

TRATADO DE FIDEICOMISO



TOMO I
PARTE GENERAL

GABRIEL GOTLIB
MARIO A. CARREGAL
FERNANDO M. VAQUERO

Directores

CARLA MARINA GRUSKIN

Coordinadora

LA LEY

ÍNDICE GENERAL

| | Pág. |
|---------------|------|
| Prólogo | IX |

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN GENERAL

POR MARIO A. CARREGAL

| | |
|--|----|
| 1. El negocio jurídico fiduciario o de confianza | 1 |
| 2. El fideicomiso contractual. Concepto | 3 |
| 3. ¿Qué bienes pueden ser transferidos en propiedad fiduciaria? | 5 |
| 4. Contrato de fideicomiso. Definición | 6 |
| 5. Distingo entre fideicomiso y contrato de fideicomiso | 9 |
| 6. Nuestra opinión | 10 |
| 7. Características esenciales del fideicomiso | 11 |
| 8. Fideicomiso y negocio simulado | 14 |
| 9. ¿Es el fideicomiso una persona jurídica o un ente de existencia legal independiente?..... | 16 |

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN PARTICULAR

POR MARIO A. CARREGAL

| | |
|---|----|
| 1. Carácter consensual del fideicomiso. Objeto del contrato | 23 |
| 2. Bilateralidad..... | 29 |
| 3. Partes intervinientes..... | 32 |
| 3.1. El fiduciante..... | 33 |
| 3.2. Fiduciario..... | 34 |
| 3.2.1. El fiduciario como beneficiario y fideicomisario..... | 36 |
| 3.2.2. El fiduciario como fiduciante en otro fideicomiso | 37 |

| | Pág. |
|---|------|
| 3.2.3. Pluralidad de fiduciarios..... | 38 |
| 3.2.4. Pautas de actuación | 40 |
| 3.2.5. El fiduciario designado judicialmente ¿está obligado a aceptar el cargo? | 41 |
| 3.2.6. Retribución del fiduciario..... | 42 |
| 3.2.7. Cese del fiduciario..... | 42 |
| 3.3. Beneficiario | 43 |
| 3.4. Fideicomisario..... | 45 |
| 4. Capacidad | 46 |
| 5. Objeto | 47 |
| 6. Forma | 47 |
| 7. Contenido..... | 49 |

CAPÍTULO III LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

POR MARIO A. CARREGAL

| | |
|---|----|
| 1. Propiedad y dominio..... | 55 |
| 2. Derechos reales y personales. Dudoso valor científico del distingo | 59 |
| 3. El dominio fiduciario | 62 |
| 4. Tesis que sostienen la dualidad de regímenes fiduciarios | 67 |
| 5. Contenido de la propiedad fiduciaria..... | 67 |
| 6. Facultades del propietario fiduciario..... | 69 |
| 6.1. Restricciones al ejercicio del derecho de propiedad fiduciaria | 69 |
| 6.2. ¿Puede el fiduciario gravar con usufructo los bienes fideicomitidos?.... | 73 |
| 6.3. Derechos reales de garantía | 74 |
| 7. La propiedad fiduciaria revocable | 75 |
| 8. Extinción de la propiedad fiduciaria..... | 76 |
| 9. Cómputo del plazo máximo de vigencia de la propiedad fiduciaria..... | 78 |
| 10. Título y modo de adquisición del dominio fiduciario | 80 |
| 11. Modos normales de terminación del dominio fiduciario. Cumplimiento del plazo o de la condición. Efectos | 84 |
| 12. Aspectos registrales del dominio fiduciario. Soluciones del Proyecto... | 87 |
| 12.1. Cambio consensual, renuncia del fiduciario y extinción del fideicomiso | 90 |
| 12.2. Remoción judicial del fiduciario | 91 |
| 12.3. Muerte, incapacidad, disolución, y quiebra del fiduciario.... | 93 |

| | Pág. |
|---|------|
| 12.4. Sustitución de la posición contractual del fiduciario en casos de renuncia, remoción, muerte o incapacidad..... | 96 |
| 12.5. Afectación de los bienes fideicomitidos a otro fideicomiso bajo la titularidad del mismo fiduciario | 96 |
| 12.6. Soluciones del Proyecto | 97 |
| 13. La adquisición del dominio fiduciario y el vínculo obligatorio. Negocio único o plural | 97 |

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

POR CARLA M. GRUSKIN

| | |
|---|-----|
| 1. Aspectos generales | 101 |
| 2. El “Buen hombre de negocios” | 105 |
| 3. Cláusulas de Indemnidad | 107 |
| 3.1. Fideicomisos inmobiliarios..... | 108 |
| 3.2. El fideicomiso inmobiliario y la protección específica del consumidor.... | 108 |
| 3.3. Antecedentes | 111 |
| 3.4. Posturas críticas | 114 |
| 4. Delegación de facultades | 115 |
| 4.1. Aspectos generales..... | 115 |
| 4.2. El caso “Bonesi” | 116 |
| 4.3. El fideicomiso financiero..... | 120 |
| 5. Relación entre la Ley de Fideicomiso y Ley de Procedimiento Tributario sobre responsabilidad del fiduciario..... | 122 |
| 6. Extinción del fideicomiso | 127 |
| 6.1. Extinción del fideicomiso..... | 127 |
| 6.2. Sustitución fiduciaria..... | 133 |
| 7. El Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial..... | 133 |
| Anexo I: Cláusulas limitativas de responsabilidad | 135 |

CAPÍTULO V

FIDEICOMISO E INSOLVENCIA

POR MARTÍN CAMPBELL

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 149 |
| 2. Liquidación del fideicomiso por cuestiones de insolvencia | 149 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3. Concurso preventivo del fiduciario..... | 152 |
| 4. La verificación de crédito en el concurso del fiduciante. Distintas posiciones frente al tema..... | 154 |
| 5. La cesión en garantía, negocio fiduciario y la insolvencia del deudor cedido | 164 |
| 6. Las acciones revocatorias concursales | 167 |
| 7. El fideicomiso como herramienta en la reestructuración de empresas en estado de insolvencia | 170 |
| 8. Fideicomiso de administración en la ley 25.284 del "Régimen Especial de Administración de Entidades Deportivas con Dificultades Económicas" | 173 |
| 9. El fideicomiso y Ley de Entidades Financieras | 177 |

CAPÍTULO VI

FIDEICOMISO EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN

POR MARIO CARREGAL

| | |
|---|-----|
| 1. El Fideicomiso en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación..... | 181 |
| 2. Capítulo 30. Contrato de fideicomiso | 182 |
| 2.1. Sección 1ª. Disposiciones generales..... | 182 |
| 2.2. Sección 2ª. Sujetos | 185 |
| 2.3. Sección 3ª. Efectos | 191 |
| 2.4. Sección 4ª. Fideicomiso financiero | 196 |
| 2.5. Sección 5ª. Certificados de participación y títulos de deuda | 198 |
| 2.6. Sección 6ª. Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación | 198 |
| 2.7. Sección 7ª. Extinción del fideicomiso | 199 |
| 2.8. Sección 8ª. Fideicomiso testamentario | 200 |
| 3. Capítulo 31. Dominio fiduciario..... | 205 |

CAPÍTULO VII

LA DEFRAUDACIÓN FIDUCIARIA

POR HORACIO J. ROMERO VILLANUEVA

| | |
|-----------------------|-----|
| 1. Introducción | 209 |
| 2. Antecedentes | 215 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3. Ubicación, sistemática y denominación de la figura penal dentro de las defraudaciones..... | 224 |
| 4. Bien jurídico protegido | 229 |
| 5. Figura legal | 235 |
| 5.1. Advertencia | 235 |
| 5.2. Presupuesto del delito | 235 |
| 5.2.1. De acuerdo con el modo de creación | 235 |
| 5.2.1.1. Fideicomiso contractual..... | 235 |
| 5.2.1.2. Fideicomiso testamentario..... | 236 |
| 5.2.1.3. Fideicomisos públicos | 236 |
| 5.2.2. De acuerdo con la finalidad | 236 |
| 5.2.2.1. Fideicomiso de garantía | 236 |
| 5.2.2.2. Fideicomisos de administración..... | 237 |
| 5.2.2.3. La participación de los trabajadores en las empresas privatizadas..... | 237 |
| 5.2.2.4. El Fideicomiso en la reestructuración bancaria | 237 |
| 5.2.2.5. Fideicomiso de administración de las entidades deportivas con dificultades económicas | 238 |
| 5.3. Las acciones prohibidas | 238 |
| 5.4. Objeto del delito..... | 240 |
| 5.5. El perjuicio..... | 242 |
| 5.6. El beneficio | 244 |
| 5.7. La defraudación de los derechos de los co-contratantes | 245 |
| 6. Autoría y participación..... | 247 |
| 6.1. Sujeto activo | 247 |
| 6.2. Coautoría mediata | 250 |
| 6.3. Participación | 253 |
| 6.4. Responsabilidad penal de la persona jurídica en el fideicomiso financiero..... | 254 |
| 6.5. Sujeto pasivo..... | 266 |
| 7. Concurrencia con otras figuras penales | 267 |
| 7.1. Estafa..... | 267 |
| 7.2. Defraudación por administración fraudulenta | 269 |
| 7.3. Defraudación por desbaratamiento de derechos acordados | 270 |
| 8. Conclusiones..... | 275 |

CAPÍTULO VIII
INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA TRIBUTARIA
DEL FIDEICOMISO
POR GABRIEL GOTLIB

| | |
|---|-----|
| 1. Fuentes de dificultades en la interpretación del tratamiento impositivo del fideicomiso | 278 |
| 1.1. La relación con el derecho de fondo | 278 |
| 1.1.1. La autonomía del derecho tributario para crear personas | 278 |
| 1.1.2. La esquizofrenia del derecho de fondo | 280 |
| 1.2. La versatilidad del fideicomiso | 282 |
| 1.3. La multiplicidad de sujetos intervinientes en el fideicomiso y la dificultad de identificar el sujeto del hecho imponible..... | 285 |
| 1.4. La desconfianza que genera la figura en materia tributaria | 287 |
| 2. Ejemplos..... | 289 |
| 3. Conclusiones..... | 292 |

CAPÍTULO IX
ASPECTOS FISCALES DEL FIDEICOMISO
POR CARLA M. GRUSKIN

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 293 |
| 2. Naturaleza de la transferencia fiduciaria..... | 294 |
| 3. Impuestos Nacionales..... | 298 |
| 3.1. Impuesto a las Ganancias..... | 298 |
| 3.1.1. Sujetos del impuesto | 298 |
| 3.1.2. Gravabilidad de las utilidades y dividendos | 304 |
| 3.2. Impuesto de Igualación..... | 306 |
| 3.3. Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta..... | 308 |
| 3.3.1. Aspectos generales..... | 308 |
| 3.3.2. Sujetos del impuesto | 309 |
| 3.3.3. Pago a cuenta del Impuesto a las Ganancias | 309 |
| 3.4. Impuesto sobre los Bienes Personales | 313 |
| 3.5. Impuesto al Valor Agregado | 316 |
| 3.5.1. Aspectos generales..... | 316 |
| 3.5.2. Sujetos del impuesto..... | 317 |
| 3.5.3. Adjudicación de los bienes fideicomitidos | 318 |
| 3.5.3.1. Aspectos generales..... | 318 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3.5.3.2. Fideicomisos inmobiliarios..... | 319 |
| 3.6. Impuesto a la Transferencia de Inmuebles..... | 321 |
| 3.7. Impuesto sobre los Débitos y Créditos Bancarios..... | 322 |
| 4. Impuestos provinciales..... | 324 |
| 4.1. Impuesto sobre los Ingresos Brutos..... | 324 |
| 4.2. Impuesto de Sellos..... | 327 |
| 4.2.1. Ciudad de Buenos Aires..... | 330 |
| 4.2.2. Provincia de Buenos Aires..... | 331 |
| 4.3. Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes..... | 333 |
| 4.3.1. Aspectos generales..... | 333 |
| 4.3.2. Algunos ejemplos..... | 336 |
| 5. La sustitución del fiduciario..... | 342 |
| 5.1. Consecuencias fiscales..... | 342 |
| 5.2. Impuesto a las Ganancias..... | 343 |
| 5.3. Impuesto al Valor Agregado..... | 345 |
| 5.4. Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta..... | 346 |
| 5.5. Impuesto de Sellos..... | 346 |
| 5.6. Aspectos prácticos..... | 346 |
| 5.7. Posibles objeciones..... | 347 |
| 6. Régimen de información..... | 349 |
| Anexo I: Régimen de información. Resolución general 3312/2012 (AFIP) . | 351 |

CAPÍTULO X

ASPECTOS CONTABLES DE LOS FIDEICOMISOS

POR MARCELO BASTANTE

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción..... | 357 |
| 2. La obligación de rendir cuentas..... | 358 |
| 3. Fideicomiso financiero..... | 359 |
| 3.1. Introducción..... | 359 |
| 3.2. Normativa local..... | 360 |
| 3.2.1. Resoluciones Técnicas nros. 16 y 17 de la FACPCE..... | 360 |
| Tratamiento en la contabilidad del fiduciante..... | 360 |
| Tratamiento en la contabilidad del beneficiario..... | 361 |
| Tratamiento en la contabilidad del fideicomiso..... | 362 |

| | Pág. |
|---|------|
| 3.2.2. Informe 28 de la Comisión de Contabilidad del CPCECABA.. | 364 |
| 3.2.3. Informe Técnico nro. 1 de la Comisión de Entidades Financieras del CPCECABA | 365 |
| 3.2.4. Normativa contable del BCRA para Entidades Financieras | 370 |
| 3.2.5. Normativa contable de la CNV..... | 371 |
| 3.3. Normativa internacional | 373 |
| 3.3.1. Normas sobre consolidación de entidades de propósito especial: NIIF 10, NIC 27 e interpretación SIC 12 | 373 |
| 3.3.2. Normas sobre transferencia de activos: NIC 39..... | 376 |
| 4. Fideicomiso inmobiliario | 378 |
| 5. Fideicomiso de administración | 382 |
| 5.1. Fideicomiso de administración de flujos de fondo | 382 |
| 5.2. Fideicomiso de interior | 384 |
| 6. Fideicomiso de garantía | 385 |
| 7. Fideicomiso distress | 388 |
| 7.1. Transmisión fiduciaria asimilable a una operación de venta | 388 |
| 7.2. Transmisión fiduciaria no asimilable a una operación de venta | 388 |
| 8. Fideicomiso agropecuario | 389 |
| 9. Fideicomiso de infraestructura | 393 |
| 10. Fideicomiso que instrumenta planes de pensión | 396 |

CAPÍTULO XI

ASPECTOS CAMBIARIOS

POR DIEGO A. CHIGHIZOLA Y JUAN MANUEL DIBHL

| | |
|--|-----|
| 1. Cuestiones iniciales..... | 402 |
| 1.1. Introducción a las restricciones cambiarias | 402 |
| 1.2. Conceptos básicos sobre el Régimen Cambiario y el control de cambios..... | 403 |
| 1.3. Restablecimiento de controles de cambio. Principales restricciones cambiarias | 408 |
| 2. Encuadre y caracterización del fideicomiso a fines cambiarios..... | 409 |
| 2.1. El Fideicomiso como "sujeto" con capacidad para realizar operaciones cambiarias | 409 |
| 2.2. Fideicomiso local y fideicomiso extranjero | 410 |
| 3. Régimen cambiario general..... | 411 |
| 3.1. Operaciones de compra de cambio (ingreso de divisas a través del MULC)..... | 411 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3.2. Obligación de ingreso y liquidación de divisas a través del MULC... | 412 |
| 3.3. Período mínimo de permanencia..... | 413 |
| 3.4. Depósito obligatorio | 413 |
| 3.5. Repatriación de inversiones por residentes argentinos..... | 415 |
| 3.6. Obligaciones de registro e informativas | 416 |
| 3.6.1. Relevamiento de endeudamiento con el exterior..... | 417 |
| 3.6.2. Relevamiento de inversiones directas | 417 |
| 3.6.2.1. Inversiones directas en el país de no residentes..... | 418 |
| 3.6.2.2. Inversiones directas en el exterior de residentes argentinos..... | 418 |
| 3.7. Operaciones de venta de cambio a través del MULC (egreso de divisas a través del MULC)..... | 419 |
| 3.7.1. Cancelación de deuda financiera | 419 |
| 3.7.1.1. Pagos de capital..... | 419 |
| 3.7.1.2. Pagos de intereses | 420 |
| 3.8. Utilidades y dividendos | 420 |
| 3.9. Repatriación de inversiones de residentes extranjeros..... | 420 |
| 3.9.1. Montos iguales o inferiores a U\$S 500.000 mensuales..... | 420 |
| 3.9.2. Sin límite, por los montos cobrados en la República Argentina por o para..... | 421 |
| 4. Aplicación del régimen general al fideicomiso | 421 |
| 4.1. ¿Puede el inversor integrar su participación en el fideicomiso local directamente en el exterior, a efectos de que el fideicomiso pueda utilizar dichos fondos directamente desde el exterior? | 422 |
| 4.1.1. ¿Los fondos que integre un inversor no residente argentino, están sujetos a encaje y otras restricciones? | 423 |
| 4.1.2. ¿Si el inversor desea canalizar el fondeo a través del MULC y la participación del inversor tiene la forma de <i>equity</i> es posible valerse del tratamiento que la normativa cambiaria le da a las inversiones directas? | 423 |
| 4.1.3. ¿A la hora de repatriar la inversión, ya sea por utilidades operativas o venta final, es viable tratar a la participación en un fideicomiso local como una inversión directa? | 423 |
| 5. La resolución nro. 637/2005..... | 424 |
| 5.1. Limitaciones a las operaciones de atesoramiento | 425 |
| 6. Participación de residentes y de no residentes como fiduciarios en fideicomisos locales..... | 427 |
| 6.1. Fideicomisos financieros..... | 427 |

| | Pág. |
|---|------|
| 6.1.1. Suscripción por parte de no residentes con fondos en el exterior | 427 |
| 6.1.1.1. "Títulos de deuda" | 427 |
| 6.1.1.2. Certificados de participación | 428 |
| 6.1.1.3. Negociación de títulos fiduciarios en el mercado secundario | 430 |
| 6.1.1.4. Pagos y distribuciones bajo los títulos valores | 430 |
| 6.1.1.5. Repatriación de la inversión | 431 |
| 6.1.1.6. Régimen informativo | 431 |
| 6.2. Fideicomisos ordinarios de administración (inmobiliarios, productivos y otros) | 432 |
| 6.2.1. Aportes de fondos como fiduciante | 432 |
| 6.2.2. "Transferencia de la participación o posición contractual" | 433 |
| 6.2.3. "Pagos y distribuciones a los beneficiarios" | 433 |
| 6.2.4. "Repatriación de la inversión" | 433 |
| 6.2.5. "Régimen informativo" | 433 |
| 6.3. Inversiones para financiar proyectos de infraestructura | 434 |
| 7. Régimen sancionatorio | 434 |

CAPÍTULO XII

EL FIDEICOMISO Y LA NORMATIVA ANTILAVADO

POR HORACIO GUIDO Y LILIANA MOLAS

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 439 |
| 2. Prevención del lavado: el escenario internacional y su impacto local | 443 |
| 2.1. Organismos encargados de combatir el lavado de activos | 443 |
| 2.2. Las recomendaciones del Gafi y la evaluación de Argentina | 446 |
| 2.3. Las Unidades de Inteligencia Financiera | 448 |
| 2.4. Los organismos regulatorios propios de la industria financiera | 451 |
| 2.5. Las cuarenta recomendaciones del GAFI en relación con el fideicomiso y el <i>trust</i> | 452 |
| 2.6. Las observaciones del GAFI a la Argentina vinculadas con el uso de fideicomisos | 459 |
| 2.7. Exposición de algunos casos reportados con utilización de fideicomisos y <i>trusts</i> | 462 |
| 3. El fideicomiso como vehículo de operaciones ilegales | 471 |
| 3.1. ¿Por qué se incluye al fideicomiso en las normas de lavado de activos? | 471 |

| | Pág. |
|--|------|
| 3.2. Fideicomisos del exterior | 473 |
| 4. Los fiduciarios como sujetos obligados a reportar a la UIF | 474 |
| 4.1. Quiénes deben informar | 475 |
| 4.2. Qué se debe informar | 479 |
| 4.3. Confidencialidad y responsabilidad ante terceros por haber repor- tado sus operaciones | 482 |
| 4.4. Las políticas de prevención | 482 |
| 4.5. Obligación de aplicar la técnica de “conozca a su cliente” | 486 |
| 4.6. Obligación de responder solicitudes de la UIF | 495 |
| 4.7. Sanciones por incumplimiento | 496 |
| 5. A modo de conclusión..... | 496 |