

PROTECCIÓN DE ACTIVOS

Para Profesionales
Empresarios e Inversionistas

Gary A. Forster, J.D, L.L.M

PROTECCIÓN DE ACTIVOS

para

Profesionales, Empresarios e Inversionistas

Gary A. Forster

Protección de Activos para Profesionales, Empresarios e Inversionistas. Derechos de Autor © 2013 por Aspire Publishing, LLC. Todos los derechos reservados. Ninguna parte de este libro puede usarse o reproducirse en ningún aspecto sin permiso por escrito, excepto, únicamente en el caso de citas breves incorporadas en artículos críticos y reseñas.

SEGUNDA EDICIÓN

Se ha solicitado Catalogación en Datos de Publicación (de la Biblioteca del Congreso (Library of Congress Cataloging-in-Publication Data).

ISBN: 978-0-9882183-1-4 (Tapa dura)

Traducido de inglés a español por Isabel Alzate.

Prólogo

Este libro proporciona una visión general de las estrategias disponibles para proteger la riqueza de los acreedores. No es un tratado jurídico exhaustivo, sino más bien una explicación concisa de las estrategias de planificación más pertinentes. El libro también incluye perspectivas históricas para ayudar al lector a entender cómo se han desarrollado varias técnicas de protección de activos.

En su interior, encontrará una variedad de herramientas de planificación potencialmente adecuadas para un amplio espectro de profesionales, empresarios e inversionistas. Aunque el libro ayudará al lector en la comprensión de la ley de protección de activos, no puede ser tomado como consejo jurídico. Las estrategias contenidas en este libro no son un sustituto de un análisis profesional de cualquier circunstancia particular.

Agradecimientos

Sin la ayuda de algunas personas, el libro nunca se habría materializado.

Primero necesito agradecer a mi esposa, Lorna, por su tremenda paciencia y consideración. La escritura del libro tomó el doble del tiempo que yo había prometido. Abarcó el embarazo, el nacimiento y dos cumpleaños de nuestro primer hijo. Lorna también tuvo los comentarios más perspicaces de cualquiera que leyó el libro antes de la publicación.

Mi madre, Karen, dedicó incontables horas para ayudarme a compilar y escribir mis notas iniciales, para formar la estructura preliminar del libro. Su devoción a mi fijación en el detalle fue decisiva.

La excelente digitación y formateo de Nancy Rarden, salvaron mi cordura e hicieron posible la publicación.

Mis asistentes de investigación, Adam Russo y Ashley Feasley, encontraron justo el apoyo legal adecuado y las citas precisas para mantenerme en el “camino correcto”. Estoy muy agradecido por su ayuda

Gracias a todos por apoyarme.

Gary A. Forster

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	1
Capítulo 1: Nuestro Sistema Jurídico	9
1.1 Sistema de Derecho Consuetudinario	9
1.2 Tribunales de Equidad	12
1.3 Planificación de la Jurisprudencia y de la Protección de Activos	14
Capítulo 2: La Historia de la Protección de Activos	19
2.1 Ley de Fideicomiso Inglesa	19
2.2 Bancarrota.....	22
2.2.1 Casos de Bancarrota como Recurso	22
2.2.2 Ley de Bancarrota en General.....	23
Capítulo 3: La Ley de Fideicomiso Moderna	27
3.1 El Fideicomiso para Pródigos Moderno.....	28
3.2 Fideicomisos Nacionales de Protección de Activos	33
Capítulo 4: Activos Exentos	41
4.1 Requisitos de Residencia	43
4.2 Vivienda Familiar	43
4.2.1 Vivienda Familiar en General.....	43
4.2.2 Exención de Vivienda Familiar de Florida.....	49

	4.2.3	Bancarrota y Havoco.....	51
4.3		Cuentas de Plan de Jubilación.....	53
	4.3.1	ERISA.....	53
	4.3.2	Bancarrota y el IRS.....	56
	4.3.3	Planes de Jubilación no ERISA.....	57
4.4		Exención de Salarios.....	60
4.5		Seguro de Vida.....	63
	4.5.1	Tipos de Seguros de Vida.....	64
	4.5.2	El Seguro de Vida como Activo Protegido.....	67
	4.5.3	Seguro de Vida Extranjero.....	71
4.6		Anualidades.....	75
	4.6.1	Anualidades Nacionales.....	75
	4.6.2	Anualidades Extranjeras.....	83
4.7		Activos Misceláneos Exentos en Bancarrota.....	84
4.8		Propiedad Conyugal.....	85
Capítulo 5:		Transferencias Fraudulentas	93
	5.1	Historia de los Estatutos de Transferencia Fraudulenta	97
	5.2	Intención Fraudulenta Constructiva...	104
	5.3	Insignias de Fraude	106
	5.4	Transferencias Fraudulentas, No Fraude.....	108
	5.5	Reclamaciones del Gobierno	110
	5.6	Código de Bancarrota	112
	5.7	Casos de Bancarrota.....	114
Capítulo 6:		Elección de Ley.....	117
	6.1	Conflictos de Leyes Costa Afuera –	

	La Base para la Planificación Extranjera.....	123
6.1.1	Ventajas de la Planificación Extranjera.....	123
6.1.2	Ventajas Específicas del Fideicomiso Costa Afuera	132
6.2	Recursos Extraordinarios del Acreedor	139
6.3	Política Pública como Recurso del Acreedor en Bancarrota	146
6.4	Cobro Costa Afuera / Casos de No Bancarrota.....	155
6.5	Reclamaciones del Gobierno	159
Capítulo 7:	Estructuras de Negocios	169
7.1	Corporaciones y Protección de Activos “Interna”	169
7.1.1	Corporaciones en General.....	169
7.1.2	Corporaciones Extranjeras.....	175
7.2	Entidades Protegidas de Órdenes de Cobro y Protección de Activos “Externa”	177
7.2.1	Sociedades	180
7.2.2	La Compañía de Responsabilidad Limitada	185
Capítulo 8:	Una Palabra sobre Confidencialidad	219
Capítulo 9:	Seguro de Propiedad y de Accidentes	225
9.1	Responsabilidad General y	

	Profesional	225
9.2	Responsabilidad Civil de Automóviles	229
9.3	Conclusión	233
Capítulo 10: Liquidación de Capital		235
Capítulo Final: Caso de Estudio		241
Bibliografía		253

Introducción

La protección de activos es un cuerpo de leyes en desarrollo, que establece los límites dentro de los cuales se planifica para posibles demandas de acreedores. La planificación de protección de activos presenta una propuesta muy atractiva: Si su estilo de vida o profesión lo expone a un litigio y la ley ofrece protección contra potenciales acreedores, ¿por qué no implementar dichas protecciones?

Los activos desprotegidos están expuestos a los acreedores. La protección está disponible en una variedad de fuentes estadounidenses y extranjeras. La ley de protección de activos se basa principalmente en (i) legislación que protege activos particulares y (ii) estructuras de fideicomiso y corporativas dentro de las cuales se protegen activos vulnerables. Las estrategias de protección de activos implican la adquisición de activos exentos de acreedores y la titulación de activos desprotegidos en

Protección de Activos

fideicomisos y entidades empresariales. Aunque el gobierno federal, los cincuenta estados americanos y ciertos gobiernos extranjeros han promulgado leyes que protegen activos, las leyes varían drásticamente. Las opciones específicas de planificación dependen de la profesión, riqueza, estilo de vida y domicilio del individuo.

Las leyes que rigen la protección de los acreedores son a menudo vagas. Legislación ambigua deja la interpretación a los tribunales. Las decisiones de los tribunales de apelación son vinculantes para los tribunales inferiores y son conocidas como “jurisprudencia”. La discrecionalidad judicial (para determinar el significado preciso de un estatuto) conduce a decisiones impredecibles e incertidumbre en la ley de recaudo. Por lo tanto, los estatutos más protectores y judicialmente aceptados deben ser utilizados en la planificación de la protección de activos.

Afortunadamente, la interpretación judicial irrazonable es relativamente poco común. Dada la búsqueda, a menudo infructuosa, de demandar a un acusado insolvente o con activos protegidos, relativamente poca jurisprudencia define los límites de la protección efectiva de activos. Aunque se puede confiar en la mayoría de los estatutos de exención establecidos y en la ley de fideicomiso, la efectividad de las estrategias más recientes de protección de activos está ampliamente no probada.

La planificación exitosa de la protección de activos depende, en gran medida, de una implementación adecuada antes de enfrentarse a las demandas de los acreedores. La clave para un plan efectivo de protección de activos es la

planificación. Una vez que ha ocurrido un evento de responsabilidad o una demanda ha sido presentada, las estrategias de protección dejan de estar disponibles. Aunque las transferencias reaccionarias costa afuera trasladan activos expuestos fuera del alcance de los tribunales nacionales, las medidas evasivas tienden a enfurecer a los jueces y han llevado a órdenes de desacato y tiempo en prisión. Evitar los abusos percibidos es tan importante como implementar protecciones legales.

La mayoría de los jueces tienen antecedentes limitados en materia de protección de activos, fideicomiso o derecho corporativo. Los jueces son por lo general exfiscales o abogados litigantes con poca o ninguna formación en las sutilezas del fideicomiso o de estructuras corporativas. Los litigios tienden a ser orientados a los hechos, decididos sobre los méritos de “lo correcto y lo incorrecto”. Por esta razón, la planificación de protección debe reflejar intenciones de buena fe para implementar protecciones sin ambigüedades, especialmente cuando se aíslan activos ubicados en los Estados Unidos.

Cada individuo debe tener un plan de protección de activos estructurado de forma única, adecuado de la mejor manera para su profesión particular, estilo de vida y participaciones. Por ejemplo, los propietarios de una empresa activa deberían segregar los activos de la empresa de los activos personales. Las operaciones de negocios crean obligaciones que pueden convertirse en responsabilidad del propietario de la empresa, si ésta no está debidamente organizada y operada. Un aspecto básico de cualquier estructura viable de protección de activos es la

Protección de Activos

restricción de los acreedores comerciales a los activos del negocio (para proteger al propietario del negocio del riesgo personal). Por lo tanto, los activos de negocios deben estar separados de las deudas personales del propietario de la empresa.

Muchos “expertos” creen que la protección de activos solo puede ser lograda exitosamente, como un efecto secundario de la planificación patrimonial o corporativa. En otras palabras, los planificadores a menudo hacen grandes esfuerzos para reflejar una planificación patrimonial o propósito de negocio, como la principal motivación para la reestructuración de la protección. Este enfoque tiene cierta validez porque las intenciones de la planificación patrimonial o corporativa pueden anular una demanda de un acreedor sobre que los activos (usados para financiar un negocio o un plan patrimonial) fueron transferidos para obstaculizar el recaudo. Sin embargo, pretender que la protección de activos es una preocupación colateral (para apaciguar un juez que más tarde decidirá sobre la estructura) puede pasar por alto el punto.

Las protecciones aplicables pueden ser implementadas únicamente para proteger los activos de los acreedores. La promoción de múltiples propósitos puede ser eficiente, pero las prioridades deben ser definidas con precisión. Alcanzar un objetivo podría comprometer a otro. Por ejemplo, la planificación del impuesto al patrimonio generalmente implica estrategias de donación y transferencia que pueden socavar la planificación óptima de protección de activos. Si la planificación patrimonial es la

prioridad, las herramientas de protección de activos más eficaces pueden no estar disponibles.

Aunque no es una condición para la protección de los acreedores, abordar la planificación beneficiosa del patrimonio y estrategias corporativas puede ser prudente. Dependiendo de las circunstancias, la planificación de la protección de activos se puede llevar a cabo, potencialmente, como parte de la planificación patrimonial o corporativa. La estructuración de negocios, por ejemplo, implica la limitación de la responsabilidad de los socios, funcionarios y directores.

Gran parte del valor derivado de la planificación de la protección de activos radica en la barrera financiera a la que se enfrentan los acreedores que intentan recaudar activos protegidos. Incluso una modesta planificación de protección de activos armará al deudor con una base legal para defender el recaudo. Dichas defensas se traducen en mayores costos de litigio para el demandante (o el abogado del demandante, demandando para recuperar un pago de contingencia). El gasto de litigios establece un monto mínimo de recuperación, por debajo del cual el acreedor perderá dinero al demandar. La planificación de protección inevitablemente eleva el piso mínimo de recuperación.

La justificación para la protección de activos se ilustra mediante los métodos de evaluación de casos del abogado de juicio. Los abogados de juicio (generalmente practicando lesiones personales o ley de responsabilidad de productos) pagan los costos del litigio (con la intención de compartir el recaudo de la sentencia hecho por el cliente).

Protección de Activos

Los abogados de juicio son los luchadores callejeros del litigio, consumados en la suma de un acusado y el cálculo de los riesgos y recompensas de entrar en el cuadrilátero. Cuando un abogado de juicio es presentado con un acusado potencialmente insolvente, no asegurado o sin protección de activos, el pugilista generalmente pasará de arriesgar el tiempo, energía y dinero necesarios para ganar un juicio probablemente incobrable. Los abogados de juicio comprenden íntimamente que los méritos de una demanda judicial no pagarán los honorarios legales.

Por el contrario, el “litigante civil” (también conocido como “litigante comercial”) por lo general trabaja a través de una firma más grande con bienes raíces corporativos y otros tipos de abogados de negocios. La firma de negocios usualmente no puede tomar el riesgo de perder honorarios y costos asociados, con un acuerdo de honorarios de contingencia. El litigante comercial debe facturar al demandante por hora (independiente de los riesgos financieros o ganancias del cliente). El cliente por sí solo asume el riesgo de perder el caso (o ganar un juicio incobrable). Como resultado, la relación entre el litigante civil y su cliente puede ser bastante tensa.

A la luz de la falta de motivación financiera del litigante comercial para recaudar una sentencia, las disputas comerciales se litigan sobre los méritos de la demanda (no la probabilidad de que el acusado pague una sentencia). Casos comerciales contra demandados armados con un sólido plan de protección de activos a menudo se inician, pero eventualmente se resuelven (cuando el demandante se da cuenta que el pago oportuno es improbable).

Protección de Activos

Los siguientes capítulos tratan una variedad de estrategias de planificación de protección de activos.

Protección de Activos

Capítulo 1: Nuestro Sistema Jurídico

“[El derecho consuetudinario] se erige como un monumento levantado lentamente, como un arrecife de coral, de las diminutas acreciones de individuos pasados, de los cuales cada uno construyó sobre las reliquias que dejaron sus predecesores y, a su vez, dejó un fundamento sobre el cual sus sucesores podrían trabajar.” – Learned Hand (1922)¹

1.1 Sistema de Derecho Consuetudinario

Nuestro sistema de “derecho consuetudinario” difiere radicalmente de lo que se conoce como jurisdicciones del “derecho civil” (que se encuentran en

¹ Learned Hand, Reseña del libro, 35 Harv. L. Rev. 479 (1922) (Revisando Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, (1921).

Protección de Activos

Europa continental y Sur América). Los sistemas de derecho civil están basados en un detallado código legal de “estilo Napoleónico”, aplicado estrictamente por un juez de hecho. No hay jurados. El sistema de “derecho consuetudinario” de los Estados Unidos, se ampara en los jurados para aplicar los hechos de un caso a la ley existente. Los jueces de apelación interpretan el derecho legislado y remodelan la jurisprudencia existente a través de hechos presentados por nuevos casos. Los Estados Unidos heredaron el sistema de ley estatutaria inglés, el cual reconoce como fundamental el derecho a ser juzgado por sus pares.

Los legisladores suelen aprobar estatutos ambiguos, dejando la determinación del significado preciso de la ley a jueces y jurados, caso por caso. La jurisprudencia de apelación generalmente regula nuevos casos con hechos similares. Un nuevo recurso con hechos diferentes puede permitir (o incluso requerir) que el tribunal cree una nueva “jurisprudencia.” A diferencia del sistema de derecho civil, el derecho consuetudinario a menudo otorga al juez que preside, una discreción sustancial para determinar los derechos y recursos de los litigantes.

El sistema de derecho consuetudinario permite el uso de sentencias de sentido común, para distinguir los hechos de un caso particular y evitar un resultado inapropiado (lo cual no es raro en el contexto de un derecho civil rígido). En otras palabras, el sistema de derecho consuetudinario promueve el “espíritu de la ley” en lugar de simplemente la “letra de la ley.” Una desventaja obvia del sistema es, sin embargo, la incertidumbre creada por los

jurados y la discrecionalidad judicial. Así, incluso en asuntos aparentemente claros, los litigantes no pueden determinar con certeza cómo un jurado o un tribunal de apelación decidirá.

La discrecionalidad judicial ha resultado, por ejemplo, en un sistema de responsabilidad civil, generalmente ilimitado, de los Estados Unidos. Potenciales reclamaciones por lesiones personales y recuperaciones monetarias son limitadas solo por la imaginación del abogado del demandante. Por ejemplo, el promedio de los otorgamientos de jurados por negligencia médica aumentó un 76% entre 1996 y 1992.² En 2009, el promedio de grandes veredictos del jurado aumentó de USD 112 millones a USD 145 millones.³ Unos pocos otorgamientos recientes del jurado, reflejan la naturaleza aleatoria y emocional del litigio civil de los Estados Unidos.

- USD 370,000,000 por difamación en California, donde cinco exempleados de Georges Marciano, cofundador de Guess Jeans, demandaron a Marciano, después de que Marciano acusó a los empleados de robar su identidad.

² Ver Jay Copp, Una Profesión en Riesgo, Asociación Americana de Cirujanos Neurológicos, Vol. 20, Número 3 (2001) disponible en <http://www.aans.org/Media/Article.aspx?ArticleId=10022>

³ Tony Ogden, El Veredicto está en el Top 10 de Los Veredictos del Jurado de 2010, Detroit Legal News, enero 21, 2011, disponible en www.legalnews.com/detroit/845937.

Protección de Activos

- USD 300,000,000 de demanda colectiva al tabaco en Florida, donde los demandantes sufren de enfisema permanente.
- USD 157,000,000 por daños por muerte por negligencia por un mal funcionamiento de un puesto de árbol en Indiana.
- USD 60,000,000 por negligencia médica por una cirugía plástica fallida en Nueva York.
- USD 49,000,000 por lesiones cerebrales sufridas en un accidente automovilístico en Illinois.
- USD 29,600,000 por lesiones que el demandante recibió de un accidente de tren en Illinois.
- USD 2,860,000 por el dolor de una taza de café caliente que se derramó en el regazo del demandante en Nuevo México.
- USD 2,300,000 por lesiones sufridas por un demandante en estado de embriaguez, quien tropezó frente a un tren del metro en Nueva York.

1.2 Tribunales de Equidad

El sistema legal inglés temprano, era rígido y técnico debido a su dependencia en el sistema de “orden judicial.” Una orden judicial permitió a un inglés demandar

a uno de los súbditos del Rey bajo ciertas circunstancias limitadas. El sistema de orden judicial solo permitía recursos legales para órdenes judiciales específicas (después conocidas como “causas de acción”). Si no existía ninguna orden judicial para el daño sufrido, no había ningún recurso disponible.⁴ Por lo tanto, la introducción de los nuevos recursos legales a través de los tribunales de “ley” del Rey era muy difícil. Los tribunales eclesiásticos alternativos (con jurisdicción sobre asuntos espirituales y personales, como el matrimonio y el divorcio) a menudo no tenían jurisdicción para decidir sobre demandas con un recurso legal. Si en el derecho consuetudinario o en los tribunales eclesiásticos no existía ningún recurso para una parte lesionada, la parte afectada tenía una vía de recurso: pedir al rey o a su consejo por alivio. Tradicionalmente, era el canciller del Rey quien recibía estas peticiones. Con el tiempo, el canciller del Rey se convirtió en “custodio de la conciencia del Rey”, implementando reglas de equidad y justicia (en lugar de tecnicismos legales), para asegurar a la parte lesionada alguna forma de reparación⁵. El acuerdo se conoció como “tribunales de equidad.”

Incluso después de que los asuntos personales fueran secularizados y removidos de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos ingleses, los tribunales de equidad permanecieron como una institución jurídica paralela a los

⁴ Albert Hutchinson Putney, *Introduction to the Study of Law*, Popular Law Library, 167 (Cree Publishing Co.) (1908).

⁵ George Gleason Bogert, *Handbook of the Law of Torts*, 10 (West Pub. Co., St. Paul) (1921).

Protección de Activos

tribunales de derecho consuetudinario.⁶ Las colonias americanas heredaron esta estructura legal. El gobierno federal de los Estados Unidos combinó más tarde el derecho consuetudinario y los tribunales de equidad, para empoderar a un juez para dictar sentencias basadas en principios de ley o equidad, dependiendo de las circunstancias del caso. Los principios de justicia basados en la equidad siguen funcionando hoy en día. Esto es especialmente importante en el área de protección de activos, donde la equidad o “imparcialidad” pone a prueba los límites de la planificación permisible. Por ejemplo, si un deudor es un llamado “mal actor”, el tribunal puede verse tentado a ignorar protecciones aplicables como injustas.

1.3 Derecho Consuetudinario y Planificación de la Protección de Activos

Teniendo en cuenta la discrecionalidad judicial (e incertidumbre) inherente a nuestro sistema de jurisprudencia, las técnicas de protección de activos deben aprovechar las protecciones legales establecidas sin elevar el espectro del abuso. En otras palabras, un plan debe estar claramente de acuerdo con los estatutos existentes y las protecciones de la jurisprudencia. Si es impugnado, el plan no debe permitir al juez que preside ninguna ambigüedad en cuanto a los hechos que rodean la implementación del plan o las protecciones legales implementadas.

⁶ A.D.E. Lewis ed. History of English Law, 20 (External Pub., London, 2nd Ed.) (1998).

Un ejemplo de una estructura de protección que surge del derecho consuetudinario es el fideicomiso irrevocable. Históricamente, el fideicomiso irrevocable es financiado por un “otorgante” o “fideicomitente” en beneficio de un “beneficiario” separado. El otorgante no tiene acceso a los activos del fideicomiso. El fideicomiso irrevocable es un mecanismo verdadero y probado para la protección de los activos del fideicomiso. Las leyes que protegen activos controlados por un “fiduciario” para un beneficiario, pueden ser rastreadas cientos de años y han sido codificadas por los cincuenta estados.

Los fideicomisos que nombran al fideicomitente como beneficiario, son llamados fideicomisos “autoestablecidos” y tradicionalmente no protegen los activos del fideicomiso de acreedores del fideicomitente. Sin embargo, doce estados de los Estados Unidos han introducido “fideicomisos de protección de activos” reglamentarios, los cuales permiten a un otorgante financiar un fideicomiso para el beneficio propio del otorgante. Estos estados son Alaska, Colorado, Delaware, Hawai, Missouri, Nevada, Nuevo Hampshire, Rhode Island, Dakota del Sur, Tennessee, Utah y Wyoming.⁷ Estos fideicomisos se desvían de los parámetros clásicos del derecho consuetudinario, al permitir al otorgante financiar su propio fideicomiso protector. Los fideicomisos autoestablecidos de protección, son un ejemplo de protecciones recientes que aún no han sido validadas por los tribunales. Aunque los

⁷ Charles D. Fox IV, *Hawaii Enacts Domestic Asset Protection Trust Litigation and Reinstates Separate State Estate Tax*, McGuire Woods Newsletter, agosto 3 2010, disponible en www.mondaq.com/unitestates/article.asp?articleid=106992

Protección de Activos

fideicomisos “autoestablecidos” de protección históricamente solo han estado disponibles costa afuera, desde 1997 estos doce estados de los Estados Unidos han promulgado legislación que protege a dichos fideicomisos. A la luz de la prohibición histórica de proteger los activos del fideicomiso disponibles para el otorgante, la aplicabilidad de tales protecciones sigue siendo poco clara y está sujeta a revisión judicial. Por lo tanto, se debe tener precaución antes de implementar protecciones no probadas como los fideicomisos nacionales autoestablecidos.

Los estatutos federales y estatales de “exención”, protegen de manera independiente ciertos activos. Dichos estatutos no requieren una estructura de propiedad o fideicomiso especial. Cuanto más precisa sea la protección estatutaria, menor será la probabilidad de una “legislación” judicial. Por ejemplo, si un estado protege el valor en efectivo del seguro de vida que poseen sus residentes, puede no estar claro que la protección se extiende al seguro de vida “universal variable.” En un caso donde un juez considera injusto proteger un activo de un acreedor legítimo, incluso la más leve ambigüedad en el lenguaje protector podría interpretarse en contra de deudor.

La planificación más efectiva limita la discrecionalidad judicial al implementar entidades fiduciarias y empresariales históricamente aceptadas, junto con exenciones estatutarias precisas. Cuanto más arraigado esté el método de protección del derecho consuetudinario, menor será la probabilidad de que el juez altere el plan. Cuanto más claro sea el lenguaje estatutario que protege un activo en particular, menos espacio habrá para la

interpretación judicial contraria a los objetivos de protección. La buena fe del deudor y la clara finalidad o política pública que subyace a un estatuto protector (como las exenciones de los acreedores para los activos de vivienda y retiro) también disminuirán las posibilidades de intervención judicial.

Protección de Activos

Capítulo 2: La Historia de la Protección de Activos

“El fideicomiso es un organismo jurídico complejo que sobrevive en la propiedad privada. Sus formas tempranas son anteriores, incluso, a la conquista Normanda. El fideicomiso . . . es el producto de siglos de evolución. [Es] un ‘instituto’ de gran elasticidad y generalidad; tan elástico, tan general como un contrato”- Charles Rounds (1999)⁸

2.1 Ley de Fideicomiso Inglesa

La práctica de la planificación de la protección de activos probablemente comenzó como una reacción al derecho consuetudinario de Inglaterra. En la edad media, el

⁸ Charles E. Rounds, Jr., *Loring – A Trustee’s Handbook* 3-4 (Nueva York: Aspen Publishing, Inc. 1999).

Protección de Activos

sistema feudal impuso cargas financieras onerosas a los propietarios de bienes raíces, dando derecho al señor feudal a una “compensación.” Usualmente, la compensación consistía en pagos por el “otorgante de un feudo,” o el dueño de la propiedad. Los pagos se debían a la ocurrencia de ciertos acontecimientos, tales como el paso de la propiedad a un heredero, el matrimonio de una hija, el nombramiento como caballero del hijo mayor o la tenencia de un “arrendatario” para el rescate.

Para evitar el pago de compensación, los dueños de propiedades inglesas “enfeudarían,” o transferirían el título legal a, un “feudatario para usos” (posteriormente conocido como un “fiduciario”). El feudatario estaba obligado, por acuerdo, a dirigir las ganancias y los ingresos de las ventas a un “cestui que use” (posteriormente conocido como un “beneficiario”).⁹ Esta maniobra del siglo XI permitió al propietario evitar las cargas financieras del título legal. El otorgamiento del título legal en un fiduciario también tomó ventaja de la ausencia de los derechos de los acreedores a la propiedad del fideicomiso. Ni el fideicomitente, ni el fiduciario o el beneficiario, tenían derecho a los activos de un fideicomiso que pudiera beneficiar a sus acreedores. Un inglés podría colocar activos con un amigo o familiar de confianza “en fideicomiso” para sus hijos. El fiduciario estaba atado por los términos del fideicomiso y no podía beneficiarse personalmente o exponer los activos del fideicomiso.

⁹ George G. Bogert, et al., *The Law of Trusts and Trustees* § 2 (3d ed. 2007).

Los fideicomisos también se usaban para: (i) derrotar la recaudación de impuestos, (ii) prevenir que el gobierno tomara activos de un individuo que cometió traición, y (iii) derrotar demandas de inquilinos contra propietarios. Beneficios adicionales de transferir la propiedad a un fiduciario son, la evitación de la divulgación pública y el costo asociado con la transferencia de bienes raíces de una generación a la siguiente. La propiedad del fideicomiso está protegida y la identidad del beneficiario se mantiene en secreto.

Los “usos” (el nombre temprano para los fideicomisos) llegaron a ser tan populares en la Inglaterra Medieval que, por la época de Henry V (1413-1422), eran la forma predominante de propiedad de la tierra. Así nacieron los orígenes del siglo XV de la planificación de activos moderna. Los fideicomisos medievales eran tan eficaces, que inicialmente no existían medios legales para llegar a los activos transferidos por delincuentes o deudores a un fideicomiso. La propiedad sujeta a confiscación o ejecución hipotecaria no podía ser alcanzada por el acreedor (o víctima) una vez transferida al fideicomiso. Para obviar la injusticia creada por el derecho a evitar un acreedor, se promulgó el predecesor de la actual Ley de Transferencia Fraudulenta. Dicha ley es discutida en el Capítulo 6.

La historia inglesa a menudo causa que los estadounidenses iguallen la protección de activos moderna con la ley de fideicomiso. Los estadounidenses continúan la tradición inglesa, mediante la utilización de fideicomisos para pasar la riqueza de forma segura de una generación a

Protección de Activos

la siguiente. El fideicomiso es el precursor vivo de la protección de activos moderna.

2.2 Bancarrota

2.2.1 Casos de Bancarrota como Recurso

La jurisprudencia de los Estados Unidos es establecida por el tribunal de apelaciones precedente. Por lo tanto, los tribunales de apelación estatales y federales definen los límites de las técnicas de protección de activos aplicables. Los acreedores, sin embargo, rara vez invierten en una apelación (potencialmente creando nueva jurisprudencia) sin la perspectiva de un gran día de pago. Por esta razón, los deudores sin recursos o con activos protegidos no suelen valer la pena. Como resultado, el litigio colectivo ha generado relativamente pocas decisiones de “jurisprudencia” de apelación. Los límites de la protección de activos permisible se han desarrollado muy lentamente en los tribunales estatales. En ausencia de jurisprudencia de estado, debemos mirar casos de bancarrota federal para interpretar los derechos de los acreedores.

Los litigios de bancarrota tratan sobre la determinación legal del derecho de un deudor a retener activos valiosos. Aunque la bancarrota generalmente implica una petición para la liquidación de una deuda (poseída por un deudor insolvente), el deudor debe (en una bancarrota del Capítulo 7) entregar ciertos activos a los acreedores. Los jueces de bancarrota son forzados a decidir si los activos valiosos en poder del deudor están disponibles

para los acreedores. Las teorías legales y el razonamiento de los tribunales de bancarrota a menudo abordan las cuestiones precisas de protección de activos involucrados en asuntos de cobro civil. Por lo tanto, casos de bancarrota federal, proporcionan información valiosa sobre cómo los tribunales civiles del Estado se encargarán de las acciones de cobro.

2.2.2 Ley de Bancarrota en General

El proceso de bancarrota federal generalmente proporciona un medio de cumplimiento de la deuda poseída por un deudor insolvente. Los activos del deudor se convierten en propiedad del “patrimonio de bancarrota”, pagado a los acreedores, sobre la base de normas de preferencia. El deudor busca la liquidación de toda la deuda y la exposición de la menor cantidad de activos posible a reclamaciones de los acreedores. Los activos protegidos por la ley federal o estatal están exentos de cobro en bancarrota. Sin embargo, si el estado de la residencia del deudor se “autoexcluye” de las exenciones federales, solo se aplican exenciones estatales (y no las federales).¹⁰

En general, tres tipos de bancarrota están disponibles para individuos y negocios: Capítulo 7, Capítulo 11, y Capítulo 13. El Capítulo 7 contempla una

¹⁰ Estados autoexcluidos incluyen Alabama, Arizona, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nueva York, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregon, Dakota del Sur, Tennessee, Utah, Virginia, West Virginia y Wyoming.

Protección de Activos

liquidación “instantánea” en la fecha de declaración. Los activos no exentos son compilados para su cobro por acreedores no garantizados (cuyas deudas son liquidadas). Los activos exentos y protegidos son retenidos por el deudor, y el dinero ganado después de declararse en bancarota (es decir, después de la instantánea) no está disponible para los acreedores. El deudor es generalmente liberado de casi todas las deudas no garantizadas dentro de los noventa días posteriores a la presentación y es proporcionado un “nuevo comienzo”.

Como alternativa, el Capítulo 13 ofrece a deudores individuales la capacidad de establecer un plan de pago. Solo individuos con deudas no garantizadas de menos de USD 360,475 y deudas garantizadas (colateralizadas) de menos de USD 1,081,400 son elegibles para la bancarota del Capítulo 13. Si un deudor puede pagar la deuda reestructurada, el deudor puede mantener sus activos.

El Capítulo 11 está disponible solamente para empresas e individuos con activos significativos y deuda que exceda los límites del Capítulo 13. Según el Capítulo 11, el deudor permanece “en posesión” de sus activos y propone un plan de pago de la deuda. Bajo ciertas circunstancias, el deudor puede obligar (o “imponer”) a los acreedores a aceptar el plan de pago. Si el deudor cumple con el plan de pago, el deudor retiene sus activos.

Las exenciones estatutarias estatales de acreedores (de activos particulares) solo están disponibles para residentes de estados protectores. Una presencia sustancial, o (dependiendo del estado) solo la intención de vivir en el

estado se requiere para calificar para tales exenciones. Para evitar la “compra” de la residencia del estado, por deudores que contemplan la bancarrota, la Ley de Bancarrota de 2005 requiere que el deudor establezca domicilio estatal durante dos años antes de la declaración. Solo después del período de residencia de dos años, un deudor en bancarrota puede excluir bienes exentos por dicho estado. Si el deudor no estuviese domiciliado en el estado que ofreciera la exención por el período de dos años requerido, entonces el estado donde el deudor estuvo domiciliado durante el período de 180 días anterior al período de dos años, se considerará el estado de domicilio. Para aprovechar una exención estatal de acreedor de vivienda familiar, el deudor en bancarrota debe residir en el estado aplicable durante 1,215 días.¹¹

Desafortunadamente, estos requisitos de residencia onerosos aplican a todos los deudores en bancarrota, incluso aquellos que residen en estados “autoexcluidos”.¹² El deudor en el estado “autoexcluido” que no cumple con la prueba de residencia de dos años, debe recurrir a las protecciones ofrecidas por su anterior estado de residencia o las exenciones federales limitadas. La bancarrota puede ser un obstáculo para la planificación de protección de activos al limitar el uso de las protecciones de acreedores estatales.

La declaración de bancarrota voluntaria potencialmente expone activos, de otro modo exentos, a los acreedores. Incluso si se evita la bancarrota voluntaria, los

¹¹ *In re Kaplan*, 331 B. R. 483, 487 (Bankr. S.D. Fl. 2005).

¹² *Id.*

Protección de Activos

acreedores pueden obligar a un deudor a la bancarrota involuntaria (para llegar a activos que de otra manera estarían exentos). Si el deudor tiene menos de doce acreedores, un solo acreedor puede obligar al deudor a la bancarrota. Si el deudor tiene más de doce acreedores, tres acreedores pueden forzar al deudor a la bancarrota involuntaria. Irónicamente, la bancarrota puede ser utilizada como un recurso del acreedor para alcanzar activos que de otra forma no estarían disponibles en el tribunal estatal.

Capítulo 3: La Ley de Fideicomiso Moderna

“Es una política fundamental de nuestra ley que el propietario de un patrimonio en pleno dominio puede enajenarlo o someterlo al pago de sus deudas en cualquier momento. Cualquier intento de evadir este derecho... debe ser declarado nulo. Ningún patrimonio legal en pleno dominio, o por años puede ser restringido absolutamente. La única excepción posible a esto es... un fideicomiso para pródigos” – Arthur W. Blakemore (1914)¹³

Los fideicomisos son el fundamento histórico de la planificación de protección de activos moderna. Aunque los fideicomisos pueden tomar una variedad de formas, solo tres partes son necesarias para formar un fideicomiso: un

¹³ Arthur W. Blakemore, *Modern American Law: Law of Real Property*, Vol. 5, § 134 (Blackstone Inst. London) (1914).

Protección de Activos

“fideicomitente”, un “fiduciario” y un “beneficiario”. El fideicomitente (también conocido como “otorgante”) forma y financia el fideicomiso. El fiduciario es nombrado para administrar el fideicomiso. El beneficiario es el receptor de los activos del fideicomiso (distribuido por el fiduciario, según lo indicado en el fideicomiso). Cada una de las tres posiciones puede consistir en una o varias personas. Dos tipos de fideicomisos suelen utilizarse en la planificación de protección de activos nacional: (i) el fideicomiso para pródigos moderno y (ii) el fideicomiso de protección de activos nacional (Ver Sección 2.1 para una discusión sobre el origen de los fideicomisos).

3.1 El Fideicomiso para Pródigos Moderno

La práctica de nombrar a un tercero para controlar los activos de un beneficiario se ha convertido en un acuerdo legal conocido como el fideicomiso “para pródigos”. Un fideicomiso para pródigos evita que el beneficiario venda o ceda su interés en los ingresos del fideicomiso o el capital. Los activos del fideicomiso para pródigos pueden ser distribuidos a un beneficiario del fideicomiso, pero solo de acuerdo con los términos del fideicomiso. El beneficiario no tiene título legal sobre los activos del fideicomiso. El beneficiario no tiene derecho a administrar, gastar, transferir o gravar activos del fideicomiso. Por lo tanto, el interés del beneficiario en activos o distribuciones del fideicomiso no puede ser transferido (voluntariamente (a un comprador) o involuntariamente (a un acreedor)).

La protección del acreedor asociada con el fideicomiso para pródigos (no transferible) suele ser aumentada dejando discreción absoluta al fiduciario con respecto a las distribuciones del fideicomiso. Los acreedores de un beneficiario de fideicomiso solo pueden alcanzar activos disponibles para el beneficiario. El control sobre las distribuciones del fideicomiso en el fiduciario evita la transferencia de cualquier derecho de propiedad al beneficiario y deja a los acreedores del beneficiario sin nada que perseguir. Solo distribuciones del fideicomiso (ya sean mandatos del fideicomiso o hechos a discreción del fiduciario) pueden ser alcanzadas por acreedores del beneficiario. La separación legal de la propiedad y el control del beneficio de los activos del fideicomiso crea la protección asociada con los fideicomisos para pródigos discretionales. Esta es la forma más antigua y respetada de protección de activos.

Además de la protección de acreedores, el fideicomiso para pródigos permite la transferencia de activos a los beneficiarios que son incapaces o demasiado jóvenes para gestionar prudentemente la propiedad del fideicomiso. El fideicomiso puede, sin embargo, ser usado para crear el llamado “Fondo de Fideicomiso Infantil” (es decir, los beneficiarios no son financieramente responsables de su comportamiento). Los fideicomisos para pródigos pueden incluso apoyar descendientes maliciosos, cuyos ingresos de fideicomiso no pueden ser alcanzados por los acreedores, incluso a través de litigios. La aplicabilidad del concepto de fideicomiso para pródigos fue validada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en un caso de

Protección de Activos

1875, *Nicholas v. Eaton*.¹⁴ A pesar de la controversia asociada con la creación de los “Fondos de Fideicomiso Infantil”, el acuerdo ha sido codificado por todos los estados de los Estados Unidos.¹⁵

Las políticas públicas han dado lugar a pocas excepciones en la protección de los acreedores de pródigos en todas las jurisdicciones. La mayoría de los estatutos estatales de fideicomiso, exponen los activos del fideicomiso en la medida necesaria para evitar ofender los valores sociales y morales generalmente aceptados. Por ejemplo, en todos los estados, aparte de Alaska y Nevada, el cónyuge o hijo del beneficiario de un fideicomiso puede tener acceso a los activos del fideicomiso bajo ciertas circunstancias (generalmente involucrando apoyo familiar). Además, los proveedores de ciertos bienes y servicios necesarios (requeridos para mantener un nivel de vida razonable), generalmente, pueden hacer cumplir una demanda contra un fideicomiso para pródigos. Dependiendo del estado, otras excepciones a la protección del acreedor de pródigos pueden incluir deudas del beneficiario con acreedores de lesiones personales¹⁶, acreedores que prestaron servicios para proteger el interés del beneficiario en el fideicomiso¹⁷ o el gobierno de los Estados Unidos¹⁸. Como se analiza en la Sección 6.1, los

¹⁴ *Nichols v. Eaton et al.*, 91 U.S. 716 (1875).

¹⁵ Véase, *Scheffel v. Krueger*, 146 N.H. 669, 671-2 (2001), interpretando la disposición para pródigos de Nuevo Hampshire, N.H. Rev. Stat. Ann. § 564-23 (2001).

¹⁶ *In re the Estate of Gist*, 763 N. W. 2d 561, 566-68 (2009).

¹⁷ Véase, La. Rev. Stat. Ann. § RS 9: 2005(2) (2004).

¹⁸ Véase, Fl. Stat. § 736.0503(e) (2011).

estatutos de fideicomiso de paraísos fiscales de deudores extranjeros no incluyen tales excepciones.

La protección del acreedor otorgada a los fideicomisos nacionales depende del regalo irrevocable del otorgante al fideicomiso. Contrario al fideicomiso irrevocable, el llamado “fideicomiso revocable”, no proporciona protección a los acreedores porque puede ser enmendado o revocado por el otorgante en cualquier momento. El otorgante suele ser el único beneficiario del “fideicomiso”. Ningún fiduciario o beneficiario adicional es necesario durante la vida del otorgante. El fideicomiso revocable no cambia (durante la vida del otorgante) el control o el beneficio de bienes lejos del otorgante. Por lo tanto, los activos titulados en un fideicomiso revocable permanecen a disposición de los acreedores del otorgante.

Curiosamente, Oklahoma protege los activos del fideicomiso de los acreedores del otorgante, incluso si el fideicomiso es revocable. Oklahoma, sin embargo, protege solamente los activos del fideicomiso que benefician a la familia del otorgante (no al otorgante) como “beneficiarios calificados”.¹⁹ Además, la probabilidad de que dichas protecciones sean aplicadas por un tribunal fuera de Oklahoma es especulativa.

El fideicomiso revocable funciona de manera similar a una última voluntad y testamento, para establecer la disposición de bienes del otorgante al momento de la

¹⁹ Oklahoma’s “Ley de Preservación de la Riqueza Familiar, 31 Okla. Stat Ann §§19-17 (2004); Okla. Stat. § 31-11 (2005).

Protección de Activos

muerte. Aunque es como un testamento, los activos pueden ser titulados durante la vida del otorgante en el fideicomiso revocable, para evitar la sucesión al momento de la muerte. A la muerte del otorgante, el fideicomiso revocable puede financiar uno o varios fideicomisos “testamentarios” irrevocables (protectores), para el beneficio del cónyuge del otorgante, hijos menores, etc.

Desafortunadamente, los fideicomisos revocables son a menudo implementados por planificadores patrimoniales sin la integración de las protecciones aplicables. Por ejemplo, la titulación de una residencia principal en un fideicomiso revocable puede causar la pérdida de la protección estatutaria de acreedores de vivienda familiar en algunos estados. Además, los fideicomisos revocables no pueden ser utilizados por una pareja casada para mantener conjuntamente activos conyugales (una forma de propiedad protectora discutida en la Sección 4.8).²⁰

²⁰ Véase Del. C. § 3334, protegiendo la propiedad en un fideicomiso revocable de Delaware en la medida en que el esposo y la esposa hayan hecho la contribución como propiedad conyugal (“TBE” por sus siglas en inglés, Tenants by the entirety) (reteniendo la protección TBE de los acreedores del fideicomiso durante la vida de ambos cónyuges, dejando a los acreedores el único recurso de ordenar al fiduciario que transfiera la propiedad a ambos cónyuges TBE).

3.2 Fideicomisos Nacionales de Protección de Activos

Los beneficios protectores de los fideicomisos nacionales se han aplicado históricamente, solo a los beneficiarios de fideicomisos que no sean el otorgante. Las condiciones clásicas de la protección de activos del fideicomiso para pródigos sobre el otorgante, contribuyendo a un fideicomiso para el beneficio de alguien más. Esto ha sido cierto en Inglaterra desde los años 1400 y hasta hace poco, respetado por todos los Estados Unidos.²¹ Los fideicomisos que ponen los activos a disposición del otorgante, o que nombran al otorgante como beneficiario, se denominan fideicomisos “autoestablecidos”. Los fideicomisos autoestablecidos, no protegen tradicionalmente los activos del fideicomiso, de los acreedores del otorgante.

Los otorgantes que buscan la protección del fideicomiso y el beneficio continuo de los activos del fideicomiso han sido forzados a estar costa afuera. Desde el advenimiento del fideicomiso de protección de activos extranjeros en 1984²², muchas jurisdicciones costa afuera han aprobado legislación que permite al otorgante beneficiarse de activos del fideicomiso que no están disponibles para los acreedores. Los fideicomisos extranjeros también facilitan la colocación de activos fuera

²¹ George G. Bogert, et al., *The Law of Trusts and Trustees*, § 2 at 18 (3d ed. 2007).

²² Ley de Fideicomisos Internacionales de las Islas Cook de 1984, reimpressa el 2 de diciembre de 1999, disponible en <http://www.trustnet.com.hk>

Protección de Activos

de la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos. Sin embargo, el costo, a menudo prohibitivo, de formar y mantener un fideicomiso costa afuera y el trato fiscal potencialmente oneroso, generalmente han impedido que todos, excepto los muy ricos, utilicen un fideicomiso extranjero “autoestablecido”.

En un esfuerzo por atraer honorarios de presentación y depósitos (de otro modo enviados al extranjero), varios estados de los Estados Unidos han adoptado una legislación de fideicomiso “autoestablecido”, similar a la ofrecida por los paraísos fiscales extranjeros de deudores. La seducción combinada de la protección de pródigos y del derecho a formar un fideicomiso que se beneficia a sí mismo, ha llevado a una legislación que establece fideicomisos nacionales de protección de activos (“DAPT” por sus siglas en inglés, Domestic Asset Protection Trusts) en 13 estados. El fideicomiso nacional de protección de activos ofrece costos reducidos y reportes de impuestos, la comodidad de trabajar dentro de la estructura bancaria y legal estadounidense y la evitación del escrutinio asociado con entidades extranjeras.

En 1997, Alaska estableció el primer fideicomiso nacional “autoestablecido” y Delaware pronto lo siguió. Los otros estados (enumerados en el cuadro 3.2) son más recientes en el campo. Dichos estados permiten que un fideicomitente financie un fideicomiso “para pródigos” para su propio beneficio. El fideicomiso protege los activos del fideicomitente de acreedores, colocándolos bajo el control de un fiduciario de terceros. Por lo tanto, los fideicomisos autoestablecidos modernos nacionales y costa afuera, son

conocido como “fideicomisos de protección de activos”. Todos los DAPT deben ser irrevocables y deben depositar una discrecionalidad sustancial en un fiduciario que no sea el fideicomitente.

Los estatutos de DAPT (a diferencia de las leyes de fideicomiso costa afuera), generalmente requieren que (i) el fideicomiso sea irrevocable y para protección de pródigos (es decir, no cedible por el otorgante/beneficiario), (ii) el otorgante no actúe como fiduciario, (iii) el fiduciario resida en el estado particular de la organización y (iv) al menos algunos activos del fideicomiso se mantengan en el mismo estado (generalmente en una cuenta bancaria o de corretaje). Varios estados restringen la capacidad del fideicomitente de terminar el fideicomiso. Los DAPT también están sujetos a las leyes de transferencia fraudulenta aplicables (Vea el Capítulo 5 para una discusión sobre las leyes de transferencia fraudulenta).

Aunque todos los DAPT permiten a un otorgante financiar el fideicomiso para beneficio del propio otorgante, la legislación difiere de un estado a otro en cuanto al tratamiento de los acreedores del otorgante. Por ejemplo, todas las jurisdicciones del DAPT excepto Nevada, permiten el acceso a los activos del fideicomiso mediante ciertos acreedores preferidos²³. Tales acreedores del otorgante incluyen cónyuges actuales y anteriores, hijos y prestamistas. Nevada no ofrece ninguna preferencia a

²³ Véase, Del. Cod Tit. 12, Ch. 35 §3573, *disponible en* <http://delcode.delaware.gov/title12/c035/sc06/index.shtml>; Ak. Stat. § 34.40.110 (2009).

Protección de Activos

ninguna clase de acreedor²⁴. Los activos de los DAPT también están sujetos a recaudación por parte del gobierno federal, porque los derechos de recaudación federales priman sobre cualquier estatuto de estado en conflicto. El cuadro 3.2 refleja algunas de las características y requisitos estatutarios de los fideicomisos autoestablecidos en cada jurisdicción nacional. Todos los demás estados rechazan la noción de proteger los bienes depositados en fideicomisos para el otorgante.

Aunque no ha sido probado por los tribunales, el consenso académico general es que los residentes de un estado DAPT, probablemente encontrarán que el DAPT protege los activos del fideicomiso. Los tribunales fuera de dicho estado pueden no sentir la obligación de cumplir con las protecciones en conflicto con la ley de fideicomiso local.

La primera sentencia de los Estados Unidos con respecto a un DAPT será otorgada “plena fe y crédito”²⁵ por todos los tribunales de los Estados Unidos. Un fallo que confirme la viabilidad de los DAPT será objeto de reciprocidad constitucional y aplicable en los cincuenta estados. Aunque la constitución de los Estados Unidos no exige que cada estado aplique las leyes de fideicomiso de otro estado, la futura jurisprudencia que respalda cualquier ley de fideicomiso autoestablecido, probablemente traerá, al fideicomiso nacional de protección de activos, a la corriente convencional. Si es apoyado por los tribunales, el fideicomiso autoestablecido de los Estados Unidos servirá

²⁴ Nev. Rev. Stat. Tit. 13, Ch. 163 §5559.

²⁵ U.S. Const. art. IV. § 1.

Cuadro 3.2

Fideicomisos de Protección de Activos Autoestablecidos Nacionales
Características Estatutarias Seleccionadas

Estado	Derecho del Fideicomitente a las Distribuciones	Algunos o Todos los Activos del Fideicomiso deben mantenerse en el Estado del Fideicomiso	Fiduciario Estatal Requerido	Facultades del Fideicomitente que se pueden retener
Alaska	El criterio del fiduciario más un porcentaje fijo del valor de fideicomiso ("Fideicomiso de devoluciones total" y el interés en fideicomiso) basado en impuestos (CRT, QPRT, GRAT)	Sugerido	Sugerido	Distribuciones de veto; nombramiento de protector
Colorado	Estamos silenciosos respecto al ingreso actual. 5% del fideicomiso de devoluciones total; reembolso por impuestos a la renta atribuible a los pagos de los costos del patrimonio y el interés en el fideicomiso basado en impuestos	Estamos silenciosos	Estamos silenciosos	Estamos silenciosos
Delaware	El criterio del fiduciario más el 5% del valor de los activos del fideicomiso y (si está por escrito en el fideicomiso) los derechos de las distribuciones de ingresos del fideicomiso para los impuestos sobre la renta y los costos e impuestos al patrimonio	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto; reemplazar al fiduciario
Hawai	El criterio del fiduciario (el fideicomiso también debe incluir un beneficiario además de un fideicomitente)	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto; reemplazar al fiduciario; nombramiento de protector; poder general de nombramiento
Missouri		Estamos silenciosos	Requerido (lugar principal de negocios o administración o el fiduciario es un residente de Missouri)	Ninguna
Nevada	El criterio del fiduciario, el ingreso del fideicomiso, CRT, GRAT y QPRT	No requerido	Requerido si el fideicomitente está domiciliado fuera de Nevada	Distribuciones de veto; destituir y reemplazar a los fiduciarios; inversiones de fideicomiso directas
Nuevo Hampshire	El criterio del fiduciario más el ingreso actual. 5% del fideicomiso de devoluciones total; costos de patrimonio, impuesto a la renta atribuible al fideicomiso	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto; reemplazar al fiduciario con una parte no relacionada; servir como asesor de fideicomiso
Rhode Island	El criterio del fiduciario más el ingreso actual. 5% del fideicomiso de devoluciones total; impuesto a la renta atribuible al fideicomiso y QPRT	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto
Dakota del Sur	El criterio del fiduciario más el ingreso actual. 5% del fideicomiso de devoluciones total; fideicomiso basado en impuestos	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto; reemplazar al fiduciario con una parte no relacionada
Tennessee	El criterio del fiduciario más el ingreso actual. 3% del fideicomiso de devoluciones total; CRT y QPRT	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto; reemplazar al fiduciario con una parte no relacionada; servir como asesor de inversiones
Utah	El criterio del fiduciario más interés en CRT	Requerido	Requerido	Destituir y reemplazar al fiduciario
Virginia	El criterio del fiduciario a los ingresos y al capital; CRT	Requerido	Requerido	Distribuciones de veto; seleccionar o destituir al fiduciario; protector o asesor de fideicomiso; servir como asesor de inversiones; poder de nombramiento
Wyoming	El criterio del fiduciario más el ingreso actual. 5% del fideicomiso de devoluciones total; CRT y QPRT	Requerido	Requerido	

Protección de Activos

como una alternativa nacional confiable al fideicomiso de protección de activos extranjero (sin los gastos, inconvenientes y escepticismo asociados con los fideicomisos extranjeros). Sin embargo, hasta que sean validados por un tribunal de los Estados Unidos, no se puede depender de los fideicomisos estadounidenses que benefician al otorgante, para aislar los activos del fideicomiso.

La ventaja de la “plena fe y crédito” también podría resultar ser una debilidad. Un acreedor experto puede establecer exitosamente un litigio de cobro en un estado amistoso para el acreedor. Para establecer un vínculo jurisdiccional con el estado amigo del acreedor, el acreedor debe probar que el deudor o fiduciario es un residente, está haciendo negocios o mantiene activos en dicho estado. Un fiduciario institucional (con oficinas en todo el país) podría enlazar el fideicomiso a varias jurisdicciones. Si se establece una jurisdicción adversa, reclamaciones del acreedor que la política pública requiere que el tribunal aplique la ley de fideicomiso local (en contra de los términos del fideicomiso), deberían ser anticipadas. Si una sentencia establece que los activos del fideicomiso están disponibles para los acreedores, la sentencia puede ser registrada y recaudada en cualquier estado con activos del fideicomiso (incluso en el estado que redactó la ley que rige el fideicomiso autoestablecido²⁶).

Una decisión de cobro en un estado amigo del acreedor, que debilita o invalida un fideicomiso

²⁶ *Franchise Tax of California v. Hyatt*, 538 U.S. 488 (2003).

“autoestablecido” particular, puede potencialmente erosionar la fuerza de la legislación particular (y potencialmente toda) del fideicomiso nacional de protección de activos. (Véase también la página 118 en relación con los desafíos de la ley de fideicomiso que rige los bienes raíces). Los DAPT no han sido probados por los tribunales y deben ser usados con cautela (hasta que sean validados).

En general, los fideicomisos de protección de activos costa afuera permiten una planificación más flexible que los fideicomisos nacionales. Mientras que los fideicomisos autoestablecidos nacionales típicamente requieren inversión local y un fideicomiso local, los paraísos fiscales extranjeros no lo hacen. Además, a diferencia de los fideicomisos autoestablecidos nacionales, los fideicomisos de protección de activos extranjeros no se invalidan, al empoderar al otorgante con el derecho de actuar como fiduciario, para eliminar activos del fideicomiso o para terminar con el fideicomiso.

Los fideicomisos extranjeros también evitan efectivamente el ataque de los acreedores. Mientras los fideicomisos autoestablecidos nacionales suelen conceder acceso a activos del fideicomiso a ciertos acreedores, los paraísos fiscales costa afuera excluyen incluso obligaciones familiares. Los paraísos fiscales costa afuera permiten reclamaciones limitadas de transferencia fraudulenta y no reconocen leyes o sentencias de los Estados Unidos. Los fideicomisos nacionales también están sujetos a demandas del gobierno de los Estados Unidos. Por lo tanto, el IRS y los derechos de recaudo de Bancarrota, derrotan a los

Protección de Activos

estatutos de exención estatales inconsistentes. Los fideicomisos extranjeros operan fuera de la estructura legal estadounidense (Véase la Sección 6.1.2 para una discusión más detallada sobre los beneficios de los fideicomisos costa afuera).

Capítulo 4: Activos Exentos

“Teóricamente, podrías albergar al Taj Mahal en [Florida] y nadie podría hacer nada al respecto”. Juez A. Jay Cristol (1993)²⁷

Todos los cincuenta estados y el gobierno federal han delineado ciertos activos como exentos de acreedores. Ninguna estructura protectora es necesaria para aislar tales activos. Aparte de una lista muy estrecha de acreedores (generalmente limitada a los gobiernos estatales y federales,

²⁷ Larry Rohter, *Rich Debtors Finding Shelter Under a Populist Florida Law*, N.Y. Times, julio 25, 1993 disponible en <http://www.nytimes.com/1993/07/25/US/rich-debtors-finding-shelter-under-a-populist-florida-law.html>, citando al Juez A. Jay Cristol, Jefe Emérito, Tribunal de Bancarrota de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida.

Protección de Activos

las demandas conyugales y los titulares de gravámenes), los activos exentos son intocables.

Dependiendo del estado, los activos protegidos pueden incluir el valor del hogar, finca, seguro de vida, anualidades y cuentas de jubilación. La ley federal también protege ciertos activos de jubilación y otros activos, del embargo por parte de acreedores (incluso en bancarrota). Dado que los estatutos de exención aíslan activos particulares, el activismo judicial (basado en la “interpretación” del tribunal de un estatuto) es raro. Aunque este libro discute algunas de las exenciones estatales y federales más interesantes, la discusión no es exhaustiva. La planificación individualizada por un especialista local es esencial.

La inversión en activos exentos debe ser metódica. La planificación suele implicar la conversión de activos líquidos expuestos (como efectivo y activos financieros negociables) a activos menos líquidos (como los productos de seguros). Por esta razón, los activos exentos deben considerarse como no disponibles para los acreedores y no esenciales para necesidades a corto plazo. Algunos fondos líquidos deben mantenerse siempre disponibles (incluso si están expuestos), en la medida necesaria para pagar los gastos de manutención o el costo de la defensa de una demanda o acción de cobro. Sin liquidez, el deudor/demandado puede verse obligado a “abrir la bóveda” (es decir, romper su estructura de planificación) para cubrir los gastos de litigio).

4.1 Requisitos de Residencia

Los residentes individuales (o, si aplica, “domiciliarios”) de estados que protegen activos particulares, pueden aprovechar las exenciones estatutarias. Mientras que la mayoría de los estados requieren una “presencia sustancial” en el estado, otros requieren solo “domicilio” (la intención de vivir en el estado de forma permanente). Ser propietario de una residencia en un estado, no es lo mismo que ser residente de ese estado. La determinación de la residencia es sensible desde el punto de vista fáctico. Un deudor puede estar domiciliado en un estado, mientras reside en un estado diferente.²⁸ Algunos estados (por ejemplo, Florida) permiten la presentación de una “declaración de domicilio”, para ayudar a probar la intención de vivir en la jurisdicción de forma permanente. La declaración es considerada un factor para determinar la intención de un individuo de establecer su residencia permanente en Florida.²⁹

4.2 Vivienda Familiar

4.2.1 Vivienda Familiar en General

Una de las exenciones estatales más populares es la “exención de vivienda familiar”. Aunque 47 de los 50 estados ofrecen algún tipo de protección de la residencia principal, los beneficios varían de estado a estado.

²⁸ Véase, Fl. Stat. §§ 222.17(2), 196.012(17)(18), 196.015, con respecto a la declaración de domicilio y la definición y determinación de la residencia permanente en Florida.

²⁹ Fl. Stat. § 196.015.

Protección de Activos

Desafortunadamente, solo seis estados ofrecen una exención de vivienda familiar ilimitada. Todos los demás estados, restringen el monto del valor de la vivienda familiar, protegido de los acreedores. Si un propietario de vivienda en un estado con una exención limitada queda sujeto a un acreedor de sentencia judicial, el valor protegido de la vivienda se limita a la cantidad de exención del estado. El acreedor puede ejecutar la hipoteca de la vivienda y retener todo el ingreso de las ventas más allá de la cantidad de exención. El cuadro 4.2.1 enumera las diversas exenciones estatales de vivienda familiar.

Cuadro 4.2.1

Exenciones Estatales de Vivienda Familiar

Estado	Importe de Exención Único	Exención de Matrimonio	Límite de Superficie	Límite de Tamaño por Ubicación
Alabama	USD 5,000	USD 10,000	Si	No
Alaska	USD 54,000	USD 54,000	No	No
Arizona	USD 150,000	USD 150,000	No	No
Arkansas	USD 2,500	USD 2,500	Si	Si
California	USD 50,000	USD 75,000	No	No
Colorado	USD 45,000	USD 45,000	No	No
Connecticut	USD 75,000	USD 75,000	No	No
Delaware	Ninguno	Ninguna		
Distrito de Columbia	Ninguno	Ninguna		
Florida	Ilimitado	Ilimitada	Si	Si
Georgia	USD 5,000	USD 5,000	No	No
Hawai	USD 20,000	USD 30,000	Si	No
Idaho	USD 50,000	USD 50,000	No	No
Illinois	USD 7,500	USD 15,000	No	No
Indiana	USD 7,500	USD 15,000	No	No
Iowa	Ilimitado	Ilimitada	Si	Si
Kansas	Ilimitado	Ilimitada	Si	Si
Kentucky	USD 5,000	USD 10,000	No	No
Luisiana	USD 25,000	USD 25,000	Si	Si
Maine	USD 12,500	USD 25,000	No	No
Maryland	USD 6,000	USD 12,000	No	No
Massachusetts	USD 500,000	USD 500,000	No	No
Michigan	USD 3,500	USD 3,500	Si	Si
Minnesota	USD 200,000	USD 200,000	Si	Si
Mississippi	USD 75,000	USD 75,000	Si	No
Missouri	USD 15,000	USD 15,000	No	No
Montana	USD 100,000	USD 100,000	No	No
Nebraska	USD 12,500	USD 12,500	Si	Si

Protección de Activos

Estado	Importe de Exención Único	Exención de Matrimonio	Límite de Superficie	Límite de Tamaño por Ubicación
Nevada	USD 200,000	USD 200,000	No	No
Nuevo Hampshire	USD 100,000	USD 200,000	No	No
New Jersey	Ninguno	Ninguna		
Nuevo México	USD 30,000	USD 60,000	No	No
Nueva York	USD 10,000	USD 10,000	No	No
Carolina del Norte	USD 10,000	USD 20,000	No	No
Dakota del Norte	USD 80,000	USD 80,000	No	No
Ohio	USD 5,000	USD 10,000	No	No
Oklahoma	Ilimitado	Ilimitada	Si	Si
Oregon	USD 25,000	USD 33,000	Si	Si
Pennsylvania	Ninguno	Ninguna		
Rhode Island	Ninguno	Ninguna		
Carolina del Sur	USD 5,000	USD 10,000	No	No
Dakota del Sur	Ilimitado	Ilimitada	Si	Si
Tennessee	USD 5,000	USD 7,500	No	No
Texas	Ilimitado	Ilimitada	Si	Si
Utah	USD 10,000	USD 20,000	No	No
Vermont	USD 75,000	USD 75,000	No	No
Virginia	USD 5,000	USD 5,000	No	No
Washington	USD 40,000	USD 40,000	No	No
West Virginia	USD 5,000	USD 5,000	No	No
Wisconsin	USD 40,000	USD 40,000	No	No
Wyoming	USD 10,000	USD 20,000	No	No

La exención de vivienda familiar aplica solo a bienes de propiedad de uno o más individuos. En varios estados, la exención puede perderse por la titulación de la residencia en un fideicomiso en vida revocable. La transferencia a uno o más fideicomisos revocables, también suele impedir la titulación conjunta por el esposo y la

esposa, como propiedad conyugal (discutido en la Sección 4.8). A pesar del consejo común de los planificadores de patrimonio para transferir la vivienda a un fideicomiso revocable (para evitar la sucesión), tal titulación puede exponer la vivienda a los acreedores, en algunos estados. Lo mismo ocurre con las transferencias al denominado “fideicomiso de tierras”, generalmente utilizado para ocultar la identidad de los propietarios. Contrariamente a los argumentos de venta, los beneficiarios son fácilmente descubiertos en litigios y el fideicomiso de tierras revocable, no proporciona ninguna protección de activos.

Si el deudor no es residente de la Florida, Iowa, Kansas, Oklahoma, Dakota del Sur o Texas, la exención de vivienda familiar es limitada (sometiendo la vivienda a embargo y venta). Cualquier hipoteca existente y gravámenes son pagados primero. Los ingresos de ventas que excedan la hipoteca se pagan al deudor, pero solo en la medida de la exención de vivienda familiar. Cualquier capital restante, está disponible para el acreedor. Los ingresos protegidos de la venta de la propiedad de vivienda familiar deben ser reinvertidos en un activo exento para permanecer protegidos.

Si la exención de acreedores es limitada, es probable que la propiedad esté protegida colocándola en una LLC o sociedad protectora (discutida en la Sección 7.2), un fideicomiso nacional de protección de activos (discutido en la Sección 3.2), y/o titulando la vivienda (o entidad protectora) como propiedad conyugal con derechos de supervivencia (discutido en la Sección 4.8). Las protecciones derivadas de la transferencia de la vivienda a

Protección de Activos

una entidad protectora deben ser sopesadas contra los costos. Potenciales desventajas de la transferencia son (i) mayores tasas de impuestos a la propiedad, (ii) pérdida de beneficios fiscales federales (es decir, la deducción de impuestos por pagos de intereses y la exención del impuesto sobre las ganancias de capital en la venta (USD 250.000 para un solo propietario y USD 500.000 para una pareja casada)), (iii) costos de puesta en marcha y mantenimiento de la LLC/sociedad o fideicomiso, (iv) aceleración de cualquier hipoteca existente con cláusula de “vencimiento sobre la venta” y (v) pérdida del seguro del título.

Aunque el valor total de la vivienda es protegido en una pequeña minoría de estados, la protección ilimitada es condicionada a ciertas calificaciones. Dichas condiciones incluyen: el tamaño de la propiedad (dentro de una superficie limitada), los requisitos mínimos de residencia del estado y la apropiada titulación y uso de la propiedad (como residencia principal). Los hogares que exceden la limitación de superficie aplicable, por ejemplo, pueden ser embargados y vendidos por los acreedores.

La Cláusula de Supremacía de la Constitución de los Estados Unidos, permite al gobierno federal ignorar la ley estatal conflictiva.³⁰ La ley federal somete a todas las residencias a gravámenes impositivos federales y a ciertas obligaciones de sustento doméstico. Por lo tanto, cualquier vivienda familiar puede ser incautada por el IRS.

³⁰ U.S. Const. art. VI, cl. 2.

Los gravámenes locales de la construcción sobre la vivienda familiar también derrotarán, generalmente, la protección de la vivienda familiar. Adicionalmente, un titular de la hipoteca en la propiedad de la vivienda familiar obviamente puede ejecutar la hipoteca de un préstamo en mora garantizado por la propiedad.

Florida ofrece la protección más amplia de vivienda familiar. La protección constitucional de vivienda familiar de Florida es ilustrativa del respeto otorgado a las exenciones estatutarias por parte del poder judicial.

4.2.2 Exención de Vivienda Familiar de Florida

La Constitución del estado de la Florida establece:

Estarán exentos de la venta forzada... o... gravamen... excepto el pago de impuestos y... obligaciones contraídas por la compra, mejora o reparación... la siguiente propiedad...: una vivienda familiar, si está ubicada fuera de un municipio, en la extensión de ciento sesenta acres o, si está ubicada dentro de un municipio, en la extensión de medio acre...³¹

Aunque la protección de la vivienda familiar de la Florida es clara, el proverbial “diablo” está en los detalles. Por ejemplo, Florida permite la ejecución hipotecaria de la propiedad de la vivienda familiar, basada en obligaciones de impuestos o gravámenes de construcción sobre la

³¹ Fl. Const. art. X, §4.

Protección de Activos

propiedad. Cualquier acreedor de sentencia judicial, también puede forzar la venta de una residencia ubicada dentro de un municipio de la Florida si (i) el tamaño de la propiedad de la vivienda familiar excede medio acre y (ii) la propiedad no puede ser subdividida.

El famoso caso *Havoco*, refleja la influencia de la claridad legislativa y de la política pública, con respecto a la exención de la vivienda familiar de Florida.³² En *Havoco*, el Sr. Hill, un deudor de bancarrota, invirtió fondos sin protección en una vivienda en Florida. La transferencia tenía por objeto evitar las reclamaciones de un acreedor existente y, por lo tanto, violaba la Ley de Transferencia Fraudulenta de Florida (discutida en el Capítulo 5). El Tribunal Supremo de Florida, sin embargo, dictaminó que la vivienda permaneciera exenta de los acreedores (a pesar de la transferencia fraudulenta).

En 1990, el Sr. Hill, un residente de Tennessee de largo tiempo, invirtió en una casa de Florida once días después de que un veredicto del jurado, lo sometiera a una sentencia de USD 15.000.000. El Sr. Hill compró una vivienda de USD 650.000 en Florida, y afirmó que tenía la intención de residir permanentemente en el estado. Luego se declaró en bancarrota para cumplir con la sentencia en su contra. El Tribunal Supremo de Florida dictaminó que las leyes de transferencia fraudulenta de Florida (que permiten el embargo de los fondos transferidos para evitar a un acreedor) no se aplican en el contexto de la exención de vivienda familiar. Además, el Tribunal sugirió que el

³² *Havoco of Am. Ltd., v. Hill*, 790 So.2d 1010 (Fla. 2001).

capital puede ser protegido en una vivienda comprada o pagando una hipoteca existente gravando una vivienda familiar de Florida.

Por lo tanto, la exención constitucional de Florida protege activos que de otro modo estarían disponibles para los acreedores existentes o previstos. Aunque tales “transferencias fraudulentas” son de otra manera invertidas en favor del acreedor, el lenguaje y la política pública detrás de la exención de vivienda familiar de Florida, han eliminado aparentemente, incluso la capacidad de un acreedor de sentencia judicial para alcanzar el capital en una vivienda familiar de Florida.³³ Solo los fondos malversados invertidos directamente en una residencia principal de la Florida pueden ser alcanzados. El Tribunal Supremo de Florida, en efecto, ha invitado a los deudores en otros estados a comprar propiedades de vivienda familiar en Florida, incluso si su intención es evitar las reclamaciones legítimas de los acreedores. Ningún otro estado protege activos transferidos fraudulentamente. La protección de la vivienda familiar de Florida ofrece, sin duda, la mayor protección de acreedores en los Estados Unidos.

4.2.3 Bancarrotas y *Havoco*

Hasta la Ley de Bancarrota de 2005, los fondos sujetos a una reclamación de transferencia fraudulenta podían ser libremente protegidos en una residencia de Florida. Este ya no es el caso en bancarrota. Además, el

³³ *Id.*

Protección de Activos

pago de una hipoteca³⁴ con dinero expuesto (para evitar la pérdida del efectivo para un acreedor de bancarrota) puede ahora liquidar la deuda de la bancarrota. En un caso de bancarrota en el que el deudor pagó una hipoteca con dinero que de otra manera estaría disponible para el fiduciario de bancarrota, el tribunal de bancarrota negó la liquidación de la deuda e impuso un gravamen sobre la vivienda. El fallo permite al fiduciario de bancarrota vender la vivienda para el beneficio de los acreedores.³⁵

De acuerdo con la Ley de Bancarrota de 2005, solo USD 125.000 (ajustado anualmente por la inflación) del patrimonio familiar pueden ser protegidos bajo una exención estatal durante los 1.215 días previos a la bancarrota. En otras palabras, el deudor debe ser dueño de la vivienda más de 1.215 días antes de declararse en bancarrota, para evitar la limitación de USD 125.000 sobre el capital de vivienda familiar protegido. Debido a la ley de 2005, un deudor como el Sr. Hill ya no puede transferir bienes no exentos (como dinero en efectivo) a su nueva vivienda familiar en Florida y proceder a declararse en bancarrota. En cambio, el fallo revisado requiere que sea dueño de la propiedad por 1.215 días antes de la declaración. La limitación de USD 125.000 está sujeta a ciertas restricciones y no aplica en ciertas circunstancias. Por ejemplo, el valor protegido puede ser transferido de una residencia principal (adquirida antes del periodo de 1.215 días) a una nueva residencia sin reiniciar la limitación de 1.215 días, pero solo si la nueva vivienda está en el mismo

³⁴ *In re. Chauncey 2005 WL 2456223* (S.D. Fla. 2005), *aff'd in part, rev'd in part*, 454 F.3d 1292, 1295 (11th Cir. 2006).

³⁵ *Id.*

estado. Como se señaló en la Sección 2.2.2, la limitación de bancarrota de USD 125.000 aplica incluso a residentes de estados que se han “autoexcluido” de las exenciones federales de bancarrota.³⁶

Considere el impacto práctico de la declaración de bancarrota en Florida. Si el acusado en un caso civil protege efectivo pagando su hipoteca, el demandante (incluso si tiene éxito en obtener una sentencia) puede no alcanzar el efectivo. Si los fondos invertidos no pueden ser rastreados a dinero obtenido indebidamente, el acreedor debe intentar forzar al deudor a una bancarrota involuntaria. Si tiene éxito, y si el deudor no ha poseído la vivienda por 1.215 días, se pierde la protección de vivienda familiar ilimitada. Por lo tanto, los procedimientos de bancarrota involuntarios pueden exponer todo, menos USD 125.000 del capital de la vivienda familiar del deudor. La bancarrota expone de manera similar otros activos exentos, si el deudor no estuvo domiciliado en el estado protector por dos años antes de la declaración de bancarrota.

4.3 Cuentas de Plan de Jubilación

4.3.1 ERISA

En 1974, el Congreso promulgó la Ley de Seguridad del Ingreso de Jubilación para el Empleo (“ERISA” por sus siglas en inglés Employment Retirement Income Security Act) para hacer frente a varios colapsos de pensiones de alto

³⁶ *In re Kaplan*, 331 B.R. 483, 487, (Bankr. S.D. FL 2005).

Protección de Activos

perfil de los años 60 y 70.³⁷ El Congreso estableció ERISA para alentar a los empleadores a financiar los planes de jubilación, proporcionando una deducción del impuesto de renta por las contribuciones del empleador. La calificación ERISA requiere el cumplimiento federal a través de diversas formalidades financieras, contables y legales.

Para calificar para ERISA, los activos del plan de retiro deben ser mantenidos en un fideicomiso para pródigos irrevocable. El fideicomiso debe prohibir la transferencia de los activos del plan por los participantes. La restricción de transferencia aísla los activos del plan de jubilación de acreedores de los participantes, al colocar los activos del plan en el control exclusivo de un fiduciario. El Código de Bancarrota también excluye del cobro a activos sujetos a dicha restricción de transferencia. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos confirmó dicha protección en 1992.³⁸ La política pública que respalda la interpretación del Tribunal Supremo de ERISA, es el fomento del ahorro nacional, al colocar los activos de las pensiones fuera del alcance de los acreedores. En ese fallo, el Tribunal Supremo declaró que: “Nuestra declaración da pleno... efecto a la meta de ERISA de proteger los beneficios de las pensiones. [El] objetivo [es] garantizar que si a un trabajador se le ha prometido un beneficio de pensión definido al jubilarse... que... él realmente lo recibirá.”³⁹

³⁷ Vea la Ley de Seguridad de Ingresos de Jubilación para Empleados de 1974 “ERISA” (Por sus siglas en inglés, Employee Retirement Income Security Act) (Pub. L. 93-406, 88 Stat. 829), Sept. 2, 1974.

³⁸ *Patterson v. Shumate*, 504 US 753, 757-59 (1992).

³⁹ *Id.* at 765.

En general, los planes patrocinados por el empleador son protegidos por ERISA y los planes mantenidos por empleados independientes (como IRA y SEP) no los son. El popular plan de ahorros 401(k) basado en el empleador, por ejemplo, es un plan (protegido por) ERISA. También se incluye entre los planes ERISA, los planes de participación en los beneficios, planes de compra de dinero, planes de beneficios objetivo y planes de beneficios definidos. Los IRA (por sus siglas en inglés, Individual Retirement Account), las cuentas simplificadas de pensión de empleados (SEP por sus siglas en inglés Simplified Employee Pension accounts), las opciones sobre acciones y ciertos planes calificados de impuestos (que generalmente benefician a los dueños de negocios), no califican para la protección de ERISA. Aunque un plan puede calificar al participante para aplazar el impuesto de renta sobre las contribuciones, es posible que no proporcione protección de activos federales.

Los activos del plan perderán la protección de ERISA si se “transfieren” a la IRA independiente de un empleado o se distribuyen (a menos que estén protegidos por la ley estatal). Si el estado donde reside el propietario no protege un plan de jubilación particular que no es ERISA, los activos del plan están expuestos a los acreedores. La siguiente es una lista de los planes calificados ERISA:

- Planes de Beneficios Definidos
 - Pensión Tradicional
 - Saldo de Efectivo
 - Keogh

Protección de Activos

- Planes de Contribución Definidos
 - 401(k)
 - 403(b)
 - Keogh
 - Propiedad Accionaria del Empleado
 - Participación en los Beneficios
 - Compra de Dinero
 - Beneficio Objetivo

4.3.2 Bancarrota y el IRS

La Ley de Bancarrota de 2005 protege los activos del plan de jubilación calificado de impuestos. Según la Ley, un deudor de bancarrota puede eximir los fondos de jubilación mantenidos en un plan formado según el Código de Rentas Internas §401 (como el plan “401(k)”), §403, §414, §457, ó §501(a).⁴⁰ La Ley de Bancarrota también modificó el Código de Bancarrota para proteger las cuentas IRA (hasta USD 1.000.000, excluyendo la cuenta SEP o la cuenta de jubilación simple).⁴¹ El límite se aplica sin tener en cuenta las contribuciones de transferencia. Sin embargo, el límite de USD 1.000.000 puede ser aumentado, si se requiere, en los “intereses de la justicia”.⁴²

Si la Ley de Bancarrota no exime a los activos en un plan particular, el deudor puede confiar en cualquier exención de ley estatal aplicable.⁴³ En los estados que no

⁴⁰ 11 U.S.C. §§ 522(b)(3)(C), (4)(A).

⁴¹ P.L. 109-8. Véase IRS Private Letter Ruling “P.L.R.” 109-8 § 522(a).

⁴² *Id.*

⁴³ 11 U.S.C. § 522(d)(10)(E).

ofrecen protección, los activos del plan están sujetos a acreedores de bancarrota. Los activos del plan no calificados y no protegidos por la ley estatal deben mantenerse (en la medida permisible) en una entidad protectora (como un fideicomiso nacional o costa afuera, sociedad limitada o LLC). Tenga en cuenta que una entidad protectora no puede usarse para mantener una cuenta IRA (pero una entidad puede ser un beneficiario nombrado).

Las protecciones ERISA no protegen los activos del plan del cónyuge del participante o del IRS.⁴⁴ Sin embargo, el IRS ha relajado su posición de cobro sobre activos de ERISA en manos de un contribuyente en bancarrota.⁴⁵ El IRS ya no embarga activos del plan de pensión excluidos de la bancarrota.⁴⁶ Fuera de la bancarrota, la incautación por el IRS de los activos calificados del plan sigue siendo una revelación. Tenga en cuenta que ninguna autoridad tributaria estatal puede alcanzar activos de jubilación calificados. Esto se debe a que la ERISA federal “anticipa” (supera) cualquier ley tributaria estatal en conflicto

4.3.3 Planes de Jubilación no ERISA

Aunque los planes de jubilación que no son ERISA (para dueños de negocios) no califican para la protección federal de acreedores, varios estados, incluyendo Florida,

⁴⁴ *U.S. v. Sawaf*, 74 F.3d 119, 123 (6th Cir. 1996).

⁴⁵ 11 U.S.C. § 506(a).

⁴⁶ *Vea* IRS Office of Chief Counsel Notice, CC-2004-033, septiembre 09, 2004, disponible en <http://www.irs.gov/pub/irs-ccdm/cc-2004033.pdf>

Protección de Activos

Nueva York, Oregon y Iowa, brindan protección de acreedores para varios planes no calificados. Por ejemplo, Nueva York, en general, exime del pago de los acreedores “bajo un bono de acciones, pensión, participación en las utilidades, anualidad, o un plan o contrato similar a causa de enfermedad, discapacidad, muerte, edad o antigüedad”.⁴⁷

Podría decirse que Florida ofrece la mayor expansión de las protecciones ERISA. Florida protege los activos del plan de jubilación exentos de impuestos de los acreedores del propietario, beneficiario o participante.⁴⁸ Por ejemplo, los estatutos de Florida protegen ciertos planes de pensión no calificados, participación en las utilidades y planes de bonos de acciones, así como IRA. Florida también exime activos que se encuentran en ciertos planes de jubilación para oficiales de condado, maestros, bomberos, empleados estatales y oficiales de policía.⁴⁹ Un tribunal dictaminó que Florida protege, además, las distribuciones de los planes diferidos de impuestos sin una limitación en dólares e impone restricciones muy liberales sobre el uso de fondos protegidos.⁵⁰

Los siguientes estados eximen los activos de IRA sin limitación de valor: Alabama, Alaska, Arizona, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Hawái, Illinois, Iowa, Indiana, Kansas, Kentucky, Luisiana, Michigan,

⁴⁷ *Matter of Carmichael*, 100 F.3d 375 (5th Cir. 1996).

⁴⁸ Fl. Stat. § 222.21(2)(a).

⁴⁹ Véase, Fl. Stat. §§ 122.15 (funcionarios del condado, empleados), 175.241 (para bomberos), 185.25 (para oficiales de policía), 121.131 (para funcionarios estatales, empleados), y 238.15 (para maestros).

⁵⁰ *In re Ladd*, 258 B.R. 824 (Bankr. N.D. Fl. 2001).

Mississippi, Nuevo Hampshire, New Jersey, Nuevo México, Nueva York, Carolina del Norte, Oklahoma, Oregon, Pensilvania, Rhode Island, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Washington y Wyoming.

Varios estados menos protectores, como Arkansas, Indiana, Kansas, Minnesota, Nevada, Dakota del Norte, Dakota del Sur y Virginia, imponen varias limitaciones monetarias y restricciones sobre (i) cómo los fondos de jubilación deben ser utilizados y (ii) si las distribuciones de efectivo de planes exentos conservan su estado protegido.⁵¹ Varios estados, como Rhode Island, Utah y Hawai, se oponen a la protección de las contribuciones a los planes no calificados realizados dentro de un cierto número de días antes de la declaración de bancarrota.

Las limitadas protecciones estatales ofrecidas por California, Georgia, Maine, Massachusetts, Nebraska, Ohio, Carolina del Sur, Virginia Occidental y Wisconsin, generalmente dependen de que los fondos de jubilación sean “razonablemente necesarios” para el apoyo del deudor y los dependientes del deudor.⁵² La Ley de Bancarrota de 2005 sigue un estándar similar de apoyo familiar.⁵³

⁵¹ Véase, Va. Código § 34-34(A).

⁵² Véase 11 U.S.C. § 522(d)(10)(E), Fl. Stat. § 222.201, que incorpora 11 U.S.C. § 522(d)(1)(E) por referencia.

⁵³ 11 U.S.C. § 522(d)(10)(E) proporciona una exención para “[el] derecho del deudor a recibir... un pago bajo bono de acciones, pensión, participación en las utilidades, anualidades o plan o contrato similar por enfermedad, discapacidad, muerte, edad o duración del servicio, en la medida razonablemente necesaria para el sustento del deudor y cualquier dependiente del deudor...”

Protección de Activos

Los factores que indican necesidad pueden incluir:

- los gastos de manutención particulares del deudor,
- las necesidades de los dependientes del deudor,
- los ingresos, capacitación y deudas del deudor,
- la edad y salud del deudor y los dependientes del deudor,
- los otros activos del deudor y si dichos activos están protegidos y/o líquidos,
- las necesidades especiales del deudor y los dependientes del deudor, y
- las obligaciones financieras en curso del deudor, como la pensión alimenticia o pagos de manutención.⁵⁴

A la luz de las protecciones estatales potencialmente expansivas, la calificación bajo ERISA puede no ser esencial para proteger los activos del plan. Si las protecciones estatutarias estatales están disponibles, se debe tener mucho cuidado para cumplir con los requisitos estatutarios aplicables. También se deben considerar la exposición de las distribuciones de jubilación obligatorias y la solvencia de los participantes del plan, debido a la exposición potencial de los activos no calificados del plan a la bancarrota.

4.4 Exención de Salarios

Todos los 50 estados proporcionan algún tipo de exención de acreedores por ingresos obtenidos como

⁵⁴ *In re Vickers*, 954 F.2d 1426, 1427, fn. 3 (8th Cir. 1992).

salarios. Los “salarios” son remuneración o pago por hora. Los salarios no incluyen las distribuciones de utilidades. La planificación salarial implica la segregación de salarios de otros fondos, para preservar su carácter de salario, compensación, etc. El empleo generalmente es necesario para crear una compensación fija y periódica. Para establecer la protección salarial, las personas que trabajan por cuenta propia deben actuar como su propio empleado. Esto se logra haciendo que el propietario sea un empleado W2 del negocio.

Similar a la exención de vivienda familiar, la exención salarial varía dramáticamente de estado a estado. Varios estados, como Delaware y Alabama, protegen solo una parte de los salarios. Otros estados, como Carolina del Sur y Texas, eximen a todos los salarios de los acreedores de sentencias judiciales del preceptor.

El tratamiento de los salarios en Florida es instructivo. Florida protege todos los salarios calificados (referidos como “ganancias disponibles”) del “embargo”. El embargo salarial, es una acción de acreedor para obligar a un empleador (o a otra persona que tenga ganancias) a pagar directamente al acreedor. El acreedor embarga los fondos antes de que lleguen al deudor para el consumo. Florida exime a todos los salarios ganados por la persona “cabeza de familia” y una cantidad limitada de “ganancias disponibles” ganadas por cualquier persona que no sea cabeza de familia. Dicha cantidad disponible equivale a la

Protección de Activos

exención bajo la Ley Federal de Protección al Crédito del Consumidor (discutida a continuación).⁵⁵

La ley de Florida reconoce la importancia de segregar los salarios de los fondos no protegidos. Como los salarios a menudo no se consumen inmediatamente, Florida cobija los salarios durante seis meses después del depósito bancario.⁵⁶ Por lo tanto, los salarios depositados por el jefe de familia están exentos de acreedores por seis meses. Una condición para la protección salarial extendida en Florida es el depósito consistente de salarios en una cuenta bancaria segregada (para hacer que los salarios sean fácilmente identificables).⁵⁷

El gobierno federal también protege los salarios. La Ley de Protección al Crédito del Consumidor⁵⁸, limita el monto de los salarios sujetos a embargo al menor de: (i) 25% de las ganancias netas disponibles, o (ii) ganancias semanales que exceden 30 veces el salario mínimo federal por hora por semana.⁵⁹ Sin embargo, la ley permite el embargo de los salarios por parte de ciertos acreedores (incluidas las reclamaciones por manutención infantil, las órdenes de bancarrota del Capítulo 13 y los impuestos estatales y federales)⁶⁰. Curiosamente, la Ley no protege los salarios depositados en un banco (es decir, no

⁵⁵ Fl. Stat. § 222.11(2)(c).

⁵⁶ Fl. Stat. § 222.11.

⁵⁷ Fl. Stat. § 222.11(3).

⁵⁸ 15 U.S.C. § 1601, *et. seq.*

⁵⁹ 15 U.S.C. § 1673(a).

⁶⁰ 5 U.S.C. § 1673(b).

consumidos), incluso si son segregados e identificables.⁶¹ Solo ciertas leyes estatales protegen los depósitos salariales.

4.5 Seguro de Vida

En su forma básica, el seguro de vida establece la obligación contractual de la aseguradora de proporcionar dinero a un beneficiario tras la muerte del asegurado. Las pólizas de seguro involucran a tres partes. El “propietario” de la póliza paga las primas y controla la póliza. La póliza es suscrita en función de la vida del “asegurado”. El “beneficiario” recibe los ingresos del seguro (a la muerte del asegurado). Por lo tanto, el seguro de vida desplaza el riesgo de pérdida financiera derivada de la muerte prematura del beneficiario (generalmente un dependiente del asegurado) a la aseguradora.

Las familias se arriesgan a la ruina financiera si se pierden los ingresos familiares debido a la muerte del sostén de la familia. El seguro de vida proporciona ingresos de reemplazo y liquidez para el pago de bienes y otros impuestos, costos de sucesión, y gastos adicionales. Sin liquidez, las familias pueden verse obligadas a vender necesidades básicas para cubrir los gastos de manutención y los costos resultantes de la muerte del asegurado. Los socios comerciales también pueden emplear un seguro de vida para financiar la “adquisición” de acciones en poder de un socio difunto.

⁶¹ *Dunlop v. First Nat'l Bank of Az.*, 399 F. Supp. 855, 856-57 (D. Ariz. 1975).

Protección de Activos

Sin embargo, los ingresos del seguro de vida son incluidos en el patrimonio gravable del propietario (incluso si se hizo una designación de beneficiario). Esto puede ser rectificado haciendo que la póliza sea propiedad de un fideicomiso irrevocable. Con la ayuda de un profesional, el seguro de vida puede ser protegido y utilizado para conservar activos durante generaciones. Sin embargo, una mala planificación del seguro de vida puede generar un impuesto al patrimonio sobre el seguro mismo.

4.5.1 Tipos de Seguros de Vida

En las últimas décadas se han desarrollado dos formas básicas de seguro de vida: seguro de vida a término y seguro de vida completo. Las pólizas de vida completas son conocidas como “permanentes” porque no expiran. El seguro de vida completo se financia durante la vida del asegurado, acumula un valor de rescate en efectivo y paga tras la muerte del asegurado. El seguro permanente es una fuente confiable de liquidez para los patrimonios potencialmente cargados con impuestos al patrimonio federales y otros costos. Además de los beneficios por muerte, las contribuciones a una póliza de vida completa que exceden los costos del seguro se acumulan con el tiempo. La póliza acumula un “valor de rescate en efectivo” intrínseco, que puede tomarse prestado, ser retirado o ser utilizado para cubrir el costo del seguro de vida subyacente.

Las pólizas de vida a término, por el contrario, no tienen un valor en efectivo intrínseco y solo aseguran la muerte prematura dentro de un periodo de cobertura específico. A diferencia del seguro permanente, el seguro a

término expira al final del periodo de cobertura. Los pagos del seguro a término generalmente se fijan (o “nivelan”) y se calculan para proporcionar la misma o decreciente cobertura de seguro, durante el plazo de la póliza. El seguro a término es un medio menos costoso de cambiar el riesgo de muerte imprevista (en lugar de crear valor en efectivo o liquidez garantizada al final de una larga vida). Las pólizas a término están diseñadas para crear la liquidez necesaria para reemplazar el ingreso familiar o un empleado clave que muere inesperadamente.

Las dos formas básicas de seguro de vida se han convertido en un conjunto de productos de seguro de vida. Las pólizas ahora están disponibles con las características combinadas del seguro de vida a término y del seguro de vida permanente. Varios de estos tipos de pólizas adicionales incluyen lo siguiente:

- Seguro por Muerte Accidental – Cobertura a término que se paga al fallecer el asegurado, si la muerte se debe a un accidente. Los seguros de viaje y de vuelo son ejemplos de este tipo de póliza.
- Seguro de Vida “Segundo-en-Morir” o Conjunto – Cobertura a término o permanente que asegura la vida de dos o más personas y paga tras la muerte del último asegurado. La característica de “segundo-en-morir” se ha popularizado entre marido y mujer, a la luz de la deducción marital del impuesto al patrimonio ilimitada, la cual aplaza el impuesto al

Protección de Activos

patrimonio hasta la muerte del cónyuge sobreviviente. El término extendido generalmente reduce los costos de la prima por debajo de la póliza típica “primero-en-morir”.

- Seguro de Vida Universal – Cobertura vitalicia que permite una inversión más amplia del valor en efectivo. Aunque la póliza no caduca, los costos del seguro generalmente se deducen del valor de las inversiones dentro de la póliza. Una inversión exitosa cubrirá las primas de seguro anuales y proporcionará un retorno de la inversión. Sin embargo, una rentabilidad insuficiente de la inversión podría requerir una contribución adicional, para cubrir los costos del seguro.
- Seguro de Vida Variable – Una forma de seguro de vida universal (a menudo denominado “seguro de vida universal variable”) que permite al propietario elegir el tipo de inversiones mantenidas dentro de la póliza (generalmente una variedad de fondos de inversión). Similar al seguro de vida universal, las pérdidas de inversión pueden crear exposición a deficiencias de las primas (si las inversiones no cubren los costos del seguro).

4.5.2 El Seguro de Vida como Activo Protegido

Varios estados y el gobierno de los Estados Unidos respaldan la planificación del seguro de vida eximiendo los valores en efectivo y los ingresos, de las reclamaciones de los acreedores. El deudor puede actuar como uno o como los tres participantes en la póliza básica (es decir, propietario, asegurado y/o beneficiario). Por lo general, el interés protegido es el usufructo (que respalda el ingreso familiar y la liquidez).

Seguro de Vida y Bancarrota

El Código Federal de Bancarrota contiene una exención de acreedor limitada (USD 10.775) para el valor de rescate en efectivo del seguro de vida propiedad del deudor.⁶² Para calificar, el asegurado debe ser el deudor o un dependiente del deudor. La exención del valor en efectivo en bancarrota se aplica sin investigación, siempre que el deudor o el cónyuge del deudor sea el asegurado.⁶³ El cónyuge del deudor no necesita probar la dependencia para ser considerado un dependiente del deudor.

El Código de Bancarrota exige a todos los ingresos del seguro de vida del cobro en bancarrota, pero solo en la medida “razonablemente necesaria” para respaldar al deudor y a cualquier dependiente.⁶⁴ La protección refleja la

⁶² 11 U.S.C. § 522(d)(8) states it is \$10,775. Vea también 11 U.S.C. §§ 522(a)(1);(d)(8)(2007).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ 11 U.S.C. § 522(d)(11)(C) 609, 611; 11 U.S.C. 522(d)11(C) (2007).

Protección de Activos

intención del Congreso de proteger solo los beneficios necesarios por muerte de un familiar. Cualquier exención estatal aplicable debe ser utilizada en bancarrota para proteger los valores en efectivo y los ingresos de las pólizas implementadas para fines de planificación de impuestos y de patrimonio.

Protecciones Estatales de Seguro de Vida

Las protecciones estatutarias estatales varían con respecto a (i) la cantidad del valor en efectivo y/o los ingresos protegidos y (ii) los tipos de acreedores (es decir, del asegurado, propietario o beneficiario) exentos.

Valor en Efectivo

Aunque la mayoría de los estados no protegen el valor de rescate en efectivo del seguro de vida completo, estados como Nueva York, exoneran los valores en efectivo de los acreedores del propietario de la póliza. Florida exime el valor total de rescate en efectivo, pero solo de los acreedores del asegurado. Los valores en efectivo mantenidos por un propietario de Florida que no sea el asegurado están expuestos. Por ejemplo, en Florida, el valor en efectivo de una póliza propiedad del cónyuge o del socio de negocios del asegurado, no está protegido de los acreedores del propietario de la póliza. Hawai exonera todo el valor en efectivo, siempre que la póliza sea pagadera al vencimiento, a la familia o dependiente del asegurado.⁶⁵ El

⁶⁵ Ha. Rev. Stat. § 431:1-232(a).

tribunal de bancarrota respetará una exención estatal ilimitada de valores en efectivo.⁶⁶

Ingresos del Seguro de Vida

Estados como Alaska y Alabama protegen los pagos realizados tras la muerte del asegurado (sin límite) si el beneficiario es el cónyuge o dependiente del asegurado.⁶⁷ Otros estados, como Vermont y Washington, también brindan protección de acreedor ilimitada al beneficiario, pero solo si el beneficiario no es el patrimonio del asegurado.

Florida⁶⁸, Nueva York⁶⁹, Hawai⁷⁰ y Luisiana⁷¹ exoneran el monto total de los ingresos del seguro de vida. Florida excluye solo a los acreedores del asegurado (no a los acreedores del beneficiario o propietario, si es diferente del asegurado). Por ejemplo, un hijo beneficiario en Florida expone los ingresos del seguro de vida a los acreedores del

⁶⁶ *In re White*, 185 F. Supp. 609 (D.C. W. Va. 1960).

⁶⁷ *Vea Al. Stat. Sec. 27-14-29(b)*, que establece en parte: “Si una póliza de seguro de vida... es efectuada por una persona sobre la vida de otra a favor de la persona que la realiza o excepto en casos de transferencia con la intención de defraudar a los acreedores... el beneficiario tendrá derecho a los ingresos... [si] la persona que efectúa dicho seguro o el cesionario de dicho seguro es la esposa del asegurado, ella también tendrá derecho a los ingresos... *Al. Stat. Sec. 27-14-29(b)(1971)*.”

⁶⁸ *Fl. Stat. §§ 222.13-14; 222.13(1); 14 (2011)*.

⁶⁹ *Véase L. of N.Y. § 3212(4)(b)(1)*.

⁷⁰ *Ha. Rev. Stat. § 431:10-232 (1987)*.

⁷¹ *La. Rev. Stat. Ann. § 22:647 (2006) La. R.S. §§ 22:912(1), (2) (2009)*.

Protección de Activos

hijo. Los hijos beneficiarios que viven en Florida normalmente deberían favorecerse de los ingresos del seguro de vida solo a través de un fideicomiso para pródigos. Esto se puede lograr creando un fideicomiso propio y actuando como beneficiario de la póliza. Esta es también una estrategia común de planificación del patrimonio, para mantener los ingresos de la póliza fuera del patrimonio gravable del propietario. Tras la muerte del padre asegurado, el fideicomiso recibe todos los ingresos del seguro directamente, fuera del alcance de los acreedores del beneficiario. Si un padre intenta mantener la propiedad vitalicia de la póliza (en lugar de contribuir con la póliza a un fideicomiso de por vida) o si no es necesaria una planificación de impuestos, un fideicomiso para pródigos que beneficie al hijo puede ser nombrado beneficiario tras la muerte del propietario/asegurado.

Nueva York excluye solo a los acreedores de propietarios de pólizas de los ingresos del seguro, dependiendo de una gran cantidad de circunstancias.⁷² Hawai también exime a los acreedores del propietario de la póliza, con la restricción de que los ingresos sean pagaderos a la familia o dependientes del asegurado. Luisiana exime a todos los ingresos, siempre y cuando la póliza haya sido emitida dentro de los nueve meses de la declaración de bancarrota.⁷³ A diferencia de Florida, los ingresos del seguro pagados a un hijo sobreviviente (beneficiario/propietario) en Nueva York, Hawai o Luisiana, no pueden ser alcanzados por los acreedores del

⁷² Véase L. of N.Y. § 3212(b)(2), (b)(3), (b)(4)(A) and (B).

⁷³ La. Rev. Stat. Ann. § 22:647 (2006); La. R.S. § 22:912(2)(2009).

hijo. Sin embargo, tales protecciones de acreedor no se aplican normalmente a las obligaciones de manutención del dependiente y del cónyuge ni a las reclamaciones por pensión alimenticia.

Nombrar al “patrimonio” como beneficiario expondrá todos los ingresos a los acreedores del propietario/asegurado. Si el asegurado es el beneficiario designado, los ingresos del seguro son pagados a la sucesión del patrimonio del asegurado (sometiendo todos los ingresos a los acreedores del difunto). A la luz de las variaciones en la ley estatal, la planificación exhaustiva debe incluir la consideración del estado de residencia y todas las exposiciones posibles del asegurado, el propietario y el beneficiario. El cuadro 4.5.2 refleja una variedad de exenciones estatales de seguro de vida.

4.5.3 Seguro de Vida Extranjero

Varias naciones extranjeras albergan valores en efectivo ilimitados de seguro y beneficios por muerte suscritos dentro de sus fronteras. Dichas jurisdicciones incluyen Suiza y Lichtenstein. Las pólizas de seguro extranjeras se rigen por leyes extranjeras que generalmente inhiben la interferencia judicial de los Estados Unidos. De conformidad con dichas políticas, la ley extranjera se aplica a todas las reclamaciones de cobro y transferencias fraudulentas asociadas con la póliza. Además, los valores en efectivo y los títulos mantenidos en una póliza extranjera, a menudo se encuentran en el paraíso fiscal del deudor, dificultando el embargo por parte de acreedores de los Estados Unidos. En cualquier caso, si usted vive en un

Protección de Activos

estado que no alberga adecuadamente el seguro de vida, varias jurisdicciones costa afuera ofrecen una alternativa más protectora.

Cuadro 4.5.2

Exenciones Estatales de Seguro de Vida Seleccionadas

	Valor en Efectivo Exento	Ingresos Exentos
Estrado		
Alabama	Si es pagadero al cónyuge del deudor y/o a los hijos del matrimonio del deudor	
Arkansas	Exento si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	
California	Si, pero los valores agregados del préstamo están exentos solo hasta USD 9,700 (USD 19,400 para cónyuges)	En la medida razonablemente necesaria para el apoyo del deudor, cónyuge y dependientes
Colorado	Valor de rescate en efectivo exento hasta USD 50,000	Si Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Connecticut	Dividendos, intereses y valor del préstamo exentos hasta USD 4,000	
Delaware	Ingresos totalmente exentos si son pagaderos al beneficiario que no sea el asegurado	De los acreedores del asegurado, si es pagado al beneficiario que no sea el asegurado o el patrimonio del asegurado
Florida	Valor de rescate en efectivo de la póliza emitida sobre la vida de un residente de Florida totalmente exento	Si, si es pagado al beneficiario que no sea el asegurado o el patrimonio del asegurado, a menos que la póliza diga lo contrario
Georgia	Valor en efectivo emitido sobre la vida de un residente de Georgia exento	
Hawai	Si es pagadero al cónyuge, hijo, progenitor o dependiente	
Idaho	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	
Illinois	Si es pagadero al cónyuge, hijo, progenitor o dependiente	
Indiana	Si es pagadero al cónyuge, hijo, dependiente o acreedor	
Iowa	Si el beneficiario es el cónyuge, hijo o dependiente	
Kansas	Si es pagadero al beneficiario que no sea el patrimonio del asegurado	
Kentucky	Ingresos totalmente exentos si son pagaderos al beneficiario que no sea el asegurado	
Luisiana	Exento	
Maine	Valor de la póliza totalmente exento; dividendos e intereses acumulados y valor del préstamo exento hasta USD 4,000	Exento si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Maryland	Si el beneficiario es el cónyuge, hijo o dependiente	Si el beneficiario es el cónyuge, hijo o dependiente, también, el dinero pagadero del seguro a causa de la muerte de cualquier persona, está exento de ejecución o de una sentencia
Massachusetts	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	
Michigan	Si es pagadero al cónyuge o hijo	
Minnesota	Dividendos, intereses o valores de préstamo acumulados, hasta USD 8,400, si son propiedad del deudor y el asegurado es deudor o dependiente	Contra los acreedores de la persona que efectúa la póliza, si es pagadero a un beneficiario que no sea el individuo que efectúa la póliza
Mississippi	Si no es pagadero al patrimonio del asegurado	Si no es pagadero al patrimonio del asegurado, hasta USD 50,000
Missouri	Si, con restricciones en bancarotas	No
Montana	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	
Nebraska	Hasta USD 100,000, si es pagadero al beneficiario que no sea el patrimonio del asegurado	Si es pagadero al beneficiario que no sea el patrimonio del asegurado
Nevada	Beneficios atribuidos a hasta USD 15,000 en primas anuales de un beneficio proporcionado si las primas exceden USD 15,000. Los ingresos exentos contra acreedores del asegurado y todos los beneficiarios, determinados cuando los ingresos se han puesto a disposición. La aplicación del límite monetario a la exención general no es clara.	

Protección de Activos

Estado	Valor en Efectivo Exento	Ingresos Exentos
Nuevo Hampshire	Ninguno	De acreedores de la persona que estableció la póliza, si el beneficiario es diferente a quien estableció la póliza
New Jersey	Valor de rescate en efectivo y dividendos totalmente exentos	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Nuevo México	Posiblemente para los residentes de Nuevo México	Posiblemente exento pero sujeto a impuestos y embargo
Nueva York	Si, si es pagadero a un tercero beneficiario	
Carolina del Norte	Durante la vida del asegurado, si la póliza es solo para el uso y el beneficio del cónyuge o hijo del asegurado	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Dakota del Norte	Para residentes de Dakota del Norte, si es pagadero al cónyuge, hijo o dependiente	En la medida razonablemente necesaria para el sustento del deudor y dependientes
Ohio	Valor en efectivo si es pagadero al cónyuge, hijo, dependiente, organización benéfica, acreedor, pero los valores del préstamo no están exentos	Si es pagadero al cónyuge, hijo, dependiente, organización benéfica o acreedor
Oklahoma	Todos los beneficios exentos	
Oregon	Si es pagadero al beneficiario que no sea el patrimonio del asegurado	Si es pagadero al beneficiario que no sea la persona que efectúa el seguro
Pennsylvania	Hasta USD 100 por mes si el asegurado es el beneficiario de la póliza	Si es pagadero al cónyuge, hijo o dependiente
Rhode Island	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	
Carolina del Sur	De acreedores del asegurado, si los beneficiarios son el cónyuge, hijos o dependientes	
Tennessee	Si es pagadero al cónyuge, hijo o dependiente, si es pagado al patrimonio intestado del asegurado para cónyuge o hijo, o si es pagado al patrimonio intestado del asegurado y no se ha comprometido para las deudas del asegurado	Si es pagado al patrimonio testado del asegurado y no
Texas	Todos los beneficios	
Utah	Contrato de seguro de vida no vencido propiedad del deudor	Si es pagado o pagadero al cónyuge o hijo
Vermont	Si	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Virginia	Si, pero los valores de efectivo y del préstamo no están exentos si el asegurado puede cambiar el beneficiario	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Washington	Si, a menos que el asegurado pueda acceder al valor en efectivo	
West Virginia	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado
Wisconsin	Si, pero los dividendos acumulados, intereses o valor del préstamo de una póliza no vencida, limitados a USD 150,000	Si es pagadero al beneficiario que no sea el patrimonio del asegurado
Wyoming	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	
Washington, D.C.	Para residentes del D.C. y personas que ganan la mayor parte de su sustento en D.C.; para no residentes del D.C., el valor de rescate en efectivo está exento si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado	Si es pagadero al beneficiario que no sea el asegurado

4.6 Anualidades

4.6.1 Anualidades Nacionales

Casi todos los estados protegen las anualidades y los ingresos de las anualidades en distintos grados. Una anualidad es un contrato en el que un individuo, conocido como el “rentista”, compra un flujo de pagos por un período fijo o durante toda la vida.⁷⁴ El IRS generalmente requiere (i) que los pagos de anualidades se realicen a intervalos regulares durante un periodo superior a un año y (ii) que los montos de pago o el periodo de la anualidad puedan ser determinados cuando comience la anualidad.⁷⁵ Dependiendo de los términos del contrato, los pagos pueden continuar durante la vida de varios beneficiarios y/o finalizar con el pago de una suma global. Los pagos pueden ser “variables” (basados en un índice bursátil o activos de inversión), variables pero cubiertos (para proporcionar un pago mínimo) o fijos. Las anualidades también pueden incluir una “función de reembolso” para garantizar la recuperación de la inversión inicial.

El costo de la anualidad generalmente se deriva de (i) el tamaño de cada pago, (ii) el número de pagos (basado,

⁷⁴ N.C. Gen. Stat. §§ 1C-1601, 58-58-95, 58-58-115; N.C. Gen. Stat. § 1C-1601(a)(6); N.C. Const. art. X, §5 (1977) son estatutos y disposiciones constitucionales estatales que eximen los procedimientos del seguro de vida de los acreedores (tal como se aplica a cónyuge e hijos).

⁷⁵ I.S.R. Pub. 939, Norma general para pensiones y anualidades, revisada en abril de 2003, *disponible en* <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p939.pdf>.

Protección de Activos

por ejemplo, en la esperanza de vida del titular), y (iii) factores adicionales (como las expectativas de tasa de interés y opciones como un pago único por muerte). El precio de los pagos de anualidades de por vida, se basa en factores similares a los utilizados para suscribir el costo del seguro de vida. Si los pagos terminan con una muerte prematura (a diferencia del seguro de vida), el emisor obtiene un beneficio inesperado. Sin embargo, si el rentista vive más de lo esperado, recibirá pagos que exceden el costo suscrito de la anualidad.

El análisis del riesgo de suscribir una anualidad es lo opuesto al seguro de vida. El rentista paga una suma global única (a diferencia de las primas de seguro de por vida periódicas). Cuanto más tiempo vive el rentista, más pagos recibe el rentista. Con el seguro de vida, cuanto más tiempo el asegurado paga primas, más gana la aseguradora sobre la póliza.

Las anualidades compradas de una compañía de seguros se conocen como anualidades comerciales. También se puede establecer una anualidad entre los miembros de la familia. Generalmente, un miembro mayor de la familia (“otorgante”) entrega activos a los miembros más jóvenes de la familia, sujetos al derecho del otorgante a los ingresos producidos por dichos activos. Tales anualidades “privadas” implican regalos a fideicomisos, entidades familiares, etc., por un otorgante que “retiene” (de los activos regalados) una anualidad por un periodo fijo. La anualidad retenida reduce el valor del regalo gravable. Si el otorgante sobrevive el plazo de la anualidad, los activos aportados son removidos del patrimonio gravable del

otorgante. Una forma popular de dicho acuerdo es el fideicomiso de anualidad retenido del otorgante, o “GRAT” (por sus siglas en inglés, Grantor Retained Annuity Trust). Una estrategia similar es contribuir con una residencia a un fideicomiso y “retener” el uso de la propiedad por un plazo fijo (para descontar el valor del regalo gravable). Si el otorgante sobrevive el plazo retenido, el hogar es removido del patrimonio gravable del otorgante. La maniobra es llamada un fideicomiso de residencia personal calificado (“QPRT” por sus siglas en inglés, Qualified Personal Residence Trust).

Otra estrategia fiscal es financiar un fideicomiso caritativo remanente (“CRT” por sus siglas en inglés Charitable Remainder Trust) a través de una donación caritativa deducible de impuestos. El otorgante entrega activos a un fideicomiso que beneficia a una organización benéfica, pero retiene los ingresos de por vida (algo así como una anualidad) de los activos donados. El fideicomiso irrevocable proporciona protección de activos (aislando la fuente del ingreso). Tras la muerte del otorgante, los activos del fideicomiso se distribuyen a la organización benéfica. Idealmente, el valor de la deducción de impuestos y la evitación de ganancias de capital e impuestos al patrimonio sobre los bienes donados será mayor que el valor del regalo.

Las anualidades pueden estructurarse para pagar una cantidad periódica fija o un pago variable. Las anualidades “variables” se pagan en función del éxito de las inversiones subyacentes que financian el contrato de anualidad. Al igual que con el seguro de vida variable, el monto de cada

Protección de Activos

desembolso periódico al propietario depende del precio de mercado fluctuante de las inversiones que se mantienen en la anualidad. Cuando los pagos fluctúan en función de los valores de inversión, el propietario de la anualidad asume el riesgo (y recoge los beneficios) del pago fluctuante. Por el contrario, cuando se elige la anualidad de pago fijo clásica, la aseguradora asume el riesgo de la inversión.

Por lo general, los estados que protegen el seguro de vida también eximen las anualidades de los acreedores. Florida, por ejemplo, exime los ingresos de la anualidad sin una limitación en dólares.⁷⁶ En general, los tribunales de Florida han respaldado una amplia interpretación del término “anualidad”.⁷⁷ Por ejemplo, un tribunal de apelación de Florida, protegió un acuerdo estructurado recibido por una demanda por muerte por negligencia como una “anualidad”.⁷⁸ Un tribunal de bancarrota en Florida también dictaminó que la transferencia del deudor de USD 350.000 a un fideicomiso para sus hijos, sobrinas y sobrinos, a cambio de USD 3.000 por mes, estableció una anualidad protegida por el Estatuto de Florida §222.14. El tribunal dictaminó que el flujo de pagos retenido estaba exento de los acreedores, a pesar de que el deudor se había declarado en bancarrota trece meses después de establecer el contrato de anualidad. El tribunal basó su decisión en el hallazgo de que “(1) ... la exención estatutaria no está

⁷⁶ Fl. Stat. § 222.14 (2011).

⁷⁷ Véase, *State, Dept. of Ins. v. Great Northern Insured Annuity Corp.*, 667 So. 2d 796, 799 (1st DCA 1995) (discutiendo la historia de las anualidades en Florida).

⁷⁸ *In re McCollam*, 612 So. 2d 572, 574 (1993).

restringida a anualidades provistas por entidades públicas completamente no relacionadas, y (2) ... no [hubo] intención de defraudar a los acreedores en la conversión del deudor de sus activos no exentos a activos exentos a través del establecimiento de este contrato de anualidad.”⁷⁹

Sin embargo, otros tribunales han advertido que una anualidad debe ser más que una simple venta de pagos a plazos.⁸⁰ Las resoluciones requieren, por ejemplo, que la intención de las partes cree un contrato de anualidad.⁸¹ La mera existencia de los pagos programados a lo largo del tiempo no es suficiente.

Varios estados, como Delaware⁸² y Pensilvania⁸³ solo exigen parcialmente pagos de anualidades de los acreedores.⁸⁴ Las exenciones son modestas, para proteger solo un nivel de vida básico. Ohio protege los pagos solo si el beneficiario designado es el cónyuge, hijos o dependientes del deudor.⁸⁵ Todos los estados protegen anualidades hasta cierto punto. Algunas de las exenciones

⁷⁹ *In re Mart*, 88 B.R. 436, 438 (Bankr. S.D. Fl. 1988); Cf. *In re Gefen*, 35 B.R. 368 (Bankr. S.D. Fl. 1984).

⁸⁰ *In re Conner*, 172 B.R. 119 121 (Bankr. M.D. Fl. 1994).

⁸¹ *In re Solomon*, 95 F.3d 1076 1078 (11th Cir. 1996).

⁸² De. Code Ann. Tit. 18 § 2727(a)(2)(2011).

⁸³ 42 Pa. Cons. Stat. Ann. § 8124(c)(3)(2011).

⁸⁴ 42 Pa. Cons. Stat. Ann. § 8124(c)(3)(2011)(exención de los pagos de anualidades de USD 100 por mes); De. Cod Ann. Tit. 18 § 2728(a)(2)(2011)(exención de pagos de anualidades de USD 350 por mes).

⁸⁵ Oh. Rev. Code Ann. § 3911.10.

Protección de Activos

estatales de acreedores más importantes se describen en el cuadro 4.6.1.

El Código de Bancarrota protege únicamente los pagos de anualidades realizados debido a “enfermedad, discapacidad, muerte, edad o antigüedad”. Los pagos también deben ser “razonablemente necesarios” para el sustento del deudor y sus dependientes. La norma federal, por lo tanto, protege solo los pagos desencadenados por una necesidad inmediata. Missouri emplea el estándar de bancarrota federal ⁸⁶ y Nueva York protege solo los requerimientos razonables del deudor y la familia dependiente.⁸⁷ Los requisitos de soporte de un deudor y sus dependientes, obviamente son difíciles de anticipar como parte de un plan de protección de acreedores.

⁸⁶ Mo. Ann. Stat. § 513.430(10)(e).

⁸⁷ L. of N.Y. § 3212(d)(2).

Cuadro 4.6.1

Exenciones de Anualidades Estatales Seleccionadas

Estado	Exención Limitada a ciertos Beneficiarios	Limitación Financiera	Solo Anualidades de Jubilación
Alaska		USD 13,000 para dividendos acumulados y valores de préstamo	
Arizona	Deudor, cónyuge sobreviviente del deudor, hijo, progenitor, hermano o hermana, o miembro de la familia dependiente como beneficiario	Debe haber sido propiedad del deudor por dos años	
Colorado			
Connecticut			X
Florida	Debe haber sido emitido en las vidas de residentes de Florida		
Georgia	Debe haber sido emitido a residentes de Georgia		
Hawaii	Ingresos y valor en efectivo exentos si son pagaderos al cónyuge, hijo u otro dependiente		
Illinois	Ingresos y valor en efectivo exentos si son pagaderos al cónyuge, hijo, progenitor u otro dependiente		
Indiana			
Iowa	Emitido en la vida de un residente de Iowa		
Kansas	Empleados del gobierno		X
Luisiana			
Maryland	Ingresos pagaderos al cónyuge, hijo o familiar dependiente		
Massachusetts			
Michigan	Ingresos exentos del acreedor de la persona que efectúa la póliza, cuando la póliza es efectuada en favor de otro individuo		
Minnesota	Ingresos exentos de los acreedores de la persona que efectúa la póliza cuando la póliza es efectuada en favor de otro individuo		
Mississippi		Generalmente no hay exención para anualidades privadas	X
Missouri	En la medida razonablemente necesaria para el apoyo del deudor o los dependientes del deudor		X
Nebraska	Ingresos, valores en efectivo y beneficios acumulados están exentos de reclamaciones de acreedores del rentista, si son pagaderos a una persona diferente y exentos de reclamaciones de acreedores del beneficiario, si tiene relación por sangre o matrimonio con el rentista	Hasta USD 100,000 de ingresos acumulados, valores en efectivo o beneficios	
Nuevo Hampshire			X

Protección de Activos

Estado	Exención Limitada a ciertos Beneficiarios	Limitación Financiera	Solo Amortilades de Jubilación
Nuevo México	Debe ser emitido en la vida de un residente de Nuevo México, pero puede estar sujeto a gravámenes impositivos y embargo		
Nueva York	Alguna exposición a discreción judicial es estatuto		X
Carolina del Norte			
Dakota del Norte	En la medida razonablemente necesaria para apoyar al deudor o a los dependientes del deudor	Exento hasta USD 100,000 por póliza con un límite agregado de USD 200,000	X
Ohio	Contrato e ingresos exentos de los acreedores del rentista, si son pagaderos al conyuge, hijo o dependiente del asegurado, ciertas organizaciones benéficas o cualquier acreedor		
Oklahoma			
Rhode Island			X
Carolina del Sur			
Tennessee	Cantidades pagaderas al conyuge, hijo o familiares dependientes del asegurado		
Texas			
Utah			X
Virginia			X
Washington			
West Virginia		Hasta USD 2,500 por mes	X
Wisconsin			X
Washington, D.C.	Residentes del D.C. y personas que ganan la mayor parte de su sustento en D.C.		

4.6.2 Anualidades Extranjeras

Muchos países extranjeros protegen el valor de las anualidades y los pagos de anualidades de los acreedores. Suiza, por ejemplo, exonera anualidades pagaderas al cónyuge y/o dependientes del propietario de la póliza. Una anualidad suiza puede (según la ley suiza vigente) ser alcanzada solo mediante una acción de transferencia fraudulenta si (i) el propietario de la póliza se declaró en bancarrota en suiza dentro del año de hacer o cambiar la designación del beneficiario en la anualidad o (ii) la designación del beneficiario se hizo dentro de los cinco años de la acción de un acreedor, con la intención de defraudar a los acreedores (y los beneficiarios sabían de tal intención).⁸⁸

Para promover el sistema financiero suizo, los tribunales de Suiza pueden dudar en permitir el embargo de una anualidad suiza financiada por transferencia fraudulenta. Además, los tribunales suizos no pueden reconocer las sentencias extranjeras presentadas en Suiza para cobrar de anualidades suizas. La ley suiza de seguros también contiene lenguaje “anti-coacción”. Dicha redacción prohíbe la devolución forzosa de los activos de la anualidad a la jurisdicción del propietario de la anualidad (para el embargo por parte del acreedor local). Algunos

⁸⁸ Marco Gantenbein y Mario Malta, *Swiss Annuities and Life Insurance: Secure Returns, Asset Protection, and Privacy*, Vol. 400, Wiley Finance, 2008, 86-90, Articles 79-81 de la Ley Suiza de Seguros.

Protección de Activos

otros países como la Isla de Man también protegen las anualidades.⁸⁹

4.7 Activos Misceláneos Exentos en Bancarrota

El gobierno federal excluye ciertos activos misceláneos adicionales del embargo en bancarrota. Como las protecciones solo cubren lo básico, generalmente no son útiles para proteger la riqueza. Ejemplos de tales exenciones incluyen lo siguiente:

- El interés del deudor en un vehículo de motor, que no exceda USD 3.450.⁹⁰
- El interés del deudor en mobiliario doméstico, enseres domésticos, ropa, electrodomésticos, libros, animales, cultivos o instrumentos musicales, que no excedan USD 550 por artículo o USD 11.525 en total, en la medida en que se destine principalmente al uso personal, familiar o doméstico del deudor o un dependiente del deudor.⁹¹
- El interés del deudor en joyas, que no exceda USD 1.450, que posea principalmente el

⁸⁹ Todas las reclamaciones de los acreedores deben ser presentadas ante los tribunales de la Isla de Man.

⁹⁰ 11 U.S.C. § 522(d)(2)(2010).

⁹¹ 11 U.S.C. § 522(d)(3) (2010).

deudor o un dependiente, para uso personal, familiar o doméstico.⁹²

- El interés del deudor en cualquier implemento, libros profesionales, o herramientas básicas del oficio, que tenga el deudor o un dependiente, que no excedan USD 2.175.⁹³
- Ayudas médicas prescritas para uso del deudor o de un dependiente.⁹⁴
- Derechos a pagos de pensión alimenticia.⁹⁵

4.8 Propiedad Conyugal

La propiedad conyugal con derechos de supervivencia (“TBE” por sus siglas en inglés Tenancy By the Entirety) es una de las tres formas de propiedad conjunta. Disponible solo para parejas casadas, TBE proporciona protecciones legales que no están disponibles para propietarios en común o propietarios conjuntos (las otras dos formas de propiedad conjunta).⁹⁶ Mientras se

⁹² 11 U.S.C. § 522(d)(4) (2010).

⁹³ 11 U.S.C. § 522(d)(6) (2010).

⁹⁴ 11 U.S.C. § 522(d)(9) (2010).

⁹⁵ *Waters v. Lebanese*, 547 So.2d 197 (Fl. 4th DCA 1989), *rev. denegada*. 560 So.2d 237 (Fl. 1990).

⁹⁶ La propiedad en común es la forma más común de propiedad compartida. La tenencia está formada por dos o más personas que conjuntamente adquieren propiedades. Cada propietario disfruta de un derecho fraccional separado (aunque indiviso) de poseer toda la propiedad. Cada derecho fraccionado puede ser vendido o regalado

Protección de Activos

mantenga la “totalidad” marital de TBE, cada cónyuge posee legalmente la propiedad completa de TBE. El esposo y la esposa deben estar de acuerdo para transferir la propiedad TBE. El interés de un solo cónyuge en la propiedad TBE no puede ser transferido, otorgado o cedido a un tercero. Dicha propiedad “indivisa”, protege a la propiedad de los acreedores de cualquiera de los cónyuges. Solo un acreedor conjunto de ambos cónyuges puede alcanzar la propiedad TBE. Tras la muerte del cónyuge, la propiedad TBE se transfiere por completo al “poseedor” sobreviviente (sin sucesión).

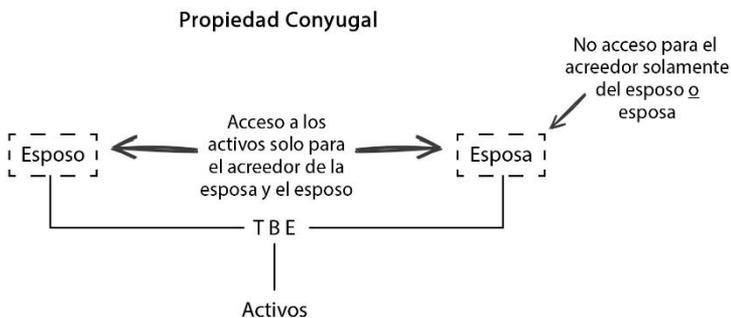
El estatus TBE evolucionó a través del derecho consuetudinario inglés para proteger el interés de una esposa en la propiedad. TBE creó un medio para transferir de manera segura la riqueza a las hijas, quienes (según el derecho consuetudinario) no podían tener un título legal sobre la propiedad. La dote no podía ser (i) vendida por el esposo (sin el consentimiento de su esposa) o (ii) embargada por los acreedores del esposo o de la esposa. Este sigue siendo el caso en los estados que han adoptado el formato de derecho consuetudinario de TBE. Por lo tanto

libremente (durante la vida o mediante un dispositivo testamentario). Los intereses de la copropiedad están desprotegidos de los acreedores. La propiedad conjunta con derecho de supervivencia es similar pero mucho menos común porque la tenencia no es inadvertida (ya que los propietarios deben titular intencionalmente la propiedad “jtwros”). Si la propiedad es así titulada, el interés que tiene un propietario fallecido pasa por ley al propietario(s) sobreviviente(s). Aunque los intereses de jtwros están desprotegidos de los acreedores de cada deudor/propietario durante su vida, todos los derechos de cobro terminan al fallecer el deudor/propietario.

(excluyendo el IRS o una transferencia fraudulenta), un acreedor de un solo cónyuge no puede alcanzar la propiedad mantenida TBE. El cuadro 4.8, ilustra la ventaja protectora de TBE.

Alaska, Arkansas, Delaware, Florida, Hawaii, Illinois, Indiana, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Misuri, Nueva Jersey, Nueva York, Carolina del Norte, Oklahoma, Oregón, Pensilvania, Rhode Island, Tennessee, Vermont, Virginia, Wyoming y Washington DC, reconocen la propiedad TBE en una variedad de leyes consuetudinarias y formas estatutarias. Los diferentes estados difieren dramáticamente en cuanto al tipo de propiedad elegible, las formalidades requeridas y las protecciones atribuidas al estado TBE.

Cuadro 4.8



La mayoría de los estados que permiten la titulación TBE, limitan su uso a bienes inmuebles. Florida, sin embargo, permite que tanto la propiedad personal como los inmuebles sean mantenidos TBE. La ley de Florida también

Protección de Activos

presume que los bienes inmuebles, los certificados de acciones y las cuentas bancarias en manos de una pareja casada, son propiedad TBE (incluso si no tienen tal título).⁹⁷ Un tribunal de Florida también dictaminó que la presunción de propiedad TBE se extiende a las acciones mantenidas en un certificado de título conjunto.⁹⁸ A pesar de cualquier presunción estatal aplicable de propiedad TBE, cuentas bancarias, escrituras, certificados de acciones, estados de cuenta de corretaje y aplicaciones de cuentas, deben reflejar (si se pretende TBE) la propiedad del esposo y la esposa como “Propietarios Conyugales” o “TBE” para eliminar cualquier duda.

Las protecciones legales otorgadas a los bienes de TBE, no se establecen simplemente titulando una cuenta existente o una pieza de bienes inmuebles “TBE”. A menos que sea revisado por una ley estatal particular, se requieren seis “unidades” para establecer el estado de TBE. Un resumen de las unidades requeridas es el siguiente:

- Unidad de Posesión. Ambos cónyuges deben tener la propiedad y el control conjunto.
- Unidad de interés. Cada cónyuge debe tener los mismos derechos e intereses en la propiedad o cuenta.

⁹⁷ Fl. Stat. § 655.79(1)(2011); Fl. Stat. § 689.115 (2011).

⁹⁸ *Cacciatore v. Fisherman’s Wharf Realty Ltd. Partnership ex rel. Emalfario Investment Corp.*, 821 So. 2d 1251, 1254 (Fl. 4th DCA 2002).

- Unidad de tiempo. El título llevado a la propiedad por los cónyuges debe establecerse simultáneamente en el mismo instrumento. Este requisito generalmente no es conocido por el público y puede ser el “truco” en un asunto de cobro. Los clientes y profesionales (como contadores, planificadores financieros e incluso abogados) con frecuencia intentan proteger las propiedades existentes y las cuentas tituladas individualmente mediante la re-titulación de la propiedad TBE. Esto usualmente no es efectivo. Las nuevas cuentas TBE deberían financiarse con efectivo y valores mantenidos en cuentas individuales existentes. El capital de negocios mantenido individualmente debe ser redimido y reemitido o reemplazado con capital en una nueva entidad sucesora mantenida TBE.
- Unidad de título. Ambos cónyuges deben mantener propiedad, como se refleja en el título de la propiedad (que se origina en el mismo instrumento).
- Sobrevivencia. El cónyuge sobreviviente se transfiere la propiedad exclusiva de la propiedad tras la muerte de un cónyuge.
- Unidad de matrimonio. Los propietarios deben estar legalmente casados según la ley del estado de residencia aplicable. Curiosamente, se ha descubierto que las cuentas mantenidas conjuntamente antes del matrimonio no

Protección de Activos

califican como propiedad TBE después de la boda. La pareja debe transferir sus intereses conjuntos a sí mismos como TBE, después del matrimonio.⁹⁹

La principal desventaja de la propiedad de TBE es la responsabilidad conjunta. Tanto el esposo como la esposa son responsables de obligaciones conjuntas derivadas, por ejemplo, de la propiedad conjunta de activos peligrosos y/o dinámicos (como automóviles, bienes inmuebles y negocios activos). Las obligaciones conjuntas (a su vez) exponen otros activos mantenidos TBE (si no están exentos o protegidos en una entidad protectora). Para evitar la responsabilidad conjunta, cualquier activo peligroso o dinámico debe mantenerse en una entidad independiente, como una LLC o fideicomiso. La entidad misma a menudo puede ser considerada TBE (sin exposición a responsabilidad solidaria).

Tenga en cuenta que la propiedad conyugal no debe confundirse con “propiedad comunitaria”. La propiedad comunitaria es un estado involuntario de propiedad “conjunta”, atribuido por varios estados a la propiedad de uno o ambos cónyuges. Las reglas que gobiernan la propiedad comunitaria varían de un estado a otro. En un estado de propiedad comunitaria, las deudas de cualquiera de los cónyuges (dependiendo del estado) pueden ser consideradas a cargo de ambos cónyuges. Aunque los acreedores de un solo cónyuge no pueden acceder a la propiedad TBE, a menudo pueden alcanzar la propiedad

⁹⁹ *In re Caliri*, 347 B.R. 788, 799 (Bankr. M.D. Fl. 2006).

ubicada en un estado de propiedad comunitaria, independientemente de cuál de los cónyuges posea el título. En otras palabras, titular la propiedad como esposo y esposa en un estado de propiedad comunitaria, generalmente no brinda beneficios de protección de activos.

Arizona, California, Idaho, Luisiana, Nevada, Nuevo México, Texas, Washington y Wisconsin son "estados de propiedad comunitaria". Alaska permite a los cónyuges elegir ya sea una propiedad separada o un estatus de propiedad comunitaria.¹⁰⁰ Todos los otros estados son llamados estados de "propiedad separada". Los acreedores de un cónyuge en un estado de propiedad separada no tienen derecho a los activos titulados a nombre del otro cónyuge. Algunos estados imponen excepciones para las deudas que surgen de elementos necesarios como los alimentos, pero las excepciones son muy limitadas.

La división de la propiedad marital en el divorcio es un problema relacionado con la protección del acreedor. La propiedad comunitaria generalmente es dividida en partes iguales entre los cónyuges que se divorcian. Los estados de propiedad separada tienden a tratar la propiedad adquirida durante un matrimonio o entremezclada entre los cónyuges, como "propiedad marital". La propiedad marital generalmente es dividida entre el esposo y la esposa sin importar cómo se tituló o se ganó. Sin embargo, se pueden implementar acuerdos prenupciales o postnupciales para modificar la división de los activos. El acuerdo generalmente es respetado por todos los estados, siempre y

¹⁰⁰ Véase Ak. Statutes ("AS") 34.77.090(a).

Protección de Activos

cuando las formalidades de ejecución aplicables, la representación legal y la divulgación de los activos estén debidamente establecidos. Obviamente, los acuerdos prenupciales y postnupciales deben ser manejados por un abogado experimentado, que esté familiarizado con las leyes aplicables a la pareja y a sus activos particulares.

Capítulo 5: Transferencias Fraudulentas

” [Antes de] la sentencia (o su equivalente) un acreedor no garantizado no tiene derechos legales ni patrimoniales en la propiedad de su deudor. ” – Juez Antonin Scalia (1999)¹⁰¹

Es un concepto erróneo común, que un individuo puede transferir legalmente activos valiosos a un amigo o pariente para evitar el embargo por parte de un acreedor. Comprender por qué las personas buscan evitar el cobro, no requiere imaginación. Las transferencias reaccionarias, sin embargo, no tienen ningún propósito legal.

¹⁰¹ *Grupo Mexicano de Desarrollo, SA v. Alliance Bond Fund, Inc.* 527, U.S. 308, 330 (1999).

Protección de Activos

Desafortunadamente, la mayoría de las personas considera la protección de activos, solo después de haberse desesperado por “ocultar activos” de un acreedor. Si un deudor pudiera evitar el cobro mediante la transferencia de activos valiosos cuando sea conveniente, ¿cómo podría algún acreedor cumplir alguna vez una sentencia? Mientras las sociedades democráticas son reacias a restringir la transferibilidad libre de activos, sí permiten que los acreedores recuperen activos transferidos “fraudulentamente”.

Los acreedores pueden tener acceso a los activos transferidos por el deudor para evitar pagar una deuda. Los diversos estatutos de transferencia fraudulenta reflejan una clara intención: invalidar las transferencias destinadas a colocar los activos fuera del alcance de cualquier acreedor existente o razonablemente anticipado. Cuanto más evidente es el abuso asociado con una transferencia, más probable es que el tribunal aplique la ley de transferencia fraudulenta aplicable. Incluso las estructuras de protección de activos más establecidas pueden verse socavadas si no se financian adecuadamente. Resulta interesante que la ley¹⁰² normalmente crea solo un recurso para recuperar activos, no una acción contra el deudor por daños monetarios.

El requisito de la “planificación” de protección de activos se origina en el rechazo histórico de las transferencias reaccionarias para frustrar a los acreedores legítimos. Todos los estados de los Estados Unidos han

¹⁰² Véase, Ca. Civil Code § 3439.07 “Ley de Transferencia Fraudulenta Uniforme”.

adoptado legislación que permite a un acreedor tener acceso a activos, de otra manera, protegidos. Por lo tanto, los activos transferidos fraudulentamente pueden ser recuperados mediante una demanda contra el deudor y/o cesionario.

Las leyes de transferencia fraudulenta de los Estados Unidos no restringen las transferencias antes de la sentencia. Hasta que el acreedor gane una sentencia monetaria, el acreedor no tiene derecho legal a los activos del deudor. Por lo tanto, el deudor puede transferir activos libremente antes de que se ingrese una sentencia. Sin embargo, si un demandante logra obtener una sentencia favorable, el nuevo “acreedor de sentencia judicial” puede invocar el recurso de transferencia fraudulenta y perseguir los activos transferidos antes o después de la sentencia.

Curiosamente, aunque los deudores estadounidenses pueden transferir activos libremente antes de ser sentenciados (sujetos a la ley de transferencia fraudulenta aplicable), varios paraísos fiscales costa afuera de deudores limitan las transferencias de activos previas a la sentencia. Varios países de la mancomunidad inglesa actuales y anteriores, permiten lo que se conoce como orden “Mareva”.¹⁰³ De conformidad con la orden, un fiduciario extranjero no puede (durante el litigio) actuar para impedir el acceso futuro de los acreedores a los activos del fideicomiso. El fideicomiso en cuestión no puede mover

¹⁰³ *Mareva Compañía Naviera SA v. Int'l Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509. Una orden de congelamiento es una orden judicial que impide a un acusado la transferencia de activos hasta que se decida el resultado de la demanda asociada.

Protección de Activos

activos, cambiar jurisdicciones ni alterar sus participaciones hasta que se resuelva el litigio.

No existe prioridad entre los acreedores no garantizados para el pago de los activos de un deudor. Podría decirse, que el pago de una deuda no garantizada antes que otra, no puede dar lugar a una reclamación de transferencia fraudulenta. Sin embargo, pagar la hipoteca de una casa o una deuda a un hermano, antes de pagar a un acreedor no relacionado, puede ser visto con control judicial.

La determinación de la transferencia fraudulenta usualmente depende de la intención del deudor de evitar a un acreedor. Si el acreedor puede probar que el deudor transfirió el título para evitar una deuda, el activo puede ser recuperado del receptor. Los acreedores desconocidos para el deudor en el momento de la transferencia no pueden ser objeto de evasión intencional ni pueden reclamar los activos transferidos. Cuanto antes se realice la transferencia de protección, más clara será la intención del deudor de planificar por reclamaciones imprevistas. La planificación sigue siendo la clave del éxito de las transferencias de protección. Las transferencias documentadas antes del incumplimiento o falta de liquidez y/o realizadas al menos parcialmente por razones de negocios o de planificación del patrimonio, rara vez se revierten. La clave es planificar potenciales acreedores imprevistos sin un recurso.

Consideremos el ejemplo básico del cirujano acusado. El momento de las transferencias (en relación con negligencia médica) deja en claro las intenciones de un

cirujano. Antes de la cirugía, cualquier protección de activos es pura planificación y, por lo tanto, está fuera del ámbito del traspaso fraudulento intencional. Considere si un tribunal encontraría una intención fraudulenta con respecto a una transferencia de protección realizada inmediatamente después de la cirugía (basada únicamente en la indicación de negligencia potencial, como un sangrado excesivo). Las intenciones se vuelven más claras si los activos expuestos se transfieren al descubrir síntomas preocupantes. Cualquier transferencia de protección realizada después de una demanda por negligencia tiene, obviamente, la intención de evitar la demanda.

5.1 Historia de los Estatutos de Transferencia Fraudulenta

Una revisión del desarrollo histórico del derecho consuetudinario inglés puede ser útil para comprender las sutilezas de la ley de transferencia fraudulenta. Durante el siglo XVI, el Estatuto de Elizabeth (1571) codificó el derecho consuetudinario inglés que rige las transferencias fraudulentas. De acuerdo con el Estatuto, todos los traspasos de propiedad hechos “con cualquier intención o propósito de retrasar, obstaculizar o defraudar a los acreedores... deben ser considerados y tomados como claramente y totalmente nulos, frustrados y sin efecto...”¹⁰⁴ El Estatuto no contenía ningún periodo de limitaciones dentro del cual un acreedor debería presentar una reclamación de transferencia fraudulenta. Como resultado,

¹⁰⁴ Estatuto de Elizabeth, Ley de Traspaso Fraudulento 1571 (13 Eliz I Cap 5), actualmente disponible en la Ley de Insolvencia del Reino Unido, 1986.

Protección de Activos

los acreedores no fueron obligados a iniciar procedimientos de cobranza dentro de un periodo fijo después de la transferencia.

Los primeros casos de transferencia fraudulenta requerían pruebas de que el deudor intentaba evadir al acreedor. Establecer el estado mental de un acusado puede, sin embargo, ser bastante difícil. Los tribunales desarrollaron ciertos estándares objetivos que sugieren intenciones maliciosas. En el caso de *Twyne*, escuchado por la Cámara Estelar Inglesa (English Star Chamber) en 1601¹⁰⁵, el tribunal permitió el uso de “marcas de fraude” para evidenciar intención fraudulenta. Estas “marcas de fraude” incluían el hecho de que el deudor recibiera una contraprestación inadecuada (por los activos transferidos), la ocultación de activos y las transferencias que ocasionaban la insolvencia del deudor.¹⁰⁶

Las colonias inglesas (y antiguas colonias) adoptaron el Estatuto de Elizabeth (con diferentes periodos de limitación para las reclamaciones de los acreedores). En la década de 1980, varias colonias y antiguas colonias como Nevis, Indias Occidentales, decretaron estatutos cortos de limitación (salvo reclamaciones de transferencias fraudulentas no presentadas dentro de periodos tan cortos como a un año de la transferencia).¹⁰⁷ La industria fiduciaria costa afuera comenzó a florecer en el mismo

¹⁰⁵ *Twyne's Case*, 76 Engl. Rep. 80, 3 Coke 80 (1601).

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Ordenanza del Fideicomiso Exento Internacional de Nevis, “Ordenanza de Fideicomiso de Nevis” 1994, en su versión modificada, § 24(3)(b)(1994-5).

periodo, debido en parte, a tales estatutos extranjeros que obstaculizaban rápidamente las reclamaciones de transferencia fraudulenta.

Los periodos de presentación cortos no son exclusivos de jurisdicciones extranjeras. Por ejemplo, el periodo estatutario de dos años de Nevada es el más corto de los Estados Unidos.¹⁰⁸ La mayoría de los estados aplican leyes similares al Estatuto de Elizabeth, pero con un periodo de limitaciones de 4 a 10 años.

Los recursos de transferencias fraudulentas se decretaron por primera vez en un estatuto de los Estados Unidos en 1918, cuando seis estados adoptaron la Ley de Traspaso Fraudulento Uniforme (“UFCA” por sus siglas en inglés, Uniform Fraudulent Conveyance Act).¹⁰⁹ Con algunas excepciones, los estados han adoptado la subsiguiente Ley de Transferencias Fraudulentas Uniforme (“UFTA” por sus siglas en inglés, Uniform Fraudulent Transfers Act). Las dos leyes son, en general, similares. Todos los estados excepto Maryland, Nueva York, Tennessee, Wyoming y las Islas Vírgenes de Estados Unidos, han implementado la UFTA. La determinación de cuál ley de transferencia fraudulenta aplicará, es

¹⁰⁸ Nev. Rev. Stat. § 166.170.

¹⁰⁹ Alaska, Kentucky, Louisiana, Maryland, Carolina del Sur, Virginia; véase, Ley de transferencia fraudulenta Ficha Técnica Legislativa, la Conferencia Nacional de Comisiones sobre Leyes Estatales Uniformes, disponible en <http://www.nccusi.org/LegislativeFactSheet.aspx>; véase Ley de Traspaso Fraudulento Uniforme (1918).

Protección de Activos

influenciada por la residencia del cedente, el cesionario y el acreedor, así como la ubicación de la propiedad.

Según la UFTA, un acreedor debe presentar una acción de transferencia fraudulenta a más tardar (i) cuatro años después de realizada la transferencia o (ii) dentro del año posterior a la fecha en la que se descubrió o pudo haber sido razonablemente descubierta la transferencia (sea en el momento que sea). Compare el periodo de limitaciones de la UFTA con Nevada, donde el acreedor debe presentar una demanda a más tardar (i) dos años después de la transferencia o (ii) seis meses después del descubrimiento.

A la luz del periodo abierto (a la espera de que el acreedor descubra la transferencia), los deudores a menudo deben notificar a los acreedores significativos de las transferencias de protección, para comenzar el periodo de reclamaciones estatutarias. Las transferencias de protección permanecen, de otra manera, expuestas hasta que el acreedor se vuelva (o debería volverse) consciente de que los activos han sido protegidos. Varios paraísos fiscales de deudores extranjeros han eliminado el peaje del periodo de limitaciones hasta el descubrimiento de la transferencia.

Los recursos de los acreedores incluyen (i) orden judicial (prohibición judicial) contra posteriores transferencias y (ii) la imposición de una administración judicial (designación de un tercero para controlar los activos). Según estas Leyes, un acreedor que alega transferencia fraudulenta puede demandar al deudor/cedente y/o al receptor de la propiedad. Ambas leyes protegen a los acreedores cuyas deudas existían (i)

antes de la transferencia (“acreedores actuales”) y (ii) después de la transferencia (“acreedores futuros”). Sin embargo, no todos los acreedores futuros están protegidos.

Para ser considerado un “acreedor futuro” protegido, la obligación debe haber sido razonablemente “previsible”¹¹⁰ en el momento de la transferencia fraudulenta. En otras palabras, aunque el demandante no era legalmente un acreedor cuando los activos expuestos fueron transferidos, había ocurrido algo que hacía probable una deuda anticipada. Un “acreedor futuro” no existe (es decir, no tiene reclamación) a menos que el deudor pueda esperar razonablemente, incurrir en una reclamación o sentencia futura al demandante en el momento del traspaso. Por lo tanto, los clientes o pacientes no tienen derecho a buscar activos protegidos de un proveedor de servicios, si su reclamación no era razonablemente “previsible” en el momento de la transferencia de los activos. La planificación de reclamaciones imprevistas es la base para la protección de activos.

En *Leopold v. Tuttle*, el Tribunal Supremo de Pensilvania definió “acreedor futuro” como un acreedor razonablemente previsible.¹¹¹ Si un acreedor previsible (en

¹¹⁰ *Leopold v. Tuttle*, 549 A.2d 151 154 (Pa. Super. Ct. 1988).

¹¹¹ *Id.* Vea también *Stauffer* 341 A.2d 236, 245 (1976). El Tribunal Supremo de Pensilvania definió al “futuro acreedor” como “uno con una reclamación legal contra una persona, en el momento en que la persona realiza un traspaso, incluso uno que no ha sido reducido a sentencia o presentado, es un acreedor futuro que tiene derecho a reservar parte del traspaso si puede demostrar que fue

Protección de Activos

el momento de la transferencia del activo) luego gana una sentencia, el acreedor tiene una reclamación legal para recuperar el activo previamente transferido.¹¹² El acreedor futuro (quien, solo después de la transferencia del activo gana una sentencia) tiene derecho a anular el traspaso si puede demostrar la intención del deudor de obstaculizar, retrasar o defraudar al acreedor futuro.

En el caso de *Stauffer v. Stauffer*, el Sr. Stauffer transfirió a su esposa propiedad conjunta de los Stauffer, por la contraprestación de USD 1. El Sr. Stauffer lo hizo después de admitir ante su esposa y su cuñado que estaba teniendo una aventura extramatrimonial con la hermana de la Sra. Stauffer (la esposa de su cuñado). Para proteger la residencia familiar de cualquier litigio que surgiera de la aventura extramatrimonial (más tarde iniciada por su cuñado), el Sr. Stauffer traspasó fraudulentamente su interés en la residencia familiar a la Sra. Stauffer. El Tribunal Supremo de Pensilvania determinó que la transferencia estaría basada en la intención del Sr. Stauffer de evitar un acreedor futuro previsible y, por lo tanto, era un traspaso fraudulento.¹¹³

Para establecer el estatus de “acreedor futuro” protegido, el acreedor debe ser al menos identificable en el momento de la transferencia. Si el acreedor no era

hecho con la intención real de obstaculizar, retrasar o defraudar a los acreedores presentes o futuros”. *Stauffer v. Stauffer*, 341 A.2d 236, 245 (1976).

¹¹² *Stauffer v. Stauffer*, 341 A.2d 236, 245 (1976).

¹¹³ *Stauffer v. Stauffer*, 351 A.2d 236, 245 (Pa. 1976).

previsible, ninguna de las dos leyes aplica. Considere el caso de *Hurlburt v. Shackleton*.¹¹⁴ El Dr. Shackleton, un médico de Florida transfirió activos titulados solo en su nombre, a sí mismo y a su esposa, TBE.¹¹⁵ El Dr. Shackleton retituló los activos para eliminar la exposición a futuras reclamaciones por negligencia médica, a la luz de los crecientes costos de seguro por negligencia médica. Después de las transferencias, el Dr. Shackleton fue encontrado responsable de daños por negligencia médica. Cuando el paciente intentó cobrar los activos previamente transferidos, el tribunal de primera instancia dictaminó que el paciente era un acreedor “posible” (pero no “probable”). El tribunal de primera instancia concluyó que el paciente/titular de la sentencia, no tenía derecho a reparación en virtud de la Ley de Transferencia Fraudulenta de Florida. El tribunal de apelación dejó en claro que “cuando el acreedor no existe en el momento del traspaso, debe haber evidencia que establezca el intento fraudulento real por parte de quien busca que se anule la transacción”.¹¹⁶ El fallo puede interpretarse como que se requiere más que el estatus de un acreedor como paciente (o cliente), para ser considerado un acreedor futuro razonablemente esperado. Un acreedor no identificable al momento de la transferencia no es un “acreedor futuro” protegido.

¹¹⁴ *Hurlburt v. Shackleton*, 560 So. 2d 1276 (Fl. 1st DCA 1990).

¹¹⁵ *Id.* at 123-125.

¹¹⁶ *Id.* (citing *Eurovest LTD v. Segall*, 528 So. 2d 482, 483-84 (Fl. 3d DCA 1988)).

5.2 Intención Fraudulenta Constructiva

Una vez que se ha presentado oportunamente una demanda de cobro, el acreedor puede primero intentar demostrar la intención fraudulenta de manera “constructiva”. Si un acreedor demuestra una intención fraudulenta constructiva (basada en evidencia objetiva), no se requiere que el acreedor demuestre malas intenciones. Un acreedor presente o futuro puede demostrar intención fraudulenta constructiva mostrando que el deudor no recibió (i) “un valor razonablemente equivalente a cambio de la transferencia”¹¹⁷, y (ii) o bien

- (A) el deudor estaba involucrado (o estaba a punto de involucrarse) en un negocio o transacción para la cual los activos restantes del deudor eran irracionalmente pequeños; o
- (B) el deudor tenía la intención de incurrir, o creyó (o debió haber creído) que incurriría en deudas más allá de su capacidad de pago.¹¹⁸

En otras palabras, los acreedores (ya sean existentes o solo previsibles en el momento de la transferencia) pueden invalidar una transferencia demostrando que el deudor (i) realizó una transferencia sin recibir activos de valor similar; y (ii) o transfirió una cantidad excesiva de activos a un

¹¹⁷ Fl. Stat. § 726.101 (2011) “Ley de Transferencia Fraudulenta Uniforme.”

¹¹⁸ *Id.*

negocio o no pudo pagar sus deudas.¹¹⁹ Tenga en cuenta que (según la UFTA) un acreedor actual (cuya reclamación existía antes de la transferencia) solo debe demostrar que el deudor (i) transfirió activos sin recibir un valor razonable y (ii) fue o se volvió insolvente en el momento de la transferencia. El acreedor actual (a diferencia de un acreedor futuro previsible) no está obligado a mostrar que el deudor no pudo pagar sus deudas, sino solo que las deudas del deudor excedieron sus activos.

El primer obstáculo para demostrar una transferencia fraudulenta constructiva es mostrar que el deudor recibió menos del valor otorgado. Los regalos obviamente no establecen la recepción del valor equivalente. A primera vista, la transferencia de activos expuestos a una entidad protectora, como una LLC, a cambio de capital en la entidad, podría considerarse como un recibo de igual valor. Sin embargo, varios tribunales han dictaminado que la recepción de capital en una entidad protectora (financiada con activos transferidos) puede no constituir un valor razonablemente equivalente. Esto se debe a que los tribunales tienden a valorar los activos del deudor desde la perspectiva del acreedor. Debido a que los activos protegidos recibidos (es decir, el capital en la entidad protectora) no están al alcance de los acreedores, el capital recibido generalmente no se cuenta como valor para los activos transferidos.¹²⁰ En la determinación de la

¹¹⁹ Fl. Stat. § 726.101 (2011) “Ley de Transferencia Fraudulenta Uniforme”.

¹²⁰ Véase John E. Sullivan, *Future Creditors and Fraudulent Transfers: When a Claimant Doesn't Have a claim, When a*

Protección de Activos

solvencia (paso número 2), todas las obligaciones del deudor son incluidas, pero los activos exentos son ignorados. Por lo tanto, las transferencias por capital en una entidad protegida pueden crear insolvencia y resultar en una transferencia fraudulenta constructiva.

Curiosamente, incluso si el deudor no alberga la intención de evitar una deuda, un acreedor puede invalidar una transferencia demostrando una intención fraudulenta constructiva. Por otro lado, si el deudor (i) recibió una contraprestación adecuada o (ii) (incluso si la contraprestación fue inadecuada) no sobrecapitalizó un negocio y continuó pagando sus deudas (y permaneció solvente), no se puede demostrar una intención fraudulenta constructiva. En tales casos, incluso un acreedor actual debe demostrar que el deudor hizo la transferencia intencionalmente para evitar el pago. Por lo tanto, una estrategia común de protección de activos es permanecer solvente y líquido. Otra estrategia es utilizar la ley protectora de fideicomisos extranjeros que excluye el recurso de la transferencia fraudulenta constructiva.

5.3 Insignias de Fraude

Si la transferencia fraudulenta constructiva no está disponible, el acreedor debe demostrar que el deudor realmente intentó evadir al acreedor. Debido a la dificultad de demostrar la intención, UFTA, UFCA y el Estatuto de Elizabeth, miran hacia atrás a las “insignias de fraude”

Transfer Isn't a Transfer, When Fraud Doesn't Stay Fraudulent, and Other Important Limits to Fraudulent Transfer Law for the Asset Protection Planner, 22 Del. J. Corp. L. 955 (1997).

medievales, para la indicación de intención. Las insignias son circunstancias que el tribunal puede considerar como indicaciones de intención. No se otorga necesariamente más peso a una sola insignia que a otra. El juez o el jurado pueden considerar libremente los diversos factores para determinar la intención del deudor. UFTA contiene la siguiente lista, no exclusiva, de “insignias”:

- la transferencia fue a un “infiltrado”, por ejemplo, un pariente o conocido cercano de un deudor individual, un director, funcionario, o accionista mayoritario de un deudor corporativo, o una entidad bajo control común con un deudor;
- el deudor retuvo la posesión o el control de la propiedad transferida después de la transferencia;
- la transferencia se divulgó u ocultó (otra razón para divulgar toda la planificación a los acreedores significativos);
- antes de la transferencia, el deudor había sido demandado o amenazado con una demanda;
- la transferencia incluyó sustancialmente todos los activos del deudor;
- el deudor se fugó;
- el deudor eliminó u ocultó activos;

Protección de Activos

- el valor de la contraprestación recibida por el deudor no era razonablemente equivalente al valor del activo transferido;
- el deudor era insolvente o se volvió insolvente poco después de la transferencia;
- la transferencia ocurrió poco antes o poco después de que se incurrió en una deuda sustancial;
- el deudor transfirió activos esenciales de un negocio al propietario de un gravamen quien (a su vez) transfirió los activos a un infiltrado del deudor.

La combinación de la planificación de la protección de activos con otra planificación no relacionada con el acreedor (como la planificación del patrimonio o estructuras de negocios) también puede ayudar a establecer intenciones no relacionadas con la evasión de la deuda. Las insignias (indicadores) de fraude no están disponibles para acreedores futuros en las jurisdicciones de la UFCA o el Estatuto de Elizabeth

5.4 Transferencias Fraudulentas, No Fraude

Ninguno de los estados ni el Código de Bancarrota de los Estados Unidos considera una “transferencia fraudulenta” como un fraude real contra un acreedor. “Transferencia fraudulenta” es un término técnico que describe una transferencia realizada con el propósito de

evitar a un acreedor. El fraude es distinto e implica engañar a alguien para tomar ventaja financiera. El fraude puede constituir un delito o la base de una acción civil por daños y perjuicios.

Un aspecto interesante de la ley de transferencia fraudulenta es la ausencia general de repercusiones para el cedente. El “peor de los escenarios” de una transferencia fraudulenta civil (fuera de la bancarrota o una reclamación del gobierno) es que el activo se pone a disposición del acreedor. En otras palabras, si ha ocurrido un evento de responsabilidad, normalmente no hay detrimento legal para causar una transferencia fraudulenta (o convertir un activo expuesto en un activo protegido). Además de las sanciones limitadas impuestas por algunos estados y la responsabilidad potencial por los costos y honorarios de abogados incurridos por el acreedor, una transferencia fraudulenta solo permite la recuperación del activo transferido. Además de que California impone sanciones civiles y penales por ciertas transferencias fuera del estado, y que Arizona hace que el traspaso fraudulento sea un delito menor o un delito grave (dependiendo de cómo se interprete la ley), a menudo no hay un “inconveniente” significativo para efectuar la transferencia.¹²¹ A la luz de los costos de litigio para recuperar activos transferidos lejos de un acreedor, los activos a menudo no serán perseguidos. Si la transferencia es lo correcto, es otra cuestión.

¹²¹ Ca. Penal Code § 154; Ar. Rev. Stat. Ann. §§ 44-1211; 44-1217; 13-2205(B).

5.5 Reclamaciones del Gobierno

Las obligaciones con el gobierno federal están sujetas a onerosas reglas de transferencia fraudulenta.¹²² Las transferencias fraudulentas fuera del gobierno de los Estados Unidos pueden ser establecidas a través de estándares probatorios disminuidos y, en ciertos casos, constituyen un acto delictivo. El gobierno tiene amplios poderes para revertir y castigar la evasión de sus reclamaciones. Por ejemplo, el gobierno de los Estados Unidos puede anular las transferencias realizadas sin recibir un valor razonablemente equivalente o con la intención de obstaculizar, demorar o defraudar al gobierno. El estatuto de limitaciones de seis años brinda al gobierno federal suficiente tiempo para atacar una transferencia como fraudulenta.¹²³ Deben evitarse las transferencias fraudulentas de entidades gubernamentales (habilitadas con derechos estatutarios especiales de cobro y financiación ilimitada de los contribuyentes). Ejemplos de estatutos que facultan al gobierno de los Estados Unidos y a los estados a cobrar las deudas, son los siguientes:

- Leyes para Evadir o Derrotar el Cobro: Es un delito intentar deliberadamente, en cualquier forma, evadir o derrotar el cobro de un impuesto federal. El cedente puede enfrentar multas de no más de USD 100.000 (para individuos) y USD

¹²² Véase 28 U.S.C. § 3301 *et. seq.* (2009).

¹²³ Ley Federal de Procedimientos de Cobro de Deuda, 28 U.S.C. § 3306(b), *vea también* 28 U.S.C. § 3201 (2010) “Ley Federal de Procedimientos de Cobro de Deuda.”

500.000 (para corporaciones) y no más de cinco años en prisión, o ambos, junto con el costo de enjuiciamiento.¹²⁴

- Obstrucción o impedimento: Es un delito grave obstruir o impedir la debida administración del Código Federal de Rentas Internas, lo que incluye impedir el cobro del impuesto adeudado.¹²⁵
- Ley General de Control del Crimen: Es un crimen ocultar u obstaculizar el cobro de fondos adeudados por agencias gubernamentales y cuasigubernamentales.¹²⁶
- Lavado de Dinero: Es un crimen cometer lavado de dinero, lo cual es la ocultación de la naturaleza u origen de los fondos a través de actos criminales o fraudulentos.¹²⁷
- El Código de Bancarrota: Cualquier persona que (i) oculte los activos de un deudor, (ii) reciba los activos de los deudores fraudulentamente, o (iii) transfiera u oculte activos en nombre de una corporación, con la intención de derrotar el

¹²⁴ IRC §§ 7201 & 7206(4) (2008); 26 U.S.C. §§ 7201, 7206(4).

¹²⁵ IRC § 7212 (2008).

¹²⁶ Ley General de Control del Crimen y Calles Seguras de 1968, Publ. L. 90-351, junio 19, 1968, 82 Stat. 197, 42 U.S.C. § 3711.

¹²⁷ 18 U.S.C. § 1956.

Código de Bancarrota, podrá ser sentenciado a cinco años en prisión.¹²⁸

- Fraude en los Estados Unidos: Este estatuto convierte en delito grave conspirar para cometer cualquier ofensa contra los Estados Unidos, o defraudar a los Estados Unidos, o a cualquiera de sus agencias. El gobierno debe demostrar (i) un acuerdo entre dos personas, (ii) un plan para defraudar a los Estados Unidos, y (iii) un acto abierto cometido en cumplimiento del acuerdo. Las condenas han sido basadas en transferencias fraudulentas que incluyen la reducción de los activos corporativos antes de la bancarrota.¹²⁹
- Estatutos Penales de California: las leyes penales estatales de California pueden aplicarse a actos que obstaculizan el cobro de deudas estatales.¹³⁰

5.6 Código de Bancarrota

Una discusión general de las transferencias fraudulentas realizadas antes de la bancarrota puede ser útil para comprender cómo proteger los activos (incluso como parte de un intento de liquidar el endeudamiento). El Código Federal de Bancarrota permite a los tribunales descartar cualquier transferencia realizada dentro de los dos años posteriores a la bancarrota, si se hizo con la intención

¹²⁸ 18 U.S.C. §§ 152(A)(1),(5),(7) (2009).

¹²⁹ 18 U.S.C. § 371; *U.S. v. Switzer*, 252 F. 2d 139 (2nd Cir. 1958).

¹³⁰ Véase, Ca. Penal Code § 531.

de obstaculizar, retrasar o defraudar a cualquier acreedor presente o futuro. Además de los recursos tradicionales de transferencia fraudulenta, la Ley de Bancarrota de 2005 también impone un amplio periodo de revisión de diez años, en las transferencias realizadas con fines de protección de activos.¹³¹ Específicamente, el fiduciario de bancarrota puede revertir cualquier transferencia a un fideicomiso “autoestablecido” de protección de activos o “dispositivo similar”, si se realiza dentro del periodo de diez años previo a la bancarrota (con la intención de evitar a un acreedor).¹³² Si es posible, el deudor debe esperar más allá de la ventana de transferencia fraudulenta de dos (o diez) años antes de solicitar un “nuevo comienzo”.

El fiduciario de bancarrota también puede invalidar cualquier transferencia como una transferencia fraudulenta “constructiva”, sin tener que demostrar la intención real (similar a la acción de tribunal civil descrita en la Sección 5.3). Si el deudor recibió un valor inferior al razonable por la propiedad transferida y fue (en el momento de la transferencia) (i) insolvente, (ii) sobrecapitalizó un negocio o transacción, o (iii) tenía la intención de incurrir en deudas inasequibles, entonces el fiduciario puede alcanzar los activos transferidos sin más indagaciones. Si no se puede demostrar la transferencia fraudulenta constructiva, el tribunal de bancarrota considerará las “insignias de fraude” como prueba de la intención “fraudulenta” del deudor.

¹³¹ 11 U.S.C. § 522(o).

¹³² 11 U.S.C. § 548(e)(1)(C).

5.7 Casos de Bancarrota

Aunque el número de solicitudes de bancarrota constituye solo una fracción de las demandas presentadas cada año, los tribunales de bancarrota solo atienden asuntos de cobranza. En consecuencia, la bancarrota es vista como una ventana a cómo los tribunales estatales decidirán sobre cuestiones de cobro. Un riesgo sobre el desarrollo de la jurisprudencia de bancarrota es la tendencia de los jueces de bancarrota a ignorar protecciones estatutarias o contractuales aplicables que, de otro modo, rigen la cuestión de la transferencia fraudulenta. Por ejemplo, el tribunal de bancarrota ha ignorado las leyes extranjeras aplicables y las leyes locales aplicadas, para eliminar la efectividad de varios fideicomisos costa afuera.

En 1989, Larry Portnoy estableció un fideicomiso costa afuera en Jersey (Islas del Canal), y se nombró a sí mismo como beneficiario principal. El Sr. Portnoy transfirió sus activos al fideicomiso, a la luz del inminente fracaso de su negocio y del incumplimiento asociado a la deuda garantizada. El Sr. Portnoy también depositó su salario anual y transfirió la cuenta bancaria de su esposa al fideicomiso. El tribunal de bancarrota encontró los traspasos “fraudulentos” y se negó a eximir los salarios del Sr. Portnoy del patrimonio de bancarrota. El tribunal aplicó la ley de Nueva York al fideicomiso costa afuera, para exponer los activos del fideicomiso (a pesar de que el fideicomiso requiere la aplicación de la ley de Jersey).¹³³

¹³³ *In re Portnoy*, 201 B.R. 685 (Bankr. S.D. N.Y. 1996).

En otro caso pintoresco, Stephen Lawrence, un corredor de derivados de Nueva York, incumplió con una obligación de margen adeudada a la ahora desaparecida casa de corretaje, Bear Stearns.¹³⁴ Lawrence no pagó a Bear Stearns como resultado del colapso bursátil de 1987. Justo antes de la adjudicación de arbitraje de más de USD 20.000.000 a Bear Stearns, el Sr. Lawrence transfirió fraudulentamente sus activos líquidos a un fideicomiso de protección de activos en Jersey. Lawrence pronto movió el fideicomiso de Jersey a Mauricio, una nación insular en el Océano Índico, y se declaró en bancarrota.

Aparte del error obvio de no hacer ninguna planificación, el Sr. Lawrence cometió dos errores tácticos. Primero, no consideró comprar una vivienda en Florida. La exención de vivienda familiar de Florida alberga incluso fondos que de otra manera estarían sujetos a la Ley de Transferencia Fraudulenta de Florida. En segundo lugar, el Sr. Lawrence se declaró en bancarrota en 1997.

Lawrence (o sus abogados) subestimaron el poder del tribunal de bancarrota y fueron evasivos durante los procedimientos de bancarrota. Si bien la bancarrota es un medio de liquidar el endeudamiento, el deudor debe “sincerarse” y devolver los activos desprotegidos. Los tribunales de bancarrota tienen amplias facultades de cobro federal para aplicar fondo sobre forma. Mientras los tribunales estatales generalmente están obligados por los derechos limitados de los acreedores, los tribunales

¹³⁴ *In re Lawrence*, 227 B.R. 907 (Bankr. S.D. Fl. 1998), *aff'd* 279 F.3d 1294 (11th Cir. 2002).

Protección de Activos

federales de bancarrota a menudo ignoran con éxito las leyes estatales y costa afuera para satisfacer las reclamaciones de los acreedores. El tribunal encontró al Sr. Lawrence deshonesto y su incapacidad para entregar los activos del fideicomiso autoinducido. El tribunal negó la liquidación de las deudas del Sr. Lawrence, basado en su intención de evitar la obligación de Bear Stearns.

El Sr. Lawrence se negó a cumplir con la orden judicial de entregar los activos del fideicomiso. De hecho, el tribunal envió al Sr. Lawrence a la cárcel a la espera del pago de la deuda. El tribunal encarceló al Sr. Lawrence por desacato por negarse a “repatriar” activos protegidos costa afuera. En 2006, después de que el Sr. Lawrence había pasado más de seis años en prisión, fue liberado, basándose en la determinación del tribunal federal de que el encarcelamiento no forzaría la devolución de los bienes del fideicomiso.

Aprendemos por *Lawrence* que la planificación para un día lluvioso (en el caso de Lawrence, Lunes Negro, 1987) evita el problema de la transferencia fraudulenta. Sin una transferencia fraudulenta, los tribunales son reacios a ignorar la planificación de protección de activos nacionales y extranjeros. De hecho, el incumplimiento exitoso de un plan de protección de activos casi siempre implica alguna permutación de transferencia fraudulenta.

Capítulo 6: Elección de Ley

“Los fideicomisos extranjeros a menudo están diseñados para ayudar al fideicomitente a evitar ser retenido en desacato a un tribunal nacional mientras solo finge cumplir con las órdenes del tribunal...” – Juez Charles Wiggins (1999)¹³⁵

La determinación de qué ley rige los derechos de un acreedor para alcanzar los activos del deudor se basa principalmente en dos factores. En primer lugar, el estado de residencia del demandado determina qué activos están estatutariamente exentos de los acreedores. En segundo lugar, la ley del estado o nación de organización

¹³⁵ *FTC v. Affordable Media, LLC*, 179 F. 3d 1228, 1240 (9th Cir. 1999).

Protección de Activos

generalmente protege el capital y los activos de entidades de negocios y fideicomisos.

Uno de los elementos más poderosos de la planificación de protección de activos es el derecho a elegir entre el “buffet” de entidades de protección de activos ofrecido por cada estado y en el extranjero. Aunque hacer uso de un estatuto de exención específico (para proteger un activo en particular) requiere residencia en el estado aplicable, la formación de una entidad no se limita a los residentes del estado organizador o país extranjero. Las entidades están disponibles para cualquier persona, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos de organización y mantenimiento. Por ejemplo, un requerimiento universal de las corporaciones y las LLC en todo el mundo, es que cada una establezca y mantenga un “agente registrado” en la jurisdicción de la organización (para recibir servicio legal). Una vez que la entidad está organizada en la jurisdicción deseada, la residencia del propietario o beneficiario debe ser irrelevante para las protecciones ofrecidas por la entidad.

La Constitución de los Estados Unidos respalda la premisa de que las partes contratantes pueden elegir la ley que rige su acuerdo. La Cláusula de Contratos¹³⁶ prohíbe a los estados promulgar leyes que infrinjan la capacidad de las partes para contratar. La regla general es que la elección de ley (reflejada en los documentos de organización de la entidad) se aplica.¹³⁷ Una excepción notable es que la ley

¹³⁶ U.S. Const. art. I, § 10.

¹³⁷ Reafirmación (Segunda) de Conflictos de Ley § 187 (1) (2) (1971).

de la localidad de bienes inmuebles puede regir la propiedad.¹³⁸ Una redacción adecuada (que establezca claramente la ley aplicable) debería eliminar la cuestión de la elección de ley (excepto que surja del sector de bienes inmuebles).

Algunos acreedores han argumentado con éxito lo contrario, dejando que el juez determine qué ley estatal (o extranjera) rige la acción de cobro. Los argumentos de los acreedores tienden a depender de la ambigüedad en la Cláusula de Contratos, las reglas de la “elección de ley” del estado con jurisdicción sobre el caso y la política pública, para crear lo que se conoce como “conflicto de leyes”. Los principios del conflicto de leyes permiten, al tribunal que preside, desestimar potencialmente la ley elegida por un otorgante de fideicomiso o fundador de una entidad de negocios. La falla de un tribunal de primera instancia para respetar la elección de ley aplicable (contenida en los documentos de organización) es poco común fuera de la bancarrota.¹³⁹

Un tema relevante para la “elección de ley” es la “doctrina de asuntos internos”. Cada estado de los Estados Unidos y muchas jurisdicciones costa afuera ofrecen una variedad de fideicomisos y entidades de negocios con diferentes requisitos organizacionales. Las corporaciones formadas en Florida, por ejemplo, requieren que la junta directiva inicial figure en los Estatutos. No se impone tal requisito a las corporaciones formadas en Delaware o

¹³⁸ *Id.* at § 187 (3).

¹³⁹ Véase, Engel, Barry S., *Asset Protection Planning Guide*, 247-251, (CCH Inc., Chicago, 2nd ed.) (2005).

Protección de Activos

Nevada. Además, algunos estatutos de organización son sustancialmente más protectores de los accionistas, miembros de la LLC, socios y beneficiarios de fideicomisos que de otros. De conformidad con la doctrina de asuntos internos, las leyes que rigen las operaciones internas y la estructura de una entidad son aquellas del estado de la organización.

Permitir que los tribunales apliquen leyes locales al azar a una entidad formada en un estado diferente, crearía incertidumbre. Para evitar la inestabilidad, generalmente cada jurisdicción requiere la aplicación de la ley del estado organizador a “asuntos internos” (en relación con asuntos de organización corporativa, operaciones internas y la responsabilidad de los funcionarios, directores, miembros y cesionarios). Los estados que adoptan la doctrina de asuntos internos respetan las leyes de gobernanza del estado donde se organizó la entidad en cuestión. Aunque las resoluciones que proporcionan cualquier orientación son escasas, las protecciones probablemente regidas por la doctrina de asuntos internos incluyen el “velo corporativo” (protegiendo a los propietarios de entidades de los acreedores de negocios, cubiertos en la Sección 7.1) y la protección de la orden de cobro (limitando a los acreedores de los miembros y socios de la LLC a las distribuciones de la compañía, cubierta en la Sección 7.2).

Los diversos estados han adoptado diversos grados de la doctrina de asuntos internos. Por ejemplo, Delaware no reconoce ninguna excepción a la doctrina de asuntos internos. La ley de California, sin embargo, incluye

excepciones sustanciales.¹⁴⁰ El objetivo es utilizar la entidad más protectora disponible y limitar la aplicación potencial de una ley involuntaria. Sorprendentemente, relativamente pocos empresarios, inversionistas o incluso abogados, alguna vez consideran el problema.

Un asunto relacionado implica la ejecución de sentencias entre los estados. Cualquier decisión de un tribunal estatal individual puede aplicarse en todos los Estados Unidos, de conformidad con la cláusula de “Plena Fe y Crédito” de la Constitución de los Estados Unidos. El texto de la Cláusula de Plena Fe y Crédito¹⁴¹ es el siguiente:

Se otorgará plena fe y crédito en cada estado, a los actos, registros y procedimientos judiciales públicos de cualquier otro estado. Y el Congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera en que dichos actos, registros y procedimientos serán probados, y el efecto de los mismos.

La Constitución exige que todos los tribunales de los Estados Unidos apliquen las sentencias de todos los demás estados. La Constitución, sin embargo, no menciona las “leyes” o “estatutos” de otros estados. Los tribunales

¹⁴⁰ *Friese v. Superior Ct.*, 36 Cal. Rptr. 3d 558, 565-71 (Cal. App. 4 Dist. 2005). Además, los tribunales de Delaware se han negado a reconocer la excepción estatutaria de California a la doctrina de asuntos internos, Ca. Corp. Code § 25502.5; véase *Vantage-Point Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.* 871 A. 2d 1108 (Del. Supr. 2005).

¹⁴¹ U.S. Const. art. IV, § 1.

Protección de Activos

pueden, bajo ciertas circunstancias, aplicar la ley de su estado de origen para determinar la validez de las protecciones de acreedores fuera del estado y extranjeras. Un plan de protección de activos mal preparado podría estar sujeto a la ley sustantiva de un estado diferente (favorable al acreedor).

Un asunto adicional planteado por la cuestión de la elección de ley es: ¿Cuál tribunal estatal interpretará la ley? La jurisdicción del tribunal particular para escuchar el caso puede establecerse en el contrato entre las partes. Sin un contrato, el tribunal considera las relaciones o contactos de las partes en un estado particular. La jurisdicción a menudo recae claramente en un estado si, por ejemplo, todas las partes, la deuda, la entidad, etc., se basan en ese estado. Sin embargo, si los litigantes, los contratos, los fiduciarios, etc. tienen su sede en una variedad de estados (y las partes no han acordado contractualmente una jurisdicción), las dudas sobre la jurisdicción judicial aplicable pueden dar lugar a una “carrera por la sentencia”.

Si un acreedor tiene la oportunidad (basado en los contactos de las partes) de presentar una demanda en un estado favorable para el acreedor, es probable que la sentencia obtenida sea aplicable en todos los estados. Dependiendo de los hechos del caso, un deudor que enfrenta cobro en un estado que favorece a los acreedores, puede estar sujeto a una interpretación liberal de su plan de protección de activos. Esto podría ocurrir a pesar de que la ley escrita en el plan de protección de activos fue establecida en un estado diferente (favorable al deudor). Una interpretación adversa de las protecciones de un estado

en particular también puede influir en otros tribunales estatales, incluso en los tribunales del estado cuyas leyes, favorables para el deudor, rigen el plan.

Al organizar una entidad legal, ya sea un fideicomiso o una empresa, los documentos deben establecer claramente la elección de ley aplicable a la entidad, sus propietarios, gerentes, beneficiarios y fiduciarios. La jurisdicción del tribunal para atender cualquier disputa que involucre los aspectos de protección de una entidad también puede ser elegida en el fideicomiso, en el acuerdo de operación de la LLC, en el acuerdo de sociedad, etc. Como la ley elegida en un documento rector casi siempre se respeta, el redactor debe implementar la ley más protectora. Los documentos deben, bajo ciertas circunstancias, permitir también la transferencia de la jurisdicción (y la ley aplicable) en el caso de que una opción más protectora esté disponible.

6.1 Conflictos de Leyes Costa Afuera – La Base para la Planificación Extranjera

6.1.1 Ventajas de la Planificación Extranjera

Si se integran adecuadamente, las protecciones extranjeras refuerzan casi cualquier estructura de protección de activos. Aunque por lo general es más costosa que la planificación nacional, la planificación extranjera debe considerarse por varias razones.

Protección de Activos

Primero, la planificación extranjera contempla la protección de activos costa afuera. Los activos mantenidos en un paraíso fiscal costa afuera de deudores son muy difíciles de alcanzar. Los tribunales rigen únicamente a personas y propiedades dentro de sus respectivas jurisdicciones. La “jurisdicción” de un tribunal se define por el alcance geográfico de su poder, con base en la constitución estatal o federal aplicable. Un tribunal de los Estados Unidos no puede exigir el cumplimiento de una sentencia de los Estados Unidos vinculando bienes que estén fuera del límite geográfico de su poder. Sin jurisdicción, los tribunales nacionales no pueden acceder a propiedades extranjeras ni controlar fiduciarios/gerentes extranjeros para satisfacer las deudas de los Estados Unidos.

La locación de activos costa afuera, también tiende a desalentar a los acreedores de gastar el tiempo y el dinero necesarios para ganar una sentencia de los Estados Unidos (el recaudo de los mismos está sujeto a la obtención de activos no disponibles). Los fiduciarios y gerentes extranjeros ignoran las decisiones de los Estados Unidos y pueden, en cualquier momento, cambiar los activos a una nueva jurisdicción. Menos del 3% de los acreedores intentan satisfacer sus sentencias con activos costa afuera.¹⁴² Incluso cuando se persiguen activos extranjeros, los casos a menudo se resuelven por una pequeña porción de la sentencia.

¹⁴² Alan Northcott, *Asset Protection for Business Owners and High-Income Earners: How to Protect What You Own from Lawsuits and Creditors* (Atlantic Publishing Groups, Inc., Ocala, Florida), (2009).

Por el contrario, las ventajas de la planificación costa afuera se ven debilitadas por el financiamiento de una entidad extranjera con activos de los Estados Unidos. Si los activos se mantienen en los Estados Unidos, el tribunal puede verse tentado a ignorar la ley extranjera protectora que rige a la entidad/propietario. Aunque la legalidad de ignorar la ley aplicable es cuestionable (especialmente en ausencia de una transferencia fraudulenta), se debe considerar el problema. Por ejemplo, un fideicomiso de protección de activos de los Estados Unidos (discutido en el Capítulo 3) puede, para activos nacionales, ser una alternativa prudente para un fideicomiso extranjero porque puede crear menos escepticismo judicial.

La repatriación forzada de activos extranjeros obligados a través del encarcelamiento es muy rara, fuera de la bancarrota o de reclamaciones del gobierno.¹⁴³ Sin embargo, se debe considerar el riesgo de encarcelamiento para repatriar activos extranjeros (para pagar una sentencia de los Estados Unidos). Tenga en cuenta que, incluso en el caso de una orden de repatriación, el Sr. Lawrence y los Anderson (discutidos en la Sección 6.5) fueron capaces de retener activos extranjeros (después de soportar el encarcelamiento judicial).

En segundo lugar, los tribunales del paraíso fiscal del deudor generalmente tienen prohibido respetar las sentencias de los Estados Unidos. Los lugares favorables al deudor, como las Islas Cook, Luxemburgo y Nevis, no reconocen la aplicabilidad de las sentencias de los Estados

¹⁴³ *Id.* at 154.

Protección de Activos

Unidos contra los fideicomisos formados en dichos países. Los tribunales en países favorables al deudor, en realidad deben ignorar las sentencias que se obtienen en los Estados Unidos. Los paraísos fiscales del deudor requieren que el proceso subyacente sea litigado nuevamente en la jurisdicción regente. Para cobrar activos en un país favorable al deudor, el acreedor de los Estados Unidos debe demostrar, una vez más, el caso por daños y perjuicios en el tribunal extranjero. Solo entonces, dicho acreedor de los Estados Unidos puede grabar una sentencia “local” para vincular los activos expuestos en la jurisdicción costa afuera. Las probabilidades de una demanda costa afuera exitosa son extremadamente bajas, considerando el fracaso de la FTC financiada por el gobierno (en Anderson, pág. 135), Bear Stearns (en Lawrence, pág. 43) y un gran grupo de propietarios de condominios (en South Orange, pág. 133) para recaudar en Mauricio y las Islas Cook.

Compare los países occidentales más grandes y antiguos que han firmado tratados con los Estados Unidos, permitiendo la tramitación mutua y la ejecución de sentencias. Los tratados de sentencia permiten la recopilación de sentencias obtenidas en un país miembro, en todos los demás países miembros. Los tratados proporcionan una reciprocidad de sentencia similar a la que existe entre cada uno de los cincuenta estados de los Estados Unidos, en virtud de la Cláusula de Plena Fe y Crédito de la Constitución de los Estados Unidos. Por ejemplo, Canadá e Inglaterra han promulgado legislación que permite la “adaptación” de las sentencias de los Estados Unidos. Una vez adaptada, cualquier sentencia federal o estatal de los

Estados Unidos, se convierte en ejecutable en Canadá e Inglaterra (a un costo marginal).

La ausencia de un tratado de sentencia con la jurisdicción extranjera podría crear potencialmente una debilidad. A diferencia de la obligación constitucional entre los estados de respetar las sentencias de todos los estados, los tribunales estatales pueden considerar la ausencia de una obligación del tratado como una invitación a ignorar la ley extranjera. Por ejemplo, en el caso de *Hilton v. Guyot*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se negó a hacer cumplir una sentencia de un tribunal francés basada en el hecho de que Francia una vez se negó a cumplir las sentencias de los Estados Unidos.¹⁴⁴ Si la ausencia de un tratado de ejecución mutuo crea una desventaja práctica es, sin embargo, especulativo.

Tenga en cuenta que la doctrina de la cortesía también es respetada por los países occidentales más grandes. La cortesía, es la idea que presume que otros sistemas legales hacen determinaciones legales justas y precisas. La cortesía conduce a la ejecución de sentencias extranjeras (incluso en ausencia de un tratado). Las jurisdicciones que otorgan cortesía a las sentencias extranjeras deben evitarse para los fideicomisos extranjeros y corporaciones y sociedades de responsabilidad limitada extranjeras. Los Estados Unidos y Gran Bretaña se encuentran entre los países que reconocen la doctrina de la cortesía.

¹⁴⁴ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

Protección de Activos

Además de las sentencias de los Estados Unidos, los órdenes de divulgación de documentos, las citaciones para evidencia, etc., a menudo no pueden aplicarse en los paraísos fiscales de deudores. Los testigos, fiduciarios, gerentes y otras partes necesarias no pueden ser forzados a asistir a deposiciones o juicios o a presentar documentación. Como resultado, se puede utilizar una ley costera afuera favorable para establecer una gestión amigable (no cooperativa) por parte de una entidad o persona extranjera. Además, las instituciones financieras extranjeras (junto con el fiduciario o gerente) ignorarán cualquier sentencia de los Estados Unidos, de conformidad con los términos del documento rector.

Por el contrario, las instituciones financieras de los Estados Unidos obedecen las sentencias nacionales sin cuestionarlas. El banco nacional o la casa de corretaje que posea los fondos siempre respetará la decisión de un tribunal de los Estados Unidos, de incautar los activos nacionales (independientemente de si la cuenta es propiedad de una entidad extranjera protectora). Incluso si la orden viola los términos del fideicomiso o acuerdo de operación aplicable, los activos serán liberados.

La tercera ventaja de la planificación extranjera es que la ley de cobro de los países que son paraísos fiscales de los deudores inhibe el éxito de los acreedores. Si un acreedor de los Estados Unidos se las arregla para presentar una demanda, ganar un juicio y establecer una sentencia en un país extranjero, se pueden iniciar procedimientos de cobro costera afuera. Los fideicomisos extranjeros, sociedades limitadas y LLC, normalmente se benefician de

las protecciones que emulan las protecciones más sólidas disponibles en los Estados Unidos. Las leyes comunes a países favorables al deudor pueden emplear requisitos de fianza (para presentar una reclamación de cobro), mayor carga probatoria, la más clara protección de orden de cobro LLC, lenguaje que carga al acreedor con los costos de litigio del deudor (si la demanda de cobro no tiene éxito) y periodos de limitaciones reducidos para iniciar la cobranza o para presentar una reclamación de transferencia fraudulenta. En consecuencia, las rigurosas reglas probatorias extranjeras y el procedimiento civil también tienden a favorecer al deudor.

Las jurisdicciones favorables al deudor requieren la pronta búsqueda de reclamaciones de cobro. Los periodos de reclamación abreviados promueven el financiamiento secreto de fidecomisos extranjeros y sociedades LLC extranjeras, incluso después de que se haya presentado un evento de responsabilidad o demanda en los Estados Unidos. Los activos permanecerán bajo la protección del estado extranjero a menos que el acreedor inicie un litigio en la jurisdicción extranjera antes de la aprobación del periodo de limitaciones. Esto coloca a un acreedor de los Estados Unidos en clara desventaja. Mientras el litigio de los Estados Unidos continúa, el periodo de limitaciones (para presentar una demanda en el extranjero) se está cerrando (por lo general, sin previo aviso al acreedor). La oportunidad de presentar una demanda en el extranjero se cierra en un corto tiempo del descubrimiento de la responsabilidad del demandado o la transferencia fraudulenta.

Protección de Activos

A diferencia de los estatutos de limitación de los Estados Unidos para recuperar activos transferidos fraudulentamente, los periodos de limitación extranjeros no se suspenden hasta que el acreedor tenga conocimiento de la transferencia. El Estatuto de Fideicomiso de Nevis, por ejemplo, limita el periodo para las reclamaciones por transferencia fraudulenta contra fideicomisos al primero de (i) dos años después del devengo de (una base para) la reclamación legal o (ii) un año después de la transferencia protectora.¹⁴⁵ La probabilidad de que el acreedor identifique rápidamente activos valiosos movidos costa afuera durante las fases iniciales del litigio de los Estados Unidos, es remota.

Como se señaló, varios paraísos fiscales de deudores también requieren que el demandante impugne una transferencia de protección para probar su caso “más allá de una duda razonable. Esta carga para probar la intención del deudor de evitar al acreedor es sustancialmente mayor que la norma estadounidense “más probable que no”.

Existen varias razones prácticas adicionales para implementar protecciones extranjeras. Por ejemplo, las naciones populares favorables al deudor obtienen importantes ingresos de fideicomisos, LLC y presentaciones de compañías de negocios internacionales. Como resultado, los tribunales costa afuera históricamente han favorecido a los deudores, para evitar precedentes

¹⁴⁵ Ordenanza del Fideicomiso Exento Internacional de Nevis, 1994, en su versión modificada, § 44(2).

legales que conduzcan a la pérdida de ingresos del gobierno.¹⁴⁶

Las ventajas financieras y psicológicas también son inherentes a la planificación costa afuera. Las LLC y fideicomisos extranjeros crean un obstáculo psicológico para el cobro. Los abogados demandantes que practican lesiones personales, cobros o áreas similares siempre son alentados por la disponibilidad de activos inmediatamente líquidos y desprotegidos. Sin la perspectiva de un “fruto al alcance de la mano” (como el seguro de responsabilidad o el efectivo sin protección), la recolección requerirá mucho tiempo y esfuerzo.

Una entidad exótica desalentará (y muchas veces frustrará por completo) a un abogado litigante o de cobro que esté presionado para encontrar el pago en el menor tiempo posible. Cuanto menor es la recuperación potencial, menos tiempo y recursos puede dedicar el abogado del demandante para intentar ganar su porcentaje de la sentencia. Las sentencias pequeñas que involucran activos mantenidos en una entidad protectora (especialmente una entidad extranjera) a menudo se abandonan antes de que el abogado siquiera considere la investigación de la solidez de las protecciones aplicables.

Las acciones de cobro extranjeras son astronómicamente costosas. Perseguir los activos de una entidad extranjera requiere expertos en impuestos,

¹⁴⁶ *In re Brown*, 1996 WL 33657614 (Bankr. D. AK. 1996) (Decisión de memorándum modificada).

Protección de Activos

fideicomisos y en derecho internacional. La acción de cobro requiere un análisis exhaustivo de las cuestiones jurisdiccionales y de elección de ley. Un abogado extranjero con licencia en el paraíso fiscal costa afuera, debe ser conservado para cualquier litigio y para evaluar cualquier estructura extranjera. Además, varias jurisdicciones costa afuera requieren que la parte que pierde el litigio pague todos los honorarios legales y otros gastos del ganador.¹⁴⁷

La diversidad en la planificación extranjera es particularmente efectiva porque los honorarios de investigación, legales, de registro y de expertos, aumentan exponencialmente con el uso de múltiples jurisdicciones. Dichos costos pueden no ser fácilmente cuantificables. Lo desconocido es un elemento disuasorio psicológico muy poderoso. Los obstáculos prácticos asociados con alcanzar activos costa afuera pueden (por sí mismos) justificar el establecimiento de fideicomisos extranjeros, LLC extranjeras y sociedades extranjeras, todos financiados en el extranjero.

6.1.2 Ventajas Específicas del Fideicomiso Costa Afuera

Varios paraísos fiscales costa afuera de deudores promulgaron legislación sobre fideicomisos en la década de 1980, permitiendo al fideicomitente actuar como un

¹⁴⁷ Ordenanza del Fideicomiso Exento Internacional de Nevis § 31 (1994, en su versión modificada); Ley de Fideicomisos Internacionales de las Islas Cook (1984).

beneficiario del fideicomiso protegido.¹⁴⁸ Como resultado, los fideicomisos para pródigos costa afuera a menudo se financian en beneficio del individuo fundador del fideicomiso. Dichos fideicomisos se conocen como fideicomisos de protección de activos “autoestablecidos”. Los fideicomisos de protección de activos extranjeros ofrecen beneficios particulares de protección de activos y eliminan los obstáculos antiestadounidenses asociados con la banca y la inversión en el exterior. Aunque no es aconsejable, el fideicomitente también puede actuar como fiduciario, con control sobre los activos del fideicomiso (no permitido con fideicomisos de protección de activos nacionales, discutido en la Sección 3.2).

Varias jurisdicciones han adaptado sus estatutos de fideicomiso para establecer obstáculos onerosos para los acreedores mientras brindan flexibilidad al fideicomitente. Dichos estatutos generalmente excluyen a todas las demás leyes de fideicomiso de la aplicación a cualquier fideicomiso establecido en el paraíso fiscal. Tales disposiciones inhiben a los Estados Unidos u otros tribunales extranjeros de intentar aplicar su ley favorable a los acreedores.

Los estatutos de fideicomiso en Nevis y las Islas Cook inhiben las reclamaciones de los acreedores

¹⁴⁸ Gideon Rothschild, Daniel Rubin, *Has Offshore Trust Litigation Spoiled the Fun? Recent Decisions Regarding Offshore Trusts*, disponible en <http://mosessinger.com/articles/files/offshoretrust.htm>.

incrementando el costo de presentar una demanda.¹⁴⁹ Ambos países prohíben los acuerdos de honorarios legales de contingencia (en los que las tarifas legales vencen solo en el momento del cobro). Prohibir las tarifas de contingencia obliga al reclamante a pagar un anticipo y una factura legal por hora. Además, el reclamante debe pagar una fianza costosa en Nevis para presentar una demanda. La fianza asegura que el demandante honrará su obligación de pagar los honorarios legales del deudor, si el reclamante no puede cobrar.

También puede ser difícil probar que un deudor hizo una transferencia fraudulenta a un fideicomiso costa afuera. En los Estados Unidos, una transferencia fraudulenta puede ser demostrada por “una preponderancia de evidencia” de que se produjo una transferencia fraudulenta. En otras palabras, si el reclamante puede demostrar que es “más probable que no” que los activos se transfirieron fraudulentamente, los activos pueden ser vinculados. Varios paraísos fiscales de deudores (incluyendo Nevis y las Islas Cook) han elevado el nivel de exigencia de evidencia, exigiendo prueba de transferencia fraudulenta “más allá de toda duda razonable”.

La legislación de fideicomisos de Nevis y las Islas Cook esencialmente elimina las reclamaciones de transferencias fraudulentas con respecto a los activos del fideicomiso aportados por un otorgante solvente. Si el otorgante fue solvente después de financiar un fideicomiso

¹⁴⁹ Ordenanza del Fideicomiso Exento Internacional de Nevis § 31 (1994, en su versión modificada); Ley de Fideicomisos Internacionales de las Islas Cook (1984).

en cualquiera de las jurisdicciones, se considera que el otorgante no tiene la intención de evitar al acreedor. Los acreedores de un otorgante solvente no pueden, por lo tanto, invocar el recurso de transferencia fraudulenta para llegar a los activos del fideicomiso.¹⁵⁰ Por otra parte, incluso si se demuestra que el deudor es insolvente después de la transferencia, el acreedor debe demostrar que el deudor transfirió los activos al fideicomiso con la intención de evitar al acreedor.

La Ley de Fideicomisos de Belice no contiene ningún recurso para transferencias fraudulentas. La ley de Belice elimina cualquier derecho del acreedor (para cualquier periodo) para recuperar activos transferidos a un fideicomiso de Belice (incluso si se transfieren para evitar un acreedor).¹⁵¹

En el caso de *Riechers v. Riechers*, un tribunal inferior de Nueva York respetó la disposición de elección de ley en un fideicomiso autoestablecido de las Islas Cook, establecido por un urólogo.¹⁵² Sin embargo, el tribunal sí reclamó jurisdicción sobre el Dr. Riechers (personalmente) en el proceso de divorcio y consideró los bienes del fideicomiso en su división de propiedad conyugal. A pesar de que la Sra. Riechers puede acceder a las propiedades expuestas de los Estados Unidos del médico, los activos del fideicomiso probablemente permanecerán protegidos.

¹⁵⁰ Ordenanza del Fideicomiso Exento Internacional de Nevis § 24 (1994, en su versión modificada).

¹⁵¹ Ley de Fideicomisos de Belice, Chp. 202 §1 (7) (2000, en su versión modificada).

¹⁵² *Reichers v. Riechers*, 178 Misc. 2d 170, 679 N.Y.S. 2d 233 (1998).

Protección de Activos

Muchas jurisdicciones extranjeras (y algunas nacionales) permiten que se nombre un “protector de fideicomiso” en el fideicomiso. El protector de fideicomiso es alguien designado, además del fiduciario, para supervisar las operaciones del fideicomiso. Se puede nombrar un protector para aprobar distribuciones y monitorear la contabilidad del fideicomiso y las actividades del fiduciario. El protector sirve como guardián con el poder de remover a un fiduciario poco profesional o sobrevalorado o vetar las inversiones y distribuciones propuestas.

Un protector de fideicomiso puede ser beneficioso para los fideicomitentes de Estados Unidos que no estén familiarizados con una jurisdicción de fideicomiso extranjera o el fiduciario extranjero. Como una alternativa a un fideicomitente de los Estados Unidos que se designa a sí mismo como fiduciario (en control de distribuciones de fideicomisos), el fideicomitente puede servir como protector de un fideicomiso extranjero de protección de activos. Como fiduciario, un fideicomitente expone los activos del fideicomiso a una reclamación de cobro basado en la capacidad del fideicomitente para alcanzar los activos del fideicomiso. Como protector, el fideicomitente no controla técnicamente el fideicomiso, pero en general puede vetar cualquier medida importante del (o remover) fiduciario.

Algunos de los principales beneficios del fideicomiso extranjero ofrecidos por varias jurisdicciones favorables, se describen en el Cuadro 6.1.2. Al revisar el cuadro, tenga en cuenta que, a diferencia de los fideicomisos nacionales de protección de activos, las

jurisdicciones extranjeras no excluyen la protección del fideicomiso de ciertos acreedores (que involucra, por ejemplo, reclamaciones por agravios, manutención familiar y pensión alimenticia).

Cuadro 6.1.2

Fideicomisos de Protección de Activos Costa Afuera Seleccionados
Características Estatatorias

Pais	Sentencias extranjeras no reconocidas	Fideicomite debe mantener algun control	Estatuto de limitaciones para alcanzar activos del fideicomiso mediante transferencia fraudulenta	Prueba más allá de duda razonable requerida para establecer intención fraudulenta	Acreeedor con la carga de probar la intención fraudulenta	Se requiere fianza para litigar	El fideicomiso permanece válido a pesar de la transferencia fraudulenta	Presunción contra la intención fraudulenta si el otorgante es solvente después de la financiación	Elección de ley obligatoria
Antigua/Barbuda	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓
Bahamas		✓	✓		✓		✓		✓
Belize	✓	✓	N/A	N/A	N/A		N/A	N/A	✓
Islas Cook	✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓
Labuan	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Mauricio	✓	✓	✓	✓	✓		✓		✓
Nevis	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
San Vicente y las Granadinas	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Seychelles		✓	✓	✓	✓				✓

El uso de entidades costa afuera es (en el mejor de los casos) neutral en cuanto a impuestos. Aunque las protecciones extranjeras pueden combinarse con la planificación del impuesto a la renta y al patrimonio, la implementación de protecciones costa afuera no crea ninguna oportunidad de planificación de impuestos. También se debe tener en cuenta que las normas de cumplimiento e informe tributario de los Estados Unidos con respecto a fideicomisos, corporaciones y LLC extranjeros, generalmente son más complicadas y onerosas que las leyes análogas que rigen a las entidades nacionales. La estructuración extranjera no debe intentarse “en línea” o enviando un cheque a un promotor. La autoayuda en el ámbito extranjero puede poner en peligro las protecciones y tener terribles consecuencias de impuestos.

6.2 Recursos Extraordinarios del Acreedor

Hay dos tipos de recursos extraordinarios disponibles para los acreedores que intentan cobrar los activos en poder de una entidad extranjera y/o ubicados en el exterior. A pesar de las barreras a la recaudación costa afuera, si la deuda es lo suficientemente grande, el acreedor cuenta con los fondos suficientes y los activos protegidos son sustanciales, el acreedor puede moverse a (i) “separar” el fideicomiso extranjero o entidad corporativa que alberga activos estadounidenses y/o (ii) tener una orden emitida para repatriar activos extranjeros.

La acción legal para exponer los activos en una entidad protectora (a los acreedores del propietario) se conoce como “perforación del velo inverso”. El nombre

Protección de Activos

proviene del recurso tradicional del acreedor de negocios de “perforar el velo corporativo”, es decir, atravesar la entidad hacia los activos “externos” del propietario. La “perforación del velo” tradicional desde el interior de una entidad de negocios para alcanzar los activos personales del propietario del negocio, se revierte cuando un acreedor personal del propietario busca activos en la LLC, sociedad o fideicomiso.

Los acreedores han reservado con éxito una entidad extranjera protectora (para llegar a los activos estadounidenses que posee la entidad) en función de circunstancias que incluyen: (i) la retención por parte del fideicomitente del control absoluto sobre los activos de la entidad, (ii) la falta de formalidad legal asociada con las operaciones de la entidad, (iii) la ausencia de cualquier propósito comercial de la entidad, y (iv) el uso de los fondos de la entidad para pagar gastos personales. Las teorías legales para la “perforación del velo inverso” (donde una entidad es responsable de las deudas personales del propietario) incluyen “fideicomiso constructivo” o “fideicomiso resultante”. En tales casos, el acreedor argumenta que la entidad de protección es una farsa que debe considerarse que posee activos para el deudor, poniéndolos a disposición del acreedor.

Una estrategia legal similar para la perforación del velo inverso es la teoría del “alter ego”, según la cual una entidad protectora se descarta como nada más que un alter ego del deudor. Los casos de alter ego históricamente involucran el fracaso de los dueños de negocios para operar con fines comerciales o respetar las formalidades de la

entidad. Cuando el deudor difumina la distinción entre la entidad legal y él o ella, se puede argumentar que la corporación, LLC, fideicomiso, etc., no es más que el “alter ego” del otorgante/fundador. El alter ego debería (según el argumento) ser ignorado, ya que no protege a (i) su propietario de las obligaciones de la entidad y a (ii) sus activos de las deudas de su propietario.

Una forma de probar que una entidad de negocios es el “alter ego” de su propietario es mostrar que la entidad fue creada o financiada sin ningún propósito de negocios.¹⁵³ Se ha establecido un objetivo de negocios para las siguientes actividades: (i) mantener activos dentro de la unidad familiar,¹⁵⁴ (ii) controlar distribuciones, (iii) consolidar inversiones para economías de escala y ahorro de costos, (iv) simplificar donaciones anuales, (v) evitar sucesión y (vi) administrar adecuadamente los activos de la sociedad.¹⁵⁵

La ausencia de una jurisprudencia sustancial que implique una planificación legítima sugiere que las entidades extranjeras suelen ser respetadas a favor del deudor. No obstante, se debe tener especial cuidado con los activos ubicados en los Estados Unidos, incluso si se mantienen en una entidad costa afuera. Los propietarios siempre deben respetar las formalidades corporativas, mantener libros separados y mantener una segregación

¹⁵³ *In re Turner*, 335 B.R. 140, 147 (Bankr. N.D. Cal. 2005), modificado 345 B.R. 674 (Bankr. N.D. Cal. 2006).

¹⁵⁴ *Moore v. C.I.R. T.C. Memo 1991-546*, 1991 WL 220426 (U.S. Tax Ct., 1991), 62 T.C.M. 1128 (1991).

¹⁵⁵ *Bischoff v. Comm’r.*, 69 T.C. 32, 39-41 (1977).

Protección de Activos

absoluta de las actividades financieras. Las asociaciones de inversión familiar o LLC (generalmente fundadas por una pareja casada para mantener activos de inversión) deben tener especial cuidado en mantener libros meticulosamente segregados, limitar la actividad de la cuenta bancaria a asuntos de negocios y cumplir estrictamente con los términos administrativos de cualquier documentación vigente.

En los casos que impliquen transferencias dudosas a un fideicomiso o LLC en el extranjero, o la renuncia al control sobre la entidad para evitar la cobranza, el juez que preside se verá invariablemente tentado a invalidar un acuerdo que de otro modo sería protector. Los casos de bancarrota (Sección 6.3) describen varias circunstancias que llevan a la indiferencia judicial de los fideicomisos extranjeros como el “alter ego” del otorgante.

Un acreedor nacional también puede solicitar al tribunal que ordene la repatriación de activos extranjeros. Si se ignora el fallo, el juez de los Estados Unidos puede emitir una orden de desacato para coaccionar la recuperación de los activos costa afuera. La efectividad de una orden que requiere que el deudor repatrie activos, depende de la presencia física del deudor y la voluntad del juez que preside de encarcelar realmente al deudor por no devolver los activos extranjeros.

A la luz del desacato potencial, una descripción general de la ley aplicable puede ser útil. El desacato al tribunal generalmente se define como “conducta que interfiere con la administración de justicia y que se castiga

con multa o prisión”.¹⁵⁶ El desacato al tribunal puede ser desacato civil o criminal. Los actos de desacato civil incluyen la omisión intencional de obedecer una orden judicial emitida para el beneficio de otra parte. Se puede ordenar el desacato civil para coaccionar físicamente el cumplimiento de la orden judicial. Las sanciones típicas son multas y/o encarcelamiento hasta que se cumpla con la orden. Por el contrario, el desacato criminal se impone, no para producir un recurso a través de la coacción, sino para castigar por desafío a la autoridad judicial de un tribunal.

Cuando el cumplimiento es imposible, el desacato civil es inapropiado (porque el cumplimiento no puede ser coaccionado). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha aclarado que los tribunales de los Estados Unidos no pueden imponer el desacato civil como castigo, “sin importar cuan reprochable sea la conducta”, cuando la coerción sea imposible. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dictaminado consistentemente que la “imposibilidad de cumplimiento” es una defensa a una orden de desacato civil.¹⁵⁷ El Tribunal Supremo de Florida también ha confirmado que, debido a que “... el encarcelamiento se utiliza únicamente para obtener el cumplimiento, debe usarse solo cuando el demandado tiene la capacidad de cumplir.”¹⁵⁸

Sin embargo, los casos de *Lawrence* y *Anderson* sugieren que la defensa de la imposibilidad será rechazada cuando la imposibilidad sea reaccionaria e interesada. Si un

¹⁵⁶ *Black's Law Dictionary* 313 (7th ed. 1999).

¹⁵⁷ Véase, *U.S. v. Rylander*, 460 U.S. 752, 758(1983).

¹⁵⁸ *Bowen v. Bowen*, 471 So. 2d 1274, 1277 (Fl. 1985).

Protección de Activos

deudor con control sobre los activos del fideicomiso autoimpone restricciones sobre su capacidad para llegar a los activos del fideicomiso (para evitar a un acreedor), el tribunal puede encarcelar al deudor (para coaccionar la recuperación de los activos del fideicomiso). En *Anderson*, donde la FTC intentó recuperar fondos obtenidos a través de un esquema de telemarketing fraudulento (discutido en la Sección 6.5), el tribunal encarceló a los deudores por seis meses, rechazando la “imposibilidad autoinducida” como una defensa al desacato civil.¹⁵⁹ El tribunal de *Lawrence* también rechazó la defensa, a pesar de que el Tribunal Supremo precede lo contrario.¹⁶⁰

El caso *Lawrence* condujo a algunas sentencias similares como *SEC v. Bilzerian*. En *Bilzerian*, un deudor descaradamente ofensivo transfirió activos a un fideicomiso de las Islas Cook después de ser encontrado responsable de USD 62.000.000 en fraude de valores y no proporcionar una contabilidad de sus activos. Bilzerian estuvo encarcelado durante varios meses, en espera de su revelación de información financiera personal y de fideicomiso. Se le negó el derecho de impugnar una orden de desacato, a pesar de que no podría decirse que tuvo acceso a los activos del fideicomiso.¹⁶¹

Otros casos de desacato incluyen *BankFirst v. Legendre*¹⁶² (donde unos días de encarcelamiento indujeron

¹⁵⁹ *In re Lawrence* 227 B.R. 907, 916 (Bankr. S.D. Fl. 1998).

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *SEC v. Bilzerian*, 131 F. Supp. 2d 10 (U.S. D.C. 2001).

¹⁶² *BankFirst v. Legendre*, Caso No. 5DO2-300 (Florida App. 2002).

al deudor a cooperar y entregar activos al fiduciario de bancarrota); *Eulich v. US*¹⁶³ (donde el deudor fue declarado en desacato civil por no revelar los documentos del fideicomiso de Bahamas al IRS y multado con USD 5.000 por día, aumentado a USD 10.000 por día después de 30 días de incumplimiento, con multas adicionales y encarcelamiento propuesto después de 45 días; y *SEC v. Solow*¹⁶⁴ (donde un tribunal federal encarceló al deudor por no entregar USD 3.424.788 de un fideicomiso de las Islas Cook, presuntamente obtenido como parte de un esquema de comercio fraudulento).

Las decisiones en el caso *Lawrence* y los casos posteriores podrían invalidar la posibilidad reaccionaria y autoimpuesta como una defensa al desacato civil. Estos casos respaldan la idea de que, cuanto mayor sea el grado de control retenido por el otorgante de un fideicomiso extranjero, más tentado estará el tribunal a imponer distribuciones al acreedor. El enfoque prudente es establecer fideicomisos protectores con poco o ningún control del otorgante sobre las distribuciones del fideicomiso.

A pesar del riesgo de encarcelamiento en casos de transferencia fraudulenta y ganancias obtenidas ilícitamente, la eventual liberación de Michael y Denyse Anderson y el Sr. Lawrence, sugiere que (i) el encarcelamiento (aunque potencialmente sustancial) puede tener una duración limitada y (ii) los activos del fideicomiso

¹⁶³ *Eulich v. U.S.*, 104 AFTR 2d 6332 (N.D. Tex. 2004).

¹⁶⁴ *SEC v. Solow*, 682 F. Supp. 2d 1312 (S.D. Fl. 2010).

Protección de Activos

en el extranjero probablemente permanecerán seguros. Además, la estrecha línea de casos que involucran el encarcelamiento de un deudor por desacato sugiere que solo (i) la bancarrota y (ii) las reclamaciones respaldadas por el gobierno probablemente den lugar a que el deudor se enfrente a la cárcel (para coaccionar el pago de una sentencia civil).

6.3 Política Pública como Recurso del Acreedor en Bancarrota

Como se discutió en el Capítulo 4, la residencia estatal rige la disponibilidad de exenciones de acreedor que protegen determinados activos (como anualidades y seguro de vida). Por otro lado, el único requisito para la formación de fideicomisos extranjeros protectores y sociedades de responsabilidad limitada es la documentación adecuada. Algunos acreedores han evitado la aplicación de la ley de protección costa afuera, basados en una serie de casos de bancarrota que reemplazan las protecciones extranjeras por la ley del domicilio del deudor en los Estados Unidos. Dichos casos se basan en la “política pública” y añaden inestabilidad al ya impredecible cuerpo legal que trata los conflictos de leyes.

Un tribunal de los Estados Unidos, presentado con un beneficiario de fideicomiso malicioso o negligente se enfrenta a un dilema. ¿Debería el tribunal, (i) respetar la ley claramente aplicable que rige un fideicomiso o LLC (invalidando el juicio del acreedor) o (ii) fabricar un recurso de acreedor (para dar crédito a una sentencia estatal o financiar un patrimonio de bancarrota)?

Varios jueces de bancarrota han respondido la pregunta ignorando los términos del fideicomiso extranjero y confiando en la “política pública” para aplicar la ley de fideicomiso de la residencia del deudor en los Estados Unidos. Envalentonados por la supremacía de la ley federal de bancarrota (sobre la ley estatal), algunos jueces han ignorado los fideicomisos extranjeros de protección mediante la aplicación de la ley de la residencia del deudor. Si el domicilio del deudor no reconoce fideicomisos de protección de activos nacionales (es decir, fideicomisos que protegen a un fideicomitente/beneficiario), la aplicación de dicha ley estatal a un fideicomiso extranjero expondrá los activos del fideicomiso que benefician al fideicomitente. El fideicomitente de cualquier fideicomiso autoestablecido debe considerar cuidadosamente los riesgos de la bancarrota. El asunto de la residencia (con respecto a la elección de ley) se ha vuelto bastante significativo en el ámbito del fideicomiso extranjero.

El tribunal de bancarrota de los Estados Unidos ha convertido, lo que generalmente se considera una determinación directa de la ley aplicable (basada en los términos del fideicomiso), en una manipulación de “política pública” orientada a resultados. El acreedor argumenta que el fideicomiso debe ser ignorado y, por lo tanto, requiere que la ley de fideicomiso aplicable sea la de la residencia del deudor en los Estados Unidos. Si los hechos del caso son suficientemente atroces, el tribunal de bancarrota tiende a aplicar la ley local, para permitir el embargo de los activos del fideicomiso. La insolvencia (exponer al deudor a la bancarrota) se ha convertido en una propuesta muy

Protección de Activos

arriesgada con respecto a los activos de fideicomisos extranjeros.

La ley de fideicomisos extranjeros ha sido ignorada por razones tales como el uso personal del otorgante del fideicomiso como un “alter ego”, más que como una entidad legal distinta.¹⁶⁵ Históricamente, la teoría del alter ego ha sido implementada por los acreedores de negocios para romper el “velo” que protege a los accionistas de los pasivos de negocios (debido a la falta de mantenimiento de las formalidades corporativas). El tribunal de bancarrota ha transformado la reclamación en un medio para hacer caso omiso de los fideicomisos extranjeros. Cuando el otorgante (a diferencia de un fiduciario no relacionado) ejerce un control completo sobre un fideicomiso extranjero (incluso en cumplimiento de la ley de fideicomiso extranjero aplicable), la “apariencia” del acuerdo del fideicomiso puede perderse. De acuerdo con el tribunal de bancarrota, cuando el otorgante simplemente puede retirar dinero del fideicomiso, la existencia de una entidad fiduciaria distinta se vuelve vaga e insoportable. Si el fideicomitente/beneficiario puede tratar libremente el fideicomiso como una cuenta bancaria personal, sin supervisión del fiduciario o contabilidad, el tribunal puede ignorar las protecciones del fideicomiso. Los activos del fideicomiso local pueden ser vinculados por los acreedores del otorgante y las órdenes de repatriación ejecutadas mediante prisión por desacato civil.

¹⁶⁵ *In re Brown (Higashi v. Brown)*, 1996 WL 33657614 (Bankr. D. AK.) (Decisión de memorándum modificada).

La ausencia de un fiduciario no relacionado puede invitar a un tribunal de bancarrota a emplear un argumento de “sustancia sobre forma” para aplicar la ley local y eliminar las protecciones costa afuera. Los fideicomisos autoestablecidos que benefician a un otorgante que se designa a sí mismo como fiduciario, no pueden, por lo tanto, contar con la bancarrota. Una posible alternativa es el nombramiento del fideicomitente como protector del fideicomiso, con autoridad limitada para reemplazar a un fiduciario no relacionado.

En el caso de *In re Brown* de 1996, el tribunal de bancarrota dictaminó que los activos mantenidos en un fideicomiso en Belice estaban sujetos a reclamaciones de acreedores porque el fideicomiso era un simple “alter ego” de los deudores.¹⁶⁶ Los deudores habían transferido sus activos a un fideicomiso en Belice mucho antes de una reclamación posterior por agravio, pero retuvieron un control sustancial de los activos del fideicomiso (los cuales permanecieron en los Estados Unidos). El tribunal expresó su preocupación de que las “políticas fundamentales” de Alaska y la legislación estadounidense no se cumplirían aplicando la ley del origen del fideicomiso. El tribunal dictaminó que el fideicomiso debía ignorarse porque los deudores disfrutaban del control exclusivo sobre los activos del fideicomiso. El tribunal desechó el fideicomiso como una “farsa” y encontró que la ley del foro de litigios de Alaska tenía el control (invalidando las protecciones de la ley de fideicomiso de Belice).¹⁶⁷

¹⁶⁶ *In re Brown (Higashi v. Brown)*, 1996 WL 33657614 (Bankr. D. Ak.).

¹⁶⁷ *Id.*

Protección de Activos

El tribunal de bancarrota parece particularmente interesado en permitir reclamaciones de acreedores contra fideicomisos extranjeros financiados como parte de un esquema abusivo y engañoso. Los fallos de bancarrota para vincular activos de fideicomisos extranjeros normalmente implican transferencias fraudulentas o un deudor engañoso. Los tribunales de bancarrota también declararon el juego justo de los activos del fideicomiso cuando se descubrieron, después de que el deudor no revelara su existencia.

Como se señaló en la página 114, en el caso de *In re Portnoy* de 1996,¹⁶⁸ Larry Portnoy financió un fideicomiso en Jersey (Islas del Canal) justo antes del inminente incumplimiento de la deuda corporativa que personalmente garantizaba. Luego se declaró en bancarrota para liberar las garantías. El Sr. Portnoy no reveló al tribunal el fideicomiso extranjero de protección de activos ni su salario. El acreedor argumentó que el fideicomiso del Sr. Portnoy debería ser descartado como su “alter ego” debido a su ocultamiento y control sobre los activos del fideicomiso. El Sr. Portnoy afirmó que los activos del fideicomiso no podían ser alcanzados estando bajo la ley de Jersey y que todas sus deudas, incluida la garantía, deberían ser liquidadas. El tribunal determinó que el Sr. Portnoy había mentido al afirmarse financieramente arruinado por los tratamientos contra el cáncer. El tribunal aplicó una justicia estricta para exponer todos los activos del fideicomiso a los acreedores del Sr. Portnoy. El tribunal lo hizo al dictaminar que la ley de Nueva York (residencia del Sr. Portnoy) regía el fideicomiso. El tribunal concluyó que:

¹⁶⁸ *In re Portnoy* 201 B.R. 685 (Bankr. S.D. N.Y. 1996).

El fideicomiso, los beneficiarios y las ramificaciones de los activos de Portnoy que se transfieren al fideicomiso, tienen su impacto más significativo en los Estados Unidos. Además, creo que la aplicación de la ley sustantiva de Jersey ofendería las fuertes políticas de bancarrota de Nueva York y federales, si se aplicara.¹⁶⁹

El tribunal de bancarrota también insinuó que el Sr. Portnoy se involucró en un traspaso fraudulento al fideicomiso costa afuera. Sin embargo, no había una base legal aparente para ignorar la ley de Jersey escrita en el fideicomiso (aparte de ofender en general la ley de Nueva York y los principios de bancarrota). Una estrategia de bancarrota potencialmente más efectiva hubiera sido revelar todas las participaciones de fideicomisos, dejando algunos activos fuera del fideicomiso, como el llamado “cordero sacrificial”, para reclamar un “nuevo comienzo”.

En el caso *In re Brooks* de 1998, el tribunal de bancarrota decidió sobre si aplicar la ley local de Connecticut o la ley de fideicomiso de Bermuda y Jersey.¹⁷⁰ En 1990, el Sr. Brooks transfirió sus certificados de acciones (a través de su esposa) a un fideicomiso costa afuera “autoestablecido” organizado en la Isla de Jersey (supuestamente con fines de planificación patrimonial). Un año después, el Sr. Brooks se vio obligado a declararse en bancarrota. El acreedor argumentó que los activos del

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *In re Brooks*, 217 B.R. 98 (Bankr. D. Conn. 1998).

Protección de Activos

fideicomiso estaban disponibles para los acreedores porque los fideicomisos eran “autoestablecidos e inválidos por cuestión de ley”. El deudor afirmó que los fideicomisos “no son propiedad del patrimonio porque son fideicomisos para pródigos ejecutables”. Ignorando cualquier análisis legal, el tribunal dictaminó que “sobre la base de consideraciones de política pública (...) la aplicabilidad de las disposiciones para la protección de pródigos de los fideicomisos está determinada por la ley de Connecticut”.¹⁷¹ La ley de Connecticut no protege a los fideicomisos autoestablecidos. Por lo tanto, el tribunal de Brooks incluyó todos los activos del fideicomiso en el patrimonio de bancarrota.

Algunos hechos interesantes fueron citados por el tribunal. El principal beneficiario de cada fideicomiso fue el fideicomitente, con derecho a recibir todos los ingresos. El tribunal se refirió a la creación de los fideicomisos como un “esquema”.¹⁷² Además, los fideicomisos se financiaron en 1990 y al año siguiente se presentó una petición de bancarrota involuntaria contra el deudor.¹⁷³ Aunque no se expresó, el tribunal probablemente consideró el financiamiento de los fideicomisos como una transferencia fraudulenta. *Brooks* es consistente con el desprecio del tribunal de bancarrota por evitar en forma reaccionaria al fiduciario de bancarrota y/o por falta de franqueza. A los deudores que hacen una revelación completa al tribunal, rara vez se les niega la liquidación del endeudamiento y

¹⁷¹ *Id.* at 102.

¹⁷² *Id.* at 103.

¹⁷³ *Id.* at 101.

pueden retener activos protegidos a través de una planificación legítima.

El caso *Lawrence* siguió a *Portnoy* y *Brooks* en 1998.¹⁷⁴ Al Sr. Lawrence se le negó la liquidación de la deuda y se le encarceló, para coaccionar a la repatriación de activos del fideicomiso extranjero. Aunque el Sr. Lawrence claramente financió su fideicomiso mediante una transferencia fraudulenta, la transferencia fraudulenta puede ser difícil de demostrar y no invalida técnicamente la ley que rige al fideicomiso extranjero. El tribunal de *Lawrence* (similar a los fallos de *Brown* y *Portnoy*) parece haber evitado intencionalmente la dependencia en el traspaso fraudulento del deudor. En cambio, el tribunal basó su retención en los beneficios de la política pública (no legal) de la aplicación de la ley federal y de Florida, a diferencia de la ley de Mauricio (escrita en los términos del fideicomiso de Lawrence).¹⁷⁵ El tribunal declaró:

Este Tribunal está persuadido por las decisiones de *Portnoy*, *Brooks* y *Cameron*. Los derechos y obligaciones del Deudor bajo el Fideicomiso de Mauricio se rigen por la ley de bancarrota de Florida y federal, que tienen un interés primordial en el fideicomiso, y no la ley de la República de Mauricio.¹⁷⁶

Por lo tanto, se puede esperar que el tribunal de bancarrota imponga una “justicia áspera” a los deudores

¹⁷⁴ *In re Lawrence*, 227 B.R. 907 (Bankr. S.D. Fl. 1998).

¹⁷⁵ *Id.* at 116-18.

¹⁷⁶ *Id.* at 117-18.

Protección de Activos

cuestionables, al vincular (o forzar la repatriación de) los activos mantenidos en un fideicomiso extranjero. Aunque la ley de fideicomiso costa afuera aplicable protege técnicamente dichos activos, el tribunal de bancarrota ha dejado en claro su intención de ignorar la ley extranjera cuando el deudor parece no merecer protecciones o la liquidación del endeudamiento.¹⁷⁷ Para evitar la intervención judicial, se debe evitar la bancarrota. Los fideicomisos costa afuera deberían (i) formarse y financiarse en un “día soleado” mucho antes de que se incurra o espere la deuda (para evitar el fantasma de la transferencia fraudulenta) y (ii) limitar el acceso del otorgante a los activos del fideicomiso. Si el deudor controla las distribuciones, puede enfrentar tiempo en la cárcel por negarse a repatriar los activos del fideicomiso. Los fideicomisos extranjeros deben colocar activos de manera irrevocable en el exterior y a discreción de un fiduciario costa afuera a quien se prohíbe el cumplimiento de una orden de repatriación de los Estados Unidos.

En conclusión, los tribunales de bancarrota tienden a favorecer a los acreedores en el juego del gato y el ratón entre deudores (que intentan ocultar activos en el exterior) y acreedores (que buscan una forma de alcanzar el queso). Desafortunadamente para el deudor, el tribunal de bancarrota está dispuesto a encarcelar a un ratón que no coopera. Además, el tribunal de bancarrota puede recurrir a un precedente, ignorando la ley de una jurisdicción

¹⁷⁷ *In re Brown (Higashi v. Brown)*, No. 95-3072 (Bankr. D.AK. 1996)(Decisión de memorándum).

favorable al deudor para hacer cumplir los derechos del acreedor, de acuerdo con la ley local.

A pesar del precedente de bancarrota, la ley extranjera favorable al deudor y la práctica de mantener activos en el exterior siguen siendo obstáculos sustanciales para los acreedores. Esto es especialmente cierto con respecto a las jurisdicciones que ofrecen fideicomisos de protección y estatutos de LLC, que prohíben la ejecución de sentencias extranjeras y limitan las reclamaciones de transferencias fraudulentas.

6.4 Cobro Costa Afuera / Casos de No Bancarrota

Los tribunales estatales no pueden emplear un fiduciario federal de bancarrota para “ponerse en los zapatos” del deudor. Los tribunales estatales tienen una discreción limitada para ignorar la ley aplicable elegida por las partes en un fideicomiso o LLC. Las órdenes de desacato para la repatriación de activos del fideicomiso por un tribunal estatal son, por lo tanto, muy raras. Los acreedores de los Estados Unidos que entablan una demanda en un tribunal estatal para cobrar activos de fideicomisos o LLC en el extranjero, a menudo se encuentran sin recursos y obligados a intentar cobrar en la jurisdicción extranjera.

Protección de Activos

En *South Orange Grove Owners Associates v. Orange Grove Partners*,¹⁷⁸ un promotor inmobiliario vendió condominios construidos defectuosamente entre 1988 y 1989. Los propietarios presentaron una demanda en 1992 en el Tribunal Superior de California en el condado de Los Ángeles.¹⁷⁹ En 1993, el acusado financió un fideicomiso de protección de activos en las Islas Cook. Para el momento en que los demandantes obtuvieron una sentencia de California en 1994 (que excedió los USD 5.000.000), todos los activos se habían transferido al fideicomiso de las Islas Cook.¹⁸⁰

Cuando los demandantes intentaron hacer cumplir la sentencia de California, no había activos nacionales disponibles para su cobro. Los demandantes demandaron a las Islas Cook. Específicamente, los demandantes solicitaron una orden judicial de Mareva para evitar que el fiduciario transfiriera nuevamente los activos a otro país favorable al deudor. Los demandantes también demandaron al fiduciario para que devolviera los activos colocados en el fideicomiso con el propósito de defraudar a los acreedores. Sin embargo, el estatuto de limitaciones de las Islas Cook presentaba un obstáculo potencial para la recuperación.¹⁸¹

¹⁷⁸ *515 S. Orange Grove Owners Ass'n. v. Orange Grove Partners*,
Plaint No. 208/94, (Tribunal Superior Rarotonga, Islas Cook,
División Civil noviembre. 6, 1995).

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

El deudor alegó que la causa de la acción había prescrito porque los defectos de condominio “se acumularon” en 1988 (salvo que exista una reclamación en las Islas Cook después de 1990).¹⁸² Sin embargo, el Tribunal de las Islas Cook sostuvo que la causa de la acción de los demandantes no se acumuló hasta la fecha de la

¹⁸² La Ley de Fideicomisos Internacionales de las Islas Cook § 13B(3) establece:

“Un fideicomiso internacional liquidado o establecido y una disposición de que tal fideicomiso será considerado, para todos los efectos, no haber sido liquidado o establecido, o la propiedad se ha dispuesto con la intención de defraudar a un acreedor ---(a) si es liquidado, establecido o la disposición se produce después de la expiración de dos años desde la fecha en que se acumuló la causa de acción del acreedor; o (b) cuando se liquide, establezca o la disposición tenga lugar antes de la expiración de dos años desde la fecha en que se acumuló la causa de acción del acreedor, ese acreedor no comience en un tribunal de jurisdicción competente en relación con la causa de acción del acreedor antes del vencimiento de ésta que este inciso (5), en el momento de la liquidación, el establecimiento o la disposición, según sea el caso, los procedimientos con respecto a la causa de acción del acreedor contra ese fideicomitente ya ha comenzado en un tribunal de jurisdicción competente. El término “causa de acción” es definido en la subcláusula (8) del § 13B como “(a) la fecha de la causa de acción acumulada será, la fecha de esa acción, y si hay más de un acto y omisión será una continuación, la fecha del primer acto o la fecha en que la omisión haya ocurrido por primera vez, según sea el caso, será la fecha en que se haya acumulado la causa de la acción, (b) el término “causa de acción” significa la causa más temprana de acción capaz de ser invocada por un acreedor contra el fideicomitente de un fideicomiso internacional, o según sea el caso, contra el fideicomitente de una propiedad sobre un fideicomiso internacional, mediante el cual el acreedor ha establecido (o puede establecer) una reclamación exigible contra ese fideicomitente”.

Protección de Activos

sentencia de California en 1994. El fallo permitió a los demandantes presentar oportunamente una demanda en las Islas Cook antes de 1996 (dos años a partir de la fecha de la sentencia de California). Sin embargo, el caso se resolvió antes de que se adjudicaran los derechos de cobro.¹⁸³

De forma previsible, la asamblea legislativa de las Islas Cook eliminó rápidamente el beneficio de acreedor establecido por el fallo de South Orange. En 1996, la Ley de Fideicomiso Internacional de las Islas Cook, de 1984, fue enmendada para establecer que la “fecha de la causa de la acción acumulada” (no la fecha de la sentencia costa afuera posterior) desencadena el inicio del periodo de limitaciones.¹⁸⁴ Al enmendar el estatuto, la asamblea legislativa de las Islas Cook eliminó la capacidad de un demandante para reclamar la (última) fecha de la sentencia de los Estados Unidos, como la fecha de inicio del estatuto de limitaciones. El periodo de limitaciones ahora comienza cuando se produce el acto indebido (no cuando el demandante posteriormente gana una sentencia de los Estados Unidos). La revisión hace que la presentación oportuna en las Islas Cook sea prácticamente imposible. Considere, por ejemplo, la posibilidad remota de una demanda presentada oportunamente (antes de 1990) por el

¹⁸³ Barry Engel, Does Asset Protection Planning Really Work?, *Journal of Asset Protection*, sept/oct. 1998 disponible en http://www.engelreiman.com/articles/Journal_of_Asset_Protection.html.

¹⁸⁴ Ley de Fideicomiso Internacional (Islas Cook ((1984) § 13B(3)(en su versión modificada 1985, 1989, 1991, 1995-96, & 1999) en southpactrust.com/img/InTrustAct.pdf.

comprador de un condominio defectuoso (comprado en 1988) litigando en California hacia una sentencia en 1994.

Un ejemplo de un tribunal estadounidense acatando un fideicomiso de las Islas Cook es *Riechers v. Riechers*,¹⁸⁵ discutido en la pág. 135. En *Riechers*, un tribunal de divorcios de Nueva York negó la jurisdicción sobre el fideicomiso de protección de activos extranjero del esposo. El tribunal se negó a alterar el fideicomiso, financiado con el “propósito legítimo de proteger los activos familiares” para los beneficios de los miembros de la familia de Riechers. Sin embargo, el tribunal de *Riechers* sí tenía jurisdicción sobre el Dr. Riechers. Como resultado, el tribunal incluyó los activos del fideicomiso como bienes maritales divisibles (aunque un tribunal de las Islas Cook determinaría la disposición final de dichos activos).

6.5 Reclamaciones del Gobierno

Incluso con una sentencia monetaria y una prueba clara de traspaso fraudulento, los activos pueden no ser prácticamente alcanzables por los acreedores de medios limitados. La probabilidad de que un demandante individual pague el costo del litigio en el otro lado del mundo es muy baja. El cobro por parte del gobierno es, sin embargo, más difícil de disuadir. El gobierno goza de finanzas ilimitadas y amplios poderes de cobro que no están disponibles para el público. Como se detalla en la Sección 5.5, los gobiernos federales y estatales tienen amplios

¹⁸⁵ *Riechers v. Riechers*, 178 Misc. 2d 170 (1998).

Protección de Activos

poderes de cobro, especialmente donde se pueden imponer sanciones penales al deudor.

FTC v. Affordable Media (conocido como el caso *Anderson*¹⁸⁶ porque los acusados se llaman Anderson) refleja la disposición del gobierno de gastar recursos sustanciales para cobrar de un fideicomiso extranjero. Cuatro años después de que Stephen Lawrence incumpliera sus obligaciones de pago con Bear Stearns, Michael y Denyse Anderson estafaron a miles de personas mediante un plan de telemercadeo. Los Anderson transfirieron dinero producto de la estafa a los inversionistas a un fideicomiso de protección de activos de las Islas Cook. Los Anderson inicialmente sirvieron como cofiduciarios y protectores del fideicomiso.

La reclamación de la Comisión Federal de Comercio (“FTC” por sus siglas en inglés, Federal Trade Commission) contra los Anderson provocó que el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos (tribunal de primera instancia) en Nevada, ordenara a los Anderson repatriar los fondos costa afuera.¹⁸⁷ En lugar de ordenar fondos devueltos a los Estados Unidos, los Anderson solicitaron (por fax) a su cofiduciario repatriar el dinero. El cofiduciario inmediatamente eliminó a los Anderson como fiduciarios del fideicomiso y rechazó la repatriación. La cláusula “anticoacción” del fideicomiso, autorizó al cofiduciario a eliminar a los Anderson al ocurrir un evento

¹⁸⁶ *FTC v. Affordable Media, LLC*, 179 F. 3d 1228 (9th Cir. 1999).

¹⁸⁷ *Id.* at 1233.

de “coacción”.¹⁸⁸ La orden del Tribunal de Distrito constituyó tal evento.¹⁸⁹ Por lo tanto, el fiduciario extranjero rechazó debidamente la solicitud de los Anderson, hecha bajo coacción judicial. Como los Anderson ya no controlaban el fideicomiso, argumentaron que su cumplimiento de la orden de repatriar los activos del fideicomiso era imposible.

A pesar de haber sido removidos como cofiduciarios, el Tribunal de Distrito no creyó que los

¹⁸⁸ El acuerdo de fideicomiso de Anderson contenía una cláusula anticoacción que estipulaba que “el fiduciario cesará automáticamente de ser fiduciario al ocurrir un evento de coacción dentro del territorio donde dicho fiduciario es... residente (en el caso de un individuo) y al dejar de ser un fiduciario de conformidad con esta cláusula, dicho fiduciario perderá el título de la propiedad de ese fideicomiso, que se transferirá automáticamente al fiduciario remanente o continuo (si corresponde) *ubicado en un territorio que no tenga un evento de coacción y la forma para la administración* de este fideicomiso no será sin perjuicio de cualquier otra disposición en esta escritura que se considerará el lugar de residencia o incorporación (si es una corporación) de dicho fiduciario continuo”. Id. En 12240 se cita el acuerdo de fideicomiso en 17.

¹⁸⁹ *Id.* en 1240, Fn 9, citando Acuerdo de Fideicomiso en 3. El acuerdo de fideicomiso de Anderson definió un evento de coacción como que incluye “la emisión de cualquier orden, decreto o sentencia de cualquier corte o tribunal en cualquier parte del mundo que, en opinión del protector, directa o indirectamente, expropiará, secuestrará, gravará, recaudará o de cualquier forma controlará, restringirá o impedirá la libre disposición por parte de un fiduciario de cualquier cantidad de dinero, inversiones o propiedad que puedan ser incluidas o formar parte, de manera periódica, de este fideicomiso y cualquier distribución del mismo.”

Protección de Activos

Anderson perdieran el control del fideicomiso porque, como protectores del fideicomiso, determinan si ocurrió o no un evento de coacción. Como consecuencia, el Tribunal de Distrito encarceló a los Anderson por desacato civil al tribunal. El Tribunal de Distrito no identificó la base legal para la repatriación, pero indicó en su orden que los Anderson debían repatriar todos los activos en países extranjeros en su poder o en fideicomisos propios. Los Anderson apelaron, alegando que el cumplimiento de la orden de repatriación era imposible.¹⁹⁰ Antes de que el Tribunal de Apelaciones del Circuito Noveno tuviera la oportunidad de dictaminar sobre la orden de desacato civil, el Tribunal de Distrito liberó a los Anderson después de casi seis meses de cárcel.¹⁹¹

El Circuito Noveno luego confirmó el fallo de desacato civil del tribunal de primera instancia. Al confirmar, el Circuito Noveno rechazó la defensa de “imposibilidad”. El Circuito Noveno determinó que la imposibilidad era autoinducida, y por lo tanto no era una defensa a un fallo de desacato.¹⁹²

La razón por la que el Tribunal de Distrito liberó a los Anderson después de seis meses de cárcel (a pesar de que no habían repatriado ningún activo) no está clara. Una razón puede ser que el Tribunal de Distrito finalmente aceptó el precedente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de que la imposibilidad de cumplir es una defensa al desacato civil. Si el encarcelamiento no conduce a la

¹⁹⁰ *Id.* at 1233.

¹⁹¹ *Id.* at Fn 3.

¹⁹² *Id.* at 1239-44.

repatriación (dentro de un tiempo razonable), el tribunal debe liberar al deudor de la cárcel.

Otra posible razón detrás de la liberación por parte del Tribunal de Distrito de los Anderson es la estrategia legal costa afuera fallida de la FTC. En noviembre de 1998, la FTC contrató a un abogado en las Islas Cook para investigar la repatriación forzosa de activos. Una estrategia consistía en presentar una reclamación de transferencia fraudulenta en un tribunal de las Islas Cook. La segunda era exigir a los Anderson, como protectores del fideicomiso, que eliminaran al cofiduciario corporativo y lo reemplazaran con un fiduciario aprobado por la FTC. La FTC siguió la segunda opción y ordenó a los Anderson, que seguían en la cárcel en ese momento, que ejecutaran documentos que permitieran a la FTC convertirse en el cofiduciario corporativo.

La FTC fracasó en sus esfuerzos por reemplazar al cofiduciario corporativo con su propio cofiduciario. El Alto Tribunal de las Islas Cook dictaminó que el reemplazo del cofiduciario corporativo de los Anderson había violado el fideicomiso y evaluado los costos del litigio ante la FTC.¹⁹³ Además, el Alto Tribunal de las Islas Cook sostuvo que las Islas Cook no tienen jurisdicción para hacer cumplir “un ingreso penal u otra ley pública de un estado extranjero”. Al negarse a tomar una decisión sobre el tema de la

¹⁹³ U.S.A. v. A Limited, Plaint No. 57/1999, Alto Tribunal de las Islas Cook Rarotonga (División Civil)
<http://www.assetprotectionbook.com/forum/viewtopic.php?f=8&t=1080>.

Protección de Activos

repatriación, el tribunal dejó a la FTC sin ningún recurso.¹⁹⁴ Por lo tanto, los fondos robados permanecieron en el fideicomiso. Se rumora que el caso fue resuelto por centavos de dólar.¹⁹⁵

Los casos de *Anderson* y *Lawrence* sugieren que la “defensa de la imposibilidad” de desacato no puede ser invocada, si la incapacidad del deudor para llegar a los activos del fideicomiso fue establecida por el acto interesado del deudor. Una reclamación de imposibilidad rechazada (para llegar a los activos del fideicomiso) expone al deudor al encarcelamiento por desacato (a la espera de la repatriación de los activos del fideicomiso). Sin embargo, la cuestión de la imposibilidad “autoimpuesta” puede evitarse (i) financiando un fideicomiso antes de cualquier reclamación de acreedor existente o esperada y (ii) limitando el control del otorgante sobre la distribución del fideicomiso. Limitar el control del otorgante puede lograrse dejando discreción sobre las distribuciones del fideicomiso con un fiduciario y protector no relacionados. El problema de la imposibilidad, entonces, probablemente sea irrefutable.

La Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (“SEC” por sus siglas en inglés “Securities and Exchange Commission”) también se vio obligada a litigar

¹⁹⁴ *Id.* at 1.

¹⁹⁵ “Aprobación por parte de la Comisión del Acuerdo relativo a la recaudación de activos costa afuera,” Federal Trade Commission Office of Public Affairs, diciembre 13, 2002, <http://www.ftc.gov/opa/2002/12/fyi0265.shtm>.

costa afuera en el caso de *Conway v. Queensway Trustees Limited* de 1999.¹⁹⁶ El caso involucraba fraude de valores. La demanda fue presentada por un fiduciario de bancarrota de los Estados Unidos en Nevis, Indias Occidentales intentando alcanzar activos transferidos a un fideicomiso autoestablecido de Nevis. El litigio en el paraíso fiscal del deudor ilustra (i) la ventaja práctica de mantener los activos costa afuera y (ii) los obstáculos legales a los que se enfrentan los acreedores estadounidenses para intentar cobrar en el país de origen.

En 1995, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York falló a favor de la SEC por más de USD 71.539.620 en ganancias obtenidas fraudulentamente.¹⁹⁷ Inmediatamente después de la sentencia, el deudor, el Sr. Brennan, se declaró en bancarrota para reorganizarse según el Capítulo 11, pero no reveló su fideicomiso en Nevis, financiado tan solo un año antes. El fiduciario de bancarrota demandó en Nevis, alegando que el deudor fraudulentamente “ocultó sus activos... en un fondo de fideicomiso aún a su alcance”.¹⁹⁸ El tribunal citó la Ordenanza de los Fideicomisos Internacionales Exentos de Nevis de 1994 (“NIETO” por

¹⁹⁶ *Conway v. Queensway Trustees Ltd.*, Civ. Suit No. 16 of 1999, Alto Tribunal de Justicia, Federación de San Cristóbal y Nevis (Circuito de Nevis 1999); *vea también, Conway v. Queensway Trustees Ltd.*, St. Christopher and Nevis Civ. Appl. No. 11 of 19999 (Ct. App. 2000).

¹⁹⁷ *S.E.C. v. First Jersey Sec., Inc.* 890 F. Supp. 1185, 1195, 1213 (S.D. N.Y. 1995).

¹⁹⁸ *Conway v. Queensway Trustees Ltd., St. Christopher and Nevis Civ. App. No. 11 of 1999* (Ct. App. 2000).

Protección de Activos

sus siglas en inglés “Nevis International Exempt Trust Ordinance”), que concluía de la siguiente manera:

(i) que un fideicomiso internacional será válido y ejecutable a pesar de que puede ser inválido según la ley del domicilio o residencia del fideicomitente;¹⁹⁹ (ii) que el §47 de NIETO establece que un fideicomiso internacional no será declarado inválido o afectado de ninguna manera si el fideicomitente posee poder para revocar el fideicomiso, enmendar el fideicomiso, beneficiarse del fideicomiso o para remover o nombrar fiduciarios o protectores; (iii) que la Ley de Traspasos Fraudulentos de 1571, no tendrá aplicación en ningún fideicomiso internacional ni transferencia a tal fideicomiso; y (iv) que el §28 de NIETO establece que no se deben considerar procedimientos relacionados con la ejecución o el reconocimiento de una sentencia extranjera contra un fideicomitente.²⁰⁰

El tribunal de Nevis desestimó las reclamaciones y señaló que el fideicomiso de Nevis “se puede llevar a cabo sin demasiadas molestias por detracciones excesivamente ambiciosas o maliciosas”. Aunque el Sr. Brennan aún se enfrenta a fiscales de los Estados Unidos, el fallo de Nevis appoya la eficacia de la planificación extranjera.

¹⁹⁹ *Id.* at 8.

²⁰⁰ *Conway v. Queensway Trustees Ltd., San Cristobal y Nevis Civ. App.* No. 11 of 1999 (Ct. App. 2000).

La forma más efectiva de asegurar el cumplimiento de la ley protectora (escrita en un plan de protección de activos) es evitar (i) financiar el plan con la intención de ocultar activos, (ii) mantener el control absoluto sobre los activos del fideicomiso, (iii) no preservar cuidadosamente las formalidades legales de cualquier fideicomiso o entidad de negocios y (iv) estar sujeto a la bancarrota o reclamaciones del gobierno. La adecuada consideración de la cuestión de la elección de ley requiere orientación profesional.

Protección de Activos

Capítulo 7: Estructuras de Negocios

“[L]a mayoría hoy cruza la línea de la interpretación estatutaria y llega lejos en el ámbito de la reescritura de este acto legislativo”. – Juez del Tribunal Supremo de Florida Fred Lewis (2010)²⁰¹

7.1 Corporaciones y Protección de Activos “Interna”

7.1.1 Corporaciones en General

²⁰¹ *Olmstead v. F.T.C.*, 44 So. 2d 76, 83 (2010) (J. Lewis) (Discrepancia).

Protección de Activos

Las entidades de negocios han existido durante siglos para separar legalmente las obligaciones de una persona jurídica (“corp.”) de su propietario. La corporación es una ficción jurídica que puede involucrarse en negocios e incurrir en deudas separadas y aparte de sus propietarios y operadores. La corporación se ha desarrollado como la entidad de negocios más común en los Estados Unidos y generalmente se caracteriza por la emisión de “acciones” o capital.

Las acciones corporativas representan la inversión en la entidad y el límite del riesgo del inversionista. Las acciones pueden ser con o sin voto y pueden emitirse con dividendos preferentes u otras preferencias de los accionistas. Las corporaciones se rigen por una junta directiva designada por sus accionistas. La junta designa a los funcionarios (empleados de la corporación) para administrar las operaciones diarias del negocio. Las corporaciones incluyen todas las entidades estatales de los Estados Unidos con el sufijo “inc.”, “incorporado”, “corp.”, “corporación”, “P.A.” ó “P.C.” (corporación profesional, “P.C.” por sus siglas en inglés, Professional Corporation).

La característica de protección de activos asociada con las corporaciones es el aislamiento de los accionistas de las obligaciones de la entidad. Las corporaciones permiten a los propietarios controlar las operaciones de negocios de la corporación sin exposición personal a deudas de negocios “internas”. Esta protección se conoce como protección “interna” de activos. También se conoce comúnmente como protección “de adentro hacia afuera” porque un

acreedor “dentro” del negocio de la corporación no puede “sacar” los activos del propietario.

La protección interna elimina los riesgos asociados con la operación como propietario único. Una propiedad única es creada cuando una sola persona inicia un negocio sin ninguna formalidad adicional. Si bien la propiedad única es la forma más común de negocios, es un acuerdo muy arriesgado porque el propietario individual es responsable de todas las deudas del negocio. La propiedad única debe ser evitada.

Las formalidades legales corporativas deben seguirse cuidadosamente y reflejarse en las actas del director y del accionista. Las finanzas corporativas deben tratarse como separadas de las de los propietarios. Sin la separación legal y financiera de la corporación de las actividades personales de sus dueños, la corporación puede ser ignorada como un “alter ego” de sus dueños, dejando a los accionistas responsables por las deudas de la entidad. Si el deudor no respeta las distinciones entre la entidad y el propietario (como libros, cuentas, gastos y gestión separados), un juez puede hacer caso omiso de cualquier protección interna de activos. Los fallos que permiten a un acreedor de negocios “perforar el velo corporativo” son poco comunes, pero la jurisprudencia varía de un estado a otro.

Los profesionales como los médicos y los abogados no pueden beneficiarse plenamente de la protección “interna” de activos corporativos. Los profesionales son personalmente responsables de su propia negligencia

Protección de Activos

(incluso si los servicios se proporcionan a través de una corporación). Las corporaciones profesionales aíslan al propietario profesional únicamente de las obligaciones de negocios no relacionadas con los servicios, como los contratos de suministro y las obligaciones de arrendamiento. Los profesionales son tratados como propietarios únicos con respecto a las reclamaciones por negligencia profesional.

Las acciones en corporaciones no están protegidas. Un acreedor de un accionista puede vincular las acciones del deudor para satisfacer una sentencia. En otras palabras, las acciones comercializadas públicamente en IBM y las acciones en una pequeña corporación se perderán (junto con otros activos no protegidos) en una acción de cobro contra el accionista. El acreedor de la sentencia judicial se convertirá en accionista, con todos los derechos asociados de voto, dividendo, contabilidad y liquidación.²⁰²

La acción se conoce como “perforación del velo inverso”. El nombre proviene del recurso tradicional de los acreedores de negocios de “perforar el velo corporativo”, es decir, atravesar la entidad hacia los activos “externos” del propietario. La “perforación del velo” tradicional desde el interior de una entidad de negocios, para alcanzar los activos personales del propietario de la empresa, se revierte

²⁰² Cf. NV Stat. 78.746, limitando a los acreedores de los accionistas de las corporaciones de Nevada a una orden de cobro sobre tales acciones, siempre que la corporación de Nevada no cotice en bolsa, tenga menos de 100 accionistas y no sea una corporación profesional. Ver la Sección 7.2 con respecto a la protección de la orden de cobro.

cuando un acreedor personal del propietario busca activos en la entidad de negocios del propietario.

Los accionistas pueden establecer un medio un tanto imperfecto para evitar la transferencia de acciones al acreedor de un accionista. Con este fin, los accionistas pueden establecer contractualmente el derecho de la corporación y/u otros accionistas, a comprar acciones expuestas a un acreedor. Dichas opciones de compra, si se ejercen, evitan que el acreedor obtenga capital en la corporación. Sin embargo, las estrategias de “compra cruzada” o de rescate, son a menudo engorrosas, porque el(los) comprador(es) debe(n) pagar por las acciones en circunstancias económicas potencialmente indeseables. También requieren la existencia de más de un accionista.

Las opciones de compra de acciones son necesarias debido a que los estados de los Estados Unidos han adoptado el mandato histórico inglés de que las acciones corporativas sean “alienables”. En otras palabras, los accionistas no pueden prohibir contractualmente las transferencias de acciones (ya sean voluntarias o involuntarias). Los accionistas cumplen con dicha “regla contra la inalienabilidad” mediante el establecimiento de opciones de compra que permiten a la corporación y a los accionistas restantes evitar una transferencia a un tercero. Los “acuerdos de accionistas” también suelen incluir el derecho a comprar acciones en poder de un accionista fallecido o discapacitado.

La filosofía corporativa detrás de los disparadores de compra es evitar las transferencias de capital a terceros.

Protección de Activos

Una filosofía similar respalda la compra de acciones en manos de accionistas que ya no trabajan para la corporación. Cuando un propietario deja de trabajar, a menudo es tratado como un forastero (sujeto a compra). Los “Acuerdos de Accionistas” y “Contratos de Compraventa” son medidas defensivas contra las transferencias de capital indeseadas y los accionistas/empleados improductivos.

Los accionistas demandados sobre asuntos no relacionados con negocios corporativos deben entregar acciones corporativas al acreedor o aceptar los términos de compra de cualquier acuerdo de accionistas aplicable. Cualquier pago en efectivo por acciones queda disponible para el titular de la sentencia. A medida que aumenta el número de accionistas, aumenta la probabilidad de un litigio de cobro a los accionistas (exponiendo las acciones corporativas).

A diferencia de las sociedades, las corporaciones tributan de forma independiente sobre las ganancias. Las ganancias se gravan nuevamente cuando se distribuyen como dividendos a los accionistas. Sin embargo, si una corporación de los Estados Unidos es propiedad de no más de un centenar de individuos (todos los cuales son residentes o ciudadanos de los Estados Unidos), la corporación puede evitar impuestos a nivel corporativo. Esto se logra haciendo la elección “S”, bajo el Subcapítulo S del Código de Rentas Internas. Las corporaciones “S” no pagan impuestos y las ganancias “pasan a través de” los accionistas para efectos fiscales. Las corporaciones “S”

son, por lo tanto, típicamente más eficientes en cuanto a impuestos que las (alternativas) corporaciones “C”.

A pesar de los obvios beneficios, las corporaciones “S” son a menudo menos flexibles que las sociedades (discutidas a partir de la página 180) desde una perspectiva de impuestos. Las corporaciones “S” son restrictivas porque a menudo gravan las distribuciones de propiedad a los propietarios y deben asignar ganancias y pérdidas gravables precisamente de acuerdo con los porcentajes de propiedad. Además, si un propietario no es ciudadano o residente de los Estados Unidos o si los propietarios superan el centenar en número, la elección “S” no está disponible. En tales casos, el estatus tributario de la sociedad (o, en el caso de una LLC de un solo miembro, el estatus tributario “ignorado”) es el único formato de “pasar a través de” permitido. Las corporaciones “S” pueden, sin embargo, ser más eficientes en cuanto a impuestos para los negocios de servicios activos o de manufactura que emplean al propietario(s). Elegir un estatus tributario requiere la ponderación de varios factores por parte de un profesional experimentado.

7.1.2 Corporaciones Extranjeras

Las corporaciones están disponibles en muchas jurisdicciones costa afuera. Aunque las corporaciones extranjeras son similares a las ofrecidas por cada uno de los cincuenta estados, la estructura de las entidades costa afuera está determinada por un gobierno extranjero. Además, los tribunales de Estados Unidos no tienen jurisdicción sobre

Protección de Activos

una corporación extranjera que no realiza negocios en los Estados Unidos.

A la luz de los requisitos, a menudo complejos, de los estatutos de organización corporativos extranjeros y del advenimiento de la LLC costa afuera más simplificada, la utilidad de la corporación extranjera ha disminuido. No obstante, la confidencialidad asociada con ciertas corporaciones costa afuera puede ser atractiva. Dependiendo de la ley rectora, los directores y funcionarios corporativos costa afuera pueden ignorar las reclamaciones de los Estados Unidos y son difíciles de deponer. Varias jurisdicciones extranjeras han implementado estatutos de confidencialidad y leyes contra la adaptación. Dichas leyes exigen que los funcionarios y directores costa afuera se abstengan de divulgar información corporativa.

Varias jurisdicciones favorables al deudor también ofrecen la llamada “Corporación de Negocios Internacional” (“IBC” por sus siglas en inglés, International Business Corporation) a los extranjeros. La IBC generalmente no está sujeta a impuestos por el país de origen y permite el uso de “candidatos” corporativos. Solo los “candidatos” elegidos por los propietarios se reflejan en el registro público de la jurisdicción organizadora.

Por lo tanto, las corporaciones costa afuera brindan confidencialidad y cierto nivel de protección de activos. Sin embargo, en general no coinciden con las protecciones ofrecidas por las entidades de orden de cobro extranjeras (discutidas a continuación) y usualmente involucran requisitos complejos de junta y candidatos. Además, la

corporación extranjera no ofrece la simplicidad de la administración directa del propietario o el tratamiento fiscal desatendido. Las corporaciones extranjeras deben ser gravadas como corporaciones “C” y no pueden realizar la elección “S” (para evitar la doble imposición de las ganancias corporativas y los dividendos de los accionistas).

7.2 Entidades Protegidas de Órdenes de Cobro y Protección de Activos “Externa”

Los cincuenta estados y varias jurisdicciones extranjeras ofrecen sociedades y compañías de responsabilidad limitada. Las LLC y asociaciones proporcionan protección de activos “externa”. A diferencia de las acciones corporativas, que pueden ser vinculadas por cualquier acreedor de un accionista, el capital mantenido en una sociedad protectora o LLC no puede ser alcanzado por un acreedor de un propietario. Un acreedor “externo” (de un miembro o socio) no puede adquirir un interés con derecho a voto ni ningún activo de la LLC o sociedad protectora. Sin embargo, la fuerza del estatuto de organización aplicable determinará el grado de protección externa.

Los acreedores de socios o miembros de la LLC están limitados a colocar una “orden de cobro” sobre el capital del deudor/socio. Por lo tanto, las sociedades y las LLC se conocen como “entidades de órdenes de cobro”. El gravamen de la orden de cobro, solo le da derecho al acreedor a las distribuciones de la compañía (si corresponde) pagaderas al deudor, pero no a ninguna autoridad de liquidación, votación o administración. El

Protección de Activos

titular de la orden de cobro no puede vender el interés de propiedad del deudor, forzar la distribución de los activos de la compañía o votar sobre asuntos de la compañía. La limitación de un acreedor “externo” a una orden de cobro es lo que crea la “protección de activos externa”. Tal protección externa de capital también se conoce como protección “externa-interna” porque el acreedor “externo” de un propietario no puede “entrar” en los activos de la sociedad o LLC. El Cuadro 7.2 ilustra el concepto de orden de cobro.

Cuadro 7.2



Hay dos ventajas principales de la protección de activos externa: En primer lugar, elimina la inestabilidad asociada con las transferencias involuntarias de los derechos de voto (lo que afecta a las corporaciones). En segundo lugar, los miembros/socios individuales se benefician de la protección de acreedores “externa” de su capital. Si el deudor posee capital en una LLC o sociedad limitada que cotiza en bolsa, administrada por separado, el cobro del gravamen puede proporcionar distribuciones suficientes para motivar el cobro de una sentencia. Sin embargo, si el interés del deudor está en una compañía cerrada, la gerencia puede decidir retener las distribuciones expuestas. Un socio general o un miembro administrador que apoye al deudor, por supuesto, se abstendrá de realizar distribuciones que beneficien al acreedor. Impotente para forzar el recaudo, el acreedor generalmente aceptará un acuerdo marginal (para liberar la orden de cobro).

Si se financian adecuadamente y se organizan en una jurisdicción favorable al deudor, las entidades de orden de cobro reducen sustancialmente la exposición del acreedor asociada con las acciones corporativas. La cobranza de una LLC o interés de sociedad es compleja y costosa. Por lo general, el acreedor tiene poco interés en esperar distribuciones discrecionales al deudor o en estar potencialmente cargado con la obligación tributaria asociada con las ganancias no distribuidas. Sin embargo, los deudores que se plantean la bancarrota deben tener en cuenta que, la ley de bancarrota obliga a la protección de la orden de cobro sobre el deudor para la administración u otras obligaciones de la compañía. Si el deudor es “no ejecutor” (es decir, completamente pasivo), el fiduciario de

Protección de Activos

bancarrota puede poner a disposición de los acreedores el capital del deudor.

7.2.1 Sociedades

Históricamente, la alternativa a la corporación ha sido la sociedad. Una sociedad es una asociación entre dos o más personas comprometidas en un proyecto empresarial con fines de lucro. Las sociedades pueden tomar la forma de una sociedad general o una sociedad limitada.

Una sociedad general es propiedad de y está controlada por los socios, los cuales son socios generales. No hay separación entre propiedad y administración. Los socios generales son conjunta y solidariamente (individualmente) responsables de todas las deudas de la sociedad. Este arreglo generalmente no es intencional y reúne a cada socio con todas las deudas de la sociedad y todas las responsabilidades derivadas de los actos de negocios de todos los socios. La sociedad general es en realidad el único formato de negocios menos deseable que la propiedad única (una persona que opera sin ningún tipo de formalidad o protección comercial). En ninguna circunstancia debe una empresa tomar la forma de una sociedad general.

La sociedad limitada, por otro lado, permite los llamados “socios limitados”, junto con, al menos, un socio general. Los socios generales tienen el control de la sociedad y son responsables de todas las obligaciones de la sociedad. Los socios limitados no tienen autoridad gerencial ni derechos de liquidación. Los socios limitados

están amparados por la protección interna de activos y arriesgan solo su inversión a los acreedores de la sociedad limitada. Un acreedor de la sociedad limitada no puede alcanzar los activos personales de un socio limitado. El socio general sigue siendo responsable de todas las obligaciones de la sociedad.

Antes de la LLC, las sociedades limitadas eran la entidad elegida para capitalizar la inversión pasiva. Como, por ejemplo, un promotor inmobiliario o un empresario con necesidades de capital podría vender intereses de sociedad limitada sin comprometer su posición de control. La sociedad limitada proporciona un medio para capitalizar un proyecto (vendiendo intereses de socios limitados), sin exponer al fundador a una pérdida de control mayoritario.

Los orígenes de la sociedad limitada tienen siglos de antigüedad. Existió en Francia en la Edad Media como “La Société en Commandite”.²⁰³ Los estatutos de las ciudades estado de Pisa y Florencia lo reconocen ya en el año 1160. En la Edad Media, era una de las entidades de comercio más frecuentes y la base legal para la inversión en el comercio marítimo del Mediterráneo.²⁰⁴ La sociedad limitada incluso viajó bajo la protección de los Cruzados a la ciudad de Jerusalén.²⁰⁵

²⁰³ David Shepard Garland, John Houston Merrill, Thomas Johnson Michie, Charles Frederic Williams eds., *The American and English Encyclopedia of Law* Vol. 13, 804 (Edward Thompson Company Law Pub.) (1890).

²⁰⁴ Henry Hansmann, Reinier Kraakman, y Richard Squire, *Law and the Rise of the Firm*, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1364-1374 (2006).

²⁰⁵ *Ames v. Downing*, 1 Bradf. 321, 329-30 (1850).

Protección de Activos

Durante la Edad Media, el capital se concentró en manos de nobles y clérigos, quienes, debido a la casta o las regulaciones canónicas, no podían participar directamente en el comercio. La sociedad limitada permitió la participación secreta de un socio “silencioso”, sin riesgo personal. Tal secretismo y exposición limitada proporcionaron un medio para la inversión y la explotación económica de una gran riqueza. Así la riqueza, por lo demás ociosa, de la aristocracia y el clero “se convirtió en el fundamento, mediante esta ingeniosa idea, de un gran comercio que hizo príncipes de los mercaderes, elevó las clases comerciales, y trajo los bienes comunes a la posición de un patrimonio influyente en la mancomunidad.”²⁰⁶

En los Estados Unidos, existen sociedades limitadas desde la adopción, en el estado de Nueva York, del primer estatuto de sociedad limitada en 1822. El origen, la historia y el propósito de la sociedad limitada, fueron descritos por un tribunal de Nueva York en *Ames v. Downing* (1850). El tribunal de *Ames* describió la sociedad limitada como “introducida por estatuto en este Estado, y posteriormente adoptada muy generalmente en muchos otros Estados de la Unión... [y] tomada del Código Francés”.²⁰⁷

Las sociedades limitadas no se forman inadvertidamente (como las empresas individuales o las sociedades generales). Cada estado de los Estados Unidos tiene una ley de sociedad limitada. Cada ley requiere el

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*; véase también William George, *The Handbook of the Law of Partnership*, §§ 184-5, 419 West Publishing (1897).

registro y la designación de un agente registrado (en dicho estado) para aceptar la presentación de una demanda.

El inconveniente inherente a la sociedad limitada es la responsabilidad ilimitada del socio general (“GP” por sus siglas en inglés, General Partner) por deudas de la entidad. Para abordar el problema, las corporaciones fueron utilizadas durante décadas para mantener el interés general de la sociedad expuesta. La persona a cargo sería propietaria del interés general del socio a través de una corporación, para establecer un escudo de responsabilidad “interno” de las obligaciones de la sociedad. Sin embargo, el capital mantenido por el GP corporativo permaneció expuesto a los acreedores “internos” de la sociedad (y a los acreedores externos del accionista individual). Para limitar la exposición, el GP corporativo solo sería propietario de un porcentaje menor de la sociedad limitada. Los inversionistas (que pueden incluir al propietario del GP) mantendrían el resto del capital como socios limitados. Aunque esta disposición funciona para limitar la responsabilidad general del socio, puede ser compleja. La estructura también está expuesta a la transferencia involuntaria de acciones en el GP corporativo. Cualquier acreedor del propietario del GP puede vincular las acciones del GP y tomar el control de la sociedad.

Teniendo en cuenta la responsabilidad ilimitada de los socios generales (por las deudas de la sociedad), las entidades de negocios modernas rara vez se organizan como sociedades generales. Incluso las sociedades limitadas (que requieren un socio general) se han vuelto menos comunes. Casi todos los estados han adoptado estatutos de sociedades

Protección de Activos

de responsabilidad limitada (“LLP” por sus siglas en inglés, Limited Liability Partnership), para limitar la responsabilidad general del socio en las sociedades generales.²⁰⁸ Diez estados han promulgado una legislación similar, para limitar la responsabilidad del GP asociada con sociedades limitadas.²⁰⁹ Las sociedades limitadas de responsabilidad limitada se conocen como LLLP (por sus siglas en inglés, Limited Liability Limited Partnership). La sociedad realiza una presentación simple para agregar la responsabilidad limitada “LL (Limited Liability)” a la P (“Partnership”: Sociedad General) o LP (“Limited Partnership”: Sociedad Limitada). Elegir el estatus LLP o LLLP aísla al(los) socio(s) general(es) de los pasivos de la sociedad. Aunque el grado de protección varía de un estado a otro, la presentación no tiene implicaciones adversas. Por lo tanto, debe considerarse para las sociedades existentes.

Casi todos los estados de los Estados Unidos también han promulgado estatutos que permiten la conversión de sociedades a una entidad más protectora. Las sociedades limitadas y generales existentes deberían tomar ventaja de la legislación y considerar convertirse al estatus de compañía de responsabilidad limitada. Las obligaciones de negocios en las que se incurra después de la conversión son obligaciones únicamente de la LLC (no de sus propietarios).

²⁰⁸ Ley de Sociedad Uniforme (1997) Anexo a Nota Aclaratoria, Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, julio 12-19 1996.

²⁰⁹ “Responsabilidad Limitada Sociedad Limitada” Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Limited_liability_limited_partnership, accessed, enero 29, 2012.

7.2.2 La Compañía de Responsabilidad Limitada

La compañía de responsabilidad limitada (“LLC” por sus siglas en inglés, Limited Liability Company) es relativamente reciente en los Estados Unidos. Sin embargo, entidades similares han operado en otros países durante siglos. El primer estatuto de LLC americano fue adoptado por Wyoming en 1977. Desde entonces, todos los estados han instituido la LLC.

La LLC combina (i) la protección interna corporativa (de deudas del negocio) con (ii) la sociedad fuera de la protección (de los acreedores de los propietarios). Las LLC se forman como entidades separadas de sus propietarios mediante la presentación de Artículos de Organización. Si se establece en una jurisdicción favorable, las LLC ofrecen los beneficios de ambas, corporaciones y sociedades. Las LLC deben reflejar el sufijo “LLC”, “LC”, “Sociedad de Responsabilidad Limitada (Limited Liability Company)”, “Sociedad Limitada (Limited Company)”, “fletada” o “PL” (LLC Profesional, por sus siglas en inglés, Professional LLC), según el estado (o país) de la organización.

Las LLC son muy flexibles en términos de gobierno corporativo. No se requiere una “junta directiva” o funcionarios, como un presidente y un tesorero. La LLC puede ser gobernada directamente por los propietarios (conocidos como “miembros”), actuando por mayoría, unanimidad o de otro modo. Un miembro podría, alternativamente, ser nombrado “miembro administrador”

Protección de Activos

(similar a un socio general), sin responsabilidad personal. Otra opción es la designación de un “administrador” no relacionado o una “Junta de Administradores”, con control administrativo parcial o completo sobre la LLC. Los “miembros administradores” o, si son independientes, los “administradores”, no son responsables de las deudas de la LLC.

Tenga en cuenta que dicha flexibilidad administrativa permite errores organizacionales que normalmente no son posibles bajo los estatutos corporativos más rígidos. Por ejemplo, muchos estatutos corporativos estatales establecen estándares para el contenido de las Escrituras de Constitución y los Reglamentos. Incluso los acuerdos entre los accionistas a menudo deben cumplir con las directrices estatutarias. Los diversos estatutos de LLC, por otro lado, autorizan casi universalmente a los miembros a crear sus propias reglas administrativas a través de un acuerdo de operación. A la luz de la posibilidad de error, siempre se debe utilizar un abogado con experiencia para garantizar que los documentos de gobierno de la LLC estén debidamente preparados.

Estatus Tributario de las LLC

El IRS ofrece a la LLC flexibilidad sustancial en su elección de estatus tributario. La LLC puede elegir los atributos de impuestos de (i) una corporación (ya sea “S” ó “C”), (ii) una entidad excluida (si es propiedad de un solo miembro) o (iii) una sociedad (si es propiedad de más de un contribuyente). Estas son categorías diferentes de impuestos de los Estados Unidos, cada una de las cuales

anteriormente solo se aplicaba a un tipo específico de entidad de negocios. A diferencia de otras entidades, la LLC puede elegir entre una variedad de categorías de impuestos. Para LLC nacionales, el IRS requiere la elección de un estatus tributario, solo si se desea el estatus corporativo. De lo contrario, la LLC será tratada como excluida (si la posee un solo miembro) o como una sociedad tributaria (si la poseen varios miembros). Aunque este libro proporciona solo un sabor para el tratamiento de impuestos de las LLC, debe entenderse que la flexibilidad del estatus tributario de la LLC y la gobernanza permiten el uso de negocios casi ilimitado de la LLC.

El formato de impuestos “S” (nombrado del “Subcapítulo S” del Código de Rentas Internas) suele ser el más eficiente para negocios activos (en oposición a la inversión pasiva). Este es el caso por el que algunas ganancias pueden potencialmente ser distribuidas a los propietarios/empleados, sin el costo adicional del impuesto al trabajo por cuenta propia. Sin embargo, el estatus tributario “S” es menos flexible que la sociedad o el estado fiscal excluido. Las empresas de inversión pasiva normalmente deberían evitar el estatus “S”, debido a un impuesto potencial sobre las transferencias de propiedad a los dueños y las restricciones en las distribuciones no proporcionales a los porcentajes de propiedad. Las compañías de inversión inmobiliaria involucradas en una variedad de transacciones, generalmente se benefician más de la sociedad o del estatus tributario excluido.

El propietario único de la LLC (no tenido en cuenta para fines de impuestos) ha creado nuevas oportunidades de

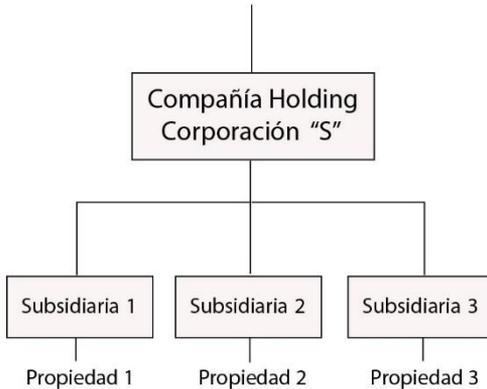
Protección de Activos

planificación de impuestos. En particular, la LLC excluida permite al propietario tomar ventaja de las protecciones “internas” de la LLC, mientras evita las declaraciones de impuestos para la entidad. En otras palabras, una LLC puede usarse para aislar obligaciones de negocios o de inversión sin necesidad de una declaración de impuestos adicional. Un acuerdo de negocios que requiera múltiples entidades relacionadas también puede excluirse por completo para efectos de impuestos. Si se organiza correctamente, un conglomerado de la LLC (propiedad exclusiva del fundador) solo requiere una declaración de impuestos personal.

Tomemos, por ejemplo, al inversionista inmobiliario único con tres casas en alquiler. Antes de la LLC, el propietario único generalmente se vio obligado a crear una corporación “S” (holding) que sería propietaria de corporaciones subsidiarias “S”. Cada subsidiaria tendría una sola propiedad, para aislar a las otras subsidiarias de las obligaciones de cada propiedad (como un resbalón o una caída). La estructura (descrita en el cuadro 7.2.2-A) crea una protección de obligaciones interna. Sin embargo, el holding (corporación “S”), permanece expuesto a los acreedores de su propietario (lo cual, a su vez, expone toda la estructura). Por lo tanto, la estructura carece de protección de activos externa.

Cuadro 7.2.2-A

Estructura de Propiedad Corporativa



La estructura de la corporación “S” (holding) también requiere la presentación de (i) el formulario 2553 del IRS (para establecer el estatus de corporación “S” de la compañía holding), (ii) el formulario 1120S del IRS (declaración anual “S”), (iii) el formulario 8869 (para establecer cada subsidiaria “S”) y (iv) el formulario 1122 del IRS (anualmente para cada subsidiaria).

Ahora se puede implementar una estructura de holding inmobiliario similar, utilizando la LLC. Una compañía LLC holding, puede ser propietaria de subsidiarias LLC (excluidas para fines de impuestos), cada una de las cuales posee una propiedad en alquiler aislada. Una entidad “excluida” es protectora para fines de ley estatal, pero se ignora (a diferencia de su propietario) para efectos de impuestos. No se requiere declaración de

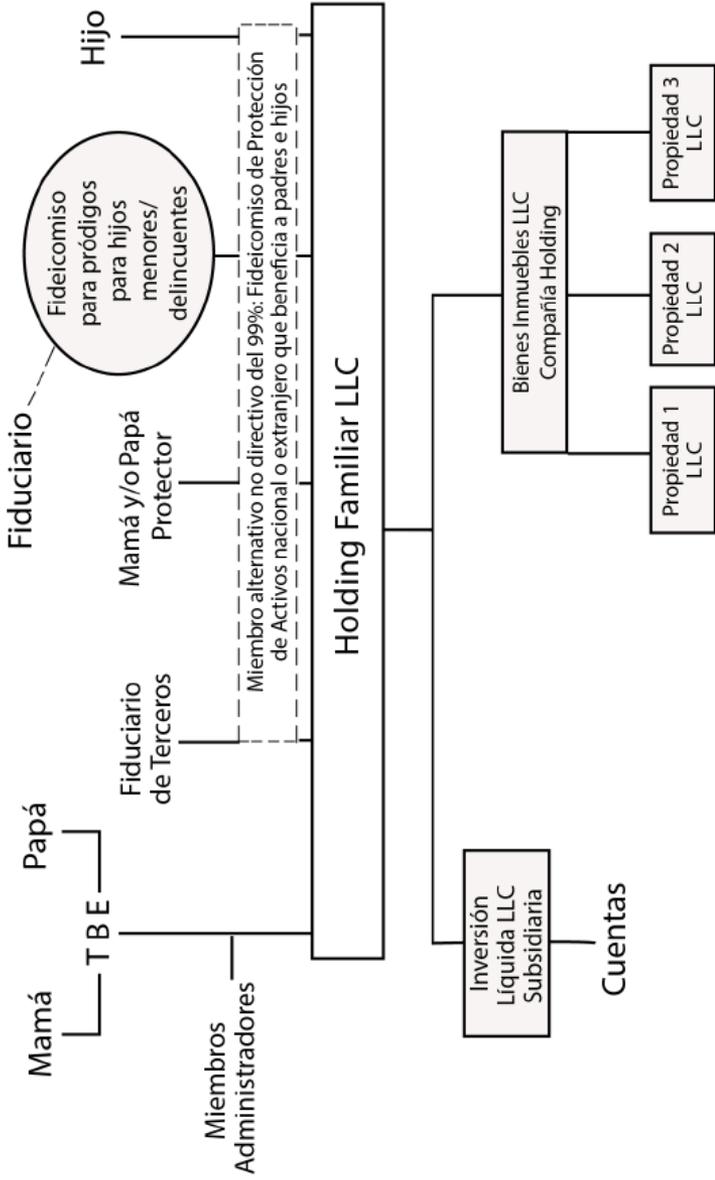
Protección de Activos

impuestos para entidades excluidas. Las LLC subsidiarias proporcionan protección interna de activos contra las obligaciones de negocios e inversión que surgen en cada subsidiaria (similar a la estructura corporativa). La diferencia, desde una perspectiva de impuestos, es que todas las LLC se excluyen (eliminando la necesidad de declaraciones de impuestos) y se evitan las complejas restricciones de la corporación “S”.

Desafortunadamente, la tendencia judicial es invalidar la protección de activos externa de las LLC en poder de un único propietario. El holding LLC (Compañía LLC) de miembro único podría, por lo tanto, crear exposición. Si es posible, se debe agregar un segundo miembro al holding. La adición de un miembro generalmente no tiene impacto tributario, pero requiere una declaración de impuestos de sociedad (Formulario 1065). Las subsidiarias no se tienen en cuenta para efectos de impuestos y no presentan declaraciones de impuestos por separado. En el Cuadro 7.2.2-B se ilustra una estructura popular para un holding LLC (Compañía LLC) familiar.

Se puede organizar una subsidiaria adicional excluida para administrar la operación de back-office de las subsidiarias activas. La LLC de administración asume una obligación operacional sustancial (mediante la contratación con las otras subsidiarias) pero no posee activos.

Chart 7.2.2-B



Protección de Activos

La compañía de administración absorbe la obligación operacional y de los empleados de las subsidiarias activas y permite una operación consolidada (con una cuenta bancaria única y contabilidad centralizada).

El conglomerado LLC aísla a los propietarios de las exposiciones de negocios y de inversión y (si se forma adecuadamente) protege los activos de la subsidiaria de los acreedores. Una ventaja adicional es que los intereses fraccionarios en el holding a veces se pueden utilizar para regalos con descuento de impuestos (para cambiar la riqueza a la próxima generación).

LLC de Miembro Único

En los últimos años, la protección de la orden de cobro de la LLC de miembro único se ha deteriorado. Varios estados brindan protección estatutaria de acreedores a las LLC de miembros múltiples y miembros únicos. Dicha protección generalmente limita a los acreedores, que buscan el capital de la LLC, a una “orden de cobro”. El recurso de la orden de cobro limita a los acreedores a las distribuciones de la LLC. El acreedor no puede vincular derechos de voto ni forzar la liquidación de la LLC. Desafortunadamente, las protecciones estatutarias aplicables a las LLC de miembro único se han debilitado, tanto en el contexto de la bancarrota como en relación con la LLC de Florida.

El caso de bancarrota de *In re Albright* en 2003 de Colorado, refleja el poder del tribunal de bancarrota para ignorar la ley aplicable (en este caso, el estatuto de LLC de

Colorado), para proteger a un acreedor.²¹⁰ El tribunal sostuvo que cuando el único miembro de una LLC se declara en bancarrota, la protección de la orden de cobro no está disponible para proteger el interés de la LLC del deudor.²¹¹ El tribunal de Albright sentó el precedente de que la protección de orden de cobro no está disponible para un propietario en bancarrota de una LLC de miembro único.

El tribunal de Albright permitió que el fiduciario de bancarrota transfiriera los intereses de la LLC de miembro único en bancarrota a sus acreedores. Los acreedores podrían, a su vez, liquidar la LLC (es decir, vender activos de la LLC), para pagar las deudas del miembro. El Tribunal de Bancarrota basó su decisión en excluir las protecciones estatutarias estatales sobre un principio histórico de asociación. El tribunal determinó que la orden de cobro se estableció históricamente para proteger a la sociedad y socios distintos del deudor. En otras palabras, la orden de cobro de la sociedad (predecesora de la LLC) se implementó para proteger a los demás socios que no son deudores. Según el tribunal, la base histórica para la protección no se aplica a una entidad propiedad de una persona.²¹² En ese fallo, el tribunal negó la orden de cobro de protección de Colorado sobre LLC individuales en el contexto de bancarrota (aunque el estatuto estatal aplicable da derecho a todas las LLC de Colorado a la protección de la orden de cobro).

²¹⁰ *In re Albright*, 291 B.R. 538 (Bankr. D. Co. 2003).

²¹¹ *Id.* at 542.

²¹² *In re Albright*, 291 B.R. 538 (Bankr. D. Co. 2003).

Protección de Activos

El tribunal de bancarrota confirmó más tarde su posición tomada en Albright. En el caso de *In re A-Z Electronics, LLC* de 2006, un tribunal de bancarrota de Idaho dictaminó que el fiduciario de bancarrota “se pone en los zapatos” del deudor/miembro de la LLC individual.²¹³ El fiduciario puede ejercer todos los poderes administrativos de la LLC del deudor/miembro.²¹⁴ En el caso de *In re Modanlo* de 2007, un tribunal de bancarrota de Maryland autorizó al fiduciario de bancarrota (del patrimonio de un miembro individual) a continuar las operaciones de negocios de la LLC (incluso después de la disolución de la LLC causada por la bancarrota del miembro).²¹⁵ El tribunal le permitió al fiduciario designarse a sí mismo como administrador de la LLC.²¹⁶

Fuera del escenario de bancarrota, el Tribunal Supremo de Florida invalidó el lenguaje de los Estatutos de Florida revisados que protegen a las LLC de un solo miembro. El caso involucró una sentencia de la Comisión Federal de Comercio contra los acusados Shawn Olmstead y Julie Connell. La FTC (Comisión Federal de Comercio, por sus siglas en inglés, “Federal Trade Commission”) buscó activos retenidos en la LLC de miembro único, como parte de una acción de cobro para recuperar más de USD 10.000.000 en restitución para las víctimas de la estafa de tarjeta de crédito de los demandados. El Tribunal Supremo de Florida dictaminó que un deudor puede verse obligado a

²¹³ *In re A-Z Electronics, LLC*, 350 B.R. 886 (Bankr. D. Idaho 2006).

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ *In re Modanlo*, 412 B.R. 715 (Bankr. D. Md. 2006).

²¹⁶ *Id.*

entregar capital en una LLC de miembro único para satisfacer una sentencia pendiente.

Al igual que en el tribunal de bancarrota de Albright, el Tribunal Supremo de Florida hizo caso omiso del lenguaje estatutario de Florida que protege a todas las LLC de Florida. El tribunal de *Olmstead* lo hizo mediante la analogía del capital de la LLC con acciones corporativas libremente transferibles (expuestas).²¹⁷ El Tribunal también respaldó la desintegración de la LLC de miembro único, citando la omisión por parte de la legislatura de Florida de la palabra “exclusiva” en su lenguaje estatutario.²¹⁸ En ausencia de un lenguaje estatutario que limitara específicamente a los acreedores “exclusivamente” a una orden de cobro, el Tribunal se tomó la libertad de ignorar la diferencia entre las corporaciones y las LLC.²¹⁹ El caso es otro ejemplo más de legislación por edicto judicial, para exponer los activos de un mal actor. Aunque bien intencionado, el caso eliminará oportunidades legítimas de planificación y obligará a los propietarios existentes de la LLC de miembro único de Florida, a buscar una entidad más protectora.²²⁰

Poco después de la decisión de *Olmstead*, la legislatura de Florida aprobó un proyecto de ley que

²¹⁷ *Olmstead v. FTC*, 44 So. 3d 76 (Fl. 2010).

²¹⁸ *Id.* at 82.

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ Véase Nev. Stat. § 86.401; Wy. Stat. § 17-29-503 (específicamente limitando a los acreedores de un miembro único a una orden de cobro).

Protección de Activos

agregaba el lenguaje de “exclusividad” necesario, al estatuto de LLC de Florida. Cualquier acreedor de un miembro, ahora está limitado “exclusivamente” a una orden de cobro sobre el interés del deudor en la LLC de Florida.²²¹ El estatuto revisado, sin embargo, le permite al acreedor ejecutar cualquier interés de membresía que tenga un solo miembro de LLC de Florida. Para alcanzar el interés de membresía individual, el acreedor debe demostrar que las distribuciones de la LLC (al acreedor con una orden de cobro) no satisfarán la sentencia dentro de un tiempo razonable. La ley no proporciona ninguna orientación sobre el significado de “tiempo razonable” o lo que constituye un segundo miembro. Por lo tanto, los tribunales de Florida deben determinar (i) la medida en que las partes relacionadas con un fundador de una LLC serán tratadas como un segundo miembro (para evitar la condición de miembro único) y (ii) el estándar de distribuciones necesarias para proteger al miembro único de la LLC de Florida.

Aunque el fallo de *Olmstead* y la legislación resultante probablemente eliminarán cualquier ventaja de la LLC de miembro único de Florida sobre la corporación, la LLC de miembro único puede permanecer protegida (fuera del tribunal de bancarrota) en los estados que han adoptado legislación más precisa. Las leyes de Nevada y Wyoming limitan específicamente al acreedor de un miembro de la LLC, a una orden de cobro, incluso si la LLC está en manos de un solo miembro.

²²¹ Fl. Stat. § 608.433.

Las LLC de miembro único formadas en estados menos protectores (como Florida y Colorado) deben convertirse a una LLC más protectora y (de ser posible) se debe agregar un segundo miembro. Si un segundo propietario distinto no es una opción, la emisión de la propiedad a uno o varios fideicomisos (controlados por el mismo o por individuos relacionados) puede ser suficiente. La estructura, incluso, puede descartarse para efectos fiscales si en última instancia es controlada por el individuo fundador.

Conversión de Corporación a LLC

Los propietarios de corporaciones cercanas deben considerar convertir la corporación en una compañía de responsabilidad limitada (gravada como una corporación). La conversión protegerá el capital de la LLC y resguardará los activos de negocios y de inversión de los acreedores de los accionistas. La conversión a una LLC protectora evitará el riesgo de trastorno del negocio y la pérdida de capital asociada con una acción contra un accionista.

Muchas jurisdicciones acomodan la conversión del estatus corporativo a LLC (o sociedad). La conversión puede tomar la forma de un cambio estatutario o fusión por parte de la corporación en una LLC. Los estados que permiten la conversión son: Alabama, Alaska, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Florida, Georgia, Hawai, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Luisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nebraska, Nevada, Nuevo Hampshire, New Jersey, Nuevo México, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio,

Protección de Activos

Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Tennessee, Texas y Utah.

Curiosamente, si los accionistas no aceptan una conversión, un accionista prudente puede contribuir con su capital a una LLC de propiedad exclusiva, no tenida en cuenta para fines fiscales. La contribución no violará las restricciones de impuestos de la corporación "S". Sin embargo, la jurisdicción de la LLC debe ser cuidadosamente elegida, ya que el desarrollo de la ley en algunos estados (con respecto a la LLC de miembro único) puede socavar las protecciones deseadas.

El IRS ha permitido la conversión neutral de impuestos de una corporación "S" a una LLC. La LLC resultante debe, sin embargo, calificar como una corporación "S". Las acciones de la corporación "S" solo pueden ser propiedad de ciudadanos o residentes de los Estados Unidos (hasta 100) o de una sola entidad gravada como una corporación "S". Los tipos de conversiones que el IRS ha permitido incluyen la transferencia de activos corporativos "S" a una nueva LLC, la fusión de una corporación "S" en una LLC y la conversión estatutaria de una corporación "S" a una LLC.

No establecer adecuadamente el estatus tributario de la LLC convertida de una corporación, podría tener consecuencias fiscales devastadoras. La fusión o conversión de una corporación existente a una LLC (gravada como sociedad) desencadena la liquidación de la corporación para efectos fiscales y la venta estimada de sus activos a sus propietarios. Cualquier ganancia gravable

desencadenada por la venta estimada, crea una obligación tributaria inmediata. Por lo tanto, cualquier conversión propuesta debe ser cuidadosamente revisada por un profesional de impuestos.

La Entidad Adecuada para el Trabajo

A la luz de la doble protección de la LLC (aislamiento “interno” de las obligaciones del negocio y protección “externa” del capital de la orden de cobro), ¿por qué usar cualquier otra cosa? En realidad, no hay ninguna razón para usar una corporación o sociedad para nada (excepto ciertas grandes transacciones de valores). La protección combinada hace que las corporaciones sean arcaicas y elimina el problema de los socios generales expuestos. La pregunta, por lo tanto, no es si usar la LLC, sino qué LLC usar.

Las LLC difieren de un estado a otro y de un país a otro. El objetivo es encontrar la entidad más protectora para el negocio propuesto o el acuerdo de inversión. Para entender las diferencias entre las LLC, se deben entender los orígenes de la ley de LLC adoptada por los estados. El marco legal histórico emana de las leyes uniformes originalmente propuestas a los estados. Las leyes uniformes son propuestas a las legislaturas estatales por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes.²²² Las leyes están destinadas a crear una

²²² La Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes (también conocida como la Comisión Uniforme de Leyes (ULC por sus siglas en inglés, Uniform Law Commission))

Protección de Activos

uniformidad consistente y coherente entre los estados. Desafortunadamente, la ley estatal de LLC se ha desarrollado esporádicamente a partir de un mosaico de leyes y casos uniformes.

Varias leyes “uniformes” se han redactado en el último siglo para proporcionar un formato sugerido para la codificación de la sociedad estatal y la ley de LLC. Las principales leyes uniformes son (i) las Leyes de Sociedad Uniformes de 1914 y 1997 (colectivamente “UPA” por sus siglas en inglés Uniform Partnership Acts), (ii) la Ley de Asociación Limitada Uniforme de 1916 (“ULPA” por sus siglas en inglés Uniform Limited Partnership Act), (iii) la Ley de Asociación Limitada Uniforme Revisada (“RULPA” por sus siglas en inglés Revised Uniform Limited Partnership Act) de 1976 y (iv) la Ley de Compañías de Responsabilidad Limitada Uniforme (“ULLCA” por sus siglas en inglés Uniform Limited Liability Company Act) de 1995. El concepto de orden de cobro está incluido en cada ley. La fuerza de la protección ofrecida por cada ley, sin embargo, varía drásticamente.

El concepto de orden de cobro se propuso primero para sociedades en la UPA. Desde su inicio, la orden de cobro aisló a cada socio de los acreedores de otros socios. Muchos estados adoptaron (algunos o todos) la UPA para restringir a los acreedores de un socio, a un gravamen sobre las distribuciones pagaderas al socio deudor. El gravamen

se estableció en 1892 y proporciona a los estados una guía no partidista en áreas críticas del derecho legislado estatal. Más información en www.nccusl.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC

sobre las distribuciones se mantendría hasta su vencimiento o hasta que se pagara la deuda (garantizada por el gravamen). La UPA estableció la primera protección del capital de la sociedad, para proteger a los socios que no son deudores de las deudas personales de los otros propietarios.

Desafortunadamente, el lenguaje de orden de cobro de la UPA (ambas leyes, de 1914 y 1997), la ULPA (con respecto a sociedades limitadas) y la ULLCA (con respecto a las LLC) no limita al acreedor a distribuciones que, de otro modo, serían pagaderas al deudor/propietario. Las disposiciones aplicables, en realidad, autorizan al acreedor a ejecutar intereses económicos de la sociedad/LLC sujetos a una orden de cobro. En virtud de tales leyes, una orden de cobro constituye un gravamen sobre el interés de distribución del deudor, que puede ejecutarse en cualquier momento. El comprador en la ejecución obtiene permanentemente los derechos del deudor a las distribuciones. El comprador recibirá todas las distribuciones asociadas con los intereses ejecutados, ya sea que se obtengan del efectivo disponible (de las operaciones) o en el momento de la disolución.

El estatuto de LLC de Georgia, por ejemplo, se basa en la UPA de 1914 y establece que la orden de cobro no es un recurso exclusivo.²²³ La implicación es que el acreedor puede solicitar una orden judicial para ejecutar (y vender) el interés de las distribuciones de la LLC. Una vez que se

²²³ Código Oficial de Georgia Comentado (“O.C.G.A.”, por sus siglas en inglés, Official Code of Georgia Annotated), § 14-11-504 (a)(b) (2011).

Protección de Activos

ejecuta el interés, la cantidad de distribuciones realizadas al acreedor no se limita a la deuda impaga.

Varios tribunales han confirmado que el lenguaje de la ULLCA también permite que un acreedor de un miembro de la LLC ejecute el interés distributivo del deudor. El acreedor adquiere el derecho a las distribuciones de ganancias que pueden ser ejecutadas y vendidas. La diferencia entre un gravamen de orden de cobro y un interés de distribución recibido en la ejecución, es que la orden de cobro representa solo un gravamen (hasta que se pague la deuda), no un impuesto, sobre el interés económico del deudor. El “interés de distribución” recibido al ejecutar una orden de cobro, transfiere la propiedad del interés económico al acreedor. En cualquiera de los casos, el acreedor solo tiene un interés económico, no intereses administrativos o de derecho a voto.

Sin embargo, la exposición real no es el derecho del acreedor a ejecutar un gravamen de cobro. La exposición proviene de la propensión judicial (alimentada por el derecho de ejecución del acreedor) a excluir por completo cualquier limitación sobre los recursos de los acreedores. En tales casos, el juez permite el embargo del interés de membresía del deudor, exponiendo el control administrativo y los activos de la LLC. Como se discutió a partir de la página 192, esto ha sucedido en Colorado, Idaho, Maryland y Florida, con respecto a las LLC de miembro único.

El derecho a ejecutar los intereses de la LLC de la ULLCA crea una trampa para los residentes inconscientes

de los estados con estatutos de LLC comprometidos. El uso de una LLC basada en la ULLCA (sin limitar al acreedor exclusivamente a una orden de cobro) es poco aconsejable. La protección superior de la orden de cobro está disponible en otros estados (y países). Para empeorar las cosas, un acreedor con una orden de cobro de ULLCA, puede buscar una determinación judicial de que la LLC debe ser disuelta.²²⁴ Los estados y las mancomunidades que han adoptado la ULLCA son los siguientes: Alabama, Hawai, Illinois, Montana, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Vermont y Virginia Occidental y las Islas Vírgenes.

La RULPA, por otro lado, limita al acreedor a las distribuciones de la sociedad pagaderas, de otro modo, al socio deudor.²²⁵ Una orden de cobro del estilo de la RULPA de 1976, no conduce (al menos en el momento en que este libro fue publicado) a la ejecución o la venta del interés del socio deudor.²²⁶ La idea es que los activos de la

²²⁴ Ley Uniforme de Responsabilidad Limitada (1996) § 503(e)(3), redactada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes.

²²⁵ Ley Uniforme de Asociación Limitada Revisada ("RULPA" por sus siglas en inglés, Revised Uniform Limited Partnership Act) (1976) § 703 redactada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes; ver también la RULPA de 2001, que permite ejecuciones, pero fue adoptada solamente por Arkansas, California, Hawai, Idaho, Illinois, Iowa, Louisiana, Maine, Minnesota, Nuevo México, Dakota del Norte y Washington. Disponible en <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ulpa/final2001.htm>.

²²⁶ Cf. *In re Allen*, 228 B.R. 115, 120 (Bankr. W.D. Pa. 1998) (una orden de cobro no es el único recurso disponible para un acreedor de un socio de la RULPA), *Nigri v. Lotz*, 453 S.E. 2d 780, 782-82

Protección de Activos

sociedad sean propiedad de la entidad, en lugar de propiedad de los socios o miembros individuales. El acreedor se vuelve impotente para impactar la operación de la sociedad. Los siguientes estados han perfeccionado aún más la RULPA de 1976 (sobre sociedades limitadas) para aclarar que la orden de cobro de la sociedad es el recurso exclusivo disponible para los acreedores de los socios de la RULPA: Alaska, Arizona, Florida, Nevada, Oklahoma, Dakota del Sur y Texas. Alaska, Florida, Dakota del Sur y Texas, incluso han incluido un lenguaje que prohíbe específicamente otros recursos, como las ejecuciones.

Las LLC que limitan a los acreedores exclusivamente a una orden de cobro, están igualmente aisladas de la ejecución del capital de los miembros. El estatuto organizacional de la LLC elegido debe excluir exclusivamente los derechos de cobro más allá de una orden de cobro. Varios estados han implementado disposiciones de orden de cobro de la LLC protectora. Dichos estados incluyen Arizona, Arkansas, Connecticut, Delaware, Distrito de Columbia, Florida (para LLC de múltiples miembros), Idaho, Illinois, Kentucky, Luisiana, Maryland, Minnesota, Mississippi, Nevada, Oklahoma, Rhode Island, Texas, Virginia y Wyoming.

Curiosamente, Florida adoptó un lenguaje de exclusividad para su sociedad limitada, pero no utilizó el lenguaje de orden de cobro de protección en su estatuto de LLC (hasta hace poco revisado para proteger las LLC de

(Ga. App. 1995) (El interés de un socio en una sociedad limitada de RULPA puede ser ejecutado), con respecto a la RULPA de 2001.

múltiples miembros). El estatuto anterior de las LLC de Florida fue desmantelado por el Tribunal Supremo de Florida en 2010, para exponer el capital en las LLC de miembro único de Florida (Vea la página 195). El estatuto revisado de Florida protege específicamente a las LLC de miembros múltiples de Florida y expone explícitamente el capital en las LLC de miembro único de Florida.

Interpretación Judicial

La otra cara de la moneda es cómo los jueces locales “interpretan” el recurso de orden de cobro aplicable. Los casos revelan una tendencia judicial general hacia el debilitamiento de la limitación del acreedor de la orden de cobro. Un tribunal de Maryland, por ejemplo, confirmó los derechos de ejecución de la UPA en *Lauer Construction*.²²⁷ El tribunal dictaminó que el mecanismo de cumplimiento de la UPA autorizaba la ejecución del interés de un socio general en las ganancias y el excedente de la sociedad.²²⁸ El tribunal señaló que, al elegir una jurisdicción, la “interpretación” judicial del estatuto aplicable debería estudiarse cuidadosamente. Esto ilustra la importancia de analizar los casos que definen el estatuto aplicable antes de elegir una sociedad o LLC en particular.

Al menos un tribunal estatal ha cumplido con la disposición protectora de la RULPA adoptada por Carolina del Norte. En *Herring v. Keasler*, el Tribunal de Apelaciones impidió que un acreedor confiscara y vendiera

²²⁷ *Lauer Constr. V. Schrift*, 716 A. 2d 1096 (Md. App. 1998).

²²⁸ *Id.* at 1099.

el interés del deudor en la LLC de Carolina del Norte. El acreedor original, Branch Banking & Trust Company, obtuvo una sentencia en contra de Bennett Keasler, por cerca de USD 30.000. BB&T asignó la sentencia a Max Herring quien, a su vez, intentó cobrar sobre la sentencia aprovechando los intereses del Sr. Keasler en varias LLC. El tribunal de primera instancia se negó a liquidar los intereses de Keasler en la LLC. Al afirmar la decisión del tribunal de primera instancia, el tribunal de apelaciones prohibió la transferencia de intereses de membresía al Sr. Herring, a menos que el acuerdo de operación de la LLC así lo autorizara.²²⁹

En el caso de *In re Stocks*, el Tribunal de Bancarrota confirmó que la Ley de Sociedad Limitada de Florida (basada en la RULPA) limita a los acreedores a una orden de cobro.²³⁰ El Tribunal distinguió la orden de cobro de la sociedad limitada, de la UPA (con respecto a las sociedades generales), sosteniendo que esta última permite la ejecución de los intereses de un socio, mientras que la primera no contiene dicho recurso.²³¹ Otros tribunales en Virginia y Nuevo Hampshire han dictaminado (o sugerido), de manera similar, que el formato de la RULPA de 1976 prohíbe la ejecución del interés del capital de un deudor.

En una sentencia contrastante, un tribunal de Georgia autorizó la ejecución de un interés de la sociedad de la RULPA de 1976. Sin embargo, el lenguaje estatutario

²²⁹ *Herring v. Keasler*, 563 S.E. 2d 614, 615, 620 (N.C. App. 2002).

²³⁰ *In re Stocks*, 110 B.R. 65 (Bankr. N.D. Fla. 1989).

²³¹ *Id.* at 66-7.

de Georgia fue enmendado en 2009 para prohibir, en general, la ejecución.²³²

Un caso de Ohio refleja la propensión de algunos tribunales a simplemente ignorar la protección de la orden de cobro. En *Banc One Capital Partners v. Russell*,²³³ el tribunal de Ohio en realidad le permitió a un acreedor con una orden de cobro, ejercer una opción propiedad de la LLC. El tribunal de Ohio sostuvo que el acreedor (con una orden de cobro al estilo de la RULPA de 1976) era un “miembro” de la LLC y, como tal, podía ejercer la opción mantenida por la entidad (sin ninguna autoridad administrativa o interés de voto).²³⁴ El fallo aparentemente no tiene mérito legal, pero revela la presencia constante de “legislación” judicial impredecible y la importancia de elegir un estatuto estatal de protección con jurisprudencia de apoyo.

Bajo ciertas circunstancias, un acreedor de un socio limitado puede intentar eludir la limitación de la orden de cobro argumentando que la sociedad limitada carece de un propósito de negocios. En tal caso (según el argumento), la sociedad limitada debe ser excluida como una entidad separada (exponiendo sus activos al acreedor de un deudor/socio). El acreedor podría vincular los activos de la sociedad limitada directamente.

²³² Código Oficial de Georgia Comentado O.C.G.A. (Official Code of Georgia Annotated) § 14-11-504 (Ga. L. 2009, p. 108, § 7/HB 308).

²³³ *Banc One Capital Partners v. Russell*, 1999 WL 435787 (Ohio App. 8 Dist. 1999).

²³⁴ *Id.* at 4-5.

Protección de Activos

En *Evans v. Galardi* (1976), los dos socios limitados individuales también eran propietarios del socio general corporativo. El acreedor (de los propietarios) argumentó que, dado que los deudores tenían derecho a la mitad de las ganancias de la sociedad, juntos poseían todos los intereses en los activos de la sociedad (expuestos). El Tribunal Supremo de California sostuvo que un socio limitado no posee intereses expuestos en los activos de la sociedad. Por lo tanto, un acreedor de un socio no puede alcanzar los activos de la sociedad. El Tribunal también confirmó que las órdenes de cobro han “reemplazado los impuestos de ejecución como el recurso para alcanzar tales intereses”. Curiosamente, el Tribunal limitó su participación declarando que “[Dónde] Aquí... la sociedad es una organización de negocios viable... no hay ninguna razón para permitir la desviación del proceso estatutario prescrito”.²³⁵ La sugerencia es que, cuando una sociedad limitada no es una “organización de negocios viable”, el tribunal puede dictaminar que la orden de cobro no es un recurso exclusivo.

En 1989, un Tribunal de Apelaciones de California, realmente permitió la venta de un interés de sociedad limitada para satisfacer a un acreedor de sentencia judicial.²³⁶ Aunque los socios no deudores dieron su consentimiento para la venta, el Tribunal dejó claro que, siempre que el estatuto no prohibiera absolutamente la venta de los intereses de la sociedad, la venta judicial de un

²³⁵ *Evans v. Galardi*, 546 P. 2d 313, 320-3 (Cal. 1976).

²³⁶ *Crocker Nat. Bank v. Perroton*, 208 Cal. App. 3d 1, 255 Cal. Rptr. 794 (Cal. App. 1 Dist. 1989).

interés cobrado es permisible.²³⁷ En consecuencia, en 1991, otro Tribunal de Apelaciones de California sostuvo que un interés de sociedad limitada (bajo la ULPA) puede ser ejecutado, siempre que hacerlo no interfiera indebidamente con el “negocio” de la sociedad limitada.²³⁸

En 1991, la legislatura de Delaware eliminó el requisito de “negocio viable” para sus LLC. Para evitar la intervención judicial, Delaware aclaró su estatuto de LLC para establecer que “[una] sociedad de responsabilidad limitada puede llevar a cabo cualquier negocio, propósito o actividad lícitos, sea o no con fines de lucro”.²³⁹ A la luz de la enmienda, Delaware es, probablemente, la jurisdicción de LLC más protectora para la inversión pasiva.

Ingresos Gravables

Florida, Alabama y Kentucky, sin duda, han ampliado el alcance del concepto de orden de cobro atribuyendo a los propietarios de gravámenes de cobro, ganancias y pérdidas gravables. Estos estados potencialmente cargan al acreedor con asignaciones gravables de sociedad o ingreso, ganancia, pérdida, deducción, crédito y artículos similares de la LLC (de otro modo atribuibles al deudor/propietario).²⁴⁰ Dicho lenguaje estatutario podría, si fuera respaldado por los tribunales, gravar a los acreedores con cualquier obligación de

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Hellman v. Anderson*, 233 Cal. App. 3d 840, 845-47, (Cal. Ct. App. 3 Dist. 1991).

²³⁹ De. Code Ann. § 18-106(a).

²⁴⁰ Fl. Stat. § 620.152(1)(c)(1999).

Protección de Activos

impuestos atribuible a los intereses cobrados (incluso si no se realizan distribuciones). El acreedor sería tratado como un cesionario y emitiría un formulario K-1 del IRS (reflejando su ingreso gravable asignable de la sociedad/LLC). Como resultado, el acreedor podría volverse responsable del impuesto sobre las ganancias no distribuidas. La sociedad/acuerdo de operación aplicable puede reforzar la probabilidad de atribución de impuestos al acreedor al requerir que la entidad emita el K-1 al titular de una orden de cobro.²⁴¹ El IRS, sin embargo, no ha tomado una posición definitiva sobre si los acreedores de la orden de cobro son responsables de los impuestos sobre las ganancias de la sociedad/LLC.

LLC Serie

Los activos mantenidos en una sola entidad de negocios están expuestos a todos los acreedores de la entidad. Por ejemplo, una práctica profesional u operación de negocios puede incurrir en obligaciones ordinarias para compensación de empleados y suministros de oficina. El mismo negocio también podría ser golpeado con una gran demanda de indemnización laboral o responsabilidad civil. Dicha reclamación “extraordinaria” a menudo no está completamente asegurada y puede exponer al negocio a la insolvencia. La planificación adecuada limitará la exposición de un negocio a tales reclamaciones extraordinarias.

²⁴¹ Banc One Capital Partners v. Russell, 1999 WL 435787 (Ohio Ct. App. 8 Dist. 1999).

Los inversionistas prudentes y los propietarios de negocios a menudo segregan valiosos activos de negocios y de inversión de los activos que atraen la obligación. Por ejemplo, la segregación de varias parcelas de bienes inmuebles (en entidades de negocio separadas) aísla a cada parcela de las reclamaciones asociadas con las otras propiedades. Una estrategia similar es limitar las tenencias de una empresa activa a solo aquellos activos absolutamente necesarios para ser mantenidos dentro de la entidad operativa (expuestos a obligaciones de negocios).

Sin embargo, el uso de múltiples entidades para segregar bienes inmuebles y otros activos de negocios y obligaciones de inversión puede ser engorroso. El gasto asociado con la reorganización de un negocio existente o una compañía de inversión en un conglomerado (que separa varios activos de negocio y de bienes inmuebles entre diferentes entidades), también puede ser considerable y potencialmente complejo desde una perspectiva de impuestos.

En un intento por abordar de manera más eficiente el problema de la segregación de obligaciones, varios estados (Delaware, Illinois, Iowa, Nevada, Oklahoma, Tennessee, Texas y Utah) han promulgado legislación para establecer la LLC “serie”. Puerto Rico también ofrece una LLC serie. La LLC serie puede operar a través de varias “series” individuales. Las deudas y las obligaciones asociadas con una serie, solo se pueden cobrar contra los activos de esa serie en particular. Los propietarios de la LLC serie pueden operar negocios independientes (o mantener varias propiedades) dentro de una sola LLC,

Protección de Activos

mientras que segregan estatutariamente (en diferentes series) los activos y las obligaciones de cada negocio (o propiedad). La LLC serie evita los costos asociados con la organización y el mantenimiento de un conglomerado de entidades. Se pueden agregar nuevas series (unidades independientes adicionales) y las series existentes se pueden eliminar simplemente modificando los documentos de organización de la LLC.

Existen requisitos organizacionales muy específicos que deben cumplirse para organizar correctamente una LLC serie. Además, aunque la LLC serie ofrece simplicidad administrativa y ahorro de costos, las protecciones estatutarias no han sido probadas por los tribunales (ya sea en el estado de origen o en cualquier estado que no ofrezca la LLC serie). Más aún, el IRS no ha emitido una guía final con respecto al estatus tributario de cada serie. Las regulaciones propuestas sugieren que cada serie se tratará como una entidad separada para efectos de impuestos.²⁴² Las cuestiones de impuestos se vuelven especialmente complejas si múltiples partes poseen intereses diferentes en las distintas series.

LLC Extranjeras

Algunos países extranjeros han adoptado estatutos de compañías de responsabilidad limitada. Dichas leyes incluyen una mejor protección de las órdenes de cobro y onerosos obstáculos de procedimiento para el recaudo. Los estatutos de LLC extranjeras también pueden incluir

²⁴² Treas. Reg. § 301-7701-1(a).

periodos de limitación estatutarios muy limitados para revertir una transferencia fraudulenta. Las naciones favorables al deudor más populares obtienen importantes ingresos de fideicomisos, LLC y registros de compañías de negocios internacionales por parte de extranjeros que buscan las leyes más protectoras. Por lo tanto, los tribunales en jurisdicciones favorables al deudor tienden a favorecer al deudor extranjero, para atraer las tasas de tramitación, los honorarios de los agentes registrados, etc., asociados con el uso continuado de la jurisdicción para las LLC y fideicomisos. Los tribunales en dichas jurisdicciones han sostenido históricamente las protecciones de LLC para evitar la creación de precedentes que conduzcan a la pérdida de ingresos del gobierno.²⁴³

San Cristóbal y Nevis, es una nación federada de dos pequeñas islas en el Caribe que se independizó de la Corona Británica en 1983. La constitución de la federación faculta a la isla de Nevis para legislar independientemente ciertas leyes corporativas y de fideicomiso. Podría decirse que Nevis ofrece la LLC costa afuera más protectora.²⁴⁴ A la luz del rechazo de las protecciones de la LLC de miembro único por parte de varios tribunales de Estados Unidos, la LLC de miembro único de Nevis (financiada en el exterior) puede ser una alternativa de LLC en solitario. Si se forma correctamente, la LLC de Nevis también se puede descartar para propósitos de impuestos de los Estados Unidos.

²⁴³ Jay D. Adkisson y Christopher M. Riser, *Asset Protection: Concepts & Strategies for Protecting Your Wealth*, 72-74 McGraw-Hill Publishing, Nueva York (2004).

²⁴⁴ Ordenanza de la Compañía de Responsabilidad Limitada de Nevis de 1995, modificada, enero 1, 2002.

Protección de Activos

Además, los nombres de los miembros y administradores de las LLC de Nevis no son información pública.

Además de la protección de la orden de cobro y de las ventajas intrínsecas de las entidades costa afuera, las revisiones propuestas a la Ley de LLC de Nevis (a las que contribuye el autor), limitarán aún más a los acreedores. Tales enmiendas propuestas incluyen lo siguiente:

- Nevis no reconocerá sentencias extranjeras ni leyes contradictorias con respecto a reclamaciones de órdenes de cobro.²⁴⁵
- Cualquier acreedor que desafíe el financiamiento de una LLC de Nevis debe contratar a un abogado de Nevis para manejar el asunto.
- El abogado de Nevis tiene prohibido tomar el caso, en caso de contingencia (lo que obliga al acreedor a sacar de su propio bolsillo para presentar una demanda).
- El administrador debe ignorar las solicitudes de distribución forzadas por un tribunal extranjero si se incluye una cláusula de coacción en el Acuerdo de Operación de la LLC.

²⁴⁵ Véase Ley de Compañías de Responsabilidad Limitada de las Islas Cook de 2008 § 45, promulgando un lenguaje similar.

- Las reclamaciones de transferencia fraudulenta, con respecto a la financiación de una LLC de Nevis, están prohibidas si el capital de la LLC representa el valor razonable recibido por el deudor.
- Se requiere una prueba más allá de una duda razonable para demostrar transferencias fraudulentas a una LLC de Nevis.
- Se requiere prueba de insolvencia del deudor para cualquier reclamación de transferencia fraudulenta.
- El acreedor no puede demostrar la transferencia fraudulenta “de manera constructiva”, pero siempre debe demostrar la intención fraudulenta.
- El estatuto de limitaciones abreviado se aplica a cualquier reclamación de transferencia fraudulenta a una LLC de Nevis.
- El miembro deudor y la LLC pueden recuperar de un demandante sin éxito, todos los costos y honorarios de un litigio.
- El acreedor debe depositar una fianza antes de presentar una demanda, para asegurar el pago de todos los costos de litigio del miembro deudor, en caso de que el acreedor pierda su demanda de cobro.

Protección de Activos

Por lo tanto, según el estatuto propuesto, si un miembro de una LLC de Nevis queda sujeto a una sentencia de los Estados Unidos, el acreedor debe aplicar la ley de Nevis para llegar a los activos de la LLC. El acreedor debe pagar una fianza y demostrar su caso nuevamente en Nevis, porque Nevis no permitirá la ejecución de las sentencias de los Estados Unidos. Los costos asociados con presentar una demanda en Nevis son astronómicos y no se pueden cambiar a un abogado de Nevis que trabaje en caso de contingencia. Aparte de las reclamaciones del gobierno que involucran una transferencia fraudulenta detectada rápidamente, el cobro de una LLC de Nevis suele ser un ejercicio de frustración. Los cambios propuestos, si se adoptan, desalentarán aún más a los acreedores.

Como se discutió en la Sección 6.2, el riesgo asociado con el uso de entidades costa afuera, es que un tribunal de los Estados Unidos que acepte la jurisdicción pueda verse tentado a ignorar la legislación extranjera aplicable. Si el demandado es suficientemente cuestionable, los tribunales de Estados Unidos normalmente favorecerán a un acreedor de sentencia judicial, para preservar la efectividad del sistema de litigios de los Estados Unidos.

Un acreedor puede pasar a dejar de lado (es decir, a descartar) las protecciones de LLC, argumentando que la LLC no es más que una farsa controlada por el fundador o un “alter ego” del deudor, sin ningún propósito de negocios. Si el propietario de una entidad no trata a la compañía como una persona jurídica separada, entonces sus acreedores también pueden ignorar cualquier protección externa de

LLC y llegar a los activos de la LLC. Si tiene éxito, el acreedor no está limitado a una orden de cobro, sino que puede acceder a los activos subyacentes de la propia entidad.²⁴⁶

Para limitar dicha exposición a la perforación del velo inverso (es decir, la pérdida de capital de la LLC para un acreedor personal), los activos en poder de una LLC costa afuera deben permanecer fuera de la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos. La LLC extranjera más protectora es (i) administrada por un individuo residente no estadounidense o una compañía sin vínculos con los Estados Unidos y (ii) financiada con activos extranjeros.

Como fue discutido en la Sección 6.2, si un deudor se niega a devolver activos de una LLC extranjera a los Estados Unidos (para su cobro), una sentencia de los Estados Unidos puede ser ejecutada a través de una advertencia judicial de encarcelamiento. Tales casos, sin embargo, han tenido un éxito limitado. La línea de casos sugiere que el encarcelamiento por desacato es una preocupación solo en casos que involucran comportamiento vergonzoso del deudor, transferencias reaccionarias y/o el incumplimiento de la bancarrota federal o regulaciones mercantiles.

La ausencia de demandas que desafíen las LLC reguladas por legislación extranjera sugiere que las disputas de cobranza generalmente se resuelven a favor del deudor.

²⁴⁶ Véase, *In re Turner*, 335 B.R. 140 (Bankr. N.D. Cal. 2005), modificado 345 B.R. 674 (N.D. Cal. 2006).

Protección de Activos

Siempre que el deudor haya financiado la estructura costa afuera antes de cualquier reclamación de acreedores presente (o razonablemente esperada), la planificación de la LLC costa afuera debería frustrar, incluso, al acreedor más agresivo. Todos los tribunales repiten la misma advertencia: Planifique para un día lluvioso. Una vez que las nubes comienzan a formarse, es demasiado tarde para buscar refugio.

Capítulo 8: Una Palabra sobre Confidencialidad

“El fraude y el engaño abundan en estos días más que en otros tiempos” – Sir Edward Coke (1602)²⁴⁷

Un plan de protección de activos realmente bien considerado, no se basa en la confidencialidad y debe ser transparente en los litigios. Los activos y otra información financiera del deudor de los Estados Unidos siempre se pueden descubrir a través de un litigio nacional. A menos que el deudor huya de los Estados Unidos o mienta en la deposición (lo que podría desencadenar una variedad de repercusiones), se puede descubrir toda la información asociada con los activos del deudor. Los jueces de los Estados Unidos suelen estar enfurecidos por el ocultamiento

²⁴⁷ Sir Edward Coke, *Twyne’s Case*, 3. Co. 80 (1602).

Protección de Activos

de activos y son mucho más susceptibles a un deudor directo (basándose en una planificación legítima).

Aunque la confidencialidad de la información financiera puede facilitar la protección de activos (porque el acreedor debe primero identificar y localizar activos disponibles), el concepto de confidencialidad no debe confundirse con las protecciones legales de los acreedores. La protección de activos no es un medio de ocultar activos; es una estrategia para colocar legalmente los activos fuera del alcance de futuros acreedores no previstos y desconocidos.

Una idea equivocada relacionada con la protección de activos implica la evasión de impuestos. La reserva disponible en varios paraísos fiscales del deudor ha creado históricamente una tentación, entre ciertos estadounidenses mal informados, de ocultar los ingresos gravables. Tal evasión de impuestos es ilegal y está activamente vigilada por el IRS.

Varios paraísos fiscales de deudores han promulgado leyes de reserva para proteger la confidencialidad de la inversión extranjera. Sin embargo, tales restricciones de divulgación no se pueden aplicar si el acreedor es el IRS. Los Estados Unidos son ahora parte de ochenta y cinco tratados de impuestos que reducen la doble tributación entre los socios del tratado.²⁴⁸ Todos, menos

²⁴⁸ Servicio de Rentas Internas (“IRS” por sus siglas en inglés, Internal Revenue Service) Departamento del Tesoro, Publicación del IRS 901 “U.S. Tax Treaties” (abril 2011) *disponible en*

uno de estos tratados, contienen disposiciones sobre el “intercambio de información” para evitar el fraude de impuestos en los países del tratado. El lenguaje varía de un tratado a otro, pero generalmente requiere que los socios del tratado divulguen información relevante para el cumplimiento de las leyes de impuestos de cada parte. Dicha información puede incluir registros bancarios y financieros confidenciales.

El IRS habitualmente intercambia información financiera con sus socios de tratados de impuestos. Dicha información usualmente involucra ingresos pasivos y depósitos en cuentas bancarias por estadounidenses en el país extranjero. Por ejemplo, los depósitos bancarios regulares de un residente de los Estados Unidos en un país parte del tratado, probablemente serán revelados por el socio del tratado extranjero y procesados por el Centro de Servicios del IRS en Bensalem, Pensilvania.

Además, durante los últimos veinte años, el IRS ha perseguido información de impuestos extranjera de gobiernos que no han firmado un tratado de impuestos de los Estados Unidos. Para obtener información financiera de socios que no son parte de un tratado, el IRS negocia acuerdos de intercambio de información de impuestos (“TIEA” por sus siglas en inglés, Tax Information Exchange Agreements). Por ejemplo, el IRS se ha

<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p901.pdf>, *vea también*, Worksheet 2: Status of U.S. Tax Treaties and International Tax Agreements, Bloomberg BNA, enero 13, 2009, disponible en http://taxandaccounting.bna.com/btac/display/batch_print_display.adp?searchid=16449429.

Protección de Activos

enfocado en establecer TIEA en el Caribe, dada la inversión sustancial de los Estados Unidos y las actividades de negocios en la región y la ausencia general de tratados de impuestos. Los Estados Unidos han celebrado tratados de impuestos con Barbados, Bermudas, Jamaica y Trinidad y Tobago. Los Estados Unidos han firmado TIEA con Antigua y Barbuda, Bahamas, Islas Caimán, Islas Vírgenes Británicas y Antillas de los Países Bajos.²⁴⁹

Las disposiciones de intercambio de información de los TIEA son similares al lenguaje de tratado análogo. Los acuerdos permiten el intercambio de información financiera asociada con el recaudo de impuestos. Los beneficios ofrecidos por los Estados Unidos a socios potenciales de los TIEA incluyen, deducciones de impuestos de los Estados Unidos para reuniones de negocios y seminarios en países participantes y préstamos favorables en cuanto a impuestos. Además, un socio potencial de los TIEA puede verse atraído por el acuerdo, porque brinda acceso a la información de impuestos de los Estados Unidos sobre sus propios ciudadanos.

Los Estados Unidos también participan en un Programa de Asistencia Mutua de Recaudo (MCAP, por sus siglas en inglés, Mutual Collection Assistance Program)

²⁴⁹ Véase, Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Propósitos Fiscales, "Intercambio de Acuerdos de Información Tributaria". Una lista completa de TIEA (a nivel mundial) *disponible en* http://www.oecd.org/document/3/0,3746,en_21571361_43854757_48561219_1_1_1_1,00.html.

con cinco países: Canadá, Francia, Dinamarca, Suecia y los Países Bajos.²⁵⁰ Cada una de las partes asiste a las demás en el recaudo de impuestos. Bajo el MCAP, el país “solicitado” realmente recaudará los impuestos adeudados por un ciudadano del país “solicitante” (que resida en el país solicitado). La información personal, como el nombre del individuo, la dirección, el número de identificación, el tipo de impuesto, el monto del impuesto y cualquier otra información necesaria, se intercambia entre los países.

Los tratados, los TIEA y el programa MCAP, amplían el acceso del IRS a la identidad y ubicación de todos los activos del contribuyente de los Estados Unidos. El inversionista de los Estados Unidos en el exterior debe tener especial cuidado para evitar convertir al IRS en un acreedor.

²⁵⁰ 11.3.25; Divulgación a países extranjeros para el tratamiento fiscal: Divulgaciones a países extranjeros en temas de recaudación, Manual de Ingresos Internos, junio 19, 2009, *disponible en* http://www.irs.gov/irm/part11/irm_11-003-025.html; *vea también* Michael Sullivan, Programa de Asistencia de Recolección Mutua del IRS-Canadá, Dinamarca, Francia, Países Bajos, febrero 11, 2011, *disponible en* <http://www.freshstarttax.com/blog/irs-mutual-collection-assistance-program-canada>, último accedido, enero 29, 2012.

Protección de Activos

Capítulo 9: Seguro de Propiedad y de Accidentes

“Nunca preste su automóvil a nadie a quien haya dado a luz”. – Erma Bombeck

9.1 Responsabilidad General y Profesional

La planificación de protección de activos no reemplaza la necesidad de un seguro. Un plan de protección de activos prudente incluye cobertura de responsabilidad individual y de negocios. El seguro de responsabilidad (a diferencia de la cobertura de la propiedad) obliga contractualmente a una aseguradora a pagar por daños no intencionales causados por el asegurado a otras personas y propiedades. La cobertura de responsabilidad crea un derecho contractual de reembolso (para las responsabilidades que, de otro modo, exponen al asegurado). El seguro de propiedad protege los activos

Protección de Activos

físicos del asegurado del daño ocasionado por otras personas, accidentes y desastres naturales. Tanto el seguro de propiedad como el de responsabilidad son necesarios, pero el seguro de responsabilidad suele ser más relevante en la planificación de protección de activos.

El seguro de responsabilidad reduce la exposición a (i) reclamaciones personales (tales como responsabilidad de automóvil o lesiones a un huésped de la casa), (ii) responsabilidades generales de negocios y (iii) reclamaciones por negligencia profesional. Una cobertura personal y profesional adecuada, crea una barrera inicial contra la pérdida de activos no protegidos.

Los individuos con activos importantes deben tener un seguro de responsabilidad de auto y de hogar (incluida la cobertura de “conductor no asegurado”) así como una póliza “general” (que extiende dicha cobertura) por varios millones de dólares. Las exclusiones de la cobertura de responsabilidad personal, por daños derivados de la actividad de negocios, los deportes peligrosos, las herramientas eléctricas y las mordeduras de perro, por nombrar algunos, deben estudiarse cuidadosamente.

Las reclamaciones de negocios (asociadas con daños y perjuicios derivados de la operación de una compañía) generalmente exponen solo los activos de un negocio en particular. Los activos mantenidos por separado no están expuestos a reclamaciones relacionadas con la operación de la entidad de negocios. Como se discutió en el Capítulo 7, las corporaciones y las LLC ofrecen protección “interna” de activos al aislar a los propietarios de

las obligaciones corporativas. Los activos de negocios están expuestos a proveedores de negocios o reclamaciones de clientes (que surgen “dentro” de esa operación de negocios específica). El seguro de responsabilidad empresarial protege el valor de la propiedad que posee la compañía.

El seguro empresarial general cubre la responsabilidad por accidentes en los locales comerciales y que surjan de un empleado que actúe dentro del alcance del empleo. Normalmente, se excluye de la cobertura el daño causado por daños intencionales de empleados, actos en estado de ebriedad, discriminación, actividades de negocios en el hogar, decisiones de la junta y de funcionarios y obligaciones contractuales. La cobertura de especialidad limitada está disponible para ciertas exclusiones, a saber, discriminación, acoso sexual, actividades de negocios en el hogar y responsabilidad de la junta directiva.

Los profesionales, como médicos, abogados, ingenieros y arquitectos, son personalmente responsables por negligencia profesional. También pueden ser responsables por los actos de los empleados. Aunque técnicamente es una responsabilidad de negocios, la responsabilidad por negligencia profesional también es una obligación personal de profesional. Dada la cobertura de seguro tradicionalmente disponible para médicos, abogados, ingenieros y otros profesionales, la ley de responsabilidad civil estadounidense que rige la negligencia profesional, se ha desarrollado en torno a la disponibilidad del seguro por negligencia médica. Los abogados de los demandantes que se especializan en negligencia profesional

Protección de Activos

tienden a buscar la recuperación de una compañía de seguros. Esto le permite al abogado del demandante enfocarse en la validez de la reclamación (sin preocupación con respecto al recaudo de una sentencia eventual). Las exclusiones comunes de la cobertura por negligencia (dejando al profesional expuesto) son daños por negligencia grave, daños punitivos, actos de empleados subordinados no asegurados y productos defectuosos.

La cobertura de responsabilidad empresarial y profesional generalmente representa un gasto mayor que la cobertura personal. El costo es un factor sustancial para decidir la cantidad de cobertura de negligencia profesional y empresarial que se debe llevar.

Los negocios también deben considerar el acoso de los empleados y la cobertura relacionada, para “contratar de lejos” la mayor responsabilidad de los empleados como sea posible. Todos los negocios deben establecer un manual para el empleado, para definir los parámetros de conducta aceptable. El manual debe ordenar políticas generales, para protegerse contra las reclamaciones frívolas de los empleados.

Las restricciones contractuales a la competencia y la revelación de información confidencial del negocio deberían ser requeridas a los empleados, como condición para un empleo nuevo y continuado. Las disposiciones razonables de no divulgación son exigibles. El alcance de las restricciones permisibles a la competencia varía de un estado a otro. Los acuerdos de empleo también deberían cargar a la parte perdedora (en el litigio relacionado con el

acuerdo) con los honorarios legales incurridos por el ganador. El riesgo de tener que pagar a ambos abogados a menudo impedirá que un empleado considere una violación. Sin ese lenguaje, las partes generalmente pagan sus propios honorarios legales.

Aunque ciertos asesores imprudentes toman la posición de que un mínimo o ningún seguro representará un demandado menos atractivo, un nivel de cobertura razonable y asequible, combinado con un plan de protección de activos cuidadosamente desarrollado, es el enfoque más efectivo. La cobertura de seguro a menudo apaciguará a un abogado agresivo del demandante con “fruta fácil de alcanzar”, mientras que un plan de protección de activos sólido protegerá al “árbol” del ataque. La mayoría de los abogados de los demandantes trabajan por una tarifa supeditada al recaudo (no por horas). Si no se recuperan los daños, no se le paga al abogado por su tiempo y debe cubrir todos los gastos de litigar la reclamación. Los ingresos del seguro inmediatamente disponibles suelen saciar a un abogado litigante, de lo contrario, se ven obligados a analizar y atacar las debilidades del plan de protección de activos del deudor. Incluso las grandes reclamaciones profesionales a menudo se resuelven por una cantidad razonable de seguro.

9.2 Responsabilidad Civil de Automóviles

Un área de exposición a la responsabilidad que a menudo se pasa por alto, se deriva del uso de automóviles por parte de alguien que no es el propietario. Dependiendo del estado aplicable, el propietario de un automóvil puede

Protección de Activos

ser responsable de su operación por parte de otra persona. Dichas leyes pueden ser impredecibles y contribuir a la fuente más común de responsabilidad personal en los Estados Unidos. La atribución de la responsabilidad automática de una persona a otra se basa en la “responsabilidad estricta” del propietario por la operación del automóvil. La planificación de responsabilidad civil de automóviles es crucial para evitar la responsabilidad estricta del propietario.

En Florida, por ejemplo, un propietario individual de un vehículo es estrictamente responsable de su operación por parte de cualquier persona que tome prestado el automóvil. La responsabilidad estricta no depende de la negligencia real o la intención de hacer daño, sino el deber estricto de hacer algo seguro. Al prestar un automóvil a un amigo en Florida, el propietario se hace responsable de los daños causados por el amigo.²⁵¹ Los diferentes estatutos estatales incluyen una serie de limitaciones y variaciones en el alcance de la estricta responsabilidad por automóviles. Por ejemplo, en California, el propietario de un automóvil es estrictamente responsable de los accidentes que se produzcan por el uso del automóvil por parte del conductor. Sin embargo, la responsabilidad del propietario está limitada a USD 5.000 por daños a propiedad, USD 15.000 por muerte o lesiones a una sola persona y USD 30.000 por muerte o lesiones a varias partes.²⁵²

²⁵¹ Fl. Stat. § 324.021(9)(b)(3) (2009).

²⁵² Ca. Código de Vehículo § 17151(a) (2011).

Florida, además, atribuye responsabilidad al propietario del automóvil a través de una doctrina conocida como encomienda negligente de una instrumentalidad peligrosa. Si (i) el propietario de un vehículo sabía o debería haber sabido que el prestatario no era competente o no estaba preparado para conducir, (ii) la encomienda del vehículo creaba un riesgo apreciable de daño a otros y (iii) el daño fue causado por la negligencia del encargado, el demandante puede probar un caso por encomienda negligente.

Una fuente notable de atribución de responsabilidad automática es de los hijos (potencialmente incluso hijos adultos). En varios estados, ambos padres son responsables por la operación de un vehículo por parte de un hijo menor de edad. Los hijos de cualquier edad que operan un automóvil por indicación de un adulto (como una solicitud para hacer recados) pueden exponer al adulto a la negligencia del conductor. La atribución de responsabilidad infantil a los padres puede crear lo que se conoce como “brecha en la cobertura”. La brecha se produce porque los niños a menudo no están asegurados (o están infraasegurados). Tal cobertura inadecuada del niño puede no satisfacer los daños (por los cuales el niño y los padres son responsables) y la póliza del padre no cubre la negligencia del niño.

Aunque es más costoso, la prudencia a menudo dicta agregar al niño (de cualquier edad) que vive en el hogar, a una póliza familiar con altos límites de cobertura. La póliza familiar también cubrirá (normalmente) el uso de automóviles de alquiler. Varios tipos de póliza están

Protección de Activos

disponibles a nivel nacional, que cubren al jefe de familia, cónyuge e hijos. Además, la cobertura de responsabilidad complementaria (para aumentar la cobertura de automóviles y viviendas) generalmente está disponible, comenzando con una cobertura de un millón de dólares. Se puede suscribir una póliza integral para cubrir barcos, vehículos recreativos (caravanas) y otros vehículos. Dicha cobertura puede ser una forma muy asequible de, prácticamente, eliminar la exposición a reclamaciones domésticas, de automóviles y relacionadas.

Las compañías no son responsables por los accidentes de conducción de los empleados que no están “en el trabajo”. Sin embargo, el empleador puede cubrir a un empleado y su familia para el uso personal de un automóvil de la compañía, si este se identifica como un “operador permisivo” en la póliza de la compañía. El seguro de automóvil comercial generalmente incluye dicha cobertura y asegura a los empleados que conduzcan un automóvil de la compañía (en el trabajo o de otro modo). Dicha cobertura se limita al uso del automóvil de la compañía, a menos que la póliza incluya un endoso (llamado “Conducir con la Cobertura de otro Automóvil”) asegurando accidentes por el empleado (y la familia) conduciendo otros automóviles.

La compañía también debe asegurarse contra cualquier responsabilidad causada por un empleado que maneja su propio automóvil en el negocio de la compañía. Esta cobertura se denomina “Responsabilidad por Automóviles no Poseídos por los Empleadores”.

Los conductores individuales sin cobertura comercial deben ser conscientes del hecho de que las aseguradoras a menudo niegan la cobertura (bajo una póliza personal) por accidentes relacionados con el uso incidental de negocios de un automóvil. Ejemplos de uso incidental de negocios incluyen, recoger un documento de negocios o visitar una propiedad en alquiler.

9.3 Conclusión

La planificación del seguro requiere un estilo de vida astuto y cambios en los riesgos contractuales. Trasladar la responsabilidad a la aseguradora (en la medida económicamente factible) siempre es aconsejable. Desafortunadamente, la mayoría de los estadounidenses están infraasegurados debido a que tienen una tolerancia irrazonablemente baja a las primas de seguro. La falta de una cobertura de seguro adecuada desplaza la exposición de la responsabilidad a los acusados más ricos (que tienen los activos para pagar la sentencia). Los demandados potenciales con activos para proteger deben mantener la cobertura suficiente para anticipar cualquier contingencia razonable.

Protección de Activos

Capítulo 10: Liquidación de Capital

“Presta dinero a un enemigo y lo ganarás, a un amigo y entonces lo perderás”. – Benjamin Franklin

A pesar de la disponibilidad de técnicas de protección de activos, algunos activos no pueden ser prácticamente transferidos o liquidados. Los obstáculos incluyen problemas de impuestos, consentimientos de socios no disponibles y cargas de título. La integración de dichos activos en una estructura de protección o la conversión a activos exentos de acreedores no es, por lo tanto, factible.

Se puede implementar una estrategia simple conocida como “liquidación de capital” para proteger la propiedad expuesta no transferible. La técnica implica agotar el valor de la propiedad. El dueño de la propiedad

Protección de Activos

toma dinero prestado, el pago del cual está asegurado por el gravamen del prestamista sobre la propiedad. El prestamista debe tener el derecho exigible de ejecutar la hipoteca de la propiedad asegurada, si el préstamo no se paga oportunamente. Una vez que se registra el gravamen, la propiedad no puede ser alcanzada por un acreedor de sentencia judicial posterior, sin pagar primero el préstamo garantizado. El dinero prestado se invierte, entonces, en un activo protegido (como un seguro de vida total, una anualidad o la vivienda familiar del propietario) o se utiliza para comprar activos en una estructura protegida.

La liquidación de capital (i) protege el valor de la propiedad que de otro modo estaría expuesto y (ii) permite la inversión productiva de un capital que de otro modo estaría estancado. Se debe tener cuidado, sin embargo, en garantizar la preservación de la liquidez suficiente. A pesar de los beneficios de la liquidación de capital, se deben evitar las protecciones que comprometan la capacidad del prestatario para realizar los pagos del préstamo. Las reservas de efectivo suficientes siempre deben estar disponibles para respaldar la deuda y el costo del litigio.

Algunos asesores recomiendan préstamos irrestrictos de un prestamista “amigo” (como un amigo o pariente rico), sin la intención de exigir el reembolso. Tales arreglos son altamente analizados por los tribunales. Sin embargo, los préstamos familiares hechos de buena fe pueden utilizarse para gravar propiedades no protegidas. Tener una propiedad de gravamen de progenitor de un prestatario infantil, obligará al acreedor del niño a pagar a los padres antes de alcanzar los activos asegurados. Los

préstamos familiares deben evidenciarse adecuadamente mediante un pagaré (que refleje la fecha del préstamo) y la presentación del gravamen correspondiente. Dichos préstamos proporcionan un medio para pagarle a mamá y papá (con activos no protegidos), como una alternativa para pagarle a un acreedor de sentencia judicial. Cuanto más cuidadosamente documentado sea el préstamo de la parte relacionada, menor será el riesgo de que un juez haga caso omiso del préstamo, “liquide” el gravamen y vincule la garantía.

Otra forma de lograr la liquidación de capital es a través de la segregación de activos de negocios. Por ejemplo, un inmueble comercial ocupado por un negocio activo puede ser adquirido por separado por una LLC (formada por los propietarios del negocio) y arrendado a la entidad de negocios. Esta estrategia segrega la propiedad de los acreedores del negocio y mantiene a los empleados alejados de valiosos bienes inmuebles y equipos.

La LLC de bienes inmuebles (que arrienda espacio comercial a la entidad de negocios) puede establecer (i) un gravamen de propietario oneroso (gravando activos del negocio para asegurar pagos de arrendamiento) y (ii) derechos de aceleración de arrendamiento (causando que todos los pagos de arrendamiento venzan en el momento en que el negocio entra en litigio. El contrato de arrendamiento puede establecer gravámenes de propietario sobre todas las propiedades del negocio, incluidas las cuentas por cobrar, la maquinaria y los derechos contractuales. En el caso de que la entidad de negocios entre en litigio o sufra un juicio, una gran obligación de aceleración de arrendamiento afecta a

Protección de Activos

todos los activos de negocios. El propietario puede ejecutar su gravamen, con prioridad de embargo superior al acreedor del negocio. El gravamen del propietario obliga a un acreedor de sentencia judicial a pagar todo el arrendamiento antes de llegar a los activos del negocio.

Otra estrategia de liquidación de capital es permitir que un prestamista de bienes inmuebles grave los activos no protegidos del negocio (como garantía para su préstamo). Esto previene que los acreedores del negocio lleguen a los activos del negocio retenidos por el prestamista.

Las cuentas por cobrar (“A/R” por sus siglas en inglés, Accounts Receivable) también se pueden convertir en efectivo vendiendo las A/R a un “factor”. Un factor es el negocio de comprar A/R con un descuento. El factoraje permite un flujo de caja inmediato y la distribución del efectivo expuesto del negocio. Alternativamente, el negocio puede pedir prestado contra A/R e invertir los ingresos del préstamo en activos protegidos. El prestamista registra un gravamen contra las A/R, para liquidar el valor del capital. Una vez que se ha presentado el gravamen del Código Comercial Uniforme, cualquier acreedor del negocio debe pagar el préstamo antes de llegar a las A/R. Varias aseguradoras comerciales en realidad organizan programas de A/R financiadas, como un medio para financiar planes de jubilación de propietarios con seguros y anualidades.

Cualquier estructura de factoraje o préstamo de una parte relacionada, debe incluir una prima de factoraje de mercado (para una venta factorizada) o una tasa de interés

de mercado. La elección entre una venta de A/R o un préstamo (garantizado por A/R), a menudo dependerá del impacto, en cuanto a impuestos, de cada opción. Si las partes relacionadas poseen tanto el negocio como el prestamista (o factor), deben mantener cuidadosamente las formalidades corporativas y documentar meticulosamente el acuerdo.

Protección de Activos

Capítulo Final: Caso de Estudio

Este capítulo ilustra cómo aplicar algunas de las técnicas de protección de activos de impuestos neutrales más comunes. En nuestro ejemplo hipotético, Jack y Jill son una pareja casada con hijos, que viven en Anytown, Estados Unidos. Jill es una radióloga que ama la inversión en bienes inmuebles. Posee el consultorio de radiología con un socio igualitario, a través de una corporación profesional “S”. Además de la práctica de radiología, la corporación “S” posee un edificio profesional “libre y despejado” (donde opera la práctica médica). La práctica médica en sí no posee otros activos significativos, aparte de las cuentas por cobrar. Jill no tiene un acuerdo por escrito con su socio con respecto a la propiedad o administración del consultorio.

Protección de Activos

Jill posee, de forma individual, cuatro casas en alquiler. También posee varias cuentas de ahorro y de valores personales que crean valor, mientras busca su próxima propiedad de inversión. Jill contribuye a un plan de retiro 401 (k) a través de la práctica de radiología.

Jack posee y opera una compañía de construcción de pavimentación a través de una corporación “S”. Jack tiene un joven socio minoritario con quien tiene la intención de vender algún día el negocio. El negocio de pavimentación opera en espacios arrendados, pero posee equipo pesado sustancial. El negocio genera ganancias consistentes y tiene un alto valor de mercado con poca deuda. Jack trabaja constantemente y reinvierte el dinero que le queda libre en el negocio. Jack nunca ha consolidado un acuerdo de sucesión con su socio.

Jack y Jill son dueños de una casa junto con un capital sustancial. No tienen otros activos conjuntos.

Jill

La exposición a la responsabilidad principal de Jill es una reclamación potencial por negligencia médica. Una sentencia adversa contra Jill o su socio, expone los activos de la práctica y los activos personales del demandado/médico. Una sentencia contra Jill expone sus bienes inmuebles personales, efectivo y valores.

Jill y su socio de negocios, primero deben reorganizar la práctica médica moviendo el edificio de oficinas a una LLC protectora (formada en una jurisdicción

favorable). La reorganización podría tomar una variedad de formas, dependiendo de las circunstancias en cuanto a impuestos.

El edificio médico LLC debe ser propiedad al 50% de Jill y Jack (TBE) y al 50% del socio de Jill y su cónyuge (TBE). La titulación como TBE (dependiendo de la ley estatal aplicable) aislará el capital de la LLC del cobro de gravámenes, a excepción de las deudas conjuntas de ambos cónyuges. La transferencia del edificio, lo aislará de cualquier reclamación futura por negligencia médica. La responsabilidad interna, derivada de un accidente en el edificio, estaría limitada (más allá de la cobertura del seguro) a la pérdida del edificio (el único activo de la LLC).

El nuevo propietario de la LLC podría establecer un gravamen sobre las cuentas por cobrar de la práctica médica. El gravamen (asegurando rentas pendientes) obstaculizaría el embargo de las A/R por parte de los acreedores de la práctica. La entidad de la práctica y/o el nuevo edificio LLC, también podría establecer una línea de crédito comercial, asegurada por las A/R de la práctica, a la liquidación del capital de las cuentas por cobrar de la práctica. También se podría considerar la venta de las A/R a un factor.

Las formalidades aplicables de la corporación profesional deben actualizarse. La entidad de la práctica también debe convertirse en una LLC profesional, para limitar las reclamaciones de capital de cualquier acreedor externo (de Jill o su socio). La LLC requerirá menos

Protección de Activos

formalidad y mantenimiento que la corporación profesional existente. Por ejemplo, las LLC no requieren actas anuales.

Tanto la LLC de la práctica como la LLC del edificio médico, deben comprar una cantidad razonable de seguro de negligencia médica y de propiedad y accidentes (según corresponda). El ingreso del seguro proporcionará “frutos bajos” a un potencial reclamante y compensará los costos del litigio.

Para evitar cualquier conflicto entre socios, el edificio médico LLC debe regirse por un acuerdo de operación ligado a la práctica médica. Si un médico abandona la práctica, el acuerdo permitiría (o requeriría) que el médico que queda (y su cónyuge) compraran los intereses de membresía del médico saliente (y su cónyuge). El acuerdo podría requerir la compra de un seguro de vida, para proporcionar liquidez para una compra que se desencadene por la muerte de cualquiera de los médicos. En consecuencia, la entidad de la práctica debe estar regida por un acuerdo de operación, para tomar decisiones administrativas y cualquier transición de práctica necesaria sin incidentes.

Jill debe contribuir con los bienes inmuebles que posee personalmente, junto con una cantidad sustancial de sus activos más líquidos, a una LLC familiar (discutida a continuación). La propiedad individual de bienes inmuebles expone a Jill a reclamaciones derivadas de un accidente en cualquier propiedad. Además, los bienes que se mantienen individualmente están disponibles para los acreedores de Jill.

La cuenta 401(k) de Jill está basada en ERISA y, por lo tanto, está protegida de sus acreedores. Cualquier dinero retirado de la cuenta 401(k), probablemente quede expuesto a los acreedores, y debe depositarse en una subsidiaria de la LLC familiar.

Jack

Jack debería considerar la conversión de su valiosa corporación de construcción a una LLC (gravada como una corporación “S”). La corporación existente no ofrece protección “externa” de acreedores. El capital de negocios de Jack (y el capital poseído por el socio minoritario de Jack) está expuesto a sus respectivos acreedores “externos”. El nuevo interés de la LLC de Jack también podría titularse como TBE con Jill (si está disponible en su estado) para evitar la exposición a orden de cobro de los acreedores externos de Jack.

Cualquier equipo de construcción valioso, debe transferirse a una LLC separada y arrendarse a la LLC de construcción. El equipo normalmente se transferiría a una entidad hermana (de la LLC de construcción), dependiendo de las consecuencias en materia de impuestos. Después de la transferencia, los empleados, proveedores y otros reclamantes de negocios de la compañía constructora, probablemente no tendrían acceso a la maquinaria valiosa. La administración y propiedad de la LLC de equipo hermana, se correspondería con la LLC de construcción, propiedad de Jack y su socio minoritario más joven. La segregación de equipos en una LLC hermana es análoga a la segregación de Jill de la oficina médica en una LLC (la

Protección de Activos

cual arrienda espacio a la práctica médica de Jill). Jack también podría liquidar el capital del equipo, estableciendo una línea de crédito, asegurada por el equipo.

Un acuerdo de operación para la compañía constructora permitirá que Jack venda la propiedad mayoritaria a su socio más joven (con el tiempo), sin perder el control administrativo. Si Jack muere antes de la venta de su interés total, el acuerdo de operación podría requerir que el socio de Jack compre los intereses de Jack con los ingresos del seguro de vida (mantenidos de conformidad con el acuerdo de operación). El acuerdo también le permitiría a Jack recomprar el capital vendido a su socio, en caso de que su socio abandone el negocio.

LLC de Familia

Jack y Jill deberían formar una LLC protectora o una compañía holding de sociedad limitada. La compañía holding sería propietaria de cinco LLC subsidiarias. Las cuentas de valores de Jill serían retituladas en nombre de una subsidiaria de valores y cada una de sus cuatro propiedades en alquiler sería transferida a una subsidiaria separada. Las subsidiarias (que no se tienen en cuenta para efectos de impuestos) segregarían los valores y cada inversión inmobiliaria de Jill. Como resultado de dicha segregación, cualquier responsabilidad derivada de una sola propiedad estaría aislada de las otras propiedades. Se formarían subsidiarias adicionales por cada pieza adicional de bienes inmuebles comprados. La subsidiaria de valores puede crear cualquier nueva cuenta de valores (formada en Delaware, para aprovechar el lenguaje estatutario de

protección de Delaware con respecto a los activos pasivos). Las diversas cuentas de valores (a diferencia del sector inmobiliario) no se segregan individualmente porque ninguna crea una responsabilidad interna (lo que puede exponer a la otra propiedad en la misma filial). Tenga en cuenta que la compañía holding probablemente opte por ser gravada como una sociedad que le impide poseer capital en la entidad de negocio/práctica de Jack o Jill (cada una gravada como una corporación “S”).

Por lo tanto, las cinco LLC subsidiarias segregarían los valores líquidos de Jill y eliminarían la responsabilidad compartida entre las propiedades de inversión. La exposición a la responsabilidad que surge de una propiedad en particular (mantenida en una subsidiaria LLC) se limitaría a la pérdida de la propiedad (si los daños excedieran la cobertura del seguro). Además, cualquier acreedor imprevisto de Jill o Jack, no podría alcanzar ningún activo de la compañía holding (o de ninguna subsidiaria).

Jill y Jack deberían considerar organizar una subsidiaria LLC (la sexta) de administración. La LLC de administración se encargaría de todas las funciones de gestión, de manejo interno de la oficina y administrativas, asociadas con los bienes inmuebles de Jill y el edificio médico. Dicha subsidiaria administrativa eliminaría la necesidad de una participación activa (y exposición) de la compañía holding. La entidad de administración tendría derechos de administración de contrato y todos los activos de tipo contable/de computadora. Un acuerdo de administración establecería un acuerdo de servicio para

Protección de Activos

contabilidad, cobro de alquileres, desalojos, reparaciones, etc. Este acuerdo consolidaría todas las operaciones de escritura, contabilidad y cobranza de cheques a través de una sola subsidiaria.

Si Jill se siente más cómoda con el control exclusivo, podría actuar como única administradora de la compañía holding (propiedad de marido y mujer, TBE, si está disponible en su estado). Si Jill se opone a involucrar a Jack en lo absoluto, Jack puede ser excluido. Sin embargo, la exclusión de Jack elimina el potencial de titulación de TBE protectora de los intereses de membresía conyugal. Los intereses de membresía de Jill están sujetos a un gravamen de orden de cobro (y, potencialmente, ejecución hipotecaria). Para evitar la exposición como LLC de miembro único, Jill podría formar uno o más fideicomisos irrevocables para mantener los intereses minoritarios en la compañía holding. Dichos fideicomisos actuarían como miembros adicionales y podrían ser controlados por Jill o por una parte amiga, para el beneficio de los hijos de Jill. Un fideicomiso de protección de activos que beneficie a Jill (y a cualquier otra persona) también podría actuar como un miembro adicional. Mientras menos control y beneficio tenga Jill sobre cualquier miembro fiduciario/adicional, es menos probable que un juez ignore el fideicomiso como segundo miembro de la compañía holding.

Se podría crear una capa adicional de protección mediante la contribución de la compañía holding familiar a un fideicomiso de protección de activos nacional o costa afuera. Por lo general, Jill (y/o Jack) retendrían el control

administrativo (y el 1%) de la LLC. Jill, Jack y/o sus hijos, podrían ser beneficiarios del fideicomiso. Dependiendo de dónde se forme el fideicomiso, Jill y Jack podrían retener el derecho a distribuciones mínimas del fideicomiso.

El uso de una estructura de compañía holding, también puede crear oportunidades de planificación de patrimonio. Jack y Jill pueden otorgar participaciones no controladoras adicionales en la compañía holding a fideicomisos para sus hijos. Los regalos se pueden hacer anualmente a hijos y nietos, o a fideicomisos creados para ellos. Un programa anual de regalos reducirá su patrimonio gravable y posiblemente incorporará descuentos al impuesto federal sobre regalos.

Vivienda Familiar

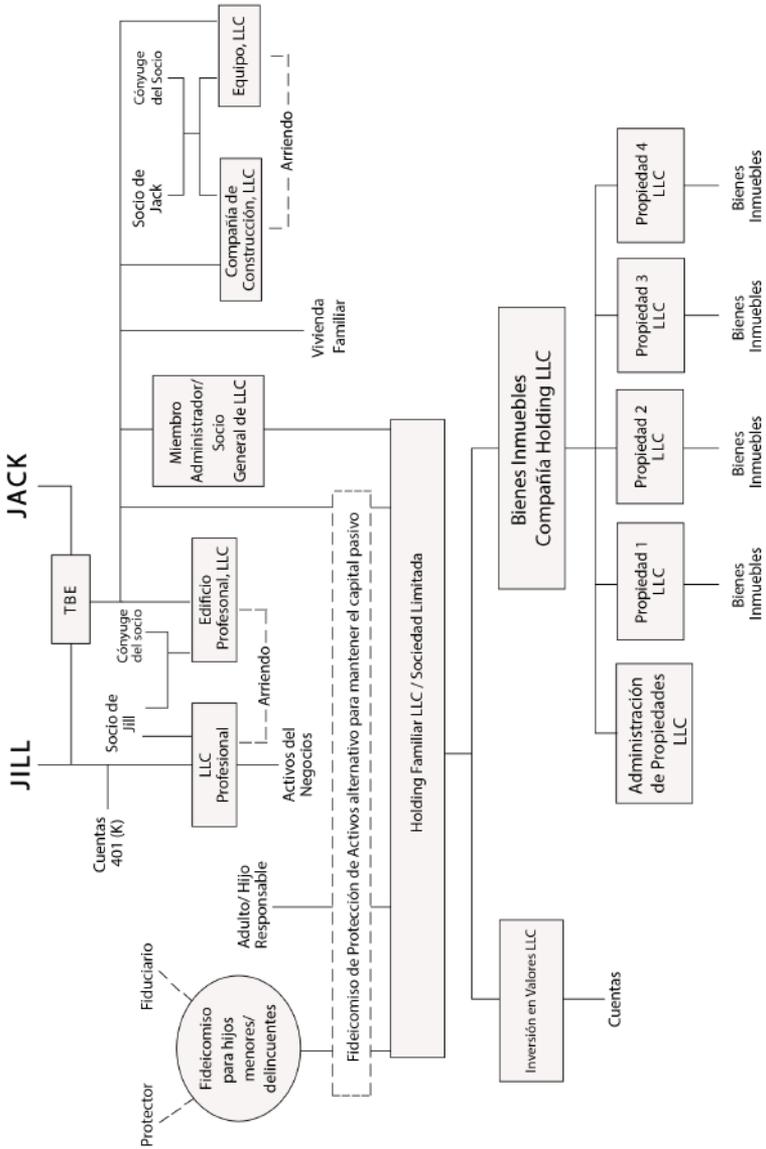
Si Jack y Jill viven en un estado que ofrece una exención de vivienda familiar ilimitada, deben conservar la propiedad personal de su hogar y confirmar el cumplimiento del requisito de superficie aplicable y otras condiciones. Si la titulación como TBE está disponible, debe establecerse adecuadamente, como una capa protectora adicional de capital en el hogar. En los estados que ofrecen una exención de vivienda familiar limitada, el hogar debe (según las circunstancias) trasladarse a la compañía holding familiar y/o “despojarse” del capital. Jack y Jill también deben comprar un seguro de propietario suficiente para protegerse de la responsabilidad derivada de un accidente en las instalaciones. La responsabilidad conjunta potencial expondrá la casa (si no está legalmente protegida) y todos los demás activos no protegidos

Protección de Activos

mantenidos individualmente por uno o ambos cónyuges. El cuadro en la página 251 ilustra el plan de protección de Jack y Jill.

Conclusión

Al implementar una serie manejable de protecciones legales, Jack y Jill aislarán activos valiosos de los acreedores y evitarán disputas de negocios. Un plan de protección de activos apropiadamente adaptado salvaguarda la riqueza. Un abogado experimentado, dedicado a la práctica de la protección de activos, puede ayudarlo a diseñar e implementar la mejor estructura para su situación particular.



Protección de Activos

Bibliografía

- Adkisson, Jay D., and Riser, Christopher M., *Asset Protection: Concepts & Strategies for Protecting Your Wealth*. McGraw-Hill, 2004.
- Engel, Barry S., *Asset Protection Planning Guide*. CCH, 2005.
- Fisher, Howard, “Domestic Based Asset Protection Strategies Explained and Fantasies Exposed.” *Annual Wealth Protection: Hot Topics in Asset Protection Planning* (Florida Bar Seminar), 2006.
- Northcott, Alan, *Asset Protection for Business Owners and High Income Earners: How to Protect What You Own from Lawsuits and Creditors*. Atlantic Publishing Group, 2009.
- Rosen, Howard D., and Rothschild, Gideon, “Asset Protection Planning.” Portfolio No. 810-2d, Tax Management (BNA). *Estates, Gifts and Trusts*, 2007.

PROTECCIÓN DE ACTIVOS PARA PROFESIONALES, EMPRESARIOS E INVERSIONISTAS

es un texto altamente ilustrativo sobre la ley de protección del acreedor. A través de ejemplos de la vida real y casos reales de tribunales, el libro revela por qué algunas estrategias son más eficaces que otras. Aprenda cuáles estados y países ofrecen la protección más efectiva, cómo usted puede aprovecharlas y cómo la planificación antes del litigio es el mejor modo de evitar la exposición.

Aísle su activo de negocio y de inversión a través de la planificación legítima. Los tribunales han confirmado que la planificación para el litigio funciona. Protección de Activos examina métodos de probada eficacia para salvaguardar su riqueza, incluyendo:

- Fideicomisos nacionales y extranjeros
- LLC, Corporaciones y Sociedades (Nacionales y Costa Afuera)
- Vivienda Familiar, Planes de Retiro, Seguro de vida y otras Protecciones Estatutarias
- Titulación Conjunta
- Bancarrota
- Reclamaciones del Gobierno
- Transferencias Protectoras
- Seguro
- Endeudamiento Estratégico
- Ejemplos de Casos y Referencias Históricas



Gary Forster es un abogado de Florida que practica las leyes de protección de activos, corporativas, de planificación del patrimonio y de impuestos. Es experto en asuntos nacionales e internacionales. El Sr Forster maneja una variedad de temas de planificación comercial, personal y de impuestos, desde la protección de la riqueza y la estructuración corporativa hasta reorganizaciones complejas de negocios. Es miembro del Florida Bar, del District of Columbia Bar, y del Tribunal de Impuestos de los Estados Unidos. Se graduó con honores de Tufts University (B.A.) y de University of Florida College of Law (J.D., L.L.M.). El Sr. Forster escribe y dicta conferencias sobre la protección de activos, leyes internacionales de impuestos y leyes corporativas.

www.ForsterBoughman.com

Aspire Publishing, LLC

