

HUMBERTO G. VARGAS BALAGUER



# Garantías modernas

*en el*

## *Código Civil y Comercial*

Fideicomiso de garantía. Cesión en garantía  
Garantías a primera demanda. "Factoring"  
"Lease back" o leasing de retro

*Prólogo de*  
EFRAÍN HUGO RICHARD

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA	
SIG. TOPOGRAFICA C7640	INVENTARIO 152.801



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2021



## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> .....	VII
<i>Prefacio</i> .....	XIX

### CAPÍTULO PRIMERO

#### DERECHO DE LAS GARANTÍAS

§ 1. Una aproximación al concepto jurídico de garantía. El derecho de las garantías .....	1
§ 2. Clasificación .....	5
a) Según su naturaleza: personales y reales .....	5
1) Personales .....	5
2) Reales .....	5
b) Según su objeto: mobiliarias e inmobiliarias .....	6
c) Según su causa fuente: acto jurídico bilateral y acto jurídico unilateral .....	6
1) Acto jurídico bilateral .....	6
2) Acto jurídico unilateral .....	6
d) Según su finalidad: directa o indirecta .....	6
e) Según su nivel de abstracción: causales y abstractas .....	6
§ 3. De la accesoriedad a la autonomía y abstracción en las garantías .....	7
§ 4. Garantías autoliquidables .....	9
a) Concepto .....	9
b) Validez en nuestro derecho .....	11
c) Las garantías autoliquidables y el concurso. Re- misión .....	13

§ 5. Los privilegios .....	13
a) Generalidades .....	13
1) Asiento .....	15
2) Jerarquía .....	15
3) Rango o graduación .....	16
4) Extensión .....	16
b) Caracteres .....	16
1) Origen legal .....	16
2) Interpretación restrictiva .....	16
3) Indivisibilidad .....	16
4) Accesoriedad .....	16
5) Extensión limitada .....	16
6) Renunciabilidad .....	17
7) Subordinación (o postergación) .....	17
c) Clasificación .....	18
1) Privilegios generales .....	18
2) Privilegios especiales .....	18
d) Rango de los créditos en la ley concursal .....	19
e) Orden de concurrencia en la ley concursal .....	19
§ 6. Otros medios de tutela del crédito .....	20
a) Señal o arras .....	21
b) Cláusula penal .....	23
c) Derecho de retención .....	25

## CAPÍTULO II

### FIDEICOMISO DE GARANTÍA

§ 7. Introducción .....	29
-------------------------	----

#### A) FIDEICOMISO COMÚN

§ 8. Concepto .....	30
§ 9. Contenido .....	32
§ 10. Plazo y condición .....	33
§ 11. Forma .....	33

§ 12. Objeto. Pactos sobre herencia futura .....	35
§ 13. Sujetos intervinientes .....	39
a) Fiduciante .....	40
b) Fiduciario .....	43
c) Beneficiario .....	45
d) Fideicomisario .....	47
§ 14. Efectos del fideicomiso .....	48
a) Propiedad fiduciaria .....	48
b) Patrimonio fiduciario o patrimonio autónomo .....	49
c) Responsabilidad del fiduciario .....	51
d) Actos de disposición y acciones de protección del patrimonio fiduciario .....	52
§ 15. Insuficiencia del patrimonio fideicomitado .....	53
§ 16. Dominio fiduciario .....	58

#### B) FIDEICOMISO DE GARANTÍA

§ 17. Introducción. Definición .....	60
§ 18. Características .....	62
§ 19. Sujetos intervinientes .....	63
a) Fiduciante .....	63
b) Fiduciario .....	63
c) Beneficiario .....	64
d) Fideicomisario .....	64
§ 20. Coincidencia de la calidad dual del fiduciario como acreedor-beneficiario .....	64
a) Debate durante el régimen de la ley 24.441 .....	64
b) Régimen del Código Civil y Comercial .....	69
§ 21. Funcionamiento de la garantía .....	71
a) Afectación de ingresos al pago de deudas .....	71
b) Liquidación de los bienes en caso de falta de pago .....	71
§ 22. Facultades del fiduciario. Aplicación o realización de los bienes .....	72
a) Sumas de dinero .....	72
b) Otros bienes .....	72

§ 23. Fideicomiso en garantía de cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada y de acciones de sociedad anónima .....	73
a) Derecho de voto .....	75
b) Derecho a convocar a asamblea .....	76

### C) SITUACIÓN FRENTE AL CONCURSO DEL FIDUCIANTE EN EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

§ 24. Introito .....	78
----------------------	----

#### 1) VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO

§ 25. Postura en contra de la verificación del crédito .....	78
§ 26. Postura a favor de la verificación del crédito .....	82
§ 27. Carácter del crédito que se debe verificar en la postura a favor de la verificación .....	90
a) Privilegiado .....	90
b) Quirografario .....	92
c) Eventual .....	94

#### 2) EJECUCIONES POR REMATE NO JUDICIAL Y FIDEICOMISO DE GARANTÍA. ¿VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO?

§ 28. Planteo del asunto .....	96
§ 29. Postura a favor de la verificación .....	97
§ 30. Postura en contra de la verificación .....	100
§ 31. Nuestra opinión. Verificación del crédito .....	103

#### 3) LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES Y EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

§ 32. Introducción .....	108
§ 33. Tesis amplia .....	109
§ 34. Tesis restrictiva .....	110
§ 35. Nuestra opinión .....	111

## CAPÍTULO III

### CESIÓN EN GARANTÍA

#### A) NOCIONES GENERALES

§ 36. Introducción .....	115
§ 37. Concepto .....	117
§ 38. Interés práctico de la cesión en garantía .....	118
§ 39. Problemática de la materia .....	119
§ 40. Modalidades de utilización de la cesión .....	120
a) Modalidad que importa una cesión "pro soluto" ..	120
b) Modalidad que importa una cesión "pro solvendo" ..	120
c) Modalidad que importa una cesión en garantía ..	121
§ 41. Cesión "pro soluto" y cesión "pro solvendo" .....	122
§ 42. Diferencias entre la cesión "pro solvendo" y la cesión en garantía .....	124
§ 43. Sujetos intervinientes .....	125
a) Deudor-cedente .....	125
b) Acreedor-cesionario .....	125
c) Tercero-deudor .....	126
§ 44. Aspectos característicos .....	126
§ 45. Naturaleza jurídica .....	126
§ 46. Garantías autoliquidable .....	127
a) Pacto comisorio, ¿rige la prohibición en la cesión en garantía? .....	127
b) Nuestra opinión .....	130
§ 47. Objeto de la cesión en garantía .....	130
§ 48. Casos particulares de cesión en garantía .....	131
a) Facturas .....	131
b) Seguros .....	133
c) Certificados de obra pública .....	138
d) Títulos públicos .....	140
e) Plazo fijo .....	141
f) Cuotas de sociedad de responsabilidad limitada y acciones de sociedad anónima .....	142
1) Cesión-prenda .....	142
2) Cesión-fiducia .....	144

g) Garantías a primera demanda .....	144
h) Títulos de crédito .....	144
§ 49. Endoso en garantía .....	146

## B) NATURALEZA JURÍDICA DE LA CESIÓN EN GARANTÍA

### 1) DEBATE HISTÓRICO EN TORNO A SU ADMISIBILIDAD

§ 50. Introducción .....	148
§ 51. Tesis de la invalidez .....	148
§ 52. Tesis de la validez .....	150
§ 53. Panorama actual en el Código Civil y Comercial ....	151

### 2) CORRIENTES EXPLICATIVAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA

§ 54. Introducción .....	152
§ 55. Tesis de la prenda de créditos .....	152
a) Jurisprudencia .....	155
b) Proyectos legislativos .....	157
c) Código Civil y Comercial .....	157
d) Derecho extranjero .....	157
§ 56. Tesis del negocio fiduciario .....	158
a) Jurisprudencia .....	162
b) Derecho extranjero .....	163
§ 57. Tesis del negocio sujeto a condición resolutoria y del negocio indirecto .....	164
§ 58. Tesis de la voluntad negocial .....	165
a) Jurisprudencia .....	167
b) Derecho extranjero .....	168
§ 59. Nuestra opinión .....	169

## C) LA CESIÓN EN GARANTÍA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

§ 60. Consideraciones sobre la regulación de la cesión en garantía en el nuevo ordenamiento .....	170
§ 61. Consecuencias jurídicas del artículo 1615 del Código Civil y Comercial. Remisión .....	172

§ 62. Estructuración del negocio en la figura del fideicomiso ¿es posible? .....	172
a) Autonomía de la voluntad .....	172
b) Libertad contractual: libertad de configuración ..	175
c) La libertad contractual en el Código Civil y Comercial .....	176
d) Nuestra opinión sobre la posibilidad de estructurar la cesión en garantía en la figura del fideicomiso .....	178
§ 63. Consecuencias prácticas de nuestra posición. Remisión .....	180

## D) INSTRUMENTACIÓN. DERECHOS DE LAS PARTES

§ 64. Introducción .....	181
§ 65. Instrumentación .....	181
a) Cesión-prenda .....	181
b) Cesión-fiducia .....	182
§ 66. Derechos de las partes .....	182
a) Cesión-prenda .....	182
1) Derecho de preferencia o privilegio .....	182
2) Derecho de retención .....	183
3) Derecho de persecución .....	183
4) Percibir los frutos e intereses (artículo 2225, Código Civil y Comercial) .....	183
5) Reembolso de los gastos .....	183
6) Exigir otra cosa de igual valor .....	183
7) Cobrar los títulos de crédito .....	183
8) Usar la cosa con consentimiento del deudor ..	184
9) Venta de la cosa pignorada .....	184
b) Cesión-fiducia .....	184

## E) SITUACIÓN FRENTE AL CONCURSO DEL CEDENTE

§ 67. Planteo de la cuestión. Metodología .....	185
---	-----

### 1) VERIFICACIÓN DEL CRÉDITO

§ 68. Cesión-prenda .....	186
a) Postura en contra de la verificación del crédito (y a favor de la compensación directa) .....	187

- b) Postura a favor de la verificación del crédito (y en contra de la compensación directa) ..... 191
- § 69. Cesión-fiducia. Remisión ..... 195

**2) EJECUCIONES POR REMATE NO JUDICIAL  
Y CESIÓN EN GARANTÍA**

- § 70. ¿Verificación del crédito? Remisión ..... 195
- § 71. Nuestra opinión. Preliminar ..... 196
- § 72. Cesión-prenda ..... 197
- § 73. Cesión-fiducia. Remisión ..... 199

**3) LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCURSALES  
Y LA CESIÓN EN GARANTÍA**

- § 74. Medidas cautelares concursales. Remisión ..... 200

**CAPÍTULO IV**

**GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA**

- § 75. Concepto ..... 201
- § 76. Sujetos intervinientes ..... 204
- a) El ordenante o principal ..... 204
- b) El beneficiario ..... 204
- a) Afectación de ingresos al pago de deudas ..... 204
- c) El garante o emisor ..... 204
- § 77. Acciones recursorias después del pago ..... 205
- a) Garante contra ordenante ..... 205
- b) Ordenante contra beneficiario ..... 205
- c) Garante contra beneficiario ..... 205
- § 78. Fraude o abuso del beneficiario. Medidas cautelares ..... 206
- § 79. Medio de requerimiento ..... 209
- § 80. Contenido del requerimiento y de la garantía ..... 209
- § 81. Sujetos que pueden emitir la garantía ..... 210
- a) Personas públicas ..... 210

- b) Personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no respondan ilimitadamente ..... 211
- c) Entidades financieras y compañías de seguros en cualquier caso, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas. .... 212
- § 82. Forma ..... 213
- § 83. Cesión de la garantía ..... 213
- § 84. Irrevocabilidad ..... 215

**CAPÍTULO V**

**“LEASE BACK” O LEASING DE RETRO**

**A) NOCIONES GENERALES DEL LEASING**

- § 85. Introducción ..... 217
- § 86. Concepto. Caracteres ..... 218
- § 87. Elementos esenciales del tipo ..... 219
- § 88. Partes del contrato ..... 219
- a) Dador ..... 219
- b) Tomador ..... 219
- § 89. Modalidades ..... 220
- a) Leasing financiero ..... 220
- b) Leasing operativo ..... 220
- c) “Lease back” o leasing de retro. Remisión ..... 221
- d) Subleasing ..... 221
- § 90. Objeto ..... 221
- § 91. Precio ..... 222
- § 92. Opción de compra ..... 222
- a) Precio de ejercicio de la opción ..... 223
- b) Plazo para el ejercicio de la opción ..... 224
- c) Renovación y prórroga del contrato ..... 225
- 1) Renovación del contrato ..... 225
- 2) Prórroga del contrato ..... 225

§ 93.	Transmisión del dominio al tomador .....	225
§ 94.	Forma .....	226
§ 95.	Inscripción del contrato .....	226
§ 96.	Cancelación de la inscripción de cosas muebles no registrables y "software" .....	227
§ 97.	Responsabilidad objetiva .....	227
§ 98.	Eximentes de responsabilidad .....	230
§ 99.	Incumplimiento del tomador en el pago de los cánones .....	230

### **B) EL "LEASE BACK" O LEASING DE RETRO**

§ 100.	Concepto .....	230
§ 101.	Reglas aplicables .....	233
§ 102.	Responsabilidad por la entrega y saneamiento del bien .....	233

## **CAPÍTULO VI**

### **"FACTORING" COMO GARANTÍA**

§ 103.	El contrato de factoraje en el Código Civil y Comercial .....	235
§ 104.	Partes del contrato .....	238
	a) Factor (o empresa de factoraje) .....	238
	b) Factoreado .....	239
§ 105.	Clases .....	239
	a) Con financiación (o a la vista) o sin financiación (o al vencimiento) .....	239
	b) Con asunción de riesgo (sin recurso) o sin asunción de riesgos (con recurso) .....	240
	c) Con notificación o sin notificación al deudor cedido .....	240
	d) Según el área geográfica de aplicación del contrato .....	241
§ 106.	Funciones del "factoring" .....	241
§ 107.	Función de garantía del "factoring" .....	241

<i>Bibliografía</i> .....	245
---------------------------	-----