³). A raíz del escándalo, el país produjo un informe sobre la situación de los fideicomisos y se resolvió aumentar los requisitos de registración de fideicomisos “extranjeros” de Nueva Zelanda (aquellos donde el fiduciario es neozelandés pero ni el fiduciante ni el beneficiario son residentes fiscales en Nueva Zelanda). Se dio un plazo para re-registrar a los casi 12.000 fideicomisos extranjeros existentes, aportando más datos sobre la identidad de las partes del fideicomiso. El resultado fue que sólo el 25% decidió re-registrarse³⁴, generando dudas sobre los verdaderos fines de aquellos otros fideicomisos que decidieron no re-registrarse.

³² <http://sterlingoffshore.com/foundations/private-foundations-vs-offshore-trusts/>

³³ <http://www.reuters.com/article/us-malaysia-scandal-newzealand-idUSKBN1540FR>

³⁴ <http://www.radionz.co.nz/news/business/334517/number-of-foreign-trusts-plunges-following-tough-new-rules>

6.4 Propuesta de regulación para reducir los riesgos de la opacidad de los fideicomisos

Al poseer los mismos riesgos de lavado de dinero que una persona jurídica, y conseguir una separación de patrimonios similar (ya que los bienes fideicomitidos al igual que los bienes corporativos no pertenecen al patrimonio personal de las partes del fideicomiso ni a los accionistas), una propuesta para reducir los riesgos de lavado de activos, corrupción o evasión fiscal sería requerir que los fideicomisos, al igual que las personas jurídicas, deban inscribirse para tener validez legal.

Esto mismo es propuesto por el GAFI: “aunque no se requiere en las Recomendaciones del GAFI, un registro centralizado de fideicomisos a los que debe informarse información relativa a todos los fideicomisos (incluida la información sobre el fiduciante y el beneficiario) podría ser un mecanismo eficaz ya que aportaría información en tiempo oportuno sobre el fideicomiso y (si se mantiene actualizado) facilitaría a las autoridades competentes el acceso a la información necesaria para la cooperación internacional. Los registros centralizados de fideicomisos también asegurarían que la información sobre los beneficiarios finales estaría a disposición de las autoridades de cualquier jurisdicción de una manera oportuna, sin alertar a un fideicomiso bajo investigación”³⁵ [traducción propia].

La Argentina, por ejemplo, ya requiere esta inscripción en el nuevo Código Civil y Comercial, Art. 1669 y por lo menos para ciertos fideicomisos con fiduciarios en la ciudad de Buenos Aires o acciones de sociedades inscriptas en la Inspección General de Justicia (Resolución IGJ 7/2015).

Tales registros deberían requerir identificar a todas las partes del fideicomiso mencionadas en la Recomendaciones GAFI 25 (fiduciante, fiduciarios, protector, beneficiarios o clases de beneficiarios y cualquier otra persona con control efectivo sobre el fideicomiso). En cambio, la ley del Reino Unido para cuando un fideicomiso es titular de más del 25% del capital de una sociedad, requiere identificar sólo al fiduciario y a cualquier persona con control efectivo sobre el fideicomiso (Parte 21A de la Ley de Compañías de 2006, enmendada en 2015).

Aunque en teoría la fórmula residual “cualquier persona con control efectivo” sería suficiente en sí para identificar al beneficiario final de cualquier entidad, en la práctica existe una asimetría de información entre el conocimiento de los beneficiarios finales (sobre su condición de tales), y la información que puede tener el personal de un registro de comercio o una autoridad para verificar tal circunstancia, especialmente si se requiere leer contratos de fideicomisos complejos para determinar quién realmente tiene el control efectivo. Requerir identificar *por default* a todas las partes del fideicomiso, resulta más económico en recursos para la autoridad que deba verificar la información.

6.5 Publicidad de la información

La otra cuestión es sobre la publicidad de la información. Originariamente, por ejemplo al discutirse sobre los requisitos de la registración de sociedades comerciales (*private companies*) en Inglaterra, se explicaba que dado que la constitución (*incorporation*) generaba el beneficio de la responsabilidad limitada de los accionistas por la deudas de la sociedad, era necesario llamar a tales sociedades “limitadas” (Ltd) como una alerta para quienes contrataran con tal sociedad sobre los riesgos que corrían. Esta denominación (el “Ltd” al final del nombre) sumado a la posibilidad del público de acceder a información sobre la estructura de tal sociedad era considerado como la protección suficiente en favor del público ante los riesgos de este tipo de sociedades³⁶. Dado que los fideicomisos, como se describirá abajo, también generan una limitación

³⁵ Id. Nota 14, pág. 32.

³⁶ Gower, “The English Private Company”, 18 Law and Contemporary Problems 535-545 (Fall 1953).

de la responsabilidad, a veces mayor incluso que la de la sociedad comercial, esto podría justificar la publicidad de la información sobre la identidad de las partes de los fideicomisos, como sucede con las sociedades comerciales.

Las Recomendaciones GAFI no requieren dar acceso público a la información sobre beneficiarios finales ni sobre accionistas directos o partes de un fideicomiso. La Unión Europea, mientras que acepta el acceso a información sobre beneficiarios finales de personas jurídicas por lo menos para quienes posean un interés legítimo (que puede incluir a ONGs y periodistas³⁷), lo restringen para los fideicomisos.

Los argumentos en contra de dar publicidad a esta información, especialmente para fideicomisos, se basan en la privacidad por tratarse de asuntos familiares. Sin embargo, los riesgos al lavado de activos y corrupción mencionados anteriormente (y otros abusos descritos más abajo como el fraude a acreedores legítimos) demuestran que los fideicomisos también pueden afectar a terceros, y no sólo a las partes del fideicomiso, por lo que no se trata únicamente de cuestiones familiares. Además, las ONGs de transparencia³⁸ suelen invocar dos argumentos más. Por un lado, la publicidad de la información genera un efecto disuasivo en contra del abuso de este tipo de estructuras, ya que la información estará disponible para cualquier persona, facilitando la tarea de verificar la información registrada. Por ejemplo, luego de que el Reino Unido publicara información sobre los beneficiarios finales de las sociedades comerciales, un grupo de ONGs encontró errores en la información registrada y lo informó a las autoridades. Por ejemplo, 3000 personas jurídicas de paraísos fiscales habían sido identificadas como beneficiarios finales (aunque éstos siempre deben tratarse de personas físicas), 267 directores corporativos “descalificados” aparecían como beneficiarios finales, (aunque éstos tienen prohibido formar o manejar empresas durante 15 años³⁹), y 76 beneficiarios finales de sociedades del Reino Unido tenían el mismo nombre y fecha de nacimiento que personas en listas de sanciones de Estados Unidos, indicando que podrían implicar riesgos o actividades prohibidas⁴⁰. Lo mismo sucedió en Eslovaquia, cuando una ONG reportó información al registro por una empresa había declarado mal a sus beneficiarios finales⁴¹.

El otro argumento a favor de la publicidad de la información sobre la información registral (para personas jurídicas y fideicomisos) es para que las mismas autoridades deban rendir cuenta sobre su accionar a la sociedad. De lo contrario, no se puede corroborar directamente si las autoridades están haciendo su trabajo o si por el contrario, están protegiendo a algún funcionario o político. Por ejemplo, el Foro Global había calificado a Panamá como lista para ser sometida a la fase 2 de la evaluación por cumplir mayoritariamente con el estándar internacional de transparencia⁴². Sin embargo, recién después de la publicación de los Papeles de Panamá, el Foro Global volvió a evaluar a Panamá y encontró que ésta incumple con los estándares internacionales de transparencia, entre otros porque “Panamá no ha podido proporcionar información estadística o práctica sobre ningún mecanismo administrativo o de supervisión establecido para supervisar el cumplimiento de los requisitos de las entidades de mantener la propiedad y la información de identidad sobre el período que se examina y la aplicación de las sanciones resultantes. Parece que las disposiciones de ejecución no se aplican en la práctica y, en todo caso, todavía no se aplican adecuadamente y, por lo tanto, estas disposiciones generalmente no garantizan suficientemente que se

³⁷ http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20150513IPR55319/20150513IPR55319_en.pdf

³⁸ Ej. la Financial Transparency Coalition que reúne a Tax Justice Network, Global Witness, Transparencia Internacional, Eurodadd, Latindadd, entre otras.

³⁹ <https://www.gov.uk/company-director-disqualification>

⁴⁰ <https://www.globalwitness.org/en/blog/what-does-uk-beneficial-ownership-data-show-us/>

⁴¹ <https://spectator.sme.sk/c/20436124/tycoon-siroky-is-the-real-owner-of-vahostav.html>

⁴² http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/PA#previous_430035dc5961dae329384bf9fff82ed0

disponga de información sobre la propiedad con respecto a las entidades pertinentes.”⁴³ (traducción propia).

Del mismo modo, recién a partir de la revelación en 2015 sobre la lista Falciani del HSBC, la opinión pública y la oposición, por lo menos en Estados Unidos⁴⁴ y el Reino Unido, empezó a cuestionar a las autoridades sobre su accionar (o la ausencia de éste), teniendo en cuenta que habían recibido la información en 2010, y por ejemplo el Reino Unido sólo había condenado a una persona por evasión fiscal de un total de 1000 potenciales casos⁴⁵. De no haber existido la revelación, nadie hubiese tenido datos para cuestionar la falta de acción de las autoridades.

Los siguientes casos, aunque no tienen que ver con la titularidad de sociedad jurídicas o fideicomisos, igualmente demuestran la importancia de la publicidad de información para verificar las acciones de las autoridades. Por un lado, las revelaciones LuxLeaks demostraron el involucramiento de la autoridad fiscal de Luxemburgo en acuerdos secretos con empresas multinacionales para que éstas reduzcan su carga fiscal global⁴⁶. Por otro lado, casos en Argentina donde el público ayudó a detectar irregularidades gracias a la publicación de información sobre los gastos del Senado de la Nación⁴⁷ o los subsidios al transporte⁴⁸.

7. Parte 2. Los usos y abusos de los fideicomisos desde la perspectiva del bienestar social, y su comparación con las sociedades comerciales

A continuación se describen usos y abusos cometidos con fideicomisos, según describe la doctrina y la jurisprudencia. La mayoría de los casos de abuso se refiere a los Estados Unidos, dada la oferta de cierto tipo de fideicomisos y el uso común de esta figura en este país. Sin embargo, nada quita que estos fideicomisos también podrían utilizarse en otros países, incluyendo la Argentina.

En principio, los fideicomisos pueden surtir efecto en cualquier país, excepto que estén expresamente prohibidos. En realidad, lo más probable es que el fideicomiso no esté prohibido sino que no esté reconocido, por lo que la consecuencia sería que el fiduciario, titular de los bienes, sería considerado el propietario con dominio absoluto (no con dominio fiduciario) sobre los bienes fideicomitados.

Por el principio de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras⁴⁹ (que reconoce a la estructura jurídica como válida siempre y cuando fue creada conforme las leyes de su lugar de creación) y dado que cualquier individuo en cualquier país podría ser fiduciario de un fideicomiso de ley extranjera, sería probable que cualquier individuo utilice un fideicomiso del extranjero sin importar el país en el que se encuentre. Esto sería consistente con la oferta de fideicomisos de protección de activos para cualquier persona incluyendo en Argentina⁵⁰, y no sólo para ciudadanos de un país determinado.

Con respecto a la validez en la práctica, un juez, por ejemplo en Argentina, podría invalidar un fideicomiso por considerarlo una simulación o invocando institutos del derecho privado, por ejemplo el orden público

⁴³ <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/PA#ratings>

⁴⁴ <https://www.theguardian.com/news/2015/feb/09/hsbc-senate-democrat-us-government-biggest-leak>

⁴⁵ <https://www.ft.com/content/4ff76fa0-a030-11e5-8613-08e211ea5317>

⁴⁶ <https://www.icij.org/project/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database>

⁴⁷ <http://blogs.lanacion.com.ar/data/argentina/gastos-del-senado-%202004-2013>

⁴⁸ <http://www.lanacion.com.ar/2029060-subsidios-a-colectivos-como-se-gesto-la-estafa-de-la-decada-conmillones-de-pesos-que-volvian-a-funcionarios>

⁴⁹ Norte Sabino, O., “Sociedades extranjeras en Argentina. Breve comentario a la luz de las resoluciones IGI 7, 8 y 12/2003.

⁵⁰ Ejemplo: <https://www.amexcorporate.com.ar/multitaskers/nota.php?id=568&cat=5> y <http://www.apertura.com/inversiones/Como-blindar-el-patrimonio-personal-20160511-0200.html>

internacional o el fraude a la ley. Esto ocurrió en un caso⁵¹ donde se determinó que se estaba violando la legítima de otros herederos forzosos. Sin embargo, esto requeriría que los herederos sepan de la existencia del fideicomiso, de los bienes y de las distribuciones, que como se explicó arriba puede no suceder. Igualmente difícil sería ejecutar una sentencia si el fideicomiso, fiduciario, beneficiarios y/o los bienes fideicomitados se encuentran en el extranjero. Por otra parte, no es claro si un juez invalidaría un fideicomiso extranjero para proteger a otro tipo de acreedores. Por ejemplo, cuando el fisco reclamaba el pago de impuestos a los bienes personales que dejaron de estar a nombre de un individuo y fueron donados a dos fideicomisos extranjeros, el fallo Eurnekian⁵² igualmente determinó la validez de los fideicomisos offshore aun cuando éstos era revocables y Eurnekian poseía un control sobre los mismos.

7.2 Usos positivos

Langbein⁵³ destaca la flexibilidad prácticamente ilimitada del fideicomiso en Estados Unidos, como una de las principales razones que justifican su uso y desarrollo, comparado con la sociedad comercial que suele tener regulaciones tendientes a proteger a acreedores y accionistas. Hansmann⁵⁴ coincide describiendo que los fideicomisos no necesitan adoptar las estructuras internas de gobierno que generalmente se imponen a las corporaciones empresariales, como el requisito de que la entidad sea administrada por un Directorio, con Directores elegidos anualmente por los accionistas en una reunión celebrada a tal efecto. Por otra parte, mientras que los estatutos de las sociedades mercantiles generalmente requieren la autorización especial de los accionistas para aumentar el número de acciones que la corporación está autorizada a emitir, no existe un requisito similar impuesto a los fideicomisos - una ventaja obvia para los fondos de inversión, preparados para grandes y rápidos aumentos en el número de inversores. Este autor comenta además que la ley de fideicomiso permite fácilmente la creación de una entidad (fideicomiso) administrada por personas (fiduciarios) que no están sujetas a control directo por los reclamantes residuales (los beneficiarios del fideicomiso – a diferencia de lo que ocurriría con los accionistas de una sociedad comercial que sí tienen control sobre el CEO que nombren). Esto es una ventaja no sólo cuando los beneficiarios (o accionistas) son incompetentes, sino también cuando hay múltiples destinatarios con intereses potencialmente conflictivos, y el gerente debe necesariamente tener cierta discrecionalidad en el equilibrio entre los intereses en conflicto. Por último, Hansmann describe que un fideicomiso, por ejemplo en Delaware podría incluso tener todos los atributos que el fiduciante desee y ser en la práctica igual a una sociedad comercial, si el fiduciante decidiera, incluyendo acciones negociables con todos los derechos a ganancias y control típico de acciones ordinarias. El estatuto de Delaware sobre fideicomisos comerciales (*business trusts*) incluso permite asegurar la responsabilidad limitada de los beneficiarios igual a la que gozaría cualquier accionista de una sociedad comercial.

⁵¹ CNCiv., sala F, 03/11/05, Vogelius, Angelina T. y otros c. Vogelius, Federico y otro

⁵² CNPenEcon, Sala B, 27/12/2006, Eurnekian, Eduardo, sobre evasión agravada

⁵³ Langbein, John H., "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", The Yale Law Journal, Vol. 105, No. 3 (Dec., 1995), disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1500&context=fss_papers.

⁵⁴ Henry Hansmann, Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis", New York University Law Review, May, 1998

Entre los fines positivos que puede tener un fideicomiso, Russo⁵⁵ enumera la protección de menores y familiares que carecen de experiencia o capacidad para ocuparse de cuestiones financieras y personas que sufren de alcoholismo. Hirsch⁵⁶ también incluye el resguardo de una persona tendiente a gastar o pedir préstamos compulsivamente. Matthews⁵⁷, referido al caso de Estados Unidos, explica que tanto la industria del juicio (honorarios de abogados por contingencia, altas indemnizaciones otorgadas por jurados y la ausencia del pago de costas en caso de que el actor pierda el juicio) como los altos costos de ciertos seguros de responsabilidad civil, explican la necesidad de protegerse mediante el fideicomiso. Finalmente, Langbein⁵⁸ describe la utilidad del fideicomiso como instrumento financiero por ser de “quiebra remota” (“*bankruptcy remote*”). Si los inversores simplemente prestaran dinero al banco y el banco quebrara, éstos serían simplemente unos más de entre los miles de posibles acreedores del banco, y deberían esperar o tal vez nunca cobrarían su crédito. En cambio, al estructurar la financiación al banco mediante un fideicomiso, los inversores en tal vehículo se vuelven propietarios-beneficiarios (*beneficial owners*) de los activos financieros (en vez de meros acreedores del banco), protegiendo los activos frente a otros acreedores del banco en caso de que éste quiebre. Hansmann⁵⁹ describe la utilidad de los fideicomisos para financiación en el mercado de capitales, no sólo por ser de quiebra remota, sino también porque facilita la partición de los activos en ‘paquetes’ que pueden ser convenientemente separados en beneficio de diferentes clases de acreedores. Esto produce como resultado la reducción de los costos totales de monitoreo para los acreedores de la corporación y por lo tanto reduce el costo de endeudamiento de la empresa.

En Argentina se suele usar al fideicomiso para emprendimientos inmobiliarios⁶⁰ por razones similares, para evitar que la quiebra de la constructora afecte a los inversores de un emprendimiento determinado para la construcción de un edificio.

7.3 Abusos

Hofri-Winogradow⁶¹ considera que muchos de los cambios regulatorios recientes sobre fideicomisos (por ejemplo aquellos que permiten los fideicomisos perpetuos) tienen efectos perjudiciales desde la

⁵⁵ Russo, Matthew, “Asset Protection: an Analysis of Domestic and Offshore Trust Accounts”, Michigan State International Law Review, Vol. 23.1, 2014, disponible en: <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ilr>

⁵⁶ Hirsch, Adam J., “Fear not the Asset Protection Trust”, Cardozo Law Review, Vol. 27:6, 2006, disponible en: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-6/HIRSCH.WEBSITE.pdf>

⁵⁷ Matthews, Paul, “The Asset Protection Trust: holy grail, or wholly useless?”, The King's College Law Journal, 6 K.C.L.J. 62 1995-1996, disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/kingsclj6&div=7&id=&page=>

⁵⁸ Langbein, John H., “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, The Yale Law Journal, Vol. 107, No. 1 (Oct., 1997), disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1499&context=fss_papers

⁵⁹ Henry Hansmann, Ugo Mattei, “The Functions of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis”, New York University Law Review, May, 1998.

⁶⁰ Arabia, F., “El fideicomiso como posible estrategia de fraude”, SAIJ, Diciembre 2008.

⁶¹ Hofri-Winogradow, Adam S., “The Stripping of the Trust: A study in legal evolution”, Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 15-5, disponible en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2441709

perspectiva de la distribución del bienestar, generando externalidades para todos aquellos que no sean parte del fideicomiso. Hudson⁶² destaca el rol del fideicomiso en la concentración de riqueza, impidiendo su redistribución (por ejemplo a través de la elusión fiscal).

Con respecto a los fideicomisos para la protección de activos (*Asset Protection Trusts o ATPs*), Matthews⁶³ explica que estos están destinados principalmente a eludir las regulaciones de insolvencia, matrimonio y herencia. Esto es confirmado por la jurisprudencia, donde se sostuvo que el fideicomiso era válido y que su beneficiario no debía responder civilmente con los activos fideicomitados (que le corresponderían si el fiduciario hiciera una distribución a su favor), aun cuando dicho beneficiario había sido condenado por delitos como haber incendiado intencionalmente un restaurant (Gibson v. Speegle⁶⁴), haber asesinado a una persona en el marco de un robo (Duvall, v. McGee⁶⁵) o por abuso sexual de menores (Scheffel v. Krueger⁶⁶). Brown⁶⁷ enumera las múltiples funciones (abusivas) de un fideicomiso de protección de activos: favorecer las condiciones de una negociación (con acreedores), protección contra juicios de mala praxis, un límite a las pérdidas patrimoniales (*stop-loss*) cuando una institución requiere una garantía personal abierta (*open-ended*), conservar el anonimato de la riqueza, diversificación económica, protección prenupcial, la posibilidad de cambiar de domicilio o nacionalidad y un método para limitar la responsabilidad por desechos tóxicos. Marty-Nelson⁶⁸ confirma que por estas razones, estos fideicomisos de protección de activos son populares en Estados Unidos entre abogados, contadores y directores de empresas. Tanzi⁶⁹ explica qué significa establecer condiciones favorables de negociación con acreedores ya que abiertamente promociona el uso de ATPs para hacer tan difícil el acceso a los activos del fideicomiso que el acreedor se vea obligado a aceptar un acuerdo mucho menor extrajudicialmente. Lopucki⁷⁰ advierte sobre esta misma práctica en su famoso artículo sobre “la muerte de la responsabilidad civil”, dado que cualquier demandado puede volverse inmune a las acciones en su contra poniendo sus bienes en un fideicomiso offshore (por ejemplo, un trust creado según la ley de un paraíso fiscal).

⁶² Hudson, Thomas, “The Law of Trusts”, 2nd Edition, (2010), pág. 74.

⁶³ Id. nota 51.

⁶⁴ Gibson v. Speegle, C.A. No. 134 (Del. Ch., May 30, 1984), resumen disponible en: http://www.brandtelaw.com/docs/WI/CW037_chapter_04%20Asset%20Protection%20Planning.pdf

⁶⁵ Robert Ryon DUVALL, et al. v. James Calvert MCGEE, et al. Court of Appeals of Maryland, No. 39, Sept. Term, 2002, disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1364227.html>

⁶⁶ Scheffel v. Krueger, 201 WL 839850 (N.H. 2001), resumen disponible en: <http://www.casebriefs.com/blog/law/wills-trusts-estates/wills-trusts-estates-keyed-to-dobris/trusts/scheffel-v-krueger-2/2/>

⁶⁷ Brown, Denise C., “Caribbean Asset Protection Trust: here comes the sun-dispelling the dark clouds of controversy”, University of Miami Business Law Review, Vol. 7:133 (1998), disponible en: <http://repository.law.miami.edu/umblr/vol7/iss1/5/>

⁶⁸ Marty-Nelson, Elena, “Offshore Asset Protection Trusts: Having Your Cake and Eating It Too”, Rutgers Law Review, 1994

⁶⁹ Tanzi, William, “Foreign Situs Asset Protection/Estate Planning Structure (Basic Elements)” (2013), disponible en: <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1397518/19031515/1364242280200/Foreign+Situs+Asset+Protection+RC+W illiam+Tanzi.pdf?token=9OdW5QV92Xn8whuH2TizZX6gWP8%3D>.

⁷⁰ Lopucki, Lynn M., “The Death of Liability”, 106 YALE L.J. 1, 32 (1996), disponible en SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=7589

Ausness⁷¹ confirma esto, describiendo la falta de jurisdicción de las cortes en Estados Unidos para tratar casos de fideicomisos offshore y de la falta de predisposición de las jurisdicciones donde los fideicomisos fueron creados, para aceptar sentencias extranjeras. Relacionado a esto, Sitkoff⁷², narra el caso de médicos que ante los altos precios de las primas de seguro de mala praxis, directamente transfieren todos sus activos a un ATP en vez de contratar el seguro. Oshins⁷³ sugiere estos tipos de fideicomisos o los fideicomisos discrecionales (*discretionary trusts*), incluso en casos de divorcio para protegerse del cónyuge ya que éstos fueron avalados por la justicia (*Tannen v. Tannen*⁷⁴). Sin embargo, la jurisprudencia demuestra que también sirven contra el propio Estado. En un caso donde la autoridad fiscal norteamericana (IRS) demandó al único beneficiario de un fideicomiso discrecional por evasión fiscal, el tribunal entendió que el IRS no podría exigirle al fiduciario que haga una distribución a favor del único beneficiario, para que el IRS cobre su crédito (*Wilson vs USA*⁷⁵). Kenneth⁷⁶ incluso sugiere tener cuidado con aquellos ATPs domésticos que no proporcionan protección contra una demanda de alimentos para la manutención de menores. Asimismo, Rosen⁷⁷ sugiere las cláusulas necesarias del ATP para volverlo efectivo, incluyendo por ejemplo cláusula de coacción (*duress*), para impedir al fiduciario actuar si el fiduciante o beneficiario solicita la distribución de bienes fideicomitidos ante una orden de un juez. En un caso de Estados Unidos, la viuda del fiduciante logró salvarse por años de una demanda del IRS por evasión fiscal de 36 millones de dólares, explicando que no podía convencer al fiduciario de repatriar los fondos del fideicomiso offshore (*U.S. v. Grant*⁷⁸) — hasta que cometió el error de conseguir una distribución en la cuenta bancaria de sus hijos. Por último, Sterk⁷⁹ agrega que el deseo de lavar activos explica la popularidad de estos fideicomisos offshore.

⁷¹ Ausness, Richard C., “The Offshore Asset Protection Trust: A Prudent Financial Planning Device or the Last Refuge of a Scoundrel?”, 45 Duq. L. Rev. 147 (2007), disponible en: http://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1417&context=law_facpub

⁷² Sitkoff, Robert H., Schanzenbach, Max M., “Jurisdictional Competition for Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes”, *The Yale Law Journal*, 115:356 (2005), disponible en: <http://www.yalelawjournal.org/article/jurisdictional-competition-for-trust-funds-an-empirical-analysis-of-perpetuities-and-taxes>

⁷³ Oshins, “Protecting and preserving wealth into the next millennium”, disponible en: http://www.oshins.com/images/Protecting_Preserving_Wealth_Into_The_Next_Millennium-Part_1.pdf

⁷⁴ *Tannen v. Tannen*, 416 N.J. Super. 248 (App. Div. 2010), disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court-appellate-division/1537027.html>; resumen en: <http://www.oshins.com/images/Tannen.pdf>

⁷⁵ *In Re Wilson*, 140 B.R. 400 (Bankr. N.D. Tex. 1992), disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/1549467/in-re-wilson/>

⁷⁶ Kenneth, Jordan, “Domestic Asset-Protection Trusts: Limiting Liability in an Increasingly Litigious World”, *Morgan Stanley*, 2012, disponible en: <http://www.morganstanleyfa.com/public/projectfiles/3368068a-3af2-4587-a8bb-aa88cef9c68c.pdf>

⁷⁷ Rosen, Howard, “The How’s and Why’s of Offshore Trusts in Asset Protection Planning”, May 17, 1996, disponible en: <https://protectyou.com/1996/05/the-hows-and-whys-of-offshore-trusts-in-asset-protection-planning/>

⁷⁸ *United States v. Grant* (2008) (The Arline Grant Case), disponible en: <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCCO%2020130422H56/U.S.%20v.%20GRANT> . Resumen: <http://www.assetprotectioncouncil.com/resources/case-summaries/united-states-v-grant-2008-the-arline-grant-case/>, y <http://www.forbes.com/sites/jayadkisson/2013/04/25/the-one-foreign-asset-protection-win-turns-out-to-be-a-dud-after-all-in-the-arline-grant-case/2/#1dfce3ec5783>

⁷⁹ Sterk, Stewart E., “Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom?”, 85 *Cornell L. Rev.* 1035, 1048 (2000), disponible en: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Sterk.pdf>

7.4 Una de tantas armas de doble filo, pero más filosa

Así como los fideicomisos pueden usarse para fines positivos o abusivos, lo mismo podría decirse de cualquier persona jurídica. Las sociedades comerciales que supuestamente facilitarían la inversión y el desarrollo económico, también pueden usarse para cometer ilícitos, como el lavado de dinero o la evasión fiscal⁸⁰. Incluso una fundación con fines religiosos o educativos o fideicomiso con fines caritativos podría ser utilizada para no distribuir ninguna ayuda a los beneficiarios mencionados en su objeto, sino sólo a los miembros de una familia determinada o ser usada para distribuir dinero en la forma de altos salarios para los familiares del fundador. Berrien⁸¹ describe el caso de un hombre de Wisconsin que creó una fundación para la investigación donde todo el dinero fue utilizado para pagar el salario del Directo de Investigaciones, su esposa. Eisenstein⁸² explica que “los fideicomisos caritativos reciben enormes beneficios del público, justificados por la naturaleza pública de tal fideicomiso. [Sin embargo,] la ley no requiere ninguna proporcionalidad entre los beneficios (ej. exención de impuestos, existencia a perpetuidad del fideicomiso) y la obligación de cumplir efectivamente [con el objeto del fideicomiso] y brindar un servicio real al público” (traducción propia).

Sin embargo, puede considerarse a los fideicomisos como un instrumento más riesgoso que otras estructuras jurídicas por las siguientes razones. Por un lado, como se explicó en la sección anterior, los fideicomisos suelen tener menos requisitos registrales que las personas jurídicas, por lo que suele haber menos información sobre ellos. Aun si éstos deben registrarse, excepto que se identifiquen a todas las partes del fideicomiso, las personas relevantes pueden quedar ocultas. Relacionado a la falta de registración es que los fideicomisos no siempre están sujetos a llevar una contabilidad (ej. en Hong Kong, Noruega, Panama, St. Kitts o la Isla Turks and Caicos⁸³). Esta falta de información contable, es una de las razones por las que la industria de hedge funds, tan interesada en la confidencialidad, opta por esta forma jurídica⁸⁴. El acceso a los libros contables es importante porque podría revelar simulaciones como las mencionadas anteriormente para el caso de fundaciones, como por ejemplo distribuciones a beneficiarios disimuladas como préstamos de dinero que jamás serán devueltos. Otra opción para disimular distribuciones a beneficiarios sería realizar transacciones entre el fideicomiso y su fiduciante o beneficiarios deliberadamente a precio vil. Aun si los fideicomisos debieran llevar contabilidad por ley, la falta de registración haría imposible comprobar el cumplimiento: cómo se puede verificar los requisitos contables, si nadie sabe de la existencia del fideicomiso en un primer lugar.

No obstante, los abusos de los fideicomisos para evadir impuestos o defraudar a acreedores podrían funcionar aún si éstos estuvieran adecuadamente registrados y la identidad de todas sus partes y estados contables fuese pública. A diferencia de la sociedad comercial con responsabilidad limitada y de los *unit trusts* de inversión o los típicos fideicomisos usados en la construcción de edificios en Argentina, donde los inversores tienen “unidades” o un título o por lo menos un derecho ejecutable para reclamar su departamento por ejemplo, el resto de los fideicomisos ofrece mayores protecciones (siempre y cuando no existan “unidades” o “participaciones” o un derecho ejecutable sobre los bienes fideicomitados). Un

⁸⁰ Ver el Informe del Banco Mundial “Puppet Masters” en la Nota 17, donde se describe el uso de personas jurídicas en 10 casos de alta corrupción.

⁸¹ Berrien C. Eaton, Jr., “Charitable Foundations, Tax Avoidance and Business Expediency”, *Virginia Law Review*, Vol. 35, No. 8 (Dec., 1949)

⁸² Eisenstein, Ilana H., “Keeping Charity in Charitable Trust Law: The Barnes Foundation and the Case for Consideration of Public Interest in Administration of Charitable Trusts”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, No. 5 (May, 2003).

⁸³ Ver Financial Secrecy Index, edición 2015 en www.financialsecrecyindex.com

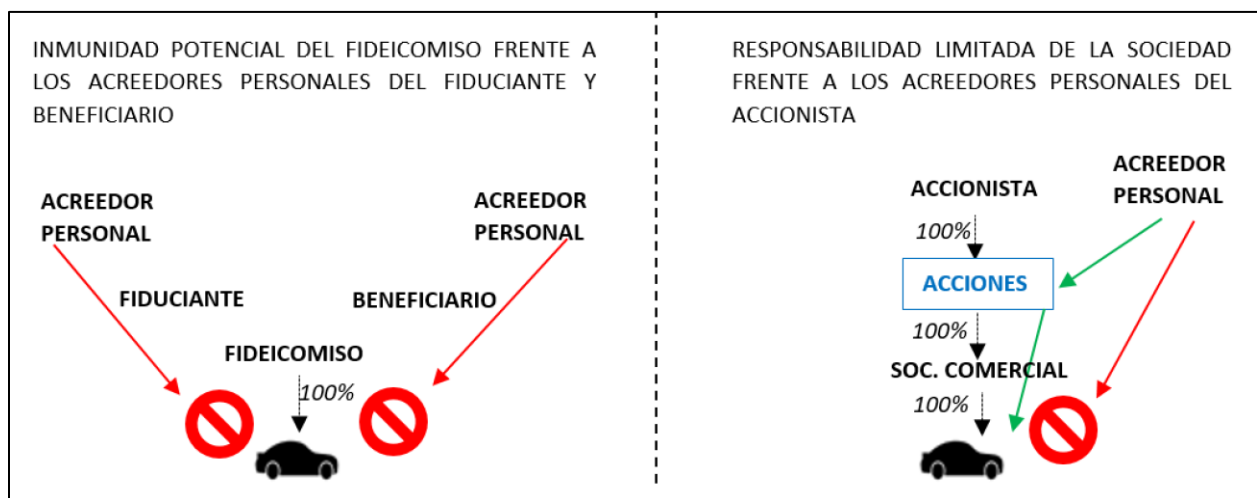
⁸⁴ Averill, Lawrence H. Jr, Helge, Terry Lynn, “Wills, trusts and future interests”, 4th Edition, St. Paul, MN, 2013

fideicomiso típico que posponga en el tiempo los derechos de los beneficiarios, y especialmente un fideicomiso discrecional en el que los derechos de los beneficiarios son meramente potenciales, puede lograr una suerte de inmunidad o inexistencia (no sólo limitación) de la responsabilidad frente a acreedores.

7.5 Posibilidad de evitar el pago a acreedores legítimos

La diferencia sustancial entre la responsabilidad limitada de un fideicomiso y la de una sociedad comercial reside en que, mientras que el acreedor personal de un accionista no puede acceder directamente a los activos de la empresa (al igual que sucedería con el acreedor personal del fiduciante), puede al menos acceder eventualmente a las participaciones o acciones (títulos) del accionista-deudor (y si el acreedor termina teniendo el control de la empresa, también puede llegar a vender los activos societarios).

Un fideicomiso, por el contrario, no tiene accionistas (sino personas que cumplen roles), por lo que incluso si el fiduciante o beneficiario endeudado es insolvente pero el fideicomiso fue diligentemente estructurado y es por ejemplo del tipo discrecional, no habrá "participaciones" o "acciones"⁸⁵ o derechos ya ejecutables en el fideicomiso que podrían adquirir los acreedores⁸⁶.



¿Cómo logra esto el fideicomiso? Lo que sucede es que durante el tiempo (que pueden ser años o décadas, o si la legislación lo permite: siglos) luego de que el fiduciante transfirió los bienes al fideicomiso y hasta el momento en que éstos sean distribuidos a los beneficiarios (o que éstos tengan derecho a reclamarlos), los bienes fideicomitados están en una suerte de "limbo sin propietario" porque, aunque el fiduciario

⁸⁵ Los beneficiarios pueden tener ciertos derechos futuros el fideicomiso, tales como el derecho a recibir \$X al cumplir los 21 años. Sin embargo, si se redacta con diligencia, el contrato de fideicomiso puede no sólo posponer el pago de la deuda personal beneficiario sino incluso impedir que los bienes fideicomitados terminen en manos de un beneficiario con deudas, por ejemplo, mediante la incorporación de disposiciones para pródigos (*spendthrift provisions*) o la creación de un fideicomiso discrecional.

⁸⁶ Los acreedores pueden ser voluntarios (por ejemplo, un individuo que prestó dinero) o involuntario (por ejemplo, una víctima de un accidente). Mientras que un prestamista podría haber tomado algunas precauciones antes de prestar el dinero, si era consciente de la existencia del fideicomiso, la víctima de un accidente no lo podría haber hecho.

puede tener título sobre ellos, éstos no pertenecen al patrimonio personal ni del fiduciante, ni del fiduciario ni del beneficiario por lo que los acreedores personales de éstos no pueden accederlos.

Cabe aclarar que los acreedores directos del fideicomiso sí podrían reclamar los bienes fideicomitidos, al igual que cualquier acreedor de una sociedad comercial puede ir contra los bienes societarios. Sin embargo, en la práctica, aquellos fideicomisos creados para la protección de bienes, no suelen involucrarse en actividades comerciales que puedan generar deudas, sino únicamente se encargan de administrar activos, ej. bienes inmuebles o portafolios de inversión, por lo que sería poco probable que existan acreedores del fideicomiso directamente.

Si los bienes quedaran completamente aislados y su uso por cualquier persona estuviera prohibido, esto no sería conveniente desde la perspectiva económica: se estarían excluyendo bienes del mercado. No obstante, tanto fiduciantes como beneficiarios tendrían al menos un incentivo para quitar a los bienes fideicomitidos de ese aislamiento (para poder usarlos), aún si debieran responder con ellos ante un eventual acreedor. Los fideicomisos de protección de activos, en cambio, se promocionan porque no existe tal prohibición de uso o aprovechamiento: los bienes fideicomitidos, ej. una propiedad inmueble, pueden ser utilizados por cualquier persona, ej. el fiduciante o beneficiario siempre que se cumpla con la formalidad de que el fiduciario autorice tal uso (“formalidad” porque el fiduciante puede tener un control absoluto sobre el fiduciario mediante la figura del protector, un derecho a veto o a remover al fiduciario o directamente si el fiduciante puede ser el mismo fiduciario, ya sea directamente o a través de controlar una sociedad comercial que actúe como fiduciaria del fideicomiso). Esto es lo que le permite a fiduciantes o beneficiarios, usar los bienes fideicomitidos sin tener que responder por ellos ante una deuda, ya que no son sus propietarios: el fiduciante ya no es más propietario y el beneficiario no es aún propietario.

Al respecto, un artículo publicado en Harvard Law Review⁸⁷ describe que “además de la multitud de formas sofisticadas en la que los fideicomisos pueden reducir su exposición fiscal, los fideicomisos también pueden pasar el uso y disfrute de la riqueza a los beneficiarios, mientras se protege la riqueza frente a los acreedores de los beneficiarios y de los juicios en el divorcio. ‘Si no lo posee’, dice el refrán, ‘nadie puede quitárselo’. Todos estos beneficios pueden combinarse con un control esencialmente completo asignado de acuerdo con los deseos del fiduciante. En un fideicomiso típico, el beneficiario principal también será un fiduciario y tendrá poder de nombramiento, permitiendo al beneficiario disfrutar y controlar la propiedad (y recibirla directamente) si así lo quisiera. Esto hace que el paquete total sea indistinguible de la propiedad que se posee en términos absolutos en términos de los beneficios proporcionados, pero sin las importantes desventajas que implica la propiedad, como una mayor exposición a los impuestos, los acreedores y la venganza ex- cónyuges [...] Es difícil imaginar un plan de sucesión superior al que otorga al beneficiario primario el control sobre los activos del fideicomiso en cada nivel generacional, sin que los activos y su ganancia y crecimiento acumulados estén sujetos a impuestos de bienes, y que proporcione protección para siempre frente a los acreedores ya los cónyuges” (traducción propia).

⁸⁷ “Dynasty Trusts and the Rule against Perpetuities”, Harvard Law Review, Vol. 116, No. 8 (Jun., 2003)

7.5.1 Cláusulas típicas del fideicomiso de protección de activos

a) Cláusulas para pródigos (*spendthrift provisions*)

Los fideicomisos de protección de activos – cuya función según Kenneth⁸⁸ es “resguardar los activos contra los créditos de futuros acreedores del fiduciante” - suelen funcionar gracias a dos características: por un lado, las cláusulas de protección de pródigos (*spendthrift provisions*), donde el beneficiario o potencial beneficiario no puede prometer ni enajenar ni preñar o hipotecar bienes del fideicomiso que tendrá derecho a recibir en el futuro. Estas cláusulas están explícitamente autorizadas en países como Estados Unidos, donde fue reconocido en el caso *Nichols v Eaton* en 1876. La otra característica necesaria es que el fideicomiso sea discrecional⁸⁹.

En un esfuerzo por "competir" con las jurisdicciones *offshore*, Hirsch⁹⁰ describe que Alaska fue el primer estado en permitir fideicomisos para pródigos (*spendthrift trusts*), donde un fideicomiso puede contener cláusulas para pródigos incluso si el fiduciante es uno de los beneficiarios del fideicomiso. Los fideicomisos para pródigos son cada vez más utilizados en los Estados Unidos, a pesar de haber sido descriptos como anti-democráticos y anti-americanos, durante más de un siglo. A continuación, un relato de 1895 dice: "es difícil ver el americanismo de los fideicomisos para pródigos. Que hombres adultos puedan permanecer toda su vida en pupilaje, que los hombres que no pagan sus deudas vivan lujosamente de riquezas heredadas, son doctrinas tan antidemocráticas como se las puede concebir... [L]a introducción general de los fideicomisos para pródigos sería formar una clase privilegiada, que pueda disfrutar de todas las especulaciones, practicar todos los fraudes, y sin embargo, siempre que se mantengan del lado seguro de la ley penal, puedan nadar en riquezas. Formarían una aristocracia, aunque ciertamente la aristocracia más despreciable con la que alguna vez un país haya sido maldecido"⁹¹. En algunos Estados de Estados Unidos, existen ciertos límites a la “inmunidad” creada por este tipo de fideicomisos, y no incluyen reclamos por alimentos o manutención de los hijos. Por ejemplo, en *Shelly v Shelly* la Corte Suprema de Oregon entendió que “si damos cumplimiento a la disposición sobre pródigos para prohibir demandas de manutención, tenemos el espectáculo de un hombre disfrutando de los beneficios de un fideicomiso inmune a las reclamaciones que se deben justamente, mientras que la comunidad paga por la manutención de sus hijos. . . . No creemos que sea sana la política de usar los fondos de bienestar de este Estado en apoyo de los hijos del beneficiario, mientras que él está detrás del escudo de la inmunidad creada por una disposición del fideicomiso para pródigos” (traducción propia).

En Argentina el Código Civil y Comercial unificado, limita en el art. 1972 la inenajenabilidad para bienes inmuebles en los actos a título gratuito por 10 años prolongables por otros 10 años. Sin embargo, esta limitación en el tiempo a la prohibición de enajenar es en defensa del adquirente del inmueble. No es

⁸⁸ Kenneth, Jordan, “Domestic Asset-Protection Trusts: Limiting Liability in an Increasingly Litigious World”, Morgan Stanley, 2012, disponible en: <http://www.morganstanleyfa.com/public/projectfiles/3368068a-3af2-4587-a8bb-aa88cef9c68c.pdf>

⁸⁹ Para que este tipo de fideicomisos sea válido en Estados Unidos, además de las cláusulas sobre pródigos y discrecionalidad, hace falta que el fideicomiso sea irrevocable y que el fiduciario sea considerado independiente (no un pariente o empleado del fiduciante), según explica Russo, M. en “Asset Protection: an Analysis of Domestic and Offshore Trust Accounts”, Michigan State International Law Review, [Vol. 23.1 2014], 23 Mich. St. Int'l L. Rev. 265 2014-2015.

⁹⁰ Hirsch, Adam J., “Fear not the Asset Protection Trust”, Cardozo Law Review, Vol. 27:6, 2006, disponible en: <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/27-6/HIRSCH.WEBSITE.pdf>

⁹¹ John c. Gray, Restraints on the Alienation of Property § 211, en 246- 47 (2ª ed. 1895) citado en Gregory S. Alexander, “The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century”, Stanford Law Review, Vol. 37, No. 5 (May, 1985)

claro que la misma limitación operaría frente a un fideicomiso de Argentina, en el que los beneficiarios aún no recibieron una distribución o aún si todavía no tienen derecho a recibir una distribución. Incluso si existiera, evitar la enajenación de inmuebles por 10 o 20 años tampoco resulta leve para un acreedor que puede estar esperando cobrar su crédito. Para otros bienes que no sean inmuebles la limitación a la inenajenabilidad no parece existir.

b) Discreción del fiduciario

La otra cláusula, que define al tipo de fideicomiso de protección de activos, es darle discreción al fiduciario para decidir a quién, cuándo y cuánto distribuir a cada beneficiario. El fiduciante puede dar instrucciones en el contrato de fideicomiso, escribir una carta de deseos (*letter of wishes*) o hasta nombrar a un “protector” para asegurarse de que el fiduciario siga con su voluntad. Las instrucciones suelen operar exigiendo que el fiduciario no haga ninguna distribución a un beneficiario que esté en proceso de quiebra o tenga acreedores (para prevenir que éstos puedan quedarse con los bienes fideicomitados distribuidos al beneficiario). Los fideicomisos discrecionales están permitidos en la práctica, como demuestra la jurisprudencia norteamericana. Asimismo, su uso en muchos países puede reflejarse ya que el Estándar de Reporte Común (CRS de la OCDE) sobre el intercambio automático de información aplicable en más de 100 jurisdicciones [incorporado a la legislación argentina en la Resolución AFIP 3826/2015] establece estipulaciones que deben seguir las instituciones financieras en caso de fideicomisos discrecionales, por ejemplo, en el Art. VIII.C.4.

7.5.2 Eficacia de los fideicomisos de protección de activos

Obviamente existen reglas anti fraude (ej. la acción pauliana en Argentina o la *fraudulent conveyance* en países del *Common Law*), por lo que no sería posible crear un fideicomiso para insolventarse al momento de existir una deuda. Sin embargo, si el fideicomiso fue creado con años de anticipación, cuando no existía deuda alguna, será muy difícil probar que existió fraude en la creación del fideicomiso, ya que las acciones estarán prescriptas. Jurisdicciones como las Islas Cook⁹² establecieron leyes para que sea muy difícil invalidar un fideicomiso por establecerse en fraude a acreedores.

La jurisprudencia norteamericana demuestra la eficacia de estas cláusulas aun frente a víctimas de divorcio, homicidio y abuso sexual de menores.

Scheffel v. Krueger⁹³

El Tribunal Supremo de New Hampshire decidió el 26 de julio de 2001, cuando la madre de un niño que fue agredido sexualmente por un beneficiario de un fideicomiso trató de acceder el interés del beneficiario en el fideicomiso para ejecutar el pago debido a raíz de un juicio de responsabilidad civil. El tribunal de primera instancia desestimó la demanda. En la apelación, el Tribunal Supremo de New Hampshire sostuvo que: 1) la cláusula sobre pródigos del fideicomiso prohíbe una demanda para

⁹² Por ejemplo, un acreedor tendría que probar ‘más allá de toda duda razonable’ (el estándar utilizado en el derecho penal) que el fideicomiso fue creado con la intención ‘principal’ de estafar a un acreedor (por lo que, si la intención principal era la planificación del patrimonio, no será posible invalidar el fideicomiso). No sólo eso, sino que se tiene que probar que la creación del fideicomiso es lo que volvió insolvente al fiduciante cuando se creó el fideicomiso. Para empeorar todo, el plazo de prescripción para la transferencia fraudulenta es corto y muy complejo (Marty-Nelson, Elena, “Offshore Asset Protection Trusts: Having Your Cake and Eating It Too”, *Rutgers Law Review*, 1994).

⁹³ Scheffel v. Krueger, 201 WL 839850 (N.H. 2001)

satisfacer al acreedor o víctima de daños, y 2) el fideicomiso es calificado como un fideicomiso para pródigos a pesar de que el beneficiario ejerce un control significativo sobre él.

Duvall v. McGee⁹⁴

Katherine Ryon fue golpeada hasta la muerte durante el transcurso de un robo que se produjo en su casa. Después de que James Calvert McGee fuera declarado culpable de homicidio calificado por su participación en el robo y el asesinato de la Sra. Ryon, se presentó un fallo monetario en su contra en virtud de un acuerdo conciliatorio, en el que McGee aceptó las demandas civiles presentadas contra él por Robert Duvall, el Representante Personal del patrimonio de la Sra. Ryon. La mayoría hoy llega a la conclusión de que la propiedad de la Sra. Ryon no puede cumplir su sentencia en contra de los intereses de McGee en un fideicomiso para pródigos de \$ 877,000.00 establecido por él para su difunta esposa. La mayoría reconoce que los demandantes que solicitan la pensión alimenticia, manutención de los hijos, e impuestos pendientes de pago podrán adjuntar el interés de un beneficiario a un fideicomiso para pródigos, pero se concluye que la víctima de un agravio violento no puede hacerlo, justificando que una víctima de este tipo es solo "un mero acreedor del fallo".

Gibson v. Speegle⁹⁵

Gibson era el único beneficiario de un fideicomiso discrecional creado por su madre, que contenía cláusulas para pródigos. En 1976 Gibson se declaró culpable de muchos crímenes, incluyendo un incendio intencional y fue obligado a pagar miles de dólares en daños. Sin embargo, para su acreedor fue imposible agredir los bienes del fideicomiso, aún cuando Gibson era su único beneficiario. La Corte dijo "no me siento nada cómodo con el hecho de que Virginia Barwick, mediante el uso de un fideicomiso para pródigos ayudó a su hijo a evitar su obligación de pagar por sus crímenes. Sin embargo, no es función de la Corte escribir la ley sino interpretarla" (traducción propia).

Tannen vs Tannen⁹⁶

En juicio de divorcio, donde se debatía la obligación de alimentos se determinó que los activos e ingresos de un fideicomiso discrecional a favor de la conyugue no debían ser considerados como pertenecientes a ésta (y ergo quedaban excluidos del juicio) porque ella no era aún su propietaria toda vez que dependía de la discreción de los fiduciarios hacer una distribución a favor de la mujer, y éstos no la habían realizado aún. La circunstancia de que la misma mujer fuera co-fiduciaria no fue considerado relevante.

7.6 La elusión de impuestos

La misma característica que permite evitar el pago a acreedores (la posibilidad de usar los bienes fideicomitados aunque no pertenezcan al patrimonio personal ni del fiduciante, fiduciario o beneficiario) permite también evitar el pago de aquellos impuestos que recaen sobre el titular de los bienes. Ejemplos de estos impuestos son el impuesto a los bienes personales en Argentina o el impuesto a la herencia, presente en algunas provincias (ej. Provincia de Buenos Aires) o en el Reino Unido o Estados Unidos.

Dado que los bienes ya no pertenecen al fiduciante (ni tampoco pertenecen aún al beneficiario) ninguna de estas personas deberá pagar el impuesto a los bienes personales, con lo que se logra posponer el pago

⁹⁴ Robert Ryon DUVALL, et al. v. James Calvert McGEE, et al. Court of Appeals of Maryland, No. 39, Sept. Term, 2002

⁹⁵ <http://www.nytrust.com/wp-content/uploads/2014/11/The-Implementation-and-Use-of-Delaware-Asset-Protection-Trusts.pdf>

⁹⁶ <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a8698f59-7da9-4050-aed0-9b2c321d3639>

del impuesto hasta que exista una distribución (beneficio financiero) o si la legislación lo permite, se puede evitar el pago del impuesto si los bienes quedan para siempre en el fideicomiso. Por ejemplo, la Argentina limita la duración de un fideicomiso en 30 años o durante la vida de la persona con incapacidad. En países como Inglaterra, se había establecido también un límite, conocido como la Regla contra las Perpetuidades (*Rule against perpetuities*), para que la Corona pudiera cobrar los impuestos y para evitar que las familias creadoras de fideicomisos se enriquecieran tanto que su poder podría eventualmente amenazar a la Corona⁹⁷. Sin embargo, en muchas jurisdicciones, las limitaciones a la duración de los fideicomisos fueron derogadas (ej. Jersey, Guernsey, Islas Cook, Chipre o Bermuda⁹⁸) o extendidas hasta los 360 años (Florida⁹⁹) o 1000 años (Alaska, Utah o Wyoming¹⁰⁰), entre otras alternativas.

Al respecto, Hofri-Winogradow¹⁰¹ explica que “desde el punto de vista de la sociedad en general, los fideicomisos perpetuos tienen graves desventajas. No sólo la prolongación en el futuro indefinido de los fideicomisos con cláusulas para pródigos permite el perpetuo sazonamiento de la sociedad con daño no compensado. Además, las ventajas de la planificación tributaria de los fideicomisos perpetuos desde el punto de vista de los usuarios de los fideicomisos implican desventajas para los no usuarios, que tendrán que soportar una mayor carga tributaria, vivir con un nivel menor de servicios gubernamentales o ambos. También es probable que los fideicomisos perpetuos contribuyan a preservar la distribución actual de la sociedad en clases, aumentando la probabilidad de que los descendientes de la clase rica de hoy sean miembros de la clase adinerada de cien o doscientos años siguientes” (traducción propia).

En algunos casos, el fideicomiso puede que esté sujeto a ciertos impuestos, pero realizando una planificación fiscal sobre las reglas de residencia fiscal del fideicomiso (en algunos casos, dependiendo de donde esté ubicado el fiduciario), éstos podrán evitarse.

El fallo Eurnekian¹⁰² de Argentina, se decidió en un principio que implicaba evasión fiscal la práctica “consistente en transferir fondos al exterior bajo la apariencia de donaciones realizadas a través de fideicomisos constituidos en paraísos fiscales pero sin desprenderse en realidad de la titularidad -en el caso, los fiduciarios sólo podían administrar los fondos de acuerdo a las indicaciones de un comité designado exclusivamente por el instituyente y la única donación encomendada debía tener lugar en caso de su muerte- tiene el único propósito de defraudar al Fisco sustrayendo el patrimonio de la tributación que le correspondía”. Al final, en apelación, se decidió que no constituía evasión ya que el fiduciante había notificado al fisco sobre la transacción, por lo que no se daba el presupuesto del engaño para la evasión fiscal. No obstante, el caso prueba que el fiduciante logró eludir (no “evadir”) el pago del impuesto a los bienes personales.

En el caso del impuesto a la herencia, ni la muerte del causante ni la adquisición por herencia de los bienes por parte de los herederos genera el pago del impuesto, ya que los bienes continúan en manos del fideicomiso. El objetivo de transferir activos de generación en generación evitando el pago de impuesto a

⁹⁷ Steven A. Horowitz, “Practical Estate and Financial planning”, Taxes (June 2000).

⁹⁸ Lawrence H. Jr, Averill, Terry Lynn Helge, “Wills, trusts and future interests”, 4th Edition, St. Paul, MN, 2013

⁹⁹ “Dynasty Trusts and the Rule against Perpetuities”, Harvard Law Review, Vol. 116, No. 8 (Jun., 2003)

¹⁰⁰

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/real_property_trust_estate/joint_fall/2007/50_state_comparison_of_rule_against_perpetuities_laws.authcheckdam.pdf

¹⁰¹ Hofri-Winogradow, Adam S., “The Stripping of the Trust: A study in legal evolution”, Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 15-5

¹⁰² “Eurnekian, Eduardo s/inc. de apel. de proces. y prisión preventiva”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, 06/08/2003.

las ganancias fue una de las razones por las que se desarrolló el fideicomiso discrecional en Inglaterra luego de la Segunda Guerra Mundial¹⁰³.

Por ejemplo, recientemente en el Reino Unido, el Duque británico de Westminster evitó el pago de £3,6 mil millones de impuestos a la herencia después de que su padre falleció, dejándole la suma de £9 mil millones en un fideicomiso, enfureciendo a muchos en Gran Bretaña¹⁰⁴.

Uno podría argumentar que aprovechar la creación de fideicomisos es legal (como la jurisprudencia lo demuestra). Nadie cuestiona eso. Lo cuestionable es que la ley cree un impuesto a la herencia o a los bienes personales, y después le permita a cualquier individuo que cree un fideicomiso, eludir (o por lo menos diferir) el pago del impuesto. Hay dos posibles razones. Una opción es que los legisladores querían gravar sólo a aquellos individuos no asesorados por un planificador fiscal, y conscientemente establecieron el impuesto para aquellos que no aprovechaban la figura del fideicomiso. La otra opción, más razonable, es que los legisladores establecieron un impuesto a la riqueza (ej. bienes personales o herencia) con propósitos de progresividad del sistema tributario o como una mera forma de aumentar la recaudación, pero no advirtieron que existía la forma de burlar legalmente (eludir) el pago de dicho impuesto a través de la creación de un fideicomiso, entre otras estrategias de planificación.

7.7 Observaciones desde la perspectiva del derecho y la economía

La posibilidad de usar los bienes fideicomitados sin que éstos pertenezcan al patrimonio personal del fiduciante o del beneficiario generan incentivos negativos, ya que permiten a las partes del fideicomiso involucrarse en actividades riesgosas o hasta estafar a terceras personas, sabiendo que no deberán responder con ningún bien (siempre que sean diligentes en la creación del fideicomiso, por ejemplo por haberlo hecho con años de anticipación para que no sea posible la acción anti fraude).

Sterk¹⁰⁵ explica que “permitir que los fiduciantes de fideicomisos aislen sus activos de las reclamaciones de los acreedores promueve un comportamiento más arriesgado del fiduciante, porque éstos serán conscientes de que no asumirán el costo total de sus acciones. Para ilustrar, supongamos que el fiduciante es un médico que decide cuántas pruebas se deben realizar en un paciente. Si el médico ejecuta pruebas insuficientes y diagnostica erróneamente al paciente, se arriesga responsabilidad por negligencia, lo que requerirá el pago de su bolsillo o un aumento en las primas de seguro de mala praxis. Si, en cambio, el médico puede aislar sus activos de las reclamaciones de los pacientes, puede darse el lujo de ejecutar menos exámenes, ya que no asumirá el costo total de responsabilidad por negligencia profesional” (traducción propia).

Esta posibilidad de fraude no requiere prohibir al fideicomiso, lo cual sería desproporcionado para el fin que se busca. El cambio de regulación sería necesario sólo para aquellos casos donde existe un acreedor personal del fiduciante (o según el caso, del beneficiario), y donde el deudor-fiduciante sea insolvente (siempre y cuando no proceda la acción anti-fraude por ejemplo por estar prescrita). En tal escenario donde el fiduciante podría sentir que no tiene nada que perder por no tener bienes a su nombre, si la ley estableciera que los bienes fideicomitados serán considerados como propiedad del dueño original (el

¹⁰³ Averill, Lawrence H. Jr, Helge, Terry Lynn, “Wills, trusts and future interests”, 4th Edition, St. Paul, MN, 2013

¹⁰⁴ <https://www.theguardian.com/money/2016/aug/11/inheritance-tax-why-the-new-duke-ofwestminster-will-not-pay-billions>; 26.1.2017

¹⁰⁵ Stewart E. Sterk, “Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to the Bottom?”, 85 Cornell L. Rev. 1035, 1048 (2000).

fiduciante), éste tendrá el incentivo de no actuar negligentemente (o dolosamente), sabiendo que a pesar de la existencia del fideicomiso, deberá responder con sus propios bienes.

7.8 Propuesta de regulación en favor de los acreedores personales del fiduciante y para evitar la elusión de impuestos sobre los titulares de bienes

Para aquellos casos donde ninguna parte tiene derechos ejecutables sobre el fideicomiso (o sea, no en un *unit trust* o en el típico fideicomiso para la construcción de inmuebles, sino para los casos de fideicomisos discrecionales para la protección de activos), y suponiendo que existen acreedores personales del fiduciante, que éste es insolvente pero que no procede la acción de fraude (por ejemplo por estar prescrita), una alternativa para que los acreedores personales del fiduciante puedan agredir los bienes fideicomitados, y para que los fiscos puedan cobrar los impuestos sobre los titulares de los bienes sería prohibir que los bienes fideicomitados estén en el “limbo sin propietario”.

La opción más lógica sería considerar que, hasta tanto los bienes hayan sido distribuidos a los beneficiarios (o que éstos puedan ejercer sus derecho sobre ellos, por ejemplo porque se cumplió la condición para que puedan requerir una distribución), los bienes fideicomitados deberían ser considerados propiedad del fiduciante (parte de su patrimonio personal), ya que éste era el propietario original. Una vez que los bienes hayan sido distribuidos al beneficiario, o que éste pueda reclamarlos, los acreedores personales de éste (o el fisco) deberían poder acceder a los bienes.

Una alternativa intermedia (y adicional) propuesta por Griwsold¹⁰⁶, para aquellos fideicomisos con cláusulas para pródigos utilizadas realmente para proteger a una persona incapaz o enferma, aún si todavía no tiene derecho a recibir una distribución, sería establecer un límite al valor de los bienes fideicomitados, donde sólo una cantidad de dinero limitada (no ilimitada) pero suficiente para satisfacer las necesidades básicas de estas personas con necesidades especiales gozaría de inmunidad frente a acreedores legítimos. En otras palabras, aun ante el escenario anterior y por más de que la persona incapaz no tenga aún un derecho ejecutable sobre los bienes fideicomitados, los acreedores personales del fiduciante no podrían agredir todos los bienes fideicomitados sino sólo aquellos que exceden lo que la persona incapaz necesitaría para garantizar y satisfacer sus necesidades básicas.

Hofri-Winogradow¹⁰⁷, por su parte, propone el restablecimiento de la regla contra las Perpetuidades y establecer la prohibición de los fideicomisos de protección de activos en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Conclusión

Los fideicomisos son vehículos o estructuras legales que sirvieron o sirven fines legítimos (ej. la protección de incapaces, la securitización de activos para facilitar el financiamiento o el desarrollo inmobiliario), pero su estructura más compleja que una típica sociedad comercial y sus regulaciones sobre transparencia más leves, los vuelven un factor de riesgo por poder ser utilizados para fines ilegales (ej. evasión fiscal, lavado de dinero o corrupción) o por lo menos ilegítimos y contrarios al bienestar social (ej. el fraude a acreedores legítimos).

En materia de riesgos, los fideicomisos no son las únicas estructuras que pueden ser abusadas. Sin embargo, gozan hasta el momento de menores requisitos de registración que otras estructuras, como las

¹⁰⁶ Griswold, E., “Spendthrift trust” (1947), pág. 639.

¹⁰⁷ Adam S. Hofri-Winogradow, “The Stripping of the Trust: A study in legal evolution”, Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 15-5

sociedades comerciales. Por eso, las propuestas de este trabajo es equiparar las regulaciones de los fideicomisos a aquellas aplicables a otras estructuras en materia de registraci3n y transparencia, y de acceso a los bienes por parte de ciertos acreedores. En otras palabras, sin sugerir abolir ni cambiar al fideicomiso, este podr3a seguir existiendo con sus funciones y estructuras diferentes a las de otras estructuras, excepto en lo que hace a la registraci3n y transparencia, y para aquellos casos donde corresponde el acceso a los bienes fideicomitados por parte de ciertos acreedores personales leg3timos.

Las dos propuestas de regulaci3n, exigir la registraci3n ante una autoridad de las partes de un fideicomiso y considerar que, de existir acreedores personales del fiduciante, ser 3ste insolvente y no proceder la acci3n de fraude, los bienes fideicomitados que no fuesen accesibles por los beneficiarios, deber3an ser considerados como pertenecientes al fiduciante.

Ambas propuestas buscan evitar la asimetr3a de informaci3n y eliminar los incentivos negativos, ya que las autoridades tendr3an m3s informaci3n sobre las partes del fideicomiso, y al mismo tiempo los fiduciantes sabr3an que deber3an responder con los bienes entregados al fideicomiso que todav3a no fueron distribuidos, por lo que su conducta se volver3a m3s prudente.

En otras palabras, la propuesta ser3a igualar las condiciones de registraci3n y de responsabilidad limitada de una sociedad comercial, para aquellos fideicomisos que a3n no tienen estos requisitos o caracter3sticas. Como se explic3, no ser3a necesario hacer ning3n cambio para aquellos fideicomisos que ya deben registrar a sus partes, o cuando no existan acreedores personales del fiduciante, o cuando los beneficiarios ya tengan alg3n t3tulo o derecho ejecutable sobre el fideicomiso (como sucede en el *unit trust* o fideicomiso para la construcci3n de inmuebles, donde los inversores tienen unidades o participaciones o derechos que ser3a accesibles por sus acreedores personales).

Bibliografía

Alexander S. G., "The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century", *Stanford Law Review*, Vol. 37, No. 5 (May, 1985)

Arabia, F., "El fideicomiso como posible estrategia de fraude", *SAIJ*, Diciembre 2008.

Ausness, Richard C., "The Offshore Asset Protection Trust: A Prudent Financial Planning Device or the Last Refuge of a Scoundrel?", *45 Duq. L. Rev.* 147 (2007)

Averill, Lawrence H. Jr, Helge, Terry Lynn, "Wills, trusts and future interests", 4th Edition, St. Paul, MN, 2013

Berrien C. Eaton, Jr., "Charitable Foundations, Tax Avoidance and Business Expediency", *Virginia Law Review*, Vol. 35, No. 8 (Dec., 1949)

Bossini, Lucila Adriana , "Introducción al fideicomiso", *El Derecho* 232-931 [2009].

Brown, Denise C., "Caribbean Asset Protection Trust: here comes the sun-dispelling the dark clouds of controversy", *University of Miami Business Law Review*, Vol. 7:133 (1998)

"Dynasty Trusts and the Rule against Perpetuities", *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 8 (Jun., 2003)

Eisenstein, Ilana H., "Keeping Charity in Charitable Trust Law: The Barnes Foundation and the Case for Consideration of Public Interest in Administration of Charitable Trusts", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, No. 5 (May, 2003).

Esper, Mariano, *Manual de contratos civiles y comerciales: parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2011.

GAFI 2012: "Las Recomendaciones del GAFI", 2012

GAFI 2014: "FATF Guidance Transparency and Beneficial Ownership", Octubre de 2014

Giraldi, Pedro Mario, *Ley 24.441*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 63.

Gower, "The English Private Company", *18 Law and Contemporary Problems* 535-545 (Fall 1953)

Griswold, E., "Spendthrift trust" (1947), pág. 639.

Hansmann H., Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis", *New York University Law Review*, May, 1998

Hirsch, Adam J., "Fear not the Asset Protection Trust", *Cardozo Law Review*, Vol. 27:6, 2006

Hofri-Winogradow, Adam S., "The Stripping of the Trust: A study in legal evolution", *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 15-5*

Hofri-Winogradow, Adam S., "The Stripping of the Trust: A study in legal evolution", *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series No. 15-5*

Horowitz, S., "Practical Estate and Financial planning", *Taxes* (June 2000).

Hudson, Thomas, "The Law of Trusts", 2nd Edition, (2010), pág. 74.

Kenneth, Jordan, "Domestic Asset-Protection Trusts: Limiting Liability in an Increasingly Litigious World", Morgan Stanley, 2012

Langbein, John H., "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", The Yale Law Journal, Vol. 105, No. 3 (Dec., 1995)

Langbein, John H., "The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce", The Yale Law Journal, Vol. 107, No. 1 (Oct., 1997)

Lawrence H. Jr, Averill, Terry Lynn Helge, "Wills, trusts and future interests", 4th Edition, St. Paul, MN, 2013

Lopucki, Lynn M., "The Death of Liability", 106 YALE L.J. 1, 32 (1996)

Marty-Nelson, Elena, "Offshore Asset Protection Trusts: Having Your Cake and Eating It Too", Rutgers Law Review, 1994

Matthews, Paul, "The Asset Protection Trust: holy grail, or wholly useless?", The King's College Law Journal, 6 K.C.L.J. 62 1995-1996

Norte Sabino, O., "Sociedades extranjeras en Argentina. Breve comentario a la luz de las resoluciones IGI 7, 8 y 12/2003.

Oshins, "Protecting and preserving wealth into the next millennium"

Rosen, Howard, "The How's and Why's of Offshore Trusts in Asset Protection Planning", May 17, 1996,

Russo, Matthew, "Asset Protection: an Analysis of Domestic and Offshore Trust Accounts", Michigan State International Law Review, Vol. 23.1, 2014

Sitkoff, Robert H., Schanzenbach, Max M., "Jurisdictional Competition for Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes", The Yale Law Journal, 115:356 (2005)

Sterk, Stewart E., "Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom?", 85 Cornell L. Rev. 1035, 1048 (2000)

Tanzi, William, "Foreign Situs Asset Protection/Estate Planning Structure (Basic Elements)" (2013)

Tax Justice Network, "Financial Secrecy Index 2015"

Van der Does de Willebois, et al, "The Puppet Masters - How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It", World Bank, 2011

Jurisprudencia Consultada

Robert Ryon DUVALL, et al. v. James Calvert McGEE, et al. Court of Appeals of Maryland, No. 39, Sept. Term, 2002

CNPenEcon, Sala B, 27/12/2006, Eurnekian, Eduardo, sobre evasión agravada

Gibson v. Speegle, C.A. No. 134 (Del. Ch., May 30, 1984)

Nichols v Eaton, 91 U.S. 716 (1875)

Scheffel v. Krueger, 201 WL 839850 (N.H. 2001)

Tannen v. Tannen, 416 N.J. Super. 248 (App. Div. 2010)

United States v. Grant (2008) (The Arline Grant Case)

CNCiv., sala F, 03/11/05, Vogelius, Angelina T. y otros c. Vogelius, Federico y otro

In Re Wilson, 140 B.R. 400 (Bankr. N.D. Tex. 1992)