

MARIO A. CARREGAL



FIDEICOMISO.
TEORÍA Y APLICACIÓN
A LOS NEGOCIOS

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	122.553
Ubicación	C5629



Heliasta



SUMARIO

Abreviaturas	7
INTRODUCCIÓN	19

Capítulo I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

I. DERECHO ROMANO	37
A. <i>Fideicomiso</i>	37
B. <i>Fiducia</i>	38
1. <i>Fiducia de garantía (fiducia cum creditore contracta)</i>	39
2. <i>Encargo en confianza (fiducia cum amico contracta)</i>	40
II. EL TRUST ANGLOSAJÓN	41
A. <i>La doble jurisdicción en el Derecho inglés</i>	42
B. <i>Aparición del trust</i>	43
C. <i>Naturaleza jurídica del trust</i>	44
D. <i>Elementos que intervienen en el trust</i>	45
1. <i>Sujetos</i>	45
2. <i>Objeto</i>	46
E. <i>Distintas clases de trust</i>	47
III. DIFERENCIAS ENTRE EL NEGOCIO FIDUCIARIO DE ORIGEN ROMANO Y EL TRUST ANGLOSAJÓN	48
IV. EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO DE ORIGEN ROMANO	49
V. EL FIDEICOMISO EN AMÉRICA LATINA	50
VI. EL FIDEICOMISO EN EL CÓDIGO CIVIL DE FRANCIA	52
VII. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN ARGENTINA	57

Capítulo II

LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y EL FIDEICOMISO

I. EL NEGOCIO JURÍDICO FIDUCIARIO O DE CONFIANZA	61
II. EL FIDEICOMISO CONTRACTUAL. CONCEPTO	63
III. NUESTRA OPINIÓN	69
IV. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL FIDEICOMISO	71
V. FIDEICOMISO Y NEGOCIO SIMULADO	74

Capítulo III

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA ✓

I. PROPIEDAD Y DOMINIO	77
II. DERECHOS REALES Y PERSONALES. DUDOSO VALOR CIENTÍFICO	
DEL DISTINGO	81
III. EL DOMINIO FIDUCIARIO	84
IV. SOBRE LA TESIS QUE SOSTIENE LA DUALIDAD DE REGÍMENES FIDUCIARIOS	89
V. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA	90
VI. FACULTADES DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO	92
VII. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA REVOCABLE	97
VIII. EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA	99
IX. CÓMPUTO DEL PLAZO MÁXIMO DE VIGENCIA DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA	101
X. TÍTULO Y MODO EN LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO	102
XI. MODOS NORMALES DE TERMINACIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO. CUMPLIMIENTO DEL PLAZO O DE LA CONDICIÓN. EFECTOS	106
XII. ASPECTOS REGISTRALES DEL DOMINIO FIDUCIARIO	109
<i>A. Cambio consensual, renuncia del fiduciario y extinción del fideicomiso</i>	112
<i>B. Remoción judicial del fiduciario</i>	114
<i>C. Muerte, incapacidad, disolución y quiebra del fiduciario</i>	115
<i>D. Sustitución de la posición contractual del fiduciario en casos de renuncia, remoción, muerte o incapacidad</i>	118
<i>E. Afectación de los bienes fideicomitidos a otro fideicomiso bajo la titularidad del mismo fiduciario</i>	119
XIII. LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO Y EL VÍNCULO OBLIGATORIO. NEGOCIO ÚNICO O PLURAL	119

Capítulo IV

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO ✓

I. CARÁCTER CONSENSUAL DEL FIDEICOMISO. OBJETO DEL CONTRATO	123
II. BILATERALIDAD	128
III. PARTES INTERVINIENTES	132
<i>A. Fiduciante</i>	133
<i>B. Fiduciario</i>	134
1. El fiduciario como beneficiario y fideicomisario	136
2. El fiduciario como fiduciante en otro fideicomiso	138
3. Pluralidad de fiduciarios	139

<i>C. Beneficiario</i>	140
<i>D. Fideicomisario</i>	142
IV. CAPACIDAD	143
V. OBJETO	143
VI. FORMA	144
VII. CONTENIDO	146

Capítulo V

EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO ✓

I. ASPECTOS CONCEPTUALES	151
II. CONTENIDO Y TÉRMINOS DEL TESTAMENTO. POSIBILIDAD DE INTRODUCIR CAMBIOS. REVOCABILIDAD	162
III. LA CUESTIÓN DE LA LEGÍTIMA	165
IV. EL USUFRUCTO LEGAL SOBRE BIENES DE MENORES	168
V. FIDEICOMISOS POR ACTOS ENTRE VIVOS PARA TENER EFECTOS DESPUÉS DE LA MUERTE DEL CONSTITUYENTE	169

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO ✓

I. RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES	173
<i>A. La profesionalidad del fiduciario</i>	180
<i>B. Delegación por el fiduciario de ciertas tareas propias del negocio fiduciario</i>	181
<i>C. Las obligaciones que contrae el fiduciario, ¿son de medios o de resultado?</i>	187
<i>D. Dolo del fiduciario</i>	189
<i>E. Cláusulas habituales tendientes a limitar la responsabilidad del fiduciario</i>	189
<i>F. Contratación con terceros</i>	191
II. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL FIDUCIARIO EMERGENTE DE DAÑOS CAUSADOS CON COSAS FIDEICOMITIDAS	193
<i>A. ¿Sobre qué patrimonio recae la limitación de responsabilidad?</i> ..	195
<i>B. ¿Qué condiciones deben reunirse para que opere la limitación?</i> ..	200
<i>C. El valor de la cosa dañosa como límite cuantitativo de responsabilidad</i>	201
<i>D. Síntesis</i>	202
III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL FIDUCIARIO	203

Capítulo VII

EL PATRIMONIO FIDUCIARIO ✓

I.	LA UNIDAD PATRIMONIAL ANTERIOR A LA SANCIÓN DE LA LEY 24.441 ..	205
II.	EL PATRIMONIO SEPARADO	214
III.	EFFECTOS DE LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL	216
IV.	EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA TRANSFERENCIA FIDUCIARIA DE BIENES ..	221
V.	TRANSFERENCIA DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO	223

Capítulo VIII

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA ✓

I.	CONSIDERACIONES GENERALES	225
II.	POSIBILIDAD DE QUE COEXISTAN LAS CALIDADES DE FIDUCIARIO Y BENEFICIARIO	231
	<i>A. Prenda comercial</i>	237
	<i>B. Mandato</i>	241
	<i>C. Estado actual de la cuestión en nuestro medio</i>	244
	<i>D. Nuevas posiciones contrarias a nuestra tesis</i>	247
III.	EJERCICIO DEL <i>IUS VENDENDI</i>	249
	<i>A. Fideicomiso de garantía sobre bienes muebles</i>	249
	<i>B. Fideicomiso de garantía sobre inmuebles</i>	252
	<i>C. Recaudos a tener en cuenta para la estructuración de un fideicomiso de garantía</i>	253
IV.	CASOS ESPECIALES DE GARANTÍAS FIDUCIARIAS	355
	<i>A. Fideicomiso de garantía sobre derechos o cesión de derechos en garantía</i>	255
	<i>B. Endoso fiduciario de títulos cambiarios</i>	261
V.	ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LICITUD DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA ..	263

Capítulo IX

EL FIDEICOMISO ANTE LA INSOLVENCIA ✓

I.	PRELIMINAR	275
II.	INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO SEPARADO	275
III.	CONCURSO O QUIEBRA DEL FIDUCIARIO	279
IV.	EFFECTOS DE LA QUIEBRA DEL FIDUCIARIO SOBRE EL CONTRATO DE FIDEICOMISO	281
V.	CONCURSO O QUIEBRA DEL FIDUCIANTE	285
VI.	FIDEICOMISOS INEFICACES POR CONOCIMIENTO DE LA CESACIÓN DE PAGOS	288

VII.	EL ARTÍCULO 35 BIS DE LA LEY DE ENTIDADES FINANCIERAS	289
	<i>A. Aspectos generales</i>	289
	<i>B. Características de los fideicomisos del artículo 35 bis</i>	294
VIII.	LAS CESIONES FIDUCIARIAS SOBRE FLUJOS DE FONDOS Y LA VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO AMPARADO CON GARANTÍA FIDUCIARIA	295
	<i>A. Introducción</i>	295
	<i>B. El fideicomiso de garantía y la insolvencia del fiduciante</i>	297
	<i>C. La verificación del crédito con preferencia fiduciaria</i>	304
	<i>D. Ejecución del patrimonio fideicomitado pendiente la verificación del crédito</i>	310
	<i>E. Conclusiones</i>	311

Capítulo X

TITULIZACIÓN Y FIDEICOMISO FINANCIERO ✓

I.	INTRODUCCIÓN	313
II.	LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS	314
	<i>A. Concepto y condiciones necesarias</i>	314
	1. Seguridad	316
	2. Liquidez	316
	3. Regularidad del flujo de fondos	316
	4. Diversificación del riesgo	317
	5. Calidad del producto	318
	<i>B. Las ventajas de la titulización de activos</i>	319
	<i>C. Quiénes intervienen en los procesos de titulización de activos</i> ..	320
	1. El originante o constituyente	321
	2. El emisor	321
	3. Administrador o <i>Master Servicer</i>	322
	4. Agente Colocador y <i>Underwriter</i>	323
	<i>C. Elementos esenciales que debe reunir la estructura legal del proceso</i>	324
	1. Separación de activos	324
	2. Naturaleza de la entidad emisora	325
	3. Prioridad de los inversores sobre el flujo de fondos	325
	4. Exigibilidad de los derechos contra quienes garantizan o aseguran el proceso.	325
	5. Cuestiones tributarias	326
	6. Cuestiones a ser reveladas	326
	7. Exigibilidad de los activos subyacentes	326
	<i>C. Alternativas más utilizadas para estructurar procesos de titulización</i>	326

1. <i>Pass Through Securities</i> (Bonos con participación sobre flujos)	327
2. <i>Asset Backed Bonds</i> (Bonos respaldados por activos)	327
3. <i>Pay Through Bonds</i> (Bonos pagaderos con el flujo de los activos)	328
4. <i>Collateralized Mortgage Obligations</i> (Obligaciones respaldadas con hipotecas)	328
D. <i>Riesgos propios de la titulización</i>	329
1. Volatilidad de los activos	329
2. Trabajo intensivo de revisión documental	329
E. <i>Coberturas de riesgos más frecuentes</i>	330
1. Estandarización de documentación y procedimientos	330
2. Portafolio titulizable	331
3. Protección contra errores o fraudes	331
4. Atenuación del riesgo de crédito. Aforo y otras variantes	332
III. EL FIDEICOMISO FINANCIERO	334
A. <i>Régimen general</i>	336
B. <i>El contrato de fideicomiso financiero y el prospecto</i>	340
C. <i>Los títulos emitidos por el fiduciario financiero</i>	341
D. <i>El depósito colectivo de valores negociables</i>	343
E. <i>Insuficiencia del patrimonio fiduciario</i>	345
IV. LA TRANSFERENCIA DE LOS VALORES TITULIZABLES	350
V. LAS LETRAS HIPOTECARIAS	355

Capítulo XI

CIERTAS APLICACIONES PRÁCTICAS DEL FIDEICOMISO ✓

I. FIDEICOMISOS INMOBILIARIOS	362
A. <i>Antecedentes de estos negocios antes de la sanción de la ley 24.441</i>	362
B. <i>Aspectos de interés en los fideicomisos inmobiliarios</i>	370
1. Vehículos más comunes para realizar negocios inmobiliarios ..	370
2. Ventajas que otorga el fideicomiso para encauzar negocios inmobiliarios	375
3. Diversas finalidades de los fideicomisos inmobiliarios	377
4. Modalidades más frecuentes de negocios inmobiliarios subyacentes	379
5. Características del contrato de fideicomiso según la actuación del fiduciario	380
6. Un caso de rigor excesivo hacia un fiduciario inmobiliario ..	381

II. GARANTÍAS PARA FINANCIACIÓN A PROYECTOS	386
A. <i>Naturaleza de esta modalidad financiera</i>	388
1. Recurso limitado	388
2. Atractivos para los emprendedores	388
3. Atractivos para los prestamistas	389
4. Naturaleza del proyecto a ser financiado	390
5. Proyectos adecuados para <i>project finance</i>	391
6. Plantas que suelen atraer este tipo de financiación	392
B. <i>Cuestiones propias de un project finance. Análisis de riesgo</i> ..	393
1. Orientación al riesgo	393
2. Identificación y asignación del riesgo	393
3. Categorías de riesgo	394
4. Examen de antecedentes	395
5. Consejo de expertos	395
C. <i>Riesgos particulares propios de ciertos proyectos</i>	395
1. Contrato de construcción	395
2. Contratos originantes de ingresos (<i>output contracts</i>)	397
3. Contratos de suministros (<i>input contracts</i>)	397
4. Contrato de operación y mantenimiento	398
5. Seguros	398
6. Cambios en la ley	399
7. Riesgo político	399
8. Riesgo cambiario	400
D. <i>Documentación del préstamo</i>	400
1. Garantías y cesiones	400
2. Consentimiento de la cesión (<i>acknowledgment and consent agreement</i>)	401
3. Cesión de las coberturas de seguros	401
4. Control de los ingresos	402
5. Pagos a empresas vinculadas	403
E. <i>Aspectos comunes a un project finance típico</i>	403
1. Etapa de factibilidad	404
2. Etapa contractual	404
F. <i>Un caso específico de project finance</i>	405
III. NEGOCIOS FIDUCIARIOS CAMBIARIOS	408
IV. FIDEICOMISOS SOBRE ACCIONES Y FIDEICOMISOS DESTINADOS AL MANEJO O SANEAMIENTO DE EMPRESAS	409
V. EL FIDEICOMISO COMO INCENTIVO PARA EL PERSONAL DE UNA EMPRESA ..	414
VI. FIDEICOMISOS AL SERVICIO DEL INDIVIDUO O LA FAMILIA	416
VII. EL CASO ESPECIAL DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES	418

VIII. LOS LLAMADOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS	422
<i>A. Concepto</i>	422
<i>B. Naturaleza de los bienes fideicomitidos</i>	426
<i>C. Críticas y posibles ventajas</i>	427
IX. FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN DIRECTA	428
APÉNDICE NORMATIVO ✓	431
A) LEY 24.441 ✓	433
B) LIBRO 3° del Texto Ordenado de las Normas de la Comisión Nacional de Valores ✓	452
BIBLIOGRAFÍA	473 ✓