

Fideicomisos: ¿Armas de Injusticia Masiva?

Andrés Knobel

Resumen Ejecutivo

La figura del fideicomiso (similar al *trust* anglosajón, y referido aquí como figuras equivalentes) ha cobrado una gran importancia como mecanismo para desarrollar actividades económicas (ej. la construcción de edificios), generar financiamiento (fideicomisos de garantía para la securitización de acciones, fideicomisos constituidos como vehículo especial de inversiones (*special purpose vehicle*) para quitar activos del balance de los bancos (*off balance sheet*)) o la inversión en bienes inmuebles (ej. los *Real Estate Investment Trusts* o *REITs*). En los países del *Common Law*, se asocia al fideicomiso con asuntos familiares privados para la protección y manutención de menores, personas mayores o personas con alguna discapacidad luego de la muerte de los padres.

Las razones que justifican el extenso uso y abuso del fideicomiso están relacionadas con la libertad para definir su forma, objeto, tipo y finalidad. Del mismo modo, la falta de registración en un registro público de las partes intervinientes en el fideicomiso (fiduciante, fiduciario, beneficiario, protector, contribuidor, etc.), los efectos extra-territoriales, la posibilidad de separación geográfica de sus diferentes partes intervinientes (entre sí y con respecto a la ubicación de los bienes), y la posibilidad de ocultar bienes vuelven a esta figura un gran riesgo para el bienestar social, por permitir la comisión de delitos como el lavado de dinero, la corrupción o la evasión fiscal.

Como si esto fuera poco, los fideicomisos también son ampliamente usados y ofrecidos como mecanismo de planificación fiscal y protección del patrimonio familiar, al conseguir proteger activos *erga omnes* (en una medida mucho mayor que la responsabilidad limitada de una sociedad comercial). Esto, aprovechado especialmente por las clases más pudientes para eludir impuestos o defraudar acreedores (ej. víctimas de mala praxis), empeora los niveles ya alarmantes de desigualdad económica y vulnera toda idea de justicia donde todos somos iguales ante la ley.

Con respecto a la falta de transparencia, se ha comenzado a legislar sobre la registración de los fideicomisos a los fines de evitar su uso para el lavado de dinero y la evasión fiscal. Sin embargo, no existe aún una legislación efectiva. En cambio, son pocos quienes se preguntan si otros usos no ilegales *per se*, pero de dudosa legitimada (como la planificación fiscal y la protección del patrimonio) logradas por el fideicomiso son fines que deben ser permitidos y hasta fomentados por el sistema legal, como sucede en muchos paraísos fiscales, que están en una carrera hacia la baja para ofrecer regímenes cada vez más abusivos.

Este trabajo procurará describir los usos positivos desde la perspectiva del bienestar social que surgen de los fideicomisos (y que lo diferencian de otras estructuras legales) así como todos los otros

usos cuya legitimidad y capacidad de llevar al bienestar general es cuestionable. Se describirán regímenes jurídicos de diversos paraísos fiscales que ofrecen cláusulas y estipulaciones consideradas abusivas (y hasta ilegales o violatorias del orden público internacional de otros países). Se analizará entonces propuestas de regulación para asegurar que esta figura sólo pueda ser utilizada para fines positivos e imposibilitar cualquier otro uso.

Contenido

Resumen Ejecutivo	1
1. Introducción.....	5
¿Qué es un fideicomiso? ¿Quién es el titular de los activos fideicomitidos?.....	8
2. Secreto y transparencia	11
2.1. Nivel 1: ¿qué registrar?	12
2.1.1. Falta de registro efectivo	12
2.1.2. Cuáles fideicomisos registrar: fideicomisos de ley local y de ley extranjera.....	14
2.2. Nivel 2: ¿a quién registrar?.....	14
2.2.1. Verdaderos propietarios o controladores de un fideicomiso	15
2.2.2. Acceso público	17
3. Más allá del secreto: otros usos de fideicomisos	18
3.1. Funciones de utilidad social y legítimas	18
3.1.1. La protección de personas vulnerables	18
3.1.2. Los usos comerciales.....	19
3.2. Los contras: activos 'sin dueño' y usos menos legítimos	20
3.2.1. La función de protección de activos.....	20
3.2.2. Tres maneras de “perforar” un fideicomiso de protección de activos	20
3.3. Encontrar el equilibrio entre los usos legítimos (comerciales, de protección de las personas vulnerables) y los abusivos	21
3.3.1. Defensa de los Fideicomisos 1: "sólo los fideicomisos falsos son malos, no apunten contra los legítimos"	21
3.3.2. Defensa de fideicomisos 2: "no culpen sólo a los fideicomisos, las sociedades comerciales también ofrecen protección de activos"	23
3.3.3. Propuesta: Encontrar el equilibrio en la práctica	25
3.4. La elusión de impuestos que se aplicaría a los titulares de activos (por ejemplo, el impuesto a la herencia)	28
4. Regímenes de fideicomiso abusivos	28
4.1. Cláusulas y disposiciones abusivas que suelen incluirse en el contrato de fideicomiso	29
4.2. Leyes y disposiciones de fideicomiso abusivas.....	31
4.3. Formas de fideicomiso potencialmente abusadas.....	32
4.3.1. Las fideicomisos caritativos (charitable trusts) y las fundaciones (foundations)	32
4.3.2. Fideicomisos con propósito determinado (purpose trust).....	33
4.3.3. Los fideicomisos discrecionales (discretionary trust)	33

4.3.4. Los fideicomisos “ciegos” de los políticos (blind trust).....	33
4.4. Los regímenes más abusivos del mundo	34
4.4.1. Islas Cook	34
4.4.2. Islas Nieves	35
4.4.3 Belice	35
4.4.4 Las Islas Bermudas.....	35
4.4.5. Los Estados Unidos: ejemplos de Alaska, Delaware , Nevada y Dakota del Sur	35
4.4.6. Islas Caimán : exclusión de los beneficiarios.....	36
4.4.7. Islas Vírgenes Británicas.....	37
4.4.8. Nueva Zelanda	38
4.5. Consecuencias de fideicomisos que involucran a diferentes jurisdicciones	39
Conclusión.....	40
5. Propuestas de Soluciones	41
Propuesta 1: Transparencia	42
Propuesta 2: Ningún activo “sin dueño”	42
Propuesta 3: Prohibir explícitamente disposiciones de fideicomisos abusivas.....	43
Propuesta 4: Apuntar a regímenes abusivos offshore.....	43
Propuesta 5: Prohibir los fideicomisos ficticios (sham trusts).....	43
Propuesta 6: Gravar directamente los activos	43
Bibliografía.....	45
Anexo I: casos globales de registraci3n de fideicomisos.....	49
Anexo II: casos reales de fideicomisos abusivos.....	50
Anexo III: diferencia entre protecci3n de activos de un fideicomiso y de una sociedad comercial ...	52

1. Introducción

Los niveles de desigualdad económica han llegado a niveles alarmantes, con 8 individuos concentrando tanta riqueza como la mitad más pobre del planeta, según un informe de Oxfam publicado¹ en 2017. Esta concentración de una elite globalizada con enorme poder económico, político y mediático representa un enorme riesgo para la democracia, la cohesión social y la justicia. Una vez que las élites ricas llegan a ser suficientemente poderosas políticamente, pueden influir en las leyes procurando su propio interés, permanecer en el poder o "legalizar" los esquemas que les ayudan a concentrar su riqueza, y así aumentar aún más la desigualdad. Según expertos, la desigualdad ha sido un factor central en terremotos políticos recientes como el *Brexit* y la elección de Donald Trump en Estados Unidos. Peor aún, ni siquiera puede determinarse el origen lícito de muchas de estas grandes riquezas, que podrían estar relacionadas a la corrupción, el narcotráfico, el lavado de dinero, la evasión o la elusión fiscal.

Estos graves delitos económicos dependen en su mayoría de la constitución de personas jurídicas. Estas estructuras legales pueden servir tanto para ocultar la identidad de los criminales, como para simular (o disimular) transacciones directamente ilegales (ej. un soborno) o de dudosa legalidad, pero claramente ilegítimas (ej. eludir el pago de impuestos). Es en este contexto donde el fideicomiso cobra relevancia. El uso de esta figura, especialmente en paraísos fiscales, está altamente relacionado (y promocionado) para la elusión y evasión fiscal, la concentración de riqueza familiar a lo largo de varias generaciones y el fraude a acreedores voluntarios (ej. contractuales) e involuntarios (ej. herederos, víctimas de negligencia, etc.). Como si esto fuera poco, mientras que las personas jurídicas (ej. sociedades comerciales, asociaciones o fundaciones) en general deben registrarse ante un registro público para "existir" (para obtener validez legal, ser sujetos de derecho y poder operar en la economía), esto prácticamente no ocurre con los fideicomisos considerados meros "acuerdos o arreglos legales" (*legal arrangements*), por lo que la cantidad de estas estructuras, los activos que manejan y su involucramiento en actividades ilegales es una incógnita que sólo puede estimarse.

En la actualidad, la registración de fideicomisos y la identificación de sus partes intervinientes ha cobrado importancia en ámbitos internacionales, obligando a los Estados a adoptar medidas. Por un lado y en virtud de los riesgos de lavado de dinero, corrupción y evasión fiscal, el G20 adoptó en Noviembre de 2014 una Declaración de Principios sobre Transparencia de Beneficiarios Finales (*beneficial owners*), incluyendo disposiciones relativas al acceso — por parte de las autoridades— a información sobre las partes intervinientes en un fideicomiso. Asimismo, el Parlamento Europeo aprobó en Mayo de 2015 la 4ta Directiva Europea Anti-Lavado de Dinero que contiene disposiciones sobre la registración de fideicomisos que generen consecuencias fiscales. Relacionado a esto, el Reino Unido aprobó en Marzo de 2015 una ley sobre registración de beneficiarios finales de compañías y otras personas jurídicas, con estipulaciones para los casos en que el beneficiario final de una compañía sea² un fideicomiso. Del mismo modo, el Foro Global de Intercambio de Información que depende de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) ha publicado en 2016 los nuevos términos de referencia de las Evaluaciones Mutuas (*peer reviews*) que serán utilizados para evaluar el marco legal de los países. A partir de ahora los países necesitarán contar con disposiciones para identificar a los beneficiarios finales de personas jurídicas y fideicomisos. A pesar de estos

¹<https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2017-01-16/just-8-men-own-same-wealth-half-world>; 1.26.2017.

² El beneficiario final es siempre una persona física. La ley del Reino Unido establece estipulaciones registrales para los casos en que un fideicomiso cumpla con las condiciones que, de ser persona física, lo convertirían en un beneficiario final (ej. poseer más del 25% del capital social).

avances legales en materia de registraci3n de fideicomisos, abundan las lagunas jur3dicas que obstaculizan una identificaci3n eficaz de sus partes intervinientes.

Pero m3s all3 de la falta de transparencia, no se alzan las voces – a3n - reclamando un cambio en las leyes referidas a fideicomisos y su posibilidad de defraudar a acreedores o eludir impuestos, que tanto impacto tienen en la desigualdad y la idea de justicia en la que todos somos iguales ante la ley y debemos pagar nuestras obligaciones.

Si existen, ¿por algo ser3?

Los fideicomisos -como las sociedades comerciales, los bancos o los pa3ses- son creaciones humanas. Existen, supuestamente, para ayudar a la sociedad a alcanzar sus metas. Este trabajo intentar3 desafiar la idea de que todos los beneficios de esta figura surgida hace siglos, siguen siendo aptos para la era moderna.

Esta obra intenta proponer un mejor sistema que preserve los usos socialmente positivos del fideicomiso mientras que elimine los elementos potencialmente perjudiciales.

El trigo y la paja

Los fideicomisos se utilizan ampliamente para prop3sitos comerciales leg3timos y, especialmente en pa3ses del *Common Law*, para proteger a menores y personas vulnerables despu3s de la muerte de los progenitores. Pero los fideicomisos tambi3n representan dos graves peligros para la sociedad.

En primer lugar, pueden crear un *secreto* impenetrable. Esto se debe en parte a que, en la actualidad, los fideicomisos no siempre tienen que revelar a las autoridades (y mucho menos al p3blico) la identidad de todas las personas que son propietarias, controlantes o beneficiadas por ellos, ni revelar sus activos subyacentes (los bienes fideicomitados).

En segundo lugar, los fideicomisos logran proteger activos frente a terceros sin tener que desprenderse necesariamente del control de los bienes. Por ejemplo, una persona podr3 controlar y disfrutar de bienes fideicomitados (ej. un yate y una casa³), aunque lograra al mismo tiempo distanciarse legalmente lo suficiente como para que los activos no puedan ser alcanzados o incluso conocidos por sus acreedores, autoridades fiscales, conyugues, o el escrutinio p3blico. Por eso, aun si los fideicomisos y todas sus partes intervinientes (fiduciante, fiduciario, beneficiario, etc.) estuviesen inscriptos en un registro p3blico, seguir3n existiendo los riesgos generados por la “protecci3n de activos” lograda por el fideicomiso.

Como si esto fuera poco, las reglas previstas para limitar los abusos de los fideicomisos (ej. l3mites temporales, incompatibilidad de funciones, etc.) est3n siendo erosionadas en una “carrera hacia la baja” (*race to the bottom*), particularmente en los para3isos fiscales.

La consecuencia pr3ctica de esto suele derivar en un conjunto de reglas para ricos y poderosos, y otro distinto para el resto de la sociedad.

³ Por ejemplo, el art3culo de The New York Times “C3mo ocultar US\$400 millones” inform3 sobre un caso en el que los activos fideicomitados (una casa en Toronto y un yate) eran utilizados por el fiduciante, sin pagar alquiler: <https://www.nytimes.com/2016/11/30/magazine/how-to-hide-400-million.html? r=0>; 8.5.2017.

Criaturas de la historia

El fideicomiso desde sus orígenes ha sido utilizado para esquivar las normas. Por un lado, en el derecho romano, existían las figuras del *fideicommissum* y la *fiducia*. Explica Giraldi⁴ 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. Esper⁵ 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.

Con respecto al *Common Law*, Giraldi⁶ describe que el *trust* constituye la versión moderna de la institución inglesa del *use*. Ésta era utilizada para eludir restricciones legales a la libre disposición y utilización de bienes inmuebles. Mediante este instituto, 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. De lo contrario, sólo podía reclamar daños pero no la restitución de los bienes. A partir de esta situación de desprotección del *cestui*, las Cortes de Justicia de Inglaterra que basaban sus decisiones en reglas de equidad (*equity*) fueron dando forma al *trust*. En éste, el beneficiario (*cestui que use*) sí tiene derechos sobre el bien, al separarse la propiedad sobre la cosa en (i) una propiedad legal (*legal ownership*) en manos del *trustee* (equivalente al *feoffe* en el caso del *use*), y (ii) una propiedad beneficiaria (*beneficial ownership* o *equity ownership*) en manos del beneficiario (*cestui* en el caso del *use*).

Langbein⁷ 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 *business trusts* para aprovechar la flexibilidad de esta estructura, comparado con la rigidez del derecho societario de aquel momento. En la actualidad, el *trust* 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 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. Eaton⁸).

⁴ Giraldi, Pedro Mario, *Ley 24.441*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 5.

⁵ Esper, Mariano, *Manual de contratos civiles y comerciales: parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 2011, pág. 907.

⁶ Id. nota 5, págs. 1-3.

⁷ 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=fs_papers

⁸ Nichols v. Eaton, 91 U.S. 716 (1875), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/91/716/>

¿Qué es un fideicomiso? ¿Quién es el titular de los activos fideicomitados?

Un fideicomiso clásico es un acuerdo legal que involucra tres partes. El propietario original de los bienes (el "fiduciante" o "fideicomitente", o *settlor*), quien los transfiere al fideicomiso. El fiduciario (*trustee*), quien suele figurar como el titular (*legal owner*) de los bienes fideicomitados, tiene deberes fiduciarios (*fiduciary duties*) de administrar el fideicomiso (y los bienes) en beneficio de los "beneficiarios"⁹.

Los activos del fideicomiso pueden ser cualquier bien: un Picasso, un yate, tierras rurales, un departamento en Manhattan, una cuenta bancaria suiza, o acciones de una sociedad comercial. Cualquier cosa.

Para entender los derechos de propiedad presentes en el fideicomiso, puede pensarse en un fideicomiso típico del Reino Unido. Un hombre rico -el fiduciante- transfiere ciertos bienes a su abogado o a un familiar cercano -el fiduciario- y éste a su vez los tiene en propiedad y los administra en beneficio de la esposa del hombre rico y de los hijos (los beneficiarios).

Desde el punto de vista legal, el fiduciante (el hombre rico en el ejemplo anterior) que ha transferido activos a un fideicomiso, ya no es el dueño de esos activos, aunque puede tener el control efectivo, a través de sus instrucciones dadas al fiduciario (el abogado, en el ejemplo anterior).

Los beneficiarios (la esposa e hijos del hombre rico), tampoco son los titulares de los activos ni tienen acceso directo a ellos. Simplemente tienen "derechos potenciales" (intereses contingentes) sobre estos bienes fideicomitados, dependiendo de los términos del contrato de fideicomiso y, a veces de la discreción del fiduciario. Los beneficiarios podrán recibir algún activo o ingreso en el futuro, o algunos de ellos puede que no reciban nada. (Más sobre esto en la Sección 2.2.1.) Por eso los beneficiarios no son (todavía) los propietarios de los activos.

Si el fiduciante no es más dueño de los activos, y los beneficiarios tampoco son propietarios todavía, entonces ¿quién es el propietario? ¿El o los fiduciarios?

No. El fiduciario posee sólo un dominio imperfecto sobre los bienes fideicomitados. Aunque figure como su titular, no puede usufructuarlos en su propio beneficio. Está obligado a administrar los activos según las instrucciones precisas del fiduciante, y en beneficio de los beneficiarios¹⁰.

En resumen: los fideicomisos dividen el concepto de "propiedad" en diferentes derechos y deberes: el fiduciante (dueño original de los bienes) tiene derecho a dar instrucciones sobre la gestión y la propiedad futura de los activos fideicomitados; el fiduciario tiene derecho a administrar esos activos (que suelen estar a su nombre), según las instrucciones del contrato de fideicomiso. Los beneficiarios tienen derecho a obtener distribuciones del fideicomiso o disfrutar de los bienes fideicomitados, pero sujeto a las instrucciones de fideicomiso o a la discreción del fiduciario.

Durante el tiempo en que el fiduciante transfirió los bienes al fideicomiso y hasta el momento en que estos sean distribuidos a los beneficiarios, el fideicomiso crea una fortaleza legal. Aunque tanto el fiduciante como los beneficiarios puedan llegar a usar y disfrutar de los bienes (ej. una casa), estos bienes fideicomitados pertenecen al fideicomiso. Los activos yacen en una suerte de limbo "sin

⁹ En países como la Argentina, puede existir una parte adicional, el fideicomisario, quien recibirá el remanente de bienes del fideicomiso que no hayan sido distribuidos a los beneficiarios. En otros sistemas legales, el fideicomisario sería un beneficiario más.

¹⁰ En ciertos fideicomisos abusivos, independientemente de lo que figure en el contrato, el fideicomiso sólo existe para beneficiar al fiduciante.

dueño¹¹" porque no pertenecen al patrimonio personal de ninguna parte (ni del fiduciante ni del fiduciario ni del beneficiario), por lo que ninguno tendrá que responder con ellos ante cualquier deuda personal.

Esta fortaleza legal presenta grandes problemas para cualquier parte externa al contrato de fideicomiso (tal como un acreedor o una autoridad tributaria o judicial) quienes se pueden ver imposibilitados de acceder a los bienes fideicomitados hasta tanto estos sean distribuidos a los beneficiarios (que puede suceder luego de años o incluso nunca).

Ambas cuestiones - el secreto y los escudos legales - constituyen el mayor riesgo relacionado a los fideicomisos.

¿Cuál es el verdadero propósito de fideicomisos modernos?

Los fideicomisos se utilizan en muchos países para una multitud de propósitos, tanto legítimos como ilegítimos. Son ampliamente usados para administrar la riqueza individual y familiar, y también para muchos fines comerciales. (Ciertas otras estructuras jurídicas, como las fundaciones privadas (ej. STAK holandesa) y los *Anstalts* de Liechtenstein, no son fideicomisos, pero se pueden utilizar para lograr fines similares: no son el foco de este trabajo.)

Muchas funciones de los fideicomisos son socialmente útiles.

Por ejemplo, un fideicomiso puede asegurar que una hija imprudente y derrochadora pueda disfrutar de un flujo constante de ingresos de un fideicomiso durante muchos años después de la muerte de sus padres. De lo contrario, si simplemente recibiera una suma fija por herencia, podría gastarla toda en una semana. Del mismo modo, un fiduciario puede financiar el cuidado de un niño enfermo o discapacitado o pariente de edad avanzada. Fideicomisos (genuinamente) caritativos (*charitable trusts*) pueden acumular y administrar activos y asegurar que los ingresos sean distribuidos sabiamente por administradores de confianza.

En el ámbito comercial, los fideicomisos se utilizan para administrar carteras de inversión, invertir en bienes raíces (ej. en EEUU, los fideicomisos de inversión inmobiliaria o *REITs*); crear vehículos de inversión (*special purpose vehicles* o *SPVs*¹²); o para emprender negocios como empresas.

Otras funciones, no obstante, pueden beneficiar a ciertas personas, pero perjudicar al resto de la sociedad. Los fideicomisos son ampliamente utilizados para mantener activos familiares a través de generaciones, escapando de la herencia y otros impuestos a la transmisión gratuita de bienes, protegiendo el patrimonio frente a acreedores legítimos y violando los derechos de herederos y ex cónyuges.

Algunos fideicomisos facilitan crímenes u otros actos ilícitos como la evasión de impuestos, ocultando dinero de la corrupción y el lavado de dinero. Como si esto fuera poco, los paraísos fiscales junto a la industria de 'intermediarios financieros y planificadores fiscales o sucesorios' se especializan en crear leyes y tipos de contratos respectivamente, que ayudan a las partes de un fideicomiso a perseguir fines abusivos o criminales.

¹¹ En realidad, el fideicomiso sería el dueño de los activos. Pero para un fideicomiso que sólo administra bienes, pero no se involucra en ninguna actividad comercial, es poco probable que existan acreedores del fideicomiso. Además, a diferencia de lo que sucede en una empresa que es propiedad de sus accionistas (éstos por lo menos tiene acciones), nadie es realmente "dueño" de un fideicomiso. Esto se analizará en la Sección 3.3.2.1.

¹² La crisis financiera internacional del 2008 estuvo relacionada a la enorme cantidad de activos tóxicos que poseían los bancos, pero que no figuraban en sus balances gracias a la utilización de estos SPVs (que involucraban el uso de fideicomisos).

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 familiar¹³. 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"¹⁴. Asimismo, el nuevo Duque de Windsor en el Reino Unido logró heredar un patrimonio de £ 9 mil millones en un fideicomiso, escapando alrededor de £ 3 mil millones en impuesto a la herencia.

El ex presidente de Ucrania, Viktor Yanukovich¹⁵ 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 empresas offshore cuya cadena de propiedad terminaba en un impenetrable fideicomiso de Liechtenstein. Los ejemplos abundan (ver el Anexo II para más casos de abusos con fideicomisos).

¿Eligió la sociedad tener fideicomisos?

Los fideicomisos han perdurado durante siglos, por lo que podría argumentarse que la sociedad "eligió" conservar esta figura legal por ser útil y agregar valor. Pero ¿puede decirse que "la sociedad" realmente tomó esta decisión?

Las leyes suelen estar fuertemente influenciadas por grupos de presión que representan a una minoría organizada en lugar del interés general¹⁶. Es también posible que los legisladores no entiendan¹⁷ completamente lo que se les pide que regulen, particularmente en asuntos tan complejos como los fideicomisos (ej. el Estado de Dakota del Sur¹⁸). Además, algunas leyes producen consecuencias no deseadas. Del mismo modo, las normas sobre fideicomisos diseñadas originalmente con fines públicos (ej. protección de familiares) pueden ser explotados con propósitos más nocivos. Este potencial uso doble, y la presencia de un ejército de 'intermediarios y planificadores', hace difícil diseñar leyes que aseguren sólo un uso positivo.

Regímenes abusivos: visión general

Algunos fideicomisos son, desde el principio, establecidos como "fideicomisos ficticios" (*sham trusts*) en los cuales los fiduciantes nunca renuncian a sus derechos de propiedad y control, aunque finjan hacerlo. Por ejemplo, el fideicomiso puede ser revocable (y volver a la propiedad del fiduciante), o el fiduciante puede retener derecho a veto sobre todas las decisiones del fideicomiso, incluso para otorgarse préstamos de dinero que jamás serán devueltos. Algunas jurisdicciones se especializan en la facilitación de estas farsas.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ <http://www.economist.com/blogs/easternapproaches/2014/03/ukraine-s-stolen-assets>; 8.5.2017.

¹⁶ Ver "The Logic of Collective Action" de Mancur Olson para más detalles sobre cómo operan los lobbies y grupos de interés.

¹⁷ Ver un trabajo sobre la falta de conocimiento y entendimiento de los temas por parte de legisladores en Estados Unidos: <http://www.pennstatelawreview.org/penn-statim/dont-be-silly-lawmakers-rarely-read-legislation-and-oftentimes-dont-understand-it-but-thats-okay/>; 8.5.2017.

¹⁸ <http://kleptocracyinitiative.org/2017/03/trusting-the-process/>; 8.5.2017.

Algunos críticos han descrito este proceso de "despojo del fideicomiso" (*stripping of the trust*), particularmente desde mediados de 1990, cuando paraísos fiscales y otras jurisdicciones emprendieron una carrera hacia la baja, eliminando las salvaguardias que permitían proteger a la sociedad del fideicomiso (Hofri-Wingradow, 2014).

La Sección 4 proporciona una visión general sobre ciertos regímenes abusivos.

Dado que los fideicomisos ahora están siendo ampliamente utilizados para defraudar acreedores, ocultar crímenes, evadir impuestos y escapar a la rendición de cuentas, uno se pregunta: ¿debería seguir existiendo la figura del fideicomiso?

Los principales puntos

Este documento se divide en cuatro secciones.

En la Sección 2 se explora cómo los fideicomisos pueden crear secreto, y así facilitar la comisión de delitos.

La Sección 3 va más allá de la transparencia y examina los problemas fundamentales del concepto de fideicomiso que permiten a sus partes evitar la rendición de cuentas ante acreedores, cónyuges o autoridades tributarias, y ayudar a políticos a ocultar conflictos de intereses o bienes.

La Sección 4 explora algunos de los regímenes de fideicomisos más abusivos de todo el mundo.

La Sección 5 discute propuestas de soluciones a los problemas fundamentales planteadas en este trabajo.

Un Anexo proporciona detalles adicionales.

2. Secreto y transparencia

Fideicomisos: dos niveles de secreto

Existen varios tipos de secreto financiero.

Por ejemplo, está el famoso secreto bancario suizo donde los banqueros prometen llevar sus secretos a la tumba. Otro se da, por ejemplo, cuando un paraíso fiscal simplemente se niega a compartir información con otros países. Estrategias más sofisticadas consisten en esconder la identidad y tenencia de activos detrás de empresas fantasmas y testaferros, con cada componente ubicado en una jurisdicción diferente. Esto crea varios niveles de secreto.

Los fideicomisos combinan todos estos problemas. En primer lugar, en la tradición anglosajona se consideran "acuerdos legales" (como cualquier contrato) en vez de "personas jurídicas" (como las sociedades comerciales), por lo que rara vez deben registrarse ante un registro público o comercial.

Sin embargo, el secreto de los fideicomisos va a un nivel más profundo aún, debido a las formas complejas en las que manipulan el concepto de propiedad. A diferencia de una sociedad comercial donde la "propiedad" es de uno o varios accionistas o socios, los fideicomisos no tienen propietarios, sino que involucran a diferentes tipos de partes (los fiduciantes, protectores, fiduciarios,

beneficiarios, etc.), desorientando sobre quién realmente controla y se beneficia de los activos del fideicomiso. La verdadera parte relevante puede entonces lograr escapar del registro.

En esta misma dirección (sobre lo sofisticado y complejo que pueden ser los fideicomisos, incluso para autoridades que investigan crímenes) apuntó 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" (Banco Mundial 2011: 45-46, traducción propia).

2.1. Nivel 1: ¿qué registrar?

2.1.1. Falta de registro efectivo

Las sociedades comerciales son "personas jurídicas", casi como si fueran personas físicas, con derechos y obligaciones¹⁹. Las personas jurídicas generalmente deben inscribirse ante un registro comercial para adquirir derechos²⁰ (por ejemplo, la responsabilidad limitada o la posibilidad de ejercer una actividad). También tienen obligaciones, como por ejemplo publicar la lista de sus socios o accionistas.

Los organismos internacionales están fomentando el aumento de la transparencia de las personas jurídicas. Los líderes de los países del G-8 solicitaron recientemente la creación de registros corporativos que incluyan los nombres de los verdaderos propietarios (llamados "beneficiarios finales") de las sociedades formadas bajo sus leyes. La Unión Europea ha ido aún más lejos, requiriendo a los países miembros a que establezcan registros de beneficiarios finales de sus personas jurídicas²¹, con la información a disposición de autoridades y otros con un "interés legítimo."

Los fideicomisos, por el contrario, suelen ser considerados simplemente como acuerdos o arreglos legales (como los contratos) en lugar de "personas jurídicas". (En general, no es el fideicomiso en sí, sino los fiduciarios, a quienes se registran como los propietarios legales - "propietarios en fideicomiso" - de los activos del fideicomiso).

¹⁹ El Grupo de Trabajo de Acción Financiera (GAFI) que publica las recomendaciones contra el Lavado de Dinero explica: "Las personas jurídicas se refiere a las entidades que no son personas naturales que pueden establecer una relación permanente como cliente con una institución financiera o tener propiedades de otra forma", mientras "las referencias a estructuras jurídicas como los fideicomisos [...] hace alusión a las situaciones en las que una persona natural o jurídica que es el fiduciario establece la relación comercial o lleva a cabo la transacción en nombre de los beneficiarios o según con los términos del fideicomiso" (Glosario General, página 128 y nota al pie 27 de la nota interpretativa de la Recomendación 10 de las Recomendaciones GAFI 2012, página 63; énfasis añadido).

²⁰ En el caso de una entidad no registrada, sus miembros o accionistas podrían ser responsables personalmente con su patrimonio personal ante los acreedores de la entidad.

²¹ Por ejemplo, 4ta Directiva de la Unión Europea sobre Lavado de Dinero del 20 de mayo de 2015, exige el registro de los beneficiarios finales de las personas jurídicas en el artículo 30, pero tiene requisitos más limitados para los acuerdos legales, como los fideicomisos, en el artículo siguiente (art. 31).

Los fideicomisos rara vez deben registrarse ante una agencia gubernamental como condición previa para su existencia (y mucho menos en un registro público o comercial). De hecho, puede ser extremadamente difícil averiguar sobre los activos de un fideicomiso, los fiduciarios, los beneficiarios, los fiduciarios y otras partes intervinientes, o sobre su propia existencia. Cuando los fideicomisos sí se registran, esto suele ser sólo ante las autoridades fiscales (suponiendo que el fideicomiso esté sujeto a impuestos), y en formas que son a menudo sólo simbólicas y difíciles de cumplir. Incluso entonces, sólo los fiduciarios suelen ser identificados y no las verdaderas personas físicas que controlan o se benefician del fideicomiso.

Sin embargo, (como se describe en la Sección 3.3.2.1) no existe ninguna buena razón por la que los fideicomisos deben gozar de derechos y privilegios similares a los de las sociedades comerciales en términos de separación de activos (de hecho, sus usuarios suelen disfrutar de derechos aún mayores que un típico accionista), sin que ellos también tengan que cumplir al menos con requisitos de transparencia, a cambio de estos privilegios.

En el escenario ideal, en primer lugar, todos los tipos de entidades²² y arreglos legales²³ (incluyendo los fideicomisos) y todas sus partes intervinientes deberían registrarse a nivel del beneficiario final (persona física) ante un registro comercial, central, público y accesible online en formato de datos abiertos²⁴.

En segundo lugar, como ya ocurre con respecto a la mayoría de las personas jurídicas, la registración (previa) debería ser una condición²⁵ para su existencia o validez jurídica. Esta es la única manera de asegurar el cumplimiento del requisito de registración. Si el fideicomiso no está registrado en el registro con las características mencionadas arriba, no debería tener validez legal ni poder operar, como abrir una cuenta bancaria, ser propietario de activos, etc.

En tercer lugar, estos registros deberían ser públicos. Para aquellos que invocan la invasión a la privacidad, es importante recordar que nadie los está obligando a crear un fideicomiso. Los fideicomisos confieren privilegios proporcionados por la sociedad (protección de activos, cambio de titularidad de activos, posibilidad de participar en negocios) - y para acceder a esos privilegios, la sociedad tiene derecho a pedir contraprestaciones a cambio. Además, la mayoría de los usos legítimos - si no todos - de los fideicomisos pueden ser alcanzados a través de otros vehículos, como empresas, fundaciones, donaciones o testamentos²⁶ (para los propósitos de herencia). Toda vez que los fideicomisos pueden afectar a terceras personas, especialmente a acreedores, no puede decirse que los fideicomisos sólo involucran asuntos privados²⁷. Sin embargo, puede haber excepciones específicas para situaciones que puedan requerir preservar la privacidad²⁸.

²² http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/TJN2016_BO-EUAMLDFATF-Part1.pdf; 8.5.2017.

²³ http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2016/06/TJN2016_BO-EUAMLDFATF-Part2-Trusts.pdf; 8.5.2017.

²⁴ Ver una checklist de qué condiciones debería tener un registro de fideicomisos: https://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2017/04/TJN2017_BO-Registry-ChecklistGuidelines-Apr.pdf; 8.5.2017.

²⁵ <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/Registration-of-Trusts-AK.pdf>; 8.5.2017.

²⁶ Se podría argumentar que los fideicomisos son mejores que tener que afrontar una sucesión judicial. Del mismo modo, una sociedad comercial (o sus participaciones) se heredan. Además, un fideicomiso podría servir para administrar derechos sobre un bien que pueden ser múltiples, sucesivos, cambiantes y contingentes. Sin embargo, si esta capacidad de ir modificando derechos contingentes es realmente legítima, se verá más adelante, ya que puede ser utilizado para defraudar a acreedores (al impedir que beneficiarios en proceso de quiebra reciban una distribución) o para prevenir la aplicación de impuesto a la herencia (si una persona puede utilizar un bien sin tener que heredarlo).

²⁷ <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2013/04/Registration-of-Trusts-AK.pdf>; 8.5.2017.

²⁸ Ej. la Unión Europea y la ley del Reino Unido contempla excepciones cuando se puede probar que el propietario de una empresa puede ser víctima de violencia, por ejemplo, por tratarse de una empresa que hace pruebas con animales.

2.1.2. Cuáles fideicomisos registrar: fideicomisos de ley local y de ley extranjera

Dado que en la actualidad los fideicomisos no requieren estar inscriptos para ser constituidos, un individuo por ejemplo en Francia podría optar por crear un fideicomiso francés (llamado *fiducie*) usando las leyes locales. Sin embargo, el mismo individuo podría establecer un fideicomiso de ley extranjera, por ejemplo, un fideicomiso inglés, o sea, un fideicomiso formado y en principio regulado bajo las leyes del Reino Unido (sin tener que estar en dicho país). Diferentes combinaciones son posibles, con diferentes partes del fideicomiso ubicadas en diferentes jurisdicciones, cada una con diferentes consecuencias (ver Sección 4.5).

Algunos países requieren el registro de fideicomisos de derecho interno mientras que otros requieren el registro de fideicomisos de derecho extranjero, en este último caso, si el fiduciario es un residente o si los bienes fideicomitados son administrados localmente. Sin embargo, el Índice de Secreto Financiero (*Financial Secrecy Index*) de la organización Tax Justice Network demuestra que más de 50 jurisdicciones no requieren ningún tipo de registro de fideicomisos, o que los requisitos de registración cuentan con serias lagunas legales o restricciones.

Algunos países requieren registrar sólo algunos tipos de fideicomisos con sus autoridades fiscales (no en un registro comercial público) y sólo bajo ciertas circunstancias (véase Anexo I). Por ejemplo, se requiere el registro si el fideicomiso tiene ganancias atribuidas a la jurisdicción local (ej. Malta), si el fideicomiso ejerce una actividad comercial (ej. Chipre), o cuando el fideicomiso esté sujeto a impuestos por “tener algunos fiduciarios residentes, siempre y cuando el fiduciante haya sido residente al crear el fideicomiso” (ej. Reino Unido, entre otros).

Este enfoque limitado a las autoridades fiscales y al pago de impuestos es problemático por varias razones. El lavado de dinero y otros delitos financieros pueden tener lugar independientemente del deber de pagar impuestos. Además, aun si los fideicomisos son reportados a las autoridades fiscales, éstas gozan de secreto fiscal, por lo que los acreedores y las autoridades extranjeras difícilmente puedan enterarse de la existencia del fideicomiso. Por último, una multa suele ser la única sanción ante la falta de registración del fideicomiso ante las autoridades fiscales, por lo que los criminales arriesgan poco si deciden no registrarlo.

¿Quién debería ser considerado un beneficiario final de un fideicomiso y por lo tanto ser registrado?

Para entender qué partes del fideicomiso deberían registrarse, es necesario entender más acerca de las complejas estructuras de propiedad y control de los fideicomisos. La siguiente sección explora esto.

2.2. Nivel 2: ¿a quién registrar?

La propiedad sobre una sociedad comercial por lo general se divide en acciones. El control sobre la sociedad, tales como el derecho a voto o a nombrar Directores, y los beneficios económicos (por ejemplo, la obtención de dividendos), en principio, se basa en estas acciones. Es por ello que, en principio, cuando se trata de sociedades comerciales, los accionistas tienen que estar registrados como propietarios. También, dependiendo del umbral de propiedad (por lo general por encima del 25%²⁹), estos accionistas “mayoritarios” tendrán que ser registrados como “beneficiarios finales”.

²⁹ Las Recomendaciones del GAFI dan el ejemplo del más del 25%, aunque en la Argentina la UIF establece el umbral en el 20%.

Con los fideicomisos, sin embargo, la propiedad y el control pueden ser mucho más complejos.

2.2.1. Verdaderos propietarios o controladores de un fideicomiso

A diferencia de las sociedades donde las acciones sirven como instrumento de propiedad y control, los fideicomisos no tienen tales medios de control claramente definidos. Entonces, ¿quién debería ser identificado?

La primera y obvia opción sería el registrar al fiduciario, a quien a menudo se describe como el "propietario legal" (*legal owner*) de los activos fideicomitados³⁰. Sin embargo, este es un dominio imperfecto porque el fiduciario no puede usar los bienes para su propio beneficio. Está restringido por las instrucciones del contrato de fideicomiso y los bienes solamente pueden ser administrados en beneficio de los beneficiarios. Por lo tanto, la identificación del fiduciario como el único propietario (y mucho menos el único "beneficiario final") de un fideicomiso sería similar a identificar al gerente de una empresa como el propietario de la empresa simplemente porque maneja el negocio en el día a día.

¿Y el fiduciante? El fiduciante puede tener un control significativo sobre los activos del fideicomiso, dependiendo de los términos del contrato de fideicomiso y otros documentos secundarios, y los reglamentos de la jurisdicción bajo cuyas leyes el fideicomiso fue creado. El fiduciante podría, por ejemplo, mantener un derecho a veto sobre las decisiones del fiduciario; podría revocar o designar fiduciarios; o nombrar a un "protector" o "ejecutor" con poder para hacer estas cosas. El fiduciante podría escribir una "carta de deseos" (*letter of wishes*) independiente del contrato de fideicomiso, o crear un fideicomiso revocable (que, si se revoca, devolvería los activos del fideicomiso al fiduciante como si el fideicomiso nunca hubiera existido.) Y así sucesivamente, especialmente si se aprovechan las leyes de paraísos fiscales.

Dado que los documentos del fideicomiso que explican la estructura de control pueden ser secretos o demasiado complejos para determinar quién tiene efectivamente el control, es esencial identificar y registrar al fiduciante, quien era el dueño original de los activos del fideicomiso. Si bien en el contrato puede parecer que el fiduciante ha renunciado al control, la práctica general - y el sentido común - indican que no todos los fiduciantes cumplen con la descripción legal: después de todo, ¿cuántas personas estarían dispuestas a transferir toda su riqueza y perder el control?

De hecho, los fideicomisos no son aceptados fácilmente en muchas sociedades, sobre todo cuando la confianza social es baja. Como un administrador de altos patrimonios dijo, "cuando usted propone a señores chinos de edad avanzada, 'mire, ¿qué tal si me da el control de sus activos y voy a ocuparme de ellos para usted y sus hijos hasta que uds. los necesiten, momento en el que puedo, o no, entregárselos. Y, por cierto, me estará pagando una tarifa considerable durante todo el tiempo', los señores chinos se ríen durante un largo tiempo". Muchos prefieren estructuras como las fundaciones donde el control del fiduciante es más fuerte, aunque algunas jurisdicciones se especializan en la creación de estructuras (supuestamente) fideicomisos, con control alto por parte del fiduciante como el fideicomiso VISTA de las Islas Vírgenes Británicas (Harrington 2016: 107, 114-115; traducción propia).

Entonces, ¿registrar a los beneficiarios como propietarios?

³⁰ En algunos casos, es el fideicomiso directamente el titular del activo, ej. un bien inmueble o una cuenta bancaria, o el fideicomiso tiene un número de identidad tributaria (ej. CUIT) y debe pagar impuestos como si fuera una sociedad comercial.

Esto también es complejo. Los beneficiarios pueden ser pre-determinados (por ejemplo, los hijos nacidos de alguien), determinables (futuros nietos, las víctimas de un accidente concreto), o simplemente potenciales (por ejemplo, aquellos elegidos discrecionalmente por el fiduciario de entre una lista de posibles beneficiarios, en un fideicomiso discrecional: véase la Sección 4.3.3). Los beneficiarios pueden incluso no existir (por ejemplo, en un fideicomiso con propósito determinado o *purpose trust*: véase la Sección 4.3.2). Algunos argumentan que los beneficiarios sólo deberían ser identificados después de que hayan recibido una distribución del fideicomiso. Sin embargo, los beneficiarios potenciales pueden no recibir nunca una distribución, o pueden ser capaces de controlar el fiduciario incluso antes de que una distribución se lleve a cabo.

Al igual que los fiduciantes, y dependiendo de cómo esté escrito el contrato de fideicomiso, los beneficiarios pueden ser capaz de escribir cartas de deseos, nombrar a los protectores del fideicomiso o ejecutores, hacer recomendaciones sobre cómo deben ser manejados los activos del fideicomiso, o ejercer algún grado de control sobre los bienes fideicomitidos.

A la luz de esta complejidad, ¿qué debería hacerse? ¿No identificar a nadie y beneficiar con el secreto a aquellos que crean estructuras complejas? Esta no es una respuesta lógica.

La única solución es identificar todos los beneficiarios, los beneficiarios potenciales, o clases de beneficiarios mencionados en el contrato de fideicomiso (por ejemplo, "todos los nietos de X", o "refugiados de Siria") de forma explícita. Esta información debería ser actualizada cuando cambien los hechos. Por ejemplo, cuando nazca uno de los nietos de X, su nombre debería ser registrado (como cualquier empresa que registra los titulares de las nuevas acciones emitidas). Las distribuciones a los beneficiarios sólo deberían ser consideradas legalmente válidas si los beneficiarios ya habían sido registrados adecuadamente.

El mismo requisito de inscripción debe hacerse para los protectores o guardianes que son designados o controlados, por lo general por el fiduciante, para asegurar que el fiduciario hará lo que el fiduciante quiso (o desea).

En conclusión, habida cuenta de la complejidad de los fideicomisos y de las infinitas maneras de ejercer control, a menos se registre a cada parte del fideicomiso (todos los fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios, clases de beneficiarios, beneficiarios potenciales, protectores, guardianes o cualquier otra persona que se menciona en el contrato de fideicomiso), la persona con control efectivo sobre el fideicomiso puede mantenerse oculta³¹.

En contraste con este enfoque amplio, algunas personas prefieren el enfoque del Reino Unido (que se aplica cada vez que un fideicomiso es el accionista principal o controlador de una empresa del Reino Unido). En este caso, sólo se debe registrar al fiduciario o "cualquier persona con un control efectivo" sobre el fideicomiso. Si bien esto parece más sencillo, ya que sólo las personas relevantes serían registradas, es mucho más difícil de implementar en la práctica. En esencia, sería necesario que los empleados del registro del Reino Unido puedan leer y entender los complejos documentos del fideicomiso (muchos de los cuales pueden mantenerse secretos) para tratar de determinar quién tiene realmente el control. El registro de todas las partes del fideicomiso es una solución mucho más simple y más práctica, y sólo afectaría a aquellos que crean estructuras complejas. En cambio, para un fideicomiso común creado para cuidar de un menor o persona vulnerable, el "enfoque amplio" de

³¹ La persona registrada debe ser la persona física que verdaderamente tiene la propiedad, control o se beneficia de tal función, y no un testaferro, representante, apoderado o entidad. Por ejemplo, si el fiduciario es una sociedad comercial, los beneficiarios reales (las personas físicas que sean los verdaderos propietarios o controladores de esa sociedad comercial) deben estar registrados también.

registrar a "todos los beneficiarios" (sólo ese menor o persona vulnerable) no debería plantear ningún problema.

Aunque que este "enfoque amplio" puede sonar excesivo, esto ya es obligatorio para las instituciones financieras en más de 100 jurisdicciones comprometidas a aplicar el Estándar de Reporte Común (CRS por sus siglas en inglés) de la OCDE para el intercambio automático de información de cuentas bancarias. Lo mismo sucede en las Recomendaciones del GAFI sobre anti-lavado de dinero. Al recopilar información sobre los beneficiarios finales de un fideicomiso, las instituciones financieras ya cuentan con la obligación de identificar a todos los fiduciantes, fiduciarios, protectores, beneficiarios y cualquier otra persona natural con un control efectivo sobre el fideicomiso.

2.2.2. Acceso público

Muchas personas sostienen que la información de fideicomiso no debe ser revelada públicamente porque implican asuntos familiares privados. Argumentan que la mayoría de los fideicomisos son legítimos, que los beneficiarios no tienen por qué saber de la existencia del fideicomiso, y que en todo caso sería demasiado complejo para registrar los fideicomisos³².

Este argumento carece de validez. Las mismas características que hacen del fideicomiso útil para fines legítimos, también se utilizan para permitir delitos como la evasión fiscal o el lavado de dinero: esto significa que dejan de ser asuntos exclusivamente privados.

Se podría argumentar que el acceso a la información por parte de las autoridades (ej. fiscales o de lavado de dinero) sería suficiente para abordar esta cuestión. Sin embargo, esto claramente no es suficiente. Numerosos escándalos, como la filtración de cuentas del HSBC y los *Panama Papers* demuestran que la sociedad no puede confiar ciegamente en las autoridades para hacer el trabajo, sobre todo cuando los propios políticos son quienes suelen estar involucrados en los actividades offshore ilegales o por lo menos no declaradas.

Sin embargo, el abuso de los fideicomisos no sólo está relacionada con la comisión de delitos.

Un fideicomiso cuidadosamente redactado, puede impedir el acceso a los bienes fideicomitados por parte de los acreedores legítimos del fiduciante o del beneficiario (por ejemplo, un prestamista). En otras palabras, al cambiar el fideicomiso la titularidad sobre los activos (su aparente propietario) o al permitirle a las personas ejercer una actividad comercial, no en nombre propio, pero a través de un fideicomiso, deja de ser un asunto privado ya que potencialmente puede afectar a terceros y a la sociedad en general.

La propuesta principal es que para que un fideicomiso tenga validez legal y sea vinculante para terceros³³, éste debe dar a conocer públicamente sus beneficiarios finales. Cualquier cuestión que no pueda afectar a terceros (por ejemplo, las razones por las que fue nombrado un beneficiario, honorarios del fiduciario, etc.) no necesitaría ser registrado, y podría permanecer en privado.

También podría haber otras excepciones específicas al acceso público (ej. para ciertos menores o personas vulnerables), si un juez o autoridad pública, en el caso concreto, confirma la necesidad de tal excepción. Sin embargo, esto debería ser de aplicación restrictiva para casos extraordinarios. Al fin de cuentas, por qué otorgar excepciones para fideicomisos toda vez que no existe una regulación que impida registrar a un accionista simplemente por ser menor de edad o vulnerable. La

³² Véase en [Knobel 2016](#) una respuesta a esas acusaciones generales contra el registro de fideicomisos.

³³ La siguiente sección propone algunos límites a las defensas contra los acreedores legítimos.

información sobre beneficiarios finales debería ser accesible a la sociedad, como un *quid pro quo* por los privilegios y beneficios que ésta le otorga al fideicomiso.

Como se ha mencionado, nadie está obligado a crear un fideicomiso, y la mayoría de las funciones legítimas se puede lograr a través de otros mecanismos de todos modos.

3. Más allá del secreto: otros usos de fideicomisos

Separar la propiedad o los derechos sobre los bienes fideicomitidos entre fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios tenía sentido en la Edad Media - y todavía pueden ser una manera conveniente para lograr la protección de menores y personas vulnerables. Sin embargo, esto también genera muchos efectos nocivos. Por eso, cabe preguntarse, los beneficios de los fideicomisos ¿son proporcionales a sus fines? ¿Podrían lograrse los mismos resultados de otras maneras, con menos daño colateral?

3.1. Funciones de utilidad social y legítimas

Los fideicomisos se pueden poner a muchos usos positivos.

3.1.1. La protección de personas vulnerables

Por ejemplo, un padre puede saber que su imprudente hija probablemente apostará toda su herencia en Las Vegas. El padre entonces puede poner la herencia en un fideicomiso, el cual le dará un flujo constante de ingresos. No importa lo mucho que lo intente, la hija no será capaz de hacerse de los activos del fideicomiso (el principal) más allá del ingreso que le distribuya el fiduciario. Se podría hacer un arreglo fiduciario similar en beneficio de una persona enferma o de padres ancianos. Fideicomisos benéficos (*charitable trusts*) genuinos pueden resultar útiles para administrar grandes patrimonios en beneficio de muchos.

Otros argumentos, superficialmente atractivos, aunque poco convincentes si se los analiza en detenimiento, suelen invocarse en defensa de los fideicomisos (y de los paraísos fiscales en general). Muchos justifican la existencia de ambos fenómenos para proteger los activos de las personas contra dictadores, sistemas legales malos, o la inestabilidad económica. Por ejemplo, hay quienes sostienen que los fideicomisos son necesarios para proteger a los médicos (o a los ricos) de la industria del juicio (demandas ilegítimas) en los EE.UU., o para proteger a otros de leyes hereditarias que coartan la autonomía de la voluntad.

La respuesta general a esto es que si hay una ley injusta o situaciones de injusticia - de las cuales existen muchas - la solución no es proporcionar una vía de escape sólo para los segmentos más ricos de la población (que son los usuarios más frecuentes de fideicomisos y los paraísos fiscales). No hay ningún grupo con mayor influencia política que los ricos y poderosos. Si estos logran eludir cualquier ley injusta o nociva, no tendrán ningún incentivo, a pesar de su influencia política, para impulsar una reforma que termine beneficiando a la sociedad en su conjunto. Peor aún, estas justificaciones superficialmente válidas se utilizan habitualmente para encubrir abusos. Si el fideicomiso puede utilizarse para defenderse de demandas ilegítimas, inevitablemente será utilizado para defenderse también de demandas legítimas - como juicios genuinos por mala praxis. Fundaciones establecidas con fines benéficos (véase la Sección 4.3.1) son utilizadas como vehículo para evitar el pago de impuestos y financiar terrorismo.

3.1.2. Los usos comerciales

Los fideicomisos son ampliamente utilizados con fines comerciales, cumpliendo muchas funciones que podrían alcanzarse usando sociedades comerciales³⁴. Para sus usuarios, los fideicomisos pueden ofrecer algunas ventajas sobre el uso de sociedades. Por ejemplo:

- Los fideicomisos son generalmente mucho más flexibles que las sociedades comerciales ya que no necesariamente tienen que registrarse en un registro público, y no suelen estar sujetos a requisitos de gobierno corporativo, tales como asambleas de accionistas, autorizaciones antes de la emisión de nuevas acciones, etc.
- Mientras que los accionistas suelen ejercer un control sobre los directivos de una empresa, los beneficiarios de un fideicomiso (que pueden tener derecho a recibir activos del fideicomiso en el futuro, como cualquier accionista de una sociedad) pueden no tener tal control para influir en las decisiones de inversión.
- Los fideicomisos pueden favorecer el desarrollo de proyectos de capital intensivo, como la construcción de un edificio, preservando los activos (el edificio en construcción) frente a la quiebra de la empresa constructora³⁵.
- Como sucedió en la crisis del 2007/8, los fideicomisos (como vehículos especiales de inversión) permiten a los bancos quitar activos de sus balances, aunque sigan beneficiándose de ellos. Estas actividades contribuyen a la toma de riesgos financieros por los bancos, a costa de la sociedad, por lo que su legitimidad es altamente cuestionable (sin embargo, esto sería una cuestión de la regulación financiera en lugar de la ley de fideicomisos).

Los principales beneficios del fideicomiso, más allá de secreto y la flexibilidad para regular el fideicomiso según lo desee el fiduciante, generalmente involucran la "función de protección de activos"- esas barreras entre los bienes fideicomitidos y los beneficiarios, fiduciantes y otras personas relacionadas al fideicomiso. Esa separación de activos puede asegurar que una persona vulnerable obtenga un flujo de dinero durante toda su vida, pero también puede conducir a muchos usos socialmente indeseados.

¿Se puede entonces deshacerse de los aspectos socialmente perjudiciales del fideicomiso, preservando al mismo tiempo sus beneficios?

³⁴ Por ejemplo, el estatuto de fideicomiso de negocios de Delaware permite organizar a un fideicomiso con todos los atributos de una sociedad comercial estándar (Mattei 1998). Además, la razón por la cual se utilizan las sociedades comerciales (en lugar de fideicomisos) para algunos tipos de negocio, simplemente podría estar relacionado con la inercia (ibid.). Interesantemente, esto no ocurría a "finales del siglo XIX, cuando se utilizaban fideicomisos comerciales como si fueran sociedades holding para crear oligopolios y monopolios industriales - de ahí que la ley antimonopolios de EEUU de 1890 se llamaba la Sherman 'Antitrust' Act "(ibid.).

³⁵ Esta característica también está presente en los fideicomisos de "garantía", donde los activos ingresan al fideicomiso como garantía. Si el deudor paga al acreedor o realiza la prestación, recupera los activos fideicomitidos. De lo contrario, el acreedor se queda con los activos.

3.2. Los contras: activos 'sin dueño' y usos menos legítimos

3.2.1. La función de protección de activos

El fiduciante o los beneficiarios de un fideicomiso pueden estar viviendo en una mansión en Manhattan a nombre del fideicomiso, organizar fiestas en el yate del fideicomiso, o disfrutar de un Picasso perteneciente al fideicomiso, y sin embargo, evitar tener que declarar la propiedad o pagar impuestos sobre ellos. Por ende, tanto las autoridades fiscales como los acreedores³⁶ (personales) de las partes del fideicomiso pueden verse imposibilitadas de “perforar” el fideicomiso (para hacerse de los bienes fideicomitados), incluso con una orden judicial.

El fiduciario tampoco es una ruta de acceso a los activos fideicomitados pues es similar al CEO de una empresa. Gestiona o administra los activos, pero ni él ni sus acreedores personales pueden acceder a ellos directamente ni para su propio beneficio. (En el Anexo II se describen casos de la vida real, donde los acreedores (víctimas) y las autoridades fiscales no pudieron acceder a los bienes del fideicomiso aún en casos de condenados por asesinato o abuso sexual contra un menor de edad, a pesar de que la mayoría de la gente razonable podría concluir que esto es inaceptable).

3.2.2. Tres maneras de “perforar” un fideicomiso de protección de activos

A pesar de la “fortaleza jurídica” creada por los fideicomisos, los tribunales en diferentes jurisdicciones, (ej. Estados Unidos) han especificado tres maneras de obtener acceso a los activos de un fideicomiso de protección de activos considerado abusivo.

En primer lugar, el acceso a los bienes fideicomitados podría lograrse a través de regulaciones o doctrinas sobre la ley aplicable al fideicomiso en el caso concreto. En otras palabras, el acreedor puede argumentar que la ley aplicable a un caso concreto no es el régimen legal abusivo de algún paraíso fiscal donde el fideicomiso se estableció, sino la ley de otra jurisdicción, por ejemplo, donde el fiduciario o el fiduciante es residente. Esto además requiere que la ley alternativa permita el acceso a los bienes fideicomitados por parte de acreedores. En segundo lugar, una parte puede tratar de demostrar una “transferencia fraudulenta” (*fraudulent conveyance*) donde los activos se transfirieron al fideicomiso con el propósito de estafar a los acreedores u otras partes legítimas, y por lo tanto, no fue una transferencia legítima. En tercer lugar, una parte puede tratar de demostrar que el fideicomiso es “ficticio” (*sham trust*) porque el fiduciante conserva tanto control sobre los bienes fideicomitados que no puede decirse que estos fueron realmente transferidos a un tercero independiente (el fiduciario).

En otras palabras, las posibilidades de “perforar” el fideicomiso son limitadas porque cada una de estas tres alternativas es generalmente posible sólo en circunstancias muy específicas, y suele ser algo costoso, difícil y complejo de llevar a cabo. Por ejemplo, la solución de la “la ley aplicable” puede no ser una opción viable si no hay partes o activos relacionados al fideicomiso que sean residentes o estén situados en jurisdicciones que no reconocen a los fideicomisos de protección de activos. La transferencia fraudulenta puede no ser una opción si el fideicomiso fue creado hace mucho tiempo, planificado mucho antes de que el fiduciante tuviera acreedores por lo que estaría ya prescripta la acción por fraude. En cuanto a los fideicomisos “ficticios”, si el contrato del fideicomiso fue preparado con el cuidado necesario, puede ser difícil o imposible demostrar que el fiduciante conserva control,

³⁶ El fideicomiso podría tener acreedores directos (del fideicomiso) que sí tendrían acceso a los bienes fideicomitados, pero para un fideicomiso de administración (que simplemente tiene activos a su nombre) es poco probable que existan acreedores.

en particular si no figura como beneficiario³⁷ o si el fiduciario es de alguna manera independiente. Utilizar cualquiera de las tres alternativas puede también implicar una larga batalla legal.

En resumen, los métodos actuales para "perforar" fideicomisos de protección de activos no resultan eficaces ni económicos, en tiempo ni en recursos, para la mayoría de las autoridades fiscales o peor aún acreedores individuales, para prevenir abusos.

Son necesarias nuevas medidas.

3.3. Encontrar el equilibrio entre los usos legítimos (comerciales, de protección de las personas vulnerables) y los abusivos

¿Cómo puede la ley de fideicomiso conservar los elementos positivos y deshacerse de los riesgos?

3.3.1. Defensa de los Fideicomisos 1: "sólo los fideicomisos falsos son malos, no apunten contra los legítimos"

Algunos pueden argumentar que la mejor solución es apuntar solamente a los fideicomisos ficticios. Sin embargo, esto no es suficiente debido a que el problema va mucho más allá de la independencia del fiduciario o del control del fiduciante.

Supongamos que el fideicomiso no es ficticio, ya que tiene un fiduciario totalmente independiente sobre el cual el fiduciante no tiene control alguno, y del cual el fiduciante no recibe ningún beneficio³⁸. El fideicomiso es enteramente para el beneficio de sus hijos y nietos. ¿Se deberían aplicar todos los beneficios actuales de la ley de fideicomisos (la no registración pública, la protección de activos contra acreedores personales de los fiduciantes y beneficiarios, separación de bienes)? ¿Acaso este esquema es tan socialmente beneficioso que la sociedad debe otorgarle a dicho fideicomiso una protección más profunda que la protección de la "propiedad privada", y permitirle que acumule riqueza sin fin, evada impuestos y desestime reclamos de acreedores legítimos?

El capitalismo ya ofrece la propiedad privada y la responsabilidad limitada de sociedades comerciales para incentivar la creación de riqueza. Sin embargo, ninguno de estos privilegios implica que un acreedor legítimo no pueda, al menos indirectamente, tener acceso a bienes si un deudor le debe dinero.

¿Cuál es el beneficio social derivado de estos privilegios extraordinarios que van mucho más allá de la "propiedad privada" y de la "responsabilidad limitada" y que empeoran la desigualdad?

Al mismo tiempo, los fiduciarios totalmente independientes pueden ser administradores honrados y considerados que ayudan a familias a invertir, o a utilizar o distribuir activos sabiamente después de la muerte del fiduciante. Pero si la sociedad quiere promover estas actividades, entonces la misma

³⁷ Un fiduciante puede no estar incluido como beneficiario en el contrato de fideicomiso, pero al igual que con las cláusulas de escape (*flee clauses*), el fiduciante podría conservar un derecho (a través de un protector) para designarse a sí mismo como un beneficiario una vez que la contingencia o el acreedor desaparece.

³⁸ Incluso en este caso, es imposible garantizar la independencia total del fiduciario. El fiduciante puede nombrar a un protector, escribir una carta de deseos, o dar poder de veto sobre el fiduciario o de destituirlo, a otra persona en la que confía. Además, ¿quién cree realmente que bajo fideicomisos "discrecionales", el fiduciario tiene realmente libre discreción? ¿Quién sería tan loco de transferir la totalidad de su riqueza para que un completo desconocido decida quién debe recibir dinero y cuánto?

lógica debería aplicarse a los terapeutas familiares. Sin embargo, nadie sugiere que los activos de las familias que hacen terapia deban ser inaccesibles por sus acreedores. Entonces, ¿por qué el estatus especial para los fideicomisos?

Otro argumento en defensa de los fideicomisos podría centrarse en el hecho de que los beneficiarios sean personas enfermas o vulnerables, o menores que necesitan protección. Sin embargo, este argumento superficialmente convincente no resiste análisis.

Por un lado, no hay nada en la ley de fideicomiso que precise que los beneficiarios deban ser hijas derrochadoras, o enfermos o discapacitados. Cualquiera persona, no importa cuán rica, mayor o saludable puede ser un beneficiario de un fideicomiso.

Sin duda, la sociedad debe proteger a las personas vulnerables, ¿pero por qué no alcanzar dichos fines a través de medidas de política pública (por ejemplo, garantizando los derechos básicos a la atención médica gratuita, pensiones o protección legal para cualquier persona vulnerable)? No hay una buena razón por la cual las vulnerabilidades tales como las discapacidades físicas deban conferir beneficios impositivos particulares³⁹ (a quienes crearon un fideicomiso) o implicar una protección contra acreedores. En todo caso, si la sociedad decidiera otorgar estos beneficios, deberían aplicarse a todas las personas vulnerables por igual, y no sólo a aquellos que tuvieron la suerte de tener padres fiduciantes que pudieron pagar abogados especialistas en fideicomisos.

Para reiterar: ¿por qué los activos de una persona con discapacidad se deben volver inaccesibles para el resto de la sociedad: las autoridades fiscales o los acreedores legítimos? Nadie pretende que por necesitar y tener a una enfermera cuidando a una persona, sus activos se vuelvan inaccesibles para los acreedores. Entonces ¿por qué el tener un fiduciario para administrar los activos de esa persona vulnerable produce resultados tan diferentes?

Para ser claro, los fideicomisos para las personas vulnerables pueden ser una gran solución para asegurarles a los padres que su hijo enfermo será cuidado, sobre todo después de que ellos mueran. Eso debería promoverse y alentarse, si el Estado no proporciona ninguna solución mejor. Pero en la actualidad, los fideicomisos de protección de activos no se limitan a las necesidades básicas de las personas vulnerables, como la vivienda, la salud y la educación, sino que son indiscriminados, de amplio alcance y con frecuencia indefinidos.

Para decirlo burdamente: si una persona sorda (beneficiaria de un fideicomiso de protección de activos) maneja alcoholizada, atropella a un peatón y lo deja parapléjico, ¿por qué la víctima no debería poder acceder a los bienes de la persona sorda en compensación?

¿Es aceptable que un niño víctima de abuso sexual no puede obtener una compensación de su abusador rico pero minusválido que es el beneficiario de un fideicomiso? Ya sucedieron acontecimientos de este tipo: por ejemplo en *Scheffel v. Krueger* 2001, aunque en dicha causa el abusador ni siquiera era discapacitado, sino que simplemente se benefició de una cláusula para pródigos (*spendthrift provision*) del fideicomiso que le permitió no tener que pagar daños y perjuicios al niño abusado. Véase Anexo II.

³⁹ Por ejemplo, en febrero de 2009, el periódico *Volkskrant* de los Países Bajos reveló que la Princesa Christina de Holanda, que vive en Londres, no pagó ningún impuesto en el Reino Unido (ni en los Países Bajos) utilizando el fideicomiso *Daffodil*, administrado en Guernsey, que se estima tenía activos por decenas de millones de euros. La Princesa padece problemas de visión, por lo que el gobierno holandés explicó que la Princesa requiere una administración de activos especial por su discapacidad visual.

3.3.2. Defensa de fideicomisos 2: "no culpen sólo a los fideicomisos, las sociedades comerciales también ofrecen protección de activos"

Se podría argumentar que los fideicomisos no son el único tipo de entidades que podrían ser objeto de abuso. Algunos tipos de empresas, después de todo, también ofrecen responsabilidad limitada para limitar la posible pérdida de sus accionistas, y así proteger su patrimonio personal.

Independientemente de la validez de cualquier crítica contra la responsabilidad limitada, tema que está por fuera del alcance del presente trabajo, el alcance de la protección de bienes fideicomitados es diferente (y mayor) que la responsabilidad limitada de una sociedad comercial.

3.3.2.1 La responsabilidad limitada de la sociedad comercial frente a la protección de activos de los fideicomisos

Comparar a las sociedades comerciales con los fideicomisos puede resultar equivalente a comparar manzanas con peras⁴⁰. Pero se pueden hacer algunas observaciones, ya que un individuo podría optar por crear una empresa o establecer un fideicomiso para proteger sus activos personales (véase el Anexo III para comparar la protección de activos por medio de una sociedad comercial o por medio de un fideicomiso).

La responsabilidad limitada de la sociedad comercial involucra una protección de doble vía. En primer lugar, protege a los accionistas: los acreedores de la sociedad pueden potencialmente acceder a los activos de la empresa, pero no pueden acceder a los activos personales de los accionistas⁴¹. En segundo lugar, protege a la sociedad: los acreedores personales de los accionistas no pueden acceder de forma directa a los activos de la empresa (lo cual podría arruinar el negocio). Los acreedores sólo pueden acceder a sus participaciones o acciones. Estos privilegios son un precio que la sociedad paga voluntariamente con el fin de promover la toma razonable de riesgos por parte de los accionistas de la empresa y un mayor desarrollo económico. En otras palabras, la sociedad exime a los accionistas de la responsabilidad "ilimitada" a cambio de un mayor desarrollo económico.

Pero, en el caso del fideicomiso, ¿cómo se beneficia la sociedad?

Se podría argumentar que es socialmente beneficioso que las personas vulnerables estén protegidas, pero como se explicó anteriormente, hay formas mejores y menos indiscriminadas de llevar esto a cabo.

En términos más generales, los fideicomisos también permiten el ahorro y la concentración de la riqueza, algo que es potencialmente deseable a nivel social. Sin embargo, dados los actuales niveles de desigualdad, uno podría fácilmente argumentar que estos mecanismos de concentración de riqueza dañan a la sociedad. ¿La sociedad debería pagar un alto precio (potencialmente la "inmunidad" de responsabilidad) a cambio de este daño? Claramente no.

⁴⁰ Se podría argumentar que las sociedades y fideicomisos no son comparables porque las primeras tienen diferentes disposiciones legales que los fideicomisos, ya que las acciones y los derechos a dividendos o derechos de voto son diferentes a los intereses o derechos del beneficiario en un fideicomiso (que no dan derecho a voto o dividendos).

⁴¹ Al igual que las sociedades de responsabilidad limitada, los acreedores directos de un fideicomiso pueden acceder a los activos del fideicomiso, pero no a los bienes personales del fiduciante, fiduciario o beneficiario (ya que el fideicomiso no pertenece a ninguno de ellos). En algunos países, los acreedores del fideicomiso pueden acceder a los bienes personales del fiduciario, pero entonces éste último puede indemnizarse a sí mismo con los fondos fideicomitados por cualquier suma que los acreedores del fideicomiso se hayan cobrado.

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 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 no tiene otros activos para pagar una deuda, no hay "participaciones" o "acciones"⁴² en el fideicomiso para pagarles a los acreedores⁴³. Si el fideicomiso fue cuidadosamente establecido, los acreedores personales no podrán acceder a esos bienes del fideicomiso.



¿La sociedad debería tolerar esto?

Esta pregunta se puede dividir en dos partes. En primer lugar, ¿está bien que la función de protección de activos de un fideicomiso deba ser mayor que la responsabilidad limitada de las sociedades comerciales? En segundo lugar, ¿en qué casos debería tener lugar la función de protección de activos?

Parece razonable argumentar que aquellos fideicomisos que poseen objetivos legítimos y socialmente útiles, tales como garantizar o llevar a cabo operaciones comerciales legítimas, deban ser protegidos. Un juez podría determinar si ése es el caso. Pero incluso si lo fuera, los fideicomisos deberían tener el mismo grado de protección que las sociedades comerciales tienen a través de la responsabilidad limitada. A veces, este es el caso (como con el "fideicomiso por unidades" (*unit trust*)⁴⁴, o cuando los intereses de los beneficiarios en el fideicomiso ya son ejecutables). En tal caso,

⁴² Los beneficiarios pueden tener "intereses" en el fideicomiso, tales como el derecho a recibir \$X en el futuro. Sin embargo, si se redacta con diligencia, el contrato de fideicomiso puede impedir que esos intereses terminen en manos de un beneficiario determinado, por ejemplo, mediante la incorporación de disposiciones para pródigos (*spendthrift provisions*) o la creación de un fideicomiso discrecional (véase la Sección 4.3.3).

⁴³ 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.

⁴⁴ Muchas entidades o fondos de inversión utilizan la forma de "fideicomisos por unidades" (*unit trust*) que dan vuelta el concepto de fideicomiso. En este caso, los beneficiarios o los participantes del fondo (inversores) son los que proporcionan los fondos (a diferencia de un fideicomiso donde el fiduciante lo hace). Como contraprestación por su inversión, los inversores-beneficiarios reciben "unidades" en el fideicomiso, similares a acciones en una empresa. Un banco

los acreedores personales de los beneficiarios no pueden acceder directamente a los bienes del fideicomiso, pero deberían poder acceder a "unidades" (de un *unit trust*) o a los "derecho ya ejecutables" (*vested interests*) de los beneficiarios en el fideicomiso (similar al acreedor personal de un accionista que accede a las acciones, pero no a los activos empresariales directamente). Sin embargo, en otros casos, los fideicomisos involucrados en negocios legítimos podrían recibir una mayor protección (que la responsabilidad limitada), por ejemplo, si un emprendimiento comercial se organiza como un fideicomiso discrecional⁴⁵. Esto no se debería permitir.

Los fideicomisos familiares involucrados en la concentración de riqueza no parecen ofrecer ningún beneficio social (en cambio, sí muchos beneficios privados, empeorando la desigualdad, la justicia fiscal, etc.). Por ende, no deberían recibir ninguna protección más allá de la protección de la propiedad privada.

3.3.3. Propuesta: Encontrar el equilibrio en la práctica

La propuesta es, en esencia, la siguiente.

Si algún tercero pudiera llegar a verse afectado, no se debería permitir que los bienes fideicomitados permanezcan en un "limbo sin dueño", aprovechados por (o acumulándose para) el fiduciante o los beneficiarios, pero inaccesibles para los acreedores personales legítimos. En otras palabras, no se debería considerar que el fiduciante ha transferido los activos hasta tanto los beneficiarios hayan recibido o adquirido el derecho (ejecutable) a una distribución. Antes de esta distribución, los acreedores personales legítimos del fiduciante⁴⁶ (tales como las autoridades fiscales) deberían poder acceder a los activos como si estuvieran en manos del fiduciante. Después de la distribución, los acreedores personales de los beneficiarios podrían acceder a los activos ahora en manos de los beneficiarios.

Por ejemplo, si los beneficiarios tienen unidades o derechos ya ejecutables (por ejemplo, el derecho a recibir el 25% de los bienes del fideicomiso, porque ya son mayores de 18 años), estos activos deben ser considerados pertenecientes a los beneficiarios (y alcanzables por los acreedores de los beneficiarios). El 75% restante de los activos fideicomitados deben considerarse como pertenecientes al fiduciante (alcanzables por parte de sus acreedores).

Si se adoptara este enfoque, ningún activo fideicomitado permanecería en un "limbo sin propietario".

¿Qué sucede con las personas vulnerables que necesitan protección?

o una entidad de inversión puede funcionar como el fiduciante y fiduciario, gestionando e invirtiendo el fondo. Los inversores-titulares de unidades (beneficiarios) pueden vender sus "unidades" o cancelarlos para recuperar su dinero. Estos tipos de fideicomisos son menos problemáticos que un fideicomiso familiar ordinario porque los acreedores pueden eventualmente acceder a las unidades de los beneficiarios (como si accedieran a las acciones. En este sentido, la protección de activos de fondos de inversión es similar a responsabilidad limitada de una sociedad, pero no va más allá.

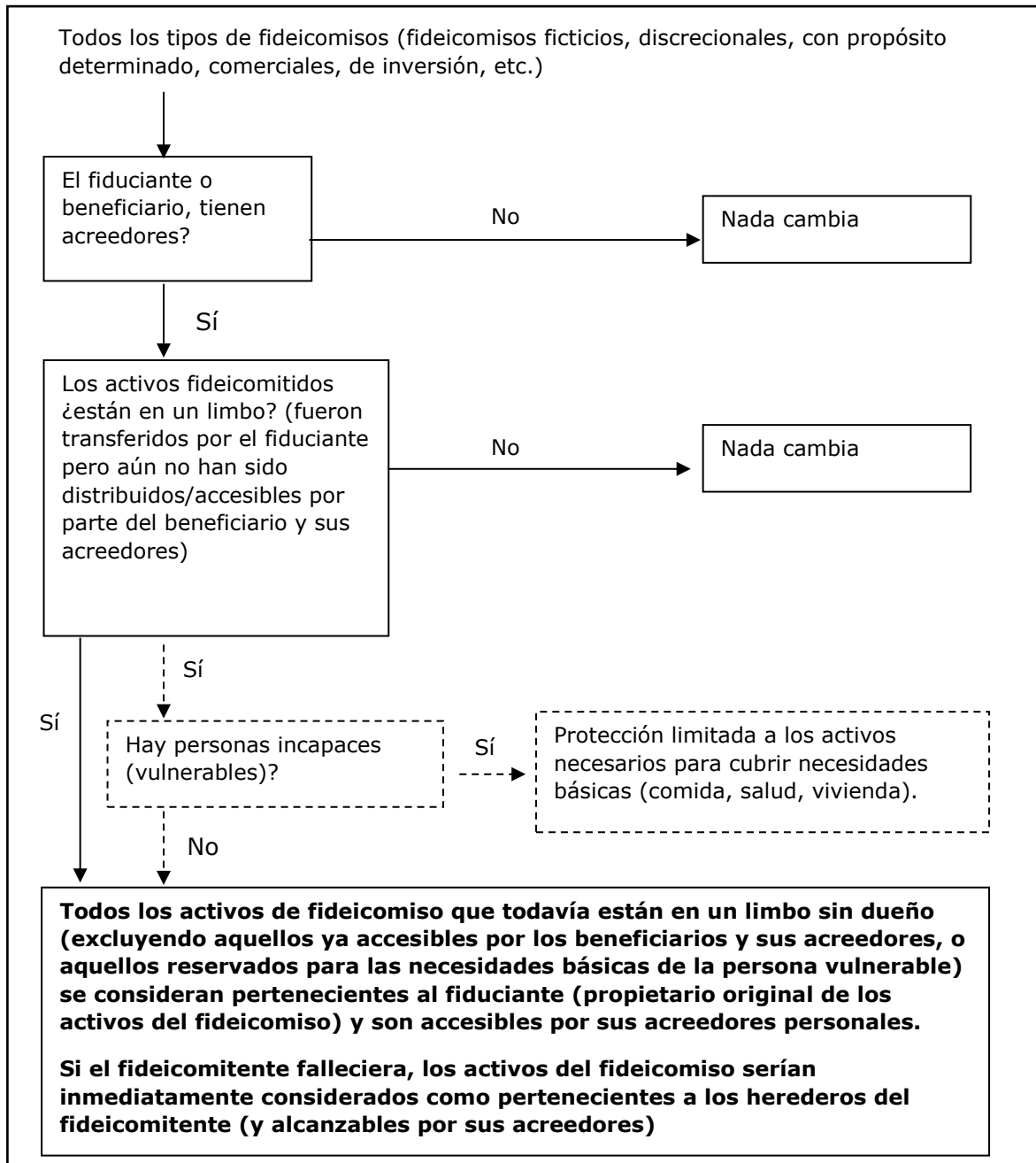
⁴⁵ Dado que en el fideicomiso discrecional los beneficiarios no tienen "unidades" o derechos ya ejecutables (*vested interests*), sino más bien derechos contingentes o condicionales, sus acreedores personales pueden no tener ninguna manera de acceder a los bienes del fideicomiso. En efecto, uno de los objetivos del fideicomiso discrecional es evitar que los acreedores obtengan su dinero.

⁴⁶ Si los beneficiarios no tienen todavía derechos ejecutables sobre los activos del fideicomiso, los acreedores de los beneficiarios tampoco tendrían acceso. Si el fiduciante es considerado el propietario de los bienes, solo los acreedores del fiduciante tendrían acceso a ellos, pero no los acreedores de los beneficiarios (que no podrían reclamar un mejor derecho o acceso que los propios beneficiarios).

Como se explicó anteriormente, las personas vulnerables no deberían tener que depender de la existencia de un fideicomiso para su protección, sino que debería haber protecciones legales acordes a sus necesidades. Sin embargo, hasta tanto eso suceda, si las personas vulnerables sólo contaran con la protección de un fideicomiso, luego de que un juez haya confirmado la “incapacidad”, esta protección debería limitarse a las necesidades médicas, alimenticias o de vivienda, esenciales para la persona. No debería ser ilimitada e indiscriminada.

Mientras tanto, los efectos del fideicomiso que no afecten a terceros ajenos al fideicomiso, podrían seguir surtiendo efectos sin ninguna modificación.

Resumen



3.4. La elusión de impuestos que se aplicaría a los titulares de activos (por ejemplo, el impuesto a la herencia)

La desigualdad está llegando a niveles políticamente insostenibles. Sin embargo, algunos reconocen que más problemático aún que la desigualdad del ingreso, es la desigualdad de la riqueza. Muchos países están tratando de ponerle un freno a esto a través de, entre otras medidas, impuestos a la herencia o donaciones. Sin embargo, los segmentos más ricos de la sociedad se han dado cuenta de que los fideicomisos son formas eficaces de eludir estos impuestos, sin necesidad de cambiar las leyes.

Al dejar a los bienes fideicomitados en un "limbo" legal donde nadie es su propietario absoluto, los fideicomisos permiten que personas usen y disfruten de los bienes del fideicomiso sin ser sus dueños. Cuando alguien muere, nadie hereda el bien, que sigue en cabeza del fideicomiso (aunque usable por los herederos) por lo que no resulta aplicable el impuesto a la herencia⁴⁷. Por ejemplo, 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 Bretaña⁴⁸.

Estos tipos de fideicomisos dinásticos (*dynasty trusts*), que pueden durar cientos de años, les permite a las familias eludir impuestos a la herencia generación tras generación.

Estos esquemas pueden ser legales, pero ¿por qué deberían serlo? ¿Cuál es el valor de estos mecanismos para la sociedad?

Tomando un punto de vista económico y político, los fideicomisos en este caso ayudan a empeorar la desigualdad, lo que permite que aquellos segmentos más ricos de la sociedad eviten contribuir al contrato social, y hace que los sectores más pobres paguen impuestos por ellos, lo cual hace que los países tengan una deuda mayor o servicios públicos más pobres.

4. Regímenes de fideicomiso abusivos

Como si las disposiciones regulares del fideicomiso no fueran lo suficientemente ventajosas (o lo suficientemente abusivas, dependiendo del punto de vista), los paraísos fiscales y otros lugares están participando en una "carrera hacia la baja" (*race to the bottom*) para ofrecer regímenes de fideicomiso aún más abusivos, en un intento por atraer capital, ofreciéndole a sus clientes (fiduciarios y beneficiarios) ayuda para eludir leyes extranjeras que les otorgarían derechos a acreedores y ex cónyuges. Estos regímenes de fideicomiso abusivos se suelen combinar con la falta de impuestos a las ganancias, entre otros.

⁴⁷ Dado que los activos del Duque estaban en un fideicomiso cuando murió, él no era legalmente su dueño, y tampoco nadie los 'heredó' inmediatamente. Permanecieron en el fideicomiso (en un limbo 'sin dueño'), así que no hubo ningún impuesto sobre la herencia tras su fallecimiento. Mientras tanto, los beneficiarios del fideicomiso o potenciales beneficiarios (por ejemplo, el nuevo Duque) tienen derecho a usar y beneficiarse de esos activos por tiempo indefinido (Hudson 2010). En el Reino Unido, sin embargo, existen otros impuestos que pueden aplicarse a la transferencia y distribución de activos y un impuesto que se grava cada 10 años. En cualquier caso, estos otros tipos de impuestos son inferiores a los de la herencia. Además, los fideicomisos pueden beneficiarse de otras exenciones fiscales, dependiendo de si los beneficiarios son menores o vulnerables, o si hay inversiones en tierras de cultivo. De hecho, la misma familia de Westminster se benefició de otra exención según lo descrito por el diario Mirror: "En 1944 el 4to Duque fue herido (...) en el final de la Segunda Guerra Mundial. Según la ley británica, los que mueren en servicio de su país no tienen que pagar el impuesto a la herencia - actualmente fijado en 40% para los ricos. A pesar de que el Duque siguió viviendo por otros 23 años - y finalmente murió de cáncer - el abuelo de Hugh Robert Grosvenor argumentó con éxito que la herida le causó infecciones que derivaron en el cáncer que mató a su hermano" ([Http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/how-tax-row-over-wwii-8614175](http://www.mirror.co.uk/news/uk-news/how-tax-row-over-wwii-8614175); 26.1.2017).

⁴⁸ <https://www.theguardian.com/money/2016/aug/11/inheritance-tax-why-the-new-duke-of-westminster-will-not-pay-billions>; 26.1.2017

Los paraísos fiscales suelen ofrecer disposiciones especiales a favor de fideicomisos creados en virtud de sus leyes, para protegerlos de leyes y sentencias extranjeras, e incluso contra acciones legales locales iniciadas por acreedores extranjeros. Para proteger sus propias economías de los efectos nocivos (de sus propios fideicomisos), a veces insisten en que estos fideicomisos solo pueden ser utilizados por no residentes y no pueden poseer tierras o propiedades en el paraíso fiscal (Sterk 2000).

A continuación, se proporcionan algunos ejemplos genéricos de este tipo de cláusulas y disposiciones típicas de fideicomisos abusivos. En la siguiente sección se detallan diferentes jurisdicciones que ofrecen estos regímenes abusivos.

4.1. Cláusulas y disposiciones abusivas que suelen incluirse en el contrato de fideicomiso

- Fideicomisos donde el fiduciante es el único beneficiario (*self-settled trusts*): Estos fideicomisos permiten que el fiduciante sea a su vez el único beneficiario. Tales disposiciones implican un fraude: el fiduciante no nombra a un fiduciario para administrar los activos en beneficio de los terceros (hijos, cónyuge), sino que sólo trata de proteger los activos de agentes externos para su propio beneficio⁴⁹.
- Fiduciante con control total (fiduciante como fiduciario o con control sobre éste). Algunos contratos de fideicomiso le otorgan a los fiduciantes diversos mecanismos para mantener el control sobre los activos del fideicomiso. A su vez, se le puede llegar a permitir al fiduciante actuar como fiduciario o crear un fideicomiso 'revocable' (*revocable trust*), en el cual el fideicomiso puede ser revocado por el fiduciante en cualquier momento y se devuelven los bienes fideicomitados al fiduciante. Alternativamente, el fiduciante podría proporcionar un documento secreto denominado "carta de deseos" (*letter of wishes*) junto a al contrato de fideicomiso, con instrucciones sobre cómo debe administrarse el fideicomiso. O se lo puede autorizar a nombrar un "protector" o "ejecutor" del fideicomiso para garantizar que el fiduciario haga lo que el fiduciante ordene, tal vez con derechos para remover y reemplazar al fiduciario, o vetar acciones del fiduciario. Como alternativa, el fiduciante puede elegir como fiduciario a alguien de su confianza o a alguien que esté a su cargo, tales como su cónyuge, hermano, antiguo amigo de la escuela, o alguien con quien el fiduciante tenga una relación de negocios. El fiduciario podría también ser una empresa que fue creada por el fiduciante y que es controlada por este, por ejemplo como presidente del Directorio. Y así sucesivamente.
- Cláusula anti-coacción (*anti-duress clause*): Algunos fideicomisos contienen una cláusula en el contrato que le ordena al fiduciario a abstenerse de cualquier acción o instrucción enviada por el fiduciante, protector o beneficiario (por ejemplo, "realice una distribución del fideicomiso para que se le pague a un acreedor o a la autoridad fiscal") si la instrucción fue dada bajo "coacción", donde se incluye una instrucción otorgada como consecuencia de una orden judicial extranjera. Esta cláusula de coacción ayuda a proteger al fiduciario del cumplimiento de acciones de tribunales extranjeros.
- Cláusula de escape (*flee clause*): Algunos fideicomisos pueden contener una cláusula que obliga al fiduciario a cambiar el domicilio del fideicomiso, la ley aplicable, o al propio

⁴⁹ Por el contrario, muchas jurisdicciones prohíben que los fiduciantes también sean fiduciarios, porque entonces todavía tendrían el control sobre los activos, como si el fideicomiso no existiera. Algunas jurisdicciones tampoco permiten que el fiduciario sea también beneficiario, para evitar el riesgo moral y evitar que "fiduciarios-beneficiarios" gestionen los activos del fideicomiso en beneficio propio, en detrimento de otros beneficiarios.

fiduciario en ciertas circunstancias. Es común que se dé una fuga ni bien el fideicomiso se convierta en objeto de, por ejemplo, una investigación realizada por una autoridad extranjera, o un cambio de leyes que podría afectar al fideicomiso, al igual que un nuevo impuesto. Esta cláusula es muy simple pero a la vez muy difícil de detectar. Solo requiere que el administrador indique en una hoja de papel que el fideicomiso se rige ahora por las leyes de la jurisdicción X, o que el fiduciario ahora es la persona Z, y *-voilà*, el fideicomiso se trasladó a una jurisdicción a miles de kilómetros de distancia, sin necesidad de ningún registro o aprobación externa⁵⁰. Las cláusulas de escape permiten simular que se trata de un fideicomiso legítimo creado bajo la legislación de un país supuestamente "respetable" (como Nueva Zelanda) que no tiende a levantar sospechas por ninguna autoridad, las cláusulas de escape permiten que, de ser necesario, el fideicomiso y su ley aplicable se trasladen a una jurisdicción que tiende a proteger a deudores, como las Islas Cook o Belice.

- Cláusula sobre pródigos (*spendthrift provision*): Algunos fideicomisos contienen una cláusula sobre pródigos en el contrato. Esta cláusula impide la enajenación voluntaria o involuntaria (un acto de disposición, como por ejemplo, una venta) del interés del beneficiario en un fideicomiso (Rosen 1996). Mientras que el fiduciario puede vender activos del fideicomiso si esto fuera en interés del fideicomiso, las cláusulas sobre pródigos permiten que los fideicomisos actúen como una fortaleza legal impenetrable que mantiene a los activos "seguros" de terceros, incluyendo a los beneficiarios y sus acreedores. Las cláusulas sobre pródigos son inherentes a muchos, o más bien a la mayoría, de los fideicomisos de protección de activos y promueven la concentración de la riqueza. Véase la sección 4.4.5 sobre la degradación de los fideicomisos estadounidenses, a continuación.
- Cláusula de pérdida de titularidad (*forfeiture clause*): Algunos fideicomisos contienen una "cláusula de pérdida de titularidad". Dicha cláusula fortalece la función de protección de activos del fideicomiso mediante la suspensión o cancelación automática del estatus de beneficiario como tal, cuando éste intente transferir su interés en el fideicomiso, o sus acreedores intenten acceder a los activos, o si se declara en quiebra.
- "Decantación" del fideicomiso (*trust decanting*): Algunos fideicomisos contienen una cláusula de "decantación" que permite "verter" los activos de un fideicomiso en otro para alcanzar determinados fines. Esto puede ser abusivo si, por ejemplo, un fideicomiso establecido para concluir cuando el beneficiario principal llega a cierta edad es decantado a otro fideicomiso que continúa durante toda la vida del beneficiario. Otro caso sería fusionar un fideicomiso con ganancias de capital con un fideicomiso que tenga pérdidas o quebrantos, para compensar la pérdida con las ganancias y evitar el pago de impuestos (Culp 2010).

⁵⁰ Por ejemplo: "Los activos... serán trasladados a una jurisdicción extranjera que se considere adecuada para el mantenimiento de las inversiones. Al mismo tiempo, el fiduciario doméstico renunciaría (sujeto a la reincorporación del fiduciario extranjero) y, en virtud de los términos del contrato de fideicomiso, el fiduciario extranjero sería incapaz de cumplir con ninguna instrucción que pueda ser comunicada por el otorgante o protector del fideicomiso (si se administrara bajo coacción)... en el caso del reclamo de un acreedor, los activos del fideicomiso extranjero serán tan indeseables para el acreedor (en términos del costo de llevar a cabo una acción en una o más jurisdicciones extranjeras, con bajas expectativas de un resultado favorable), que el acreedor tendrá el incentivo para resolver el asunto por un importe mucho menor. Cuando la amenaza ante los reclamos de acreedores se haya reducido, el diseño volvería a la estructura original con el fin de proporcionarle de nuevo el cliente el acceso directo a los ingresos del fideicomiso y como principal beneficiario del fideicomiso"(Tanzi, 2013). Un esquema similar se describe en un trabajo sobre la "muerte de la responsabilidad civil" (LoPucki 1996).

4.2. Leyes y disposiciones de fideicomiso abusivas

- El no reconocimiento de leyes extranjeras: Algunos fideicomisos creados en jurisdicciones *offshore* siguen siendo válidos incluso si incumplen leyes conyugales, de divorcio o de herencia en las jurisdicciones extranjeras donde residen el fiduciante y los beneficiarios. A menudo, los acreedores tienen que lidiar contra esto en los tribunales pertenecientes a la jurisdicción del fideicomiso, con muchos factores en su contra.
- La falta de reconocimiento de sentencias extranjeras: Algunas jurisdicciones extranjeras facultan a los fiduciarios para hacer caso omiso de las órdenes y sentencias de tribunales extranjeros, como en el caso de una orden que invalida al fideicomiso o que requiera que el fiduciario haga una distribución. Estas sentencias extranjeras no tendrían ningún efecto en la jurisdicción *offshore*.
- Honorarios fijos y previos (en lugar de honorarios condicionales): Los abogados en jurisdicciones *offshore* (donde el acreedor puede estar obligado a presentar una demanda contra el fideicomiso *offshore*) pueden estar autorizados a aceptar solamente honorarios fijos pagados por adelantado, lo cual hace que el proceso judicial contra el fideicomiso sea más costoso para los acreedores. En cambio, en otras jurisdicciones los abogados aceptan honorarios contingentes, es decir que se les paga solo en caso de tener éxito.
- Mayor carga de la prueba ante la transferencia fraudulenta: Algunas jurisdicciones pueden imponer una mayor carga de la prueba para demostrar la transferencia fraudulenta contra un fideicomiso. Por ejemplo, el acreedor puede tener que probar no sólo que el fiduciante "tuvo la intención" de defraudar, sino que éste era el propósito principal para crear el fideicomiso, utilizando los umbrales del derecho penal que exigen una prueba "más allá de toda duda razonable". No solo esta norma es casi imposible de cumplir, sino que el fiduciante-deudor puede desligarse al demostrar una razón "legítima" para instituir el fideicomiso, tal como la planificación del patrimonio (Marty-Nelson 1994).
- Prescripción rápida para la acción por transferencia fraudulenta: La mayoría de las acciones legales tiene un plazo de prescripción, que limita el tiempo dentro del cual se puede interponer una acción legal: por lo general, varios años. Sin embargo, para la transferencia fraudulenta en jurisdicciones *offshore*, el lapso de tiempo permitido puede llegar a ser especialmente corto; por ejemplo, solamente uno o dos años después de que el fiduciante haya transferido los activos al fideicomiso. No sólo es un período corto, pero puede ser casi imposible de descubrir que (o cuándo) el fiduciante transfirió los activos al fideicomiso, ya que ni los fideicomisos ni sus activos tienen que estar registrados.
- Duración extendida de fideicomisos: Algunos fideicomisos pueden durar 100 años o más, o incluso indefinidamente. Los fideicomisos pueden ser creados en jurisdicciones donde la norma "contra la perpetuidad de derechos" (*rule against perpetuities*) no se aplica, o se puede crear un tipo de fideicomiso que esté exento de la norma, como un fideicomiso caritativo o con propósito (*charitable or purpose trust*).

4.3. Formas de fideicomiso potencialmente abusadas

4.3.1. Las fideicomisos caritativos (*charitable trusts*) y las fundaciones (*foundations*)

Con frecuencia, los fideicomisos caritativos y las fundaciones se utilizan para buenas causas; pero también se puede abusar con ellos. En un fideicomiso caritativo legítimo, los activos e ingresos del fideicomiso se utilizan para causas de bien público a lo largo del tiempo. En las versiones ilegítimas, sin embargo, la entidad benéfica designada no es más que un beneficiario simbólico cuya función es (solamente) justificar la existencia del fideicomiso. Pueden llegar a recibir pequeñas distribuciones aisladas en algún momento en el futuro, o ninguna, especialmente cuando el beneficiario ni siquiera sabe de la existencia de la fundación.

Por ejemplo, cuando el banco británico Northern Rock quebró en 2007, se descubrió que una cuenta a nombre de un fideicomiso offshore con sede en Jersey llamado Granite poseía tres cuartas partes de los miles de millones de libras de Northern Rock. En teoría, el beneficiario de este fideicomiso era una pequeña organización benéfica para niños con discapacidad que se quedaron sin su pequeña casa cerca de Newcastle, al norte de Inglaterra. La organización benéfica ni estaba al tanto de ser un beneficiario, hasta que periodistas se pusieron en contacto para averiguar más sobre el colapso de Northern Rock.

Además, en 2009 la OCDE publicó un informe sobre el abuso de fundaciones para el lavado de dinero y la evasión fiscal⁵¹. En él se describen casos reales donde, por ejemplo, "en el año 2000, la Fundación 'A' recaudó USD 13 millones. En julio de 2004, los EE.UU. acusaron a la Fundación 'A' y a siete de sus funcionarios de conspirar para proveerle millones de dólares al grupo terrorista -'H' y las familias de los suicidas". Otro ejemplo en Inglaterra: "una familia en el Norte de Inglaterra era dueña de una serie de empresas. Los miembros de la familia eran muy unidos entre sí y cada miembro de la familia jugaba un papel importante en el funcionamiento de las empresas. [...] La familia, que desde los inicios estuvo involucrada en fraudes, también estableció una fundación [...]. La autoridad fiscal fue alertada a través de los servicios de inteligencia de que la fundación era utilizada por la familia para fines no caritativos, es decir, para financiar su costoso estilo de vida. La investigación de las diversas cuentas bancarias a nombre de la fundación, y gestionadas por los miembros de la familia, demostró que tenían activos por más de 2,5 millones de libras. Todo esto fue obtenido a través de la ganancia no declarada de las empresas, que era desviada a cuentas bancarias en el extranjero, bajo el nombre de la fundación".

Dependiendo del marco legal de una jurisdicción, un fideicomiso caritativo o fundación podría además estar exento de impuestos, lo que implica que las transferencias al fideicomiso pueden deducirse de los impuestos del fiduciante. Además, la familia del fiduciante o fundador podría no sólo tener acceso a los bienes de la fundación o del fideicomiso (ej. propiedad inmueble) sino también disimular distribuciones dinerarias bajo la figura de altos sueldos de los familiares empleados por la fundación, "becas" (para realizar viajes o estudios), simular el pago de "honorarios de consultoría" (por servicios nunca realizados), o "préstamos" de dinero (que quizá nunca serán devueltos). Asimismo, por tratarse de fideicomisos o fundaciones, los activos estarán completamente protegidos frente a los acreedores personales.

Dada su función "social", los fideicomisos caritativos suelen estar exentos de los límites temporales (*rule against perpetuities*), pudiendo existir indefinidamente.

51

<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/releaseofreportonabuseofcharitiesformoneylaunderingandtaxevasion.htm>; 26.1.2.17.

En resumen, los fideicomisos caritativos y las fundaciones tienden a recibir un tratamiento inusualmente generoso de la sociedad, debido a su asociación con causas de bien público, pero esta generosidad puede dar lugar a abuso, y suele haber poco control para identificar estas conductas ilegítimas.

4.3.2. Fideicomisos con propósito determinado (*purpose trust*)

Los "fideicomisos con propósito determinado" (*purpose trusts*) son una innovación radical en la ley de fideicomisos, y han llegado a ser ampliamente utilizados. Son creados para un propósito determinado, como por ejemplo para tener acciones en una empresa, pero no tienen ningún beneficiario (Averill 2013). Como dijo Beckett (2016), "El fideicomiso con propósito determinado toma el triángulo [fiduciante, fiduciario, beneficiario] y corta el tercer vértice". Mientras que el fiduciario sigue administrando los bienes del fideicomiso, no hay distribuciones durante la existencia del fideicomiso porque no hay beneficiarios. Los activos pueden haber sido depositados en el fideicomiso por un banco con el fin de, por ejemplo, mantener los activos fuera del balance de los bancos (o del fiduciante). Una vez que concluye el fideicomiso (por el paso del tiempo), los activos (si todavía queda alguno) se consideran "activos sobrantes" que pasan a aquel designado en el contrato del fideicomiso (una persona o institución) como receptor de los excedentes. El problema de este tipo de fideicomiso es que se desnaturaliza la razón de ser del fideicomiso: proteger a un beneficiario determinado.

4.3.3. Los fideicomisos discrecionales (*discretionary trust*)

El fideicomiso discrecional (*discretionary trust*), es una de las formas más comunes de fideicomiso. En esencia, no hay ningún beneficiario identificable debido a que el fiduciario tiene "discreción" para decidir cómo, cuándo y a quién distribuir los bienes del fideicomiso. Esta forma de fideicomiso podría, por ejemplo, evitar que un beneficiario en quiebra reciba activos del fideicomiso que terminarían en manos de los acreedores (el fiduciario sólo tiene que optar por no hacer una distribución cuando un potencial beneficiario tiene acreedores). También le permite a los beneficiarios potenciales repeler cualquier acción por parte de autoridades, un cónyuge o un acreedor, al afirmar que sólo tienen derechos contingentes y potenciales en el fideicomiso, pero que dependen de la discreción del fiduciario (independientemente de que en la práctica pueda disfrutar o usar los bienes). En la práctica, el fiduciario suele saber muy bien quién va a recibir las distribuciones del fideicomiso, tal como se lo determina el fiduciante, por ejemplo, mediante una carta de deseos o la figura de un "protector" (nombrado por el fiduciante), que hace que la "discreción" se vuelva una ficción.

4.3.4. Los fideicomisos "ciegos" de los políticos (*blind trust*)

Algunos políticos, especialmente los Presidentes electos suelen anunciar que pondrán todos sus activos en un fideicomiso ciego para evitar conflicto de intereses (y cualquier acusación de corrupción). La idea detrás del "fideicomiso ciego" es que el político creará un fideicomiso irrevocable durante su mandato presidencial y no será capaz de dar instrucciones al fiduciario que tendrá discreción en la gestión de los activos del fideicomiso. Una vez más, esto suena bien en teoría. Sin embargo, un político puede tener muchas maneras de dar instrucciones al fiduciario (ya sea con un protector, una carta de deseos o cualquier medio de comunicación secreto). Además, el cliente del fiduciario es el político, no la sociedad ni una ONG, por lo que es improbable que el fiduciario haga

cualquier inversión que vaya en contra de su cliente. En otras palabras, un fideicomiso ciego es tan “seguro” como creer en la honestidad de un político simplemente porque este declara que se comportará honestamente.

El problema con los fideicomisos es que no están registrados, sus activos no se revelan y no es necesario publicar sus estados contables. Por esta razón, sería mucho mejor que todos los políticos declaren qué activos tienen ya sea directamente o mediante un fideicomiso (por ejemplo, acciones en qué empresas) para que la sociedad pueda comprobar por sí misma que no existe conflicto de intereses por ejemplo en una licitación pública o contratación del Estado en la que interviene el funcionario público.

4.4. Los regímenes más abusivos del mundo

Si bien muchos de los regímenes más abusivos se encuentran en jurisdicciones “exóticas” como las Islas Cook, varias jurisdicciones con supuestamente “buena reputación”, como Nueva Zelanda, están participando en estos juegos abusivos.

Dado que los fideicomisos suelen gozar de una flexibilidad total, en principio, el fiduciante podría escribir cualquier disposición que quiera, siempre y cuando no esté estrictamente prohibida. Además, por si alguna disposición puede ser considerada abusiva o ilegal en otro país, los paraísos fiscales aclaran en sus leyes de fideicomiso que sus fideicomisos no pueden ser invalidados por leyes extranjeras. A continuación, se dan algunos ejemplos.

4.4.1. Islas Cook

Este grupo de islas en el Pacífico Sur, asociadas con Nueva Zelanda, es considerado por algunos como el más abusivo de todos los regímenes de fideicomiso⁵². Su régimen de fideicomiso, originalmente creado por un abogado estadounidense con sede en Denver, se centra en una cosa: la protección de activos agresiva.

El régimen de las Islas Cook tiene varias características⁵³. En primer lugar, ni las leyes extranjeras (por ejemplo, estipulaciones sucesorias, maritales o de divorcio), ni sentencias extranjeras pueden invalidar un fideicomiso creado bajo las leyes de las Islas Cook. Para lidiar con un caso de fideicomiso en las Islas Cook, es necesario litigar ante los tribunales de las Islas Cook, a sabiendas de que es casi imposible ganar.

En segundo lugar, es casi imposible demostrar la transferencia fraudulenta en la creación de un fideicomiso de las Islas Cook. Por ejemplo, uno tiene 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.

Además, en virtud del derecho de las Islas Cook, el fiduciante puede también ser el fiduciario y beneficiario, o puede mantener un alto grado de control sobre el fideicomiso (por ejemplo, para

⁵² <http://www.nytimes.com/2013/12/15/business/international/paradise-of-untouchable-assets.html>

⁵³ Ley de Fideicomisos Internacionales de las Islas Cook [*Cook Islands International Trust Act*], artículos 6.2.c, artículo 13 B.1, B.3, C, D, E, F e I, y en el artículo 20.

revocar el fideicomiso, remover a un fiduciario, beneficiarse de cláusulas para pródigos y designar a un protector). Por último, los fideicomisos en las Islas Cook pueden durar para siempre.

4.4.2. Islas Nieves

Esta isla del Caribe modificó su ley de fideicomisos en 2015 para copiar muchas de las disposiciones de las Islas Cook⁵⁴. Al igual que en muchos otros paraísos fiscales, ni las leyes ni sentencias extranjeras pueden invalidar un fideicomiso de las Islas Nieves. Las restricciones en materia de prescripción para transferencias fraudulentas son las mismas que en las islas Cook. El fiduciante también puede ser beneficiario, o puede mantener un alto grado de control sobre el fideicomiso (revocar el fideicomiso, remover al fiduciario, etc.), beneficiarse de las cláusulas anti-coacción (*anti-duress clauses*) y también designar a un protector. Los fideicomisos de las Islas Nieves pueden durar indefinidamente.

4.4.3 Belice

Este país de América Central también es famoso por sus leyes de fideicomiso abusivas⁵⁵. Ni las leyes ni sentencias extranjeras pueden invalidar un fideicomiso de Belice. Si bien los fideicomisos pueden durar "solo" 120 años, lo que sorprende de Belice es que, dado que no existe una ley de transferencia fraudulenta, parece que ningún acreedor puede invalidar fácilmente un fideicomiso por fraude tras haberse creado. Se pueden designar protectores y el fiduciante también puede ser un administrador.

4.4.4 Las Islas Bermudas

Este territorio de ultramar británico también ofrece⁵⁶ el no reconocimiento de leyes y sentencias extranjeras para sus fideicomisos. La duración de los fideicomisos se limita a 100 años. Si bien la ley no incluye disposiciones explícitas sobre los protectores de fideicomiso, son comunes en la práctica y reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Bermudas⁵⁷.

4.4.5. Los Estados Unidos: ejemplos de Alaska, Delaware , Nevada y Dakota del Sur⁵⁸

Los Estados Unidos promueven los fideicomisos "domésticos" (*domestic trusts*) - "domésticos" desde la perspectiva de los clientes estadounidenses - que evitan el estigma de los fideicomisos *offshore*, y por lo tanto son menos propensos a atraer la atención de la autoridad fiscal (Russo 2014). Sin embargo, muchos regímenes de fideicomisos de los Estados contienen características abusivas. En un esfuerzo por "competir" con las jurisdicciones *offshore*, Alaska fue el primer estado en permitir fideicomisos para pródigos (*spendthrift trusts*), donde un fideicomiso puede contener cláusulas para pródigos⁵⁹ incluso si el fiduciante es uno de los beneficiarios del fideicomiso (Hirsch 2006). Los fideicomisos para pródigos son cada vez más utilizados en los Estados Unidos, a pesar de haber sido descritos como anti-democráticos y anti-americanos, durante más de un siglo. A continuación, un relato de 1895 dice:

⁵⁴ Ley Internacional sobre fideicomiso exento de las Islas Nieves [Nevis International Exempt Trust Act], artículos 5, 6, 9, 13, 24, 28, 29 y 47.

⁵⁵ Ley de fideicomisos [Trust Act], Capítulo 202, Parte I, artículos 7.6, 11, 16, 17.2 y 18.

⁵⁶ Ley de fideicomisos [Trust Act] de 1989, artículos 3.1, 11 y 23.

⁵⁷ Von Knierem v. Bermuda Trust Co. Ltd., Jurisdicción Civil del Tribunal Supremo de Bermudas, N° 154 (13 de julio, 1994).

⁵⁸ Bergman, Pamela, "Asset Protection Trusts (the Good, the Bad, and the Uncertain)", Family Law Update 2005.

⁵⁹ Las regulaciones relevantes están sujetas a algunas condiciones, sin embargo: por ejemplo que el fiduciante no tenía intención de defraudar a los acreedores o que el fideicomiso no es revocable. Muchos otros Estados, incluyendo Delaware y Nevada siguieron el ejemplo, y también ofrecen fideicomisos para pródigos.

"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"⁶⁰.

Delaware, Nevada, Dakota del Sur y otros estados ofrecen fideicomiso para pródigos en beneficio del propio fiduciante y otros servicios para la industria de la protección de activos y concentración de la riqueza.

Tanto Alaska y Delaware tienen un plazo de prescripción para la transferencia fraudulenta, de cuatro años a partir de la transferencia de activos al fideicomiso, mientras que Nevada especifica sólo dos años. Los fideicomisos pueden durar⁶¹ perpetuamente en Alaska, excepto si alguien usa un poder de representación, en cuyo caso se limita a mil años. Los fideicomisos en Delaware también pueden ser perpetuos, a menos que tengan propiedades inmobiliarias, en cuyo caso se limitan a 110 años. Los fideicomisos en Nevada pueden durar 365 años.

La industria del fideicomiso en Dakota del Sur está en auge. "Sin impuesto a las ganancias personales o corporativas, sin límite en los "fideicomisos dinásticos" (*dynasty trusts*) y con fuertes leyes de protección de activos – que protegen activos de futuros ex -cónyuges - Dakota del Sur ha alcanzado la cima del ranking anual de la industria del fideicomiso⁶²".

4.4.6. Islas Caimán⁶³ : exclusión de los beneficiarios

En un esfuerzo por distanciarse del estigma de los regímenes de fideicomiso abusivos (como el de las Islas Cook), las Islas Caimán (territorio de ultramar del Reino Unido), promulgó en 1989 la Ley de Disposiciones Fraudulentas (*Fraudulent Dispositions Law*) para permitir que los acreedores invaliden las transferencias fraudulentas de activos a un fideicomiso. Y si bien las Islas Caimán no son la única jurisdicción que dispone de dicha regulación, la ley de prescripción (para que un acreedor pueda invalidar una transferencia) es de seis años después de la disposición de los bienes, en contraste con el límite de uno o dos años de otros paraísos fiscales.

Sin embargo, las Islas Caimán todavía tienen muchas disposiciones típicas de un paraíso fiscal que van más allá de la falta de impuestos y la falta de registración y publicidad de los fideicomisos. También incluyen la protección de sus fideicomisos en contra de cualquier ley extranjera que trate de invalidarlos, por ejemplo, por la violación a normativa hereditaria de la jurisdicción extranjera.

Lo particular de las Islas Caimán, no obstante, es su fideicomiso STAR (*Special Trusts Alternative Regime*) que se desvía de los principios fundamentales del fideicomiso en dos puntos principales. En

⁶⁰ John c. Gray, Restraints on the Alienation of Property § 211, en 246- 47 (2^a ed. 1895). Citado en (Alexander, 1985).

⁶¹ Oshins, "Dynasty Trust States", disponible en: <http://www.oshins.com/dynastytruststates.html>

⁶² <https://www.ft.com/content/cc46c644-12dd-11e6-839f-2922947098f0#axzz489JQb55d>;
26.1.2017

⁶³ <http://www.applebyglobal.com/publication-pdf/guide/guide-to-trusts-in-the-cayman-islands---january-2016.pdf>;
<http://www.applebyglobal.com/publication-pdf/guide/guide-to-star-trusts-in-the-cayman-islands.pdf>;
<https://www.ogier.com/publications/star-trusts>

primer lugar, hace que sea muy difícil para los beneficiarios que se respete el fideicomiso. Normalmente, los beneficiarios pueden acudir a los tribunales para asegurarse de que los fiduciarios están haciendo su trabajo correctamente. Este no es el caso del fideicomiso STAR, donde los poderes para hacer cumplir el fideicomiso están en manos de los "ejecutores" (*enforcers*) designados por el fiduciante. También puede ser que los beneficiarios puedan ser incapaces de encontrar información acerca del fideicomiso⁶⁴.

En segundo lugar, el fideicomiso STAR puede existir en beneficio de los beneficiarios, y/o para propósitos. La inexistencia o la falta de autoridad de los beneficiarios 'elimina un vértice del triángulo' del fiduciante, fiduciario y beneficiarios, y por lo tanto permite que el fiduciante retenga mayores poderes, por lo que se asemeja a un arreglo fraudulento.

Los fideicomisos STAR también están exentos de la norma contra perpetuidades, por lo que pueden durar para siempre y convertirse en fideicomisos dinásticos para la concentración de riqueza.

Muchos Fideicomisos STAR se utilizaron como vehículo especial de inversiones⁶⁵ (*Special Purpose Vehicle*) para quitar activos tóxicos del balance de los bancos (a los fines contables, aunque por lo general no desde un punto de vista económico). La práctica demuestra que cuando estas sociedades vehículo van a la quiebra, los riesgos que se mantenían ocultos "fuera" del balance suelen reaparecer en los balances de los bancos a través de garantías bancarias en favor de estos vehículos. La crisis financiera del 2007/8 demostró que estos fideicomisos pudieron haber sido lucrativos para las Islas Caimán y sus abogados, mientras que el costo (mucho mayor) fue pagado por la sociedad de otros lugares que debieron dar un salvataje financiero a los bancos.

4.4.7. Islas Vírgenes Británicas

Las Islas Vírgenes Británicas, otro territorio de ultramar del Reino Unido, también ofrecen confidencialidad para las partes de un fideicomiso (los fideicomisos no necesitan registrarse) ni están sujetos a impuestos. Pueden crearse fideicomisos discrecionales y fideicomisos de propósito para fines privados. También se ofrece el no reconocimiento de leyes extranjeras que invaliden a un fideicomiso local⁶⁶. El límite temporal (que excluye a los fideicomisos con propósito determinado) se amplió de 100 a 360 años.

Las Islas Vírgenes Británicas, no obstante, son conocidas por sus abusivos fideicomisos VISTA (*Virgin Islands Special Trust*), que permiten desnaturalizar la figura del fiduciario, utilizando a un fideicomiso VISTA como titular de las acciones de una empresa subyacente (que las que tiene los activos). El fiduciante (o cualquier otra persona designada por éste) conserva el control y la administración sobre la empresa propiedad del fideicomiso VISTA, sin interferencia del fiduciario. Un proveedor offshore explica lo siguiente:

"Las obligaciones de control e intervención del fiduciario bajo la ley general son removidas y se lo desvincula de toda responsabilidad sobre la gestión de la empresa, que en su lugar puede

⁶⁴ Originalmente, se dice que los beneficiarios tienen "intereses equitativos" (*equitable interests*) en el fideicomiso y deberían saber sobre la existencia del fideicomiso para asegurarse de que el fiduciario no los está afectando, sino actuando en su mejor interés, sobre todo si el fiduciante ha muerto.

⁶⁵ https://www.conyersdill.com/publication-files/Pub_Cay_Cayman_Islands_Securitizations-0.pdf; 26.2.2017

⁶⁶ Por ejemplo, no considera que una persona con derechos sucesorios (bajo una ley extranjera) sea un acreedor.

ser llevada a cabo por los directores, sin preocuparse por cualquier tipo de interferencia no deseada del fiduciario en los asuntos de la compañía”⁶⁷.

El fideicomiso VISTA, al igual que el fideicomiso STAR de Caimán, desnaturaliza la figura del fideicomiso al quitarle los poderes, o la misma esencia, a una de las partes centrales del fideicomiso (al beneficiario en el caso del STAR, y al fiduciario en el caso del VISTA). Estos mecanismos con fuerte control por parte del fiduciante (que los convierte en fideicomisos ficticios o *sham trusts*) se crearon con el objetivo de atraer a clientes asiáticos que se sentían incómodos con la idea de ceder el control a fiduciarios.

4.4.8. Nueva Zelanda

Nueva Zelanda, por lo general, pasa desapercibido como un paraíso fiscal, pero su régimen de fideicomiso tiene características abusivas. En mayo de 2016, 11.671 fideicomisos extranjeros se registraron en Nueva Zelanda, con una registración de alrededor de 1000 nuevos fideicomisos extranjeros cada año, con un aumento particular desde 2010.

El gobierno de Nueva Zelanda publicó en Junio de 2016 el informe sobre reglas de registración de fideicomisos extranjeros (*Inquiry into Foreign Trust Disclosure Rules*), tras el escándalo de los *Panamá Papers*, donde aparecieron mencionados muchos fideicomisos de Nueva Zelanda. El informe llegó a la conclusión de que Nueva Zelanda se utiliza como una jurisdicción de fideicomisos por varias razones: requisitos laxos de registración y publicidad, un régimen de exención de impuestos que elimina los incentivos o justificaciones para cualquier auditoría, y normas inusuales sobre la determinación de la residencia fiscal del fideicomiso, que permite el arbitraje con jurisdicciones que tienen otras reglas de determinación fiscal (permitiendo que el fideicomiso neozelandés no sea fiscalmente residente – y ergo no pague impuestos - en ningún lugar).

Las autoridades fiscales de Nueva Zelanda requieren poca información cuando se establece un fideicomiso extranjero: ni los nombres, ni los domicilios o país de residencia del fiduciante, del protector (si lo hay), de los fiduciarios no-residentes, de terceros que pueden controlar o influir en el fideicomiso, o de los beneficiarios⁶⁸. Como evidencia del uso de fideicomisos neozelandeses con motivos de ocultamiento, cuando en 2006 Nueva Zelanda impuso requisitos mínimos de registro (debido a la presión por parte de Australia), el registro de nuevos fideicomisos extranjeros se redujo en casi un 60%. Además, el informe explicó que, “dado que los fideicomisos extranjeros que no obtienen ingresos provenientes de Nueva Zelanda o distribuyen ingresos a los beneficiarios residentes en Nueva Zelanda están exentos del impuesto de Nueva Zelanda, no hay incentivos de la autoridad fiscal neozelandesa para auditar a estos fideicomisos”(NZ 2016: 13, 23).

⁶⁷ [http://www.applebyglobal.com/publication-pdf/guide/guide-to-vista-trusts-in-the-british-virgin-islands-\(january-2015\).pdf](http://www.applebyglobal.com/publication-pdf/guide/guide-to-vista-trusts-in-the-british-virgin-islands-(january-2015).pdf)

⁶⁸ Para más detalles véase Para los detalles requeridos en el formulario, consulte NZ 2016, págs. 22-24. Aunque los requisitos de recolección de información son significativamente más amplios que el formulario que debe enviarse a las autoridades, “el nombre y el domicilio del fiduciante o fiduciantes, y de los destinatarios de las distribuciones del fideicomiso, están obligados a mantenerse (y por lo tanto deben poder proporcionarse) solamente si se conocen. El Informe de Nueva Zelanda agrega que “no hay obligación de informar de las distribuciones a los beneficiarios, ni se requieren rendimientos anuales de ningún tipo, hay pocas probabilidades de que las autoridades fiscales soliciten registros e intercambie información con las autoridades offshore; es poco probable que algún tipo de información obtenida bajo las normas de prevención de lavado de dinero o como parte de la debida diligencia del cliente se revele a cualquier agencia del gobierno; se requiere la obtención de información sobre el origen de los fondos del fideicomiso extranjeros, pero en muchos casos, la verificación no es obligatoria, y la definición de beneficiario final, y en particular el concepto de control efectivo, es complejo y puede no ser fácil de comprender o aplicarse de forma coherente” (NZ 2016: 48).

Por otra parte, en Nueva Zelanda la residencia del fiduciante (y no la del fiduciario, como sucede en muchas jurisdicciones) es relevante para determinar la residencia fiscal del fideicomiso. Esto puede crear situaciones de arbitraje donde un fideicomiso no tiene residencia fiscal de ningún lugar. Por ejemplo, si el fiduciante de la jurisdicción X (donde la residencia del fiduciario determina la residencia fiscal del fideicomiso) crea un fideicomiso en Nueva Zelanda y nombra a un fiduciario neozelandés, ni la jurisdicción X ni Nueva Zelanda considerarían a dicho fideicomiso como residente a efectos fiscales.

La conclusión general del informe fue que "las normas no son adecuadas para preservar la reputación de Nueva Zelanda como país que coopera con otras jurisdicciones para contrarrestar el lavado de dinero y las prácticas fiscales agresivas" (NZ 2016: 47).

4.5. Consecuencias de fideicomisos que involucran a diferentes jurisdicciones

Imagine un fiduciante originalmente residente, por ejemplo, de Argentina, donde hay leyes que establecen herederos forzosos que crea un fideicomiso discrecional en las Islas Cook en favor de su amigo, con el fin no solo de desheredar a su hijo distanciado (su único heredero, que habría heredado según las leyes de herencia de la Argentina), sino también para estafar a su acreedor: ambos son residentes en la Argentina. Suponiendo que el hijo o el acreedor se enteraran del fideicomiso de las Islas Cook. ¿Qué podrían hacer? La siguiente tabla resume el posible tratamiento de los bienes y sus respectivos derechos en diferentes escenarios.

Ubicación de los activos del fideicomiso	Residencia actual del Fiduciante	Residencia del Fiduciario	Ley / Juez en Argentina	Nivel de Protección de Activos resultante
Islas Cook*	Islas Cook*	Islas Cook*	Irrelevante: incluso si las leyes o los jueces argentinos invalidaran el fideicomiso, sería de ejecución imposible	Total
Islas Cook*	Islas Cook*	Argentina	Irrelevante, si el fiduciario es una sociedad comercial (y puede ser disuelta) o si una cláusula de escape remueve al fideicomiso y al fiduciario de Argentina	Muy alta
Islas Cook*	Argentina	Islas Cook*	Depende de si el fiduciante es declarado en desacato, pero improbable si éste demuestra que no tiene control sobre el fiduciario (ej. el caso Arline Grant en Estados Unidos).	Alta
Fuera de Argentina	Fuera de Argentina	Irrelevante	Puede declarar el fideicomiso como una simulación o fraude, pero difícil ejecutar la sentencia en el extranjero	Media (aplicable a fideicomisos o a cualquier otro tipo de entidad)

Argentina	Fuera de Argentina	Fuera de Argentina	El fideicomiso será probablemente considerado inválido con respecto al hijo. Con respecto al acreedor, dependerá de las circunstancias del caso.	Potencialmente alta (con respecto al acreedor) y baja con respecto al hijo
Argentina	Argentina	Argentina	Si el fideicomiso también viola los derechos de los acreedores según la ley argentina, un puede invalidar el fideicomiso y sancionar tanto al fiduciante como al fiduciario. Sin embargo, el hecho de que exista un fideicomiso extranjero crea muchos obstáculos para los acreedores: obtener los contratos del fideicomiso, traducirlos, interpretaciones de derecho extranjero, etc. que resulta mucho más costoso que si el fiduciante o un testaferro fueran los titulares directos de los bienes.	Baja (pero no nula)

* Lo mismo aplica para un país que reconozca a los fideicomisos de las Islas Cook como válidos

Conclusión

Algunos usuarios de fideicomisos son personas vulnerables que necesitan y merecen protección. Pero al solucionar problemas específicos para determinadas personas, los fideicomisos también pueden causarle daños colaterales graves e indiscriminados al resto de la sociedad. Al promover la desigualdad económica, los fideicomisos también socavan las democracias y los sistemas económicos. Además, la mayoría, o más bien todos los fines genuinamente útiles de los fideicomisos podrían lograrse de otras maneras. Al fin y al cabo, las estipulaciones que resguardan a los fideicomisos de protección de activos para la concentración de riqueza, los “protegen” precisamente del resto de la sociedad.

Teniendo en cuenta cómo ha evolucionado la ley de fideicomiso en muchos paraísos fiscales y cómo se utilizan para cometer abusos, sería inconcebible que una sociedad honesta y consciente de los resultados estableciera semejante régimen legal si tuviera que hacerlo desde cero. Por ejemplo, por qué una sociedad impondría un impuesto a la herencia para reducir la desigualdad, para luego permitirle a los estratos más ricos y bien asesorados, crear fideicomisos para eludir dichos impuestos.

Este trabajo se pregunta si los beneficios que los fideicomisos confieren son proporcionales a los daños que puedan causar, y propone formas de frenar o eliminar los daños preservando al mismo tiempo los beneficios.

Los fideicomisos involucran peligros en múltiples niveles. El primero es el secreto. Al permitir el ocultamiento de cualquier persona que quiera utilizarlos, los fideicomisos generan daños potenciales al facilitar la evasión fiscal y otros delitos, como manipulación del mercado, lavado de dinero y muchos otros abusos.

Sin embargo, incluso si se solucionara el problema del secreto, otros problemas seguirían existiendo. Existen muchos regímenes y tipos abusivos que se han alejado por completo de la concepción original del fideicomiso como mecanismo en el que una persona transfiere bienes para que sean administrados por un fiduciario en beneficio de otros, los beneficiarios. Muchos "fideicomisos" son fideicomisos ficticios (*sham trusts*) creados exclusivamente para fines antisociales, en los que, por ejemplo, el donante original (el fiduciante) finge ceder los activos, pero en realidad conserva parte del control (o todo), y puede incluso recuperar los activos más tarde. Estos fideicomisos ficticios en realidad no son fideicomisos, aunque muchos sistemas legales los permiten y promueven.

Suponiendo que los problemas anteriores de secreto y ficción no existieran (por ejemplo, un fideicomiso que deba registrar y publicar la identidad de todas sus partes intervinientes, y que no sea ficticio porque el fiduciario es independiente y los beneficiarios son distintos al fiduciante), aun existiría un tercer problema: la función de protección de activos. Si se lo hace prudentemente, por ejemplo agregando estipulaciones para pródigos y un fiduciario con discreción, un fideicomiso podría proporcionar inmunidad completa frente a los acreedores legítimos (tales como las autoridades fiscales, la víctima de un accidente o alguien que prestó dinero). No hay ninguna razón por la cual la sociedad deba proporcionar tal protección indiscriminada a nadie, sin importar cuán vulnerables sean: por ejemplo el caso de la princesa Christina, en el cual se sostuvo que un problema en su vista justificaba de alguna manera el uso de su fideicomiso para evadir de millones en impuestos.

El punto central de la protección de activos, especialmente visible en el fideicomiso discrecional, es que los fideicomisos ponen activos en un "limbo sin dueño", donde los títulos de propiedad son cuidadosamente divididos entre el fiduciante, el fiduciario y el beneficiario, lo que les permite a cada uno afirmar que no son dueños de los bienes (sin importar el usufructo que hagan de ellos).

5. Propuestas de Soluciones

Durante siglos las sociedades intentaron defenderse contra algunos de los problemas identificados.

Por ejemplo, la antigua norma contra perpetuidades (*rule against perpetuities*) fue diseñada para evitar la concentración de la riqueza dinástica de las familias. Muchas jurisdicciones también proporcionan defensas contra fideicomisos ilegítimos, que como explica la sección 3.2.2 pueden ser "perforados" en los tribunales bajo ciertas condiciones.

Hay campañas globales para la transparencia de los fideicomisos que de a poco están creciendo, como describe la Sección 2.1.1.

Sin embargo, todas estas defensas contra los abusos de fideicomisos son difíciles de implementar. Por lo general, es muy difícil de perforar un fideicomiso, y más cuando las partes relevantes o los activos huyen a jurisdicciones más hospitalarias, y especialmente si contiene disposiciones "para pródigos" y un elemento discrecional. Como si esto fuera poco, hay una desregulación y flexibilización constante de las leyes de fideicomiso, a medida que jurisdicciones participan en una carrera hacia la baja, para

atraer capital, independientemente de la legitimada del origen y los fines. Igualmente, abogados y planificadores fiscales están constantemente divisoando nuevas formas de estar más allá de la ley⁶⁹.

A continuación, se describen algunas de estas reformas necesarias.

Propuesta 1: Transparencia

Esta propuesta de solución se divide en dos partes: el registro y la publicación.

Todas las personas y los bienes relacionados a un fideicomiso deben ser registrados ante autoridades públicas (ej. un registro comercial). El registro debe ser una condición previa para la existencia y la validez legal de un fideicomiso, al igual que sucede con la mayoría de las personas jurídicas (por ejemplo, las sociedades comerciales). No sólo se debería registrar el fideicomiso en la jurisdicción donde éste se establece, sino en todas las jurisdicciones donde exista algún punto de conexión – ya sea el lugar de la ley aplicable al fideicomiso, la ubicación de los activos fideicomitados, o la residencia de cualquiera de las personas del fideicomiso (fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios, protectores, etc.).

Aunque la condición anterior implicaría cierta necesidad de coordinación internacional, cada país por lo menos podría asegurarse de que ningún fideicomiso afectará a su economía si decide registrar a todo fideicomiso que tenga alguno de los puntos de conexión con respecto a su territorio.

El siguiente paso es la publicación de la información de registro (no el contrato completo del fideicomiso, sino la identidad de las partes del fideicomiso). Nadie está obligado a crear fideicomisos. Si las personas eligen aprovechar los privilegios de fideicomiso, es justo que la sociedad pida transparencia a cambio. Y esta “solución” no es tan radical: a las sociedades comerciales se les concede el privilegio de la responsabilidad limitada a cambio de registración.

Propuesta 2: Ningún activo “sin dueño”

Los llamados "activos sin dueño" no deben ser considerados válidos⁷⁰. Si un fiduciante transfirió activos a un fideicomiso, pero todavía ningún beneficiario los ha recibido (ni tienen derechos ya ejecutables sobre estos bienes), entonces desde la perspectiva de un acreedor personal del fiduciante (que incluyen autoridades fiscales del fiduciante) los activos deben ser consideradas como propiedad del fiduciante, como si no existiera el fideicomiso. Si el fiduciante muere o hace una donación, se deberían aplicar impuestos a la herencia o a la donación.

Una vez que el fideicomiso ha hecho una distribución a un beneficiario, la propiedad de dichos activos distribuidos pasan del fiduciante a ese beneficiario de forma definitiva, y debe ser tratado como una donación. Si ese beneficiario fallece, se aplicaría el impuesto a la herencia. Serían aplicables las normas de transferencia fraudulenta ante cada transferencia (en caso de que el fiduciante y los beneficiarios comiencen a intercambiar activos).

⁶⁹ Oshins, por ejemplo, sugiere fideicomisos de protección de activos híbridos y domésticos (Hybrid Domestic Asset Protection Trusts): un fideicomiso irrevocable a favor de terceros en el que el fiduciante no es un beneficiario, pero puede ser incorporado en calidad de beneficiario por un protector del fideicomiso en una fecha posterior cuando no haya ningún problema con algún acreedor. http://www.oshins.com/images/Dahl_Supreme_Court.pdf

⁷⁰ Lo mismo se aplicaría a los fideicomisos con propósito determinado (*purpose trusts*), cuyos activos deben ser considerados como propiedad del fiduciante, o de la persona que va a recibir los "activos sobrantes".

Con respecto a los asuntos que son internos al fideicomiso (ej. honorarios del fiduciario) y no repercuten en terceros ajenos a éste o la sociedad en general, la ley del fideicomiso debería seguir funcionando como siempre.

Propuesta 3: Prohibir explícitamente disposiciones de fideicomisos abusivas

Dado que todos los fideicomisos (y todos los documentos relacionados, tales como cartas de deseos [*letters of wishes*], poderes de representación [*powers of appointment*], etc.) deberían registrarse aunque no necesariamente ser de acceso público, las autoridades podrían examinar disposiciones abusivas en los contratos de fideicomiso. Se deberían aplicar prohibiciones a, por ejemplo, disposiciones sobre pródigos (Hofri-Winogradow 15-5, Gingiss 1999), disposiciones anticooacción y anticofiscación (*anti-duress* y *anti-forfeiture provisions*), cláusula de escape (*flee clause*), o de alto grado de control por parte del fiduciante o regulaciones que desestimen leyes y sentencias extranjeras. Sería relativamente sencillo crear listas de tales prohibiciones, aunque se tendrían que actualizar regularmente para mantenerse al día respecto a las innovaciones perjudiciales en las leyes de fideicomiso.

Propuesta 4: Apuntar a regímenes abusivos offshore

Al igual que con listas negras de paraísos fiscales y de lavado de dinero, las jurisdicciones con regímenes abusivos de fideicomiso deberían estar sujetas a contramedidas tales como listas negras (LoPucki 1996). Las listas deberían basarse en criterios objetivamente verificables, tales como el Financial Secrecy Index⁷¹, en lugar de listas politizadas hechas por organismos susceptibles a la influencia de países poderosos.

Los fideicomisos creados en lugares así podrían considerarse inválidos, y las personas involucradas (como fiduciarios, protectores, etc.) podrían ser declarados en rebeldía si no obedecen órdenes judiciales de pagarles a los acreedores mediante la invocación de, por ejemplo, cláusulas anticooacción y anticofiscación (Gingiss 1999). Las jurisdicciones que permiten mantener activos (ej. cuentas bancarias) a nombre de fideicomisos regidos por leyes de regímenes abusivos offshore podrían también ser incluidos en listas negras. Ser parte de un fideicomiso relacionado con una jurisdicción que figura en una lista negra podría implicar la eliminación de los beneficios otorgados por el fideicomiso (como si el fideicomiso no existiese) y tal vez imponer sanciones penales (Sterk 2000).

Una alternativa podría ser poner en la lista negra a regímenes de fideicomisos (por ejemplo, el fideicomiso STAR de las Islas Caimán), pero no todos los otros tipos de fideicomiso de una jurisdicción.

Propuesta 5: Prohibir los fideicomisos ficticios (*sham trusts*)

No se debería permitir que existan fideicomisos donde el fiduciante sea a su vez el único beneficiario ni que controle al fiduciario.

Propuesta 6: Gravar directamente los activos

Aunque esto suene más bien como un tema de reforma fiscal, cobrar impuestos sobre activos puede ser una solución parcial para aquellos casos en que el impuesto se cobra al titular de los activos

⁷¹ www.financialsecrecyindex.com

(por ejemplo, los impuestos a la herencia), toda vez que el fideicomiso puede opacar quién es el verdadero dueño.

Bibliografía

- Alexander, Gregory S., "The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century", *Stanford Law Review*, Vol. 37, No. 5 (May, 1985)
- Alexander, Gregory S., "Trust Protectors: Who Will Watch the Watchmen?", *Cardozo Law Review*, Vol 27:6 (2006).
- 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.
- Barbieri, Javier, "El fideicomiso desde sus orígenes hasta el derecho actual", IMP 2000-A, 1350.
- Barr Ames, James, "The Origin of Uses and Trusts", *Harvard Law Review*, Vol. 21, No. 4 (Feb., 1908), pp. 261-274
- Barwick, Donna, "'Total Return' Trust Legislation: A Quiet Revolution in Trust Law", *Retirement Planning*, July-August 2003.
- Beckett, Paul, "The Representative Impact of the Isle of Man as a Low Tax Area on the International Human Rights Continuum from a Fiscal and Structural Perspective" (2016).
- Bell, Abraham & Parchomovsky, Gideon, "Reconfiguring Property in Three Dimensions", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 3 (Summer, 2008), pp. 1015-1070.
- Bergman, Pamela K., "Asset Protection Trusts (the Good, the Bad, and the Uncertain)", *Family Law Update* 2005.
- Berrien C. Eaton, Jr., "Charitable Foundations, Tax Avoidance and Business Expediency", *Virginia Law Review*, Vol. 35, No. 8 (Dec., 1949), pp. 987-1051.
- Botello, Fernando, "Fundaciones de interés privado: ¿ser o no ser, ante el impuesto sobre los bienes personales? (Segunda parte)", *PET* 2015 (julio-567).
- 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.
- Cain, Wesley D., "Judgment Proof: Can Connecticut Residents Insulate Assets from Creditors Using a Delaware Domestic Asset Protection Trust?", *Connecticut Law Review*, Vol. 47:5, July 2015.
- Cotterrell, Roger, "Power, Property and the Law of Trusts: A Partial Agenda for Critical Legal Scholarship", *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 1.
- Culp, William R. & Bennett Mellen, Briani, "Trust Decanting: an overview and introduction to creative planning opportunities", 45 *Real Property, Trust and Estate Law Journal* (Spring 2010).
- Curry, Lauren Z., "Agents in Secrecy: The Use of Information Surrogates in Trust Administration", *Vanderbilt Law Review, Notes*, Vol. 64:3:925 (2011).

Davies, Derek, "Trust Administration: Secrecy and Responsibility," *Bond Law Review*: Vol. 7: Iss. 1, Article 2 (1995).

Dyer, Adair, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 32: 989 (1999).

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), pp. 1747-1786.

FATF (2012). "Managing the anti-money Laundering and counter-terrorist Financing policy implications of voluntary tax compliance Programmes". Financial Action Task Force, 2012.

Friedman, Lawrence M., "The Dynastic Trust", *The Yale Law Journal*, Vol. 73, No. 4 (Mar., 1964), pp. 547-592.

Gaillard, Emmanuel & Trautman, Donald T., "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, No. 2 (Spring, 1987), pp. 307-340.

Gillett, Mark R.. "Investing Trust Assets: Prudence Redefined", *Oklahoma City University*

Goldman, Robert P. & Deamp, Evans L., "When is a Trust Not a Trust?", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. XVI, No. 3 (1942).

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

Harding, Matthew, "Trusts for Religious Purposes and the Question of Public Benefit", *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 2 (Mar., 2008), pp. 159-182.

Harrington, Brooke. 2012. "From Trustees to Wealth Managers." Pp. 190-209 in Guido Erreygers and John Cunliffe (Eds.), *Inherited Wealth, Justice and Equality*. Abingdon, UK

Harrington, Brooke. 2016. "Capital without Borders - Wealth Managers and the One Percent", *Harvard University Press*.

Hayton, David, "The Developing European Dimension of Trust Law", *King's College Law Journal*, Vol. 10: 48.

Hayton, David, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Apr., 1987), pp. 260-282

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", *65 University of Toronto Law Journal* 1-47 (2015).

Hofri-Winogradow, Adam S., "The Demand for Fiduciary Services: Evidence from the Market in Private Donative Trusts", *68 Hastings Law Journal* (2017).

Horowitz, Steven A., "Is an Intentionally Defective Dynasty Trust an Effective Estate Planning Tool?", *Practical Estate and Financial Planning*, (June 2000).

Huft, Michael J & Fox, Charles D., "Asset Protection and Dynasty Trusts", 37 *Real Property, Probate and Trust Journal*", Summer 2002.

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

Knobel, A., "The case for registering trusts – and how to do it", Tax Justice Network, November 2016.

Knobel, A., Meinzer, M., "Drilling down to the real owners – Part 1". Tax Justice Network, May 2016.

Knobel, A., Meinzer, M., "Drilling down to the real owners – Part 2". Tax Justice Network, June 2016.

Laidlaw, Philip. "Shams" in *The Association of Corporate Trustees*, Issue 12, July 2000.

Langbein, John H., "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *The Yale Law Journal*, Vol. 105, No. 3 (Dec., 1995), pp. 625-675.

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), pp. 165-189.

Latham & Watkins, "The Law of Trusts and their Regulation in England and selected Overseas Jurisdictions", *Christian Aid* (June 2015).

Lemann, Thomas B., "Trust: a Common-Law Institution in a Civilian Context", *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol. 8 (1993).

LoPucki, Lynn M., "The Death of Liability", *Yale L.J.* 106, 1 (1996-1997).

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

Matthews, Paul, "Capacity to Create a Trust: the Onshore Problem, and the Offshore Solutions", *Edinburgh Law Review*, Vol. 6 pp 176-198.

Matthews, Paul, "The Asset Protection Trust: Holy Grail, or Wholly Useless?", *The King's College Law Journal*, Vol. 6: 62 (1995-1996).

Maurizio Lupoi, "The Civil Law Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 32:967.

McNair, David R., "Cook Islands Asset Protection Trust Law", *Business, Entrepreneurship, & The Law*, Vol. III:II (2009-2010).

Moore, Malcolm A., "The Joseph Trachtman Lecture The Origin of Our Species: Trust and Estate Lawyers and How They Grew", *ACTEC Journal*, 159 (2006).

Morrow, Edwin P., Goodwin, Rob, "Asset Protection Traps for the Unwary: Fraud, Funding and Future Interests", *Journal of Practical Estate Planning* (April-May 2007).

New Zealand (2016), "Government Inquiry Into Foreign Trust Disclosure Rules", New Zealand, June 2016.

Nussbaum, Arthur, "Sociological and Comparative Aspects of the Trust", *Columbia Law Review*, Vol. 38, No. 3 (Mar., 1938), pp. 408-430.

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

Oshins, Steven J., "The Domestic Asset Protection Trust Ranking the Jurisdictions", *Probate & Property* (2012).

Paterson, D. E., "Charitable Trusts for Relatives", *Otago Law Review*, Vol. 1: 182 (1965-1968).

Real Property, Trust and Estate Law Journal, "Introduction to Creative Planning Opportunities" (2010-2011).

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

Rosenfeld, Carlos, "Antecedentes históricos del fideicomiso", *Revista Verba Iustitiae - Revista de la Facultad de Derecho de Morón* Nro. 7, pág. 109 (1998).

Russo, Matthew, "Asset Protection: an Analysis of Domestic and Offshore Trust Accounts", *Michigan State International Law Review*, Vol. 23.1, 265 (2014-2015).

Sheedy, James, "Civil Law Jurisdictions and the English Trust Idea: Lost in Translation?", *The Denning Law Journal* 2008, Vol. 20 pp 173-183.

Sher, Howard, "A closer look at trust law", *Juta's Business Law Review*, Vol. 13, Part 2 (2005).

Sitkoff, Robert H., "Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency", *Journal of Corporation Law*, Vol. 28, 2003.

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".

The Harvard Law Review Association, "Dynasty Trusts and the Rule against Perpetuities", *Harvard Law Review*, Vol. 116, No. 8 (Jun., 2003), pp. 2588-2609.

Townsend, Melissa G., "Avoiding An Unwanted Invasion Of Trust", *Albany Law Review*, Vol. 1.

Van der Does de Willebois, E., Halter, E. M., Harrison, R. A., Park, J. W., Sharman, J. C., "The Puppet Masters - How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It", *Stolen Asset Recovery Initiative - The World Bank, UNDOC*, 2011.

White, James J., "Corporate Judgement Proofing: A Response to Lynn LoPucki's 'The Death of Liability'." *Yale L. J.* 107, no. 5 (1998): 1363-412.

Ytterberg, Alan V. & Weller, James P., "Managing Family Wealth Through A Private Trust Company", *ACTEC Law Journal*, Vol. 36: 623.

Anexo I: casos globales de registraci3n de fideicomisos

Registro ante cualquier autoridad de todos los fideicomisos creados segun derecho interno y/o todos los fideicomisos creados segun derecho extranjero pero con un fiduciario residente⁷²:

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
S3lo los fideicomisos con fiduciario local (tanto fideicomisos de derecho extranjero como interno)
Australia, Canada, India, Irlanda, Filipinas, Jap3n, Korea y Nueva Zelanda
(No existen fideicomisos de derecho interno), pero no se requiere registrar a fideicomisos de derecho extranjero con fiduciario local)
Andorra, Aruba, Eslovaquia, Eslovenia, Espa3a, Finlandia, Grecia, Islandia, Letonia, Macao, Maldivas, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Suecia y Suiza
Registraci3n de fideicomisos de derecho interno, pero no registraci3n de fideicomisos extranjeros con fiduciario local
Belice, Islas Cook, Curazao, Rep3blica Dominicana, Francia, Islas Marshall, Seychelles, Sudáfrica, Islas San Crist3bal y Nieves, y Uruguay
Registraci3n de fideicomisos extranjeros con fiduciario local, pero no registraci3n de fideicomisos de derecho interno
Chile
Ni los fideicomisos de derecho interno ni 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, Méxic3, 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

⁷² Análisis basado en el Financial Secrecy Index edici3n 2015, véase:

<http://www.financialsecrecyindex.com/jurisdictions/database>; 23.6.2016. No incluye la 4ta Directiva de la Uni3n Europea Anti-Lavado de Dinero porque a Diciembre de 2016 la Directiva s3lo cubre los fideicomisos que generan consecuencias fiscales.

Anexo II: casos reales de fideicomisos abusivos

- **In re Wilson (evasión de impuestos, autoridades fiscales como el acreedor)**

"Observando los términos del Fideicomiso Huval para determinar y efectuar la intención del fiduciante, es claro para este tribunal que la Sra. Huval no tenía la intención de que las distribuciones de ingresos del fideicomiso fueran destinadas a los acreedores de su hija. Como madre, la Sra. Huval quería ayudar a su hija, pero al parecer tenía preocupaciones sobre las habilidades financieras de ella. Así que eligió dos métodos, cada uno reconocido y establecido bajo la ley de Texas, para proteger a su hija de una imprudencia en la administración de bienes. En primer lugar, estableció un fideicomiso en el que el fiduciario tiene absoluta discreción en la distribución de los fondos disponibles.

El Fiduciario o bien podría retener fondos o pagarlos para el beneficio del Deudor/Beneficiario. El Fiduciario no está obligado a pagar los fondos directamente al Deudor/Beneficiario. La Sra. Huval solicitó específicamente que todo ingreso y/o ingresos acumulados no distribuidos al momento del fallecimiento del [Deudor/Beneficiario] se distribuirán a sus descendientes. Esta es una clara declaración de que el Fiduciario no está obligado a distribuirle nada al Deudor/Beneficiario durante su vida. Ambas partes están de acuerdo en que, cuando un beneficiario tiene derecho solamente a la parte de los bienes fideicomitados que el fiduciario, en su discreción incontrolada, decide darle, el beneficiario no puede obligar al fiduciario a pagar nada a o en nombre del beneficiario y no hay ningún activo que pueda ser embargado o ejecutado por la autoridad fiscal. El tribunal considera que éste es el caso del Huval Trust.

En segundo lugar, la Sra. Huval ordenó específicamente en la cláusula para pródigos que ninguna parte del patrimonio del fideicomiso, bajo ninguna circunstancia, debería ser usada para el pago de ninguna de las deudas, responsabilidades u obligaciones del beneficiario o estar sujeta a incautación por cualquier reclamante o acreedor del beneficiario. Las cláusulas para pródigos son conocidas en Texas como un método para prevenir que los acreedores accedan a cualquier parte de un fideicomiso. **Permitir que el Servicio de Impuestos Internos [o IRS por sus siglas en inglés] acceda a cualquier parte del fideicomiso en cuestión frustraría las intenciones de la Sra. Huval y privaría a los beneficiarios residuales de lo que es suyo por derecho.**

En este momento no hay ningún activo que pueda ser embargado o ejecutado por la autoridad fiscal. El Deudor/Beneficiario no puede forzar distribuciones. Por lo tanto no habrá ninguna propiedad sujeta a un gravamen del IRS. **El IRS debe esperar una distribución del Fiduciario " 81 (énfasis añadido).**

- **"El caso de subvención por evasión de impuestos (autoridades fiscales como acreedores)**

En 1983 y 1984, Raymond Grant estableció un fideicomiso offshore en las Bermudas y otro en la Isla de Jersey, con un fideicomiso beneficiándolo a él mismo y el otro beneficiando a su esposa, Arline. Las pruebas demostraban que Raymond administraba los fideicomisos y los asuntos pertinentes, y que Arline tenía poco que ver con ellos. Raymond también manejó mal los asuntos fiscales de la pareja, por lo cual recibió una sentencia de USD 36 millones en impuestos en favor de los Estados Unidos. Raymond falleció, entonces los EE.UU. llevaron a cabo una variedad de estrategias para acceder al dinero de los fideicomisos offshore de los Grant; una de ellas fue tratar de forzar a Arline a designar un nuevo fiduciario. Nada de esto funcionó, y finalmente los EE.UU. declararon a Arline en rebeldía ante la Corte hasta que el dinero regresara a los EE.UU. Sin embargo, el tribunal decidió "Me resisto

culpar a señora Grant por la negación de sus fiduciarios de repatriar los fideicomisos. En consecuencia, me parece que la señora Grant ha demostrado que no es capaz de repatriar los fideicomisos offshore y rechazo la solicitud". Si Arline hubiera actuado con más inteligencia, se habría salido con la suya. Sin embargo, lo que EE.UU. investigó, en 2011, fue que, aunque Arline había negado previamente tener control sobre los fideicomisos, había recibido USD 221.000 de los fideicomisos, los cuales fueron depositados en las cuentas bancarias de sus hijos. ¡Bingo!

Mientras que el IRS finalmente se salió con la suya, un analista describió cómo los evasores de impuestos podrían haber salido ilesos, si hubieran sido mejor asesorados: Supongamos que antes de que Raymond Grant acudiera a los refugios fiscales que le causaron problemas, Raymond y Arline hubieran financiado un clásico fideicomiso de planificación patrimonial doméstico e irrevocable en beneficio de los hijos de Grant. En este sencillo fideicomiso, Raymond y Arline hubieran donado la mayor parte de sus activos, no tanto como para volverlos insolventes, pero una buena cantidad. En tal caso, los activos que Raymond y Arline probablemente podrían haber sido protegidos de sus posteriores acreedores, y luego, presumiblemente, las distribuciones podrían haber sido hechas de forma legítima y transparente a sus hijos, quienes luego proporcionarían apoyo a Raymond y Arline en caso de necesitarlo".⁸²

- **Scheffel v. Krueger (activos del beneficiarios protegidos incluso tras el abuso sexual a un menor de edad)**

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 satisfacer 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 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. McGee (los activos del beneficiario protegidos incluso contra víctimas de homicidio)**

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".

Anexo III: diferencia entre protección de activos de un fideicomiso y de una sociedad comercial

Responsabilidad limitada de sociedad comercial	Fideicomiso offshore abusivo	Fideicomiso común
<p>En 1990 Juan constituye una sociedad comercial y la capitaliza con \$ 10 millones. Él es el único accionista.</p> <p>En 2016 Juan atropella a María con un auto, en un accidente.</p> <p>Juan no tiene activos a su nombre, excepto las acciones de la empresa (que todavía tiene \$ 1 millón en activos societarios).</p> <p>María puede obtener judicialmente algunas o todas las acciones de la empresa de Juan para reparar su daño.</p>	<p>En 1990 Juan crea un fideicomiso en las Islas Cook como único fiduciante y beneficiario y le transfiere \$ 10 millones. Él controla al fiduciario discrecional a través de un protector.</p> <p>En 2016 Juan atropella a María con un auto, en un accidente. Juan no tiene activos a su nombre. María quizá nunca descubra que Juan es el fiduciante y beneficiario de un fideicomiso. Incluso si ella lo descubre, María no puede reclamar fraude en la creación del fideicomiso (<i>fraudulent conveyance</i>) porque la acción prescribió.</p> <p>Al mismo tiempo, el fiduciario puede usar su discreción para no entregarle una distribución a Juan, mientras éste tenga acreedores. Si el país de residencia de María no reconoce a estos fideicomisos donde el fiduciante es el único beneficiario (<i>self-settled trust</i>), o donde el fideicomiso es discrecional, o donde el fiduciante retiene control, ella puede tratar de probar que el fideicomiso es inválido e intentar que se aplique al fideicomiso la ley de su jurisdicción, y no la de Islas Cook. Dependiendo de su suerte, María podría eventualmente llegar a los activos del fideicomiso después de mucho esfuerzo. Si el fideicomiso es meramente discrecional, pero hay otros beneficiarios potenciales, es probable que María no obtenga nada.</p>	<p>En 1990 Juan creó un fideicomiso en los Estados Unidos en beneficio de su hijo Pablo, y puso \$ 10 millones en el fideicomiso. El fideicomiso es manejado por un fiduciario independiente. El fideicomiso tiene estipulaciones para pródigos (<i>spendthrift provisions</i>) y establece que Pablo sólo puede recibir una distribución después de 2030.</p> <p>En 2016 John atropella a María con su auto en un accidente. Pablo, conduciendo detrás de Juan, también hiere a María. Ni Juan ni Pablo tienen activos a su nombre. María puede que nunca se entere de la existencia del fideicomiso, pero incluso si lo hace, ella no tendría ningún derecho contra Juan (él no tiene ningún control sobre el fideicomiso) ni contra Pablo (él sólo tiene derecho a recibir una distribución dentro de 14 años, en el año 2030), María tendría que esperar 14 años para poder acceder sólo el monto que le fuera distribuido a Pablo.</p>