



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

***GARANTÍAS MODERNAS EN EL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL. FIDEICOMISO DE GARANTÍA.
CESIÓN EN GARANTÍA. GARANTÍAS A PRIMER DEMANDA.
FACITORING. LEASE BACK O LEASING DE RETRO***

Dr. Humberto G. VARGAS BALAGUER

Ed. Astrea. Buenos Aires, segunda quincena de marzo de 2021. 256 páginas.

PRÓLOGO

Efraín Hugo RICHARD

Prólogo es “el escrito antepuesto al cuerpo de la obra [...] Aquello que sirve como de exordio o principio”. Estas líneas estarán antepuestas al libro que presenta a la consideración pública Humberto Vargas Balaguer, pero impone referirme al principio que llevo a ejecutar esa obra y como una primera parte, pues un prólogo debe tender a incitar la lectura del libro al que se introduce, Pero también un prólogo puede, sin ser una investigación y partiendo de la obra a la que se introduce, mirar hacia el futuro. En materia jurídica siempre implica un desafío a los intérpretes, a la judicatura. La respuesta del derecho más que aumentar la complejidad de las normas debería ser la de reducir metodológicamente las cuestiones a géneros comunes, a principios generales.

1.Ese desafío ya lo había asumido el Codificador Vélez Sarsfield citando a Ortolan en nota al art. 973 del derogado Cód. Civil: “Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal o cual elemento constitutivo de la forma, o sobre muchos de ellos, o sobre todos a un tiempo. Otros actos no exigen para su existencia, ninguna forma especial prescripta, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse. Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta eminentemente cuando se observan los actos jurídicos. Con tales actos una civilización adelantada, se asocia inmediata y principalmente a lo que es espiritual, a la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para descubrir y asegurar la voluntad. En las sociedades poco

adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán esos actos exteriores que darán a los actos jurídicos una forma sensible? La analogía servirá de regla. Estos actos se hallarán en una analogía cualquiera con el objeto que se quiere conseguir, con el derecho que se quiere crear, modificar, transferir o extinguir. De aquí se llegó al símbolo, porque el símbolo no es otra cosa que la analogía representada en cuerpo y acción”.

2. El derecho de las garantías ha experimentado una notable evolución, lo que ha llevado a ensanchar su concepto hasta límites antes impensables. Sus fronteras se amplían continuamente obligando a replantear las bases establecidas. Para dar respuesta a las necesidades y requerimientos de la práctica negocial y ante la insuficiencia de las garantías tradicionales, fueron apareciendo nuevas formas de tutela del crédito no contempladas por los textos legales, el amparo de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula varias de las denominadas “garantías modernas”, implicando una sustancial modificación respecto al régimen anterior y, a su vez, generando nuevos interrogantes y problemas. De ello se ocupa Vargas Balaguer en esta obra, comenzando con el estudio del moderno derecho de las garantías. Posteriormente, se introduce de lleno en el tratamiento de tres garantías en particular que han sido tipificadas por el nuevo ordenamiento: fideicomiso de garantía, cesión en garantía y garantías a primera demanda, abordando cada tema en profundidad y amplia información, y brindando su opinión al respecto. Finalmente, examina dos figuras que teniendo otros fines o finalidades múltiples, son utilizadas como negocios indirectos con finalidad de garantía, tal como sucede con el leasing (mediante el lease back o leasing de retro) y el contrato de factoraje.

A lo largo de seis capítulos el autor nos ilustra con precisión y fundamentamente los aspectos teóricos prácticos más relevantes de las llamadas garantías modernas a la luz de la regulación del Código Civil y Comercial; libro que tuvo su origen en la tesis doctoral que dirigí, en la cual Vargas Balaguer centró su investigación en una de las figuras aquí analizadas: la cesión en garantía, que en ese entonces carecía de previsiones normativas, incluso cuestionándose su licitud y generando múltiples problemas, particularmente en el caso del concurso del cedente.

3. La historia no es precisa en la mente de un hombre, particularmente cuando las referencias no adquieren el carácter de una investigación histórica sino una suerte de dejarse llevar por recuerdos vívidos, que son parte de mi, aunque tengan cierta inseguridad temporal, particularmente al final de un camino donde se impone hablar con crudeza de lo que siento que nos aqueja. Lo que tengo seguridad es que los hechos así ocurrieron, o a mí me parece que así ocurrieron, pues forman parte de mi vida y han forjado mi pasado, mi presente y, quizá, mi futuro. Cuando en el año 64 me vinculé a esta Universidad Nacional de Córdoba, después de ejercer ya 9 años la profesión en esta Ciudad pero egresado de la Universidad Nacional del Litoral, fui recibido por los grandes maestros que gestaron la Escuela Comercialista

de Córdoba. La huella que dejó en mí esas las sesiones semanales de Instituto fueron imborrables y habían de acompañarme hasta este momento, y son las que siguen impactándome frente a ciertas conductas actuales.

Lo antedicho lo recuerdo porque lo he experimentado en mi relación con este joven jurista, de asumir lo que me explicara –hace ya unos cuantos años en diálogo compartido con el maestro español Ángel Rojo- el eminente mercantilista español Aurelio Menéndez Menéndez, preceptor entonces del príncipe español, actual Rey: "La inteligencia del maestro es saber ser -a su tiempo- discípulo de su discípulo", y esto lo refiero a la pléyade de jóvenes jusprivatistas, algunos ya profesores, otros docentes, otros investigadores que vienen con sus vocaciones desplegando un esfuerzo que se corresponde con esa vieja tradición del Instituto de Derecho Comercial. Así encontramos que la mayor satisfacción de quien ha colaborado en la formación intelectual de profesores, consagrados en una dinámica grupal creativa y perfeccionadora de lo de sus discípulos".

Y en Humberto Vargas Balaguer veo las huellas de esas expresiones y vivencias, hoy algo abandonada por el individualismo y el profesionalismo. Es un egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, pese a vivir y ejercer en otra Provincia, que regresó después de 10 años de haber egresado, acercándose ávido a la Escuela Comercialista de Córdoba. Me toco satisfacer sus inquietudes, encauzar diálogos e ideas, y luego asumir el rol que me impuso, donde sin duda aprendí. Se impone referirme al autor **tercera generación de abogados** continua una triple generación de profesionales: fundado en el año 1933 por su abuelo paterno Dr. Humberto Solano Vargas Echegaray –aunque su abuelo materno también lo era: Humberto Gonzalo Vargas Balaguer- integrado hoy por sus descendientes y su señor padre, entre otros profesionales, Dres. Humberto Gabriel Vargas Echegaray, Luis Adolfo Vargas Echegaray. Es un jurista de 51 años, que nació y ejerció la abogacía por 24 años, y actualmente se desempeña en la Secretaria Letrada de la Corte de Justicia de San Juan, con amplia capacitación. *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba –tesis sobresaliente- donde también se recibió de abogado en 1994, con postgraduación en “Derecho Empresarial”. Universidad Argentina de la Empresa (UADE)- en la especialización en “Mercado de Capitales”, con Tesis sobre “Fideicomiso y Securitización”, postgraduado en “Derecho Societario actual”, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, y posgrado en “Las Garantías. Tendencias Actuales”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo-Mendoza, Magister en “Justicia Constitucional y Derechos Humanos” por la Universidad de Bolonia, Italia; sin duda un hombre preocupado en su capacitación. Profesor Titular de la Cátedra de “Derecho Privado V” (Sociedades y Seguros) y de “Contratos Modernos”, y Asociado de “Derecho Privado IV# (Contratos) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor asociado de “Derecho Comercial” Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor asociado de “Derechos Humanos y Garantías” Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Congreso, sede San Juan. Profesor de postgrado en la “Maestría en Derecho Empresario”, en la “Diplomatura en Derecho Privado” y en la “Diplomatura en Derecho Laboral y Riesgos del Trabajo” Facultad de Derecho y*

Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo – San Juan- como igualmente Profesor de la Escuela de la Capacitación Judicial de la Corte de Justicia de San Juan, Exprofesor de “Introducción al Derecho Comercial”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan (desde 1997 a 2009). Tiene publicados manuales en coautoría o como partícipe en las Cátedras en que profesa, otros libros en coautoría, artículos, ensayos y ponencias, activo participante en Congresos y Jornadas, conferencista, y múltiples actividades académicas muestran el perfil de este formado jurista, que hoy presenta a consideración este libro.

Se perfila en Vargas Balaguer la calidad que lo integra a hombres íntegros que revaloricen ese rol arquitectónico y que son necesarios. Hombres que unen a la técnica jurídica la sensibilidad de destinar ese orden al hombre viviendo en sociedad. Humberto practica esa doencia y rechaza con intolerancia cierta displicencia en asumir esas responsabilidades, con su capacidad ilimitada de trabajo, donde a veces desperdicia la sinergia grupal encerrado en su visión personal.

4. Algunas reflexiones sobre las resistencias al cambio. "El hombre no vive en un espacio vacío, y debe imponer lo que quiere hacer realidad en un medio determinado y contra la resistencia de su medio. El poder es en ese sentido la facultad de crear espacio para el propio desarrollo y afirmarlo, y con ello el afán de imponerse a la resistencia del medio. Esto vale ya en el dominio puramente espiritual. Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada de antemano con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas"¹. –

Con el pensamiento precedente queremos expresar las dificultades que debe afrontar todo investigador, aun cuando vuelva la vista hacia atrás, buceando en principios generales del derecho, para retomarlos y reformularlos. Porque la visión sistemática del autor lo es en poner en claro los fundamentos de la responsabilidad en el derecho privado, pero en sus modernas proyecciones. En el tema de responsabilidad, la cuestión no es tanto nuevas normas sino poner en claro cuál es el objetivo de esas normas: si penar o restablecer. El método de cambio, de construir el sistema jurídico a través de las relaciones de cambio, tanto en su génesis autónoma como en el cumplimiento heterónimo (a través del sistema judicial) está en crisis. Frente a su fracaso, o por lo menos frente a su cuestionamiento, aparece lentamente el método de empresa o de organización global, donde se intenta poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a la comunidad o terceros indeterminados. Ello es en particular en torno a las relaciones de organización, de los contratos para organizar emprendimientos y facilitarlos, como también de ciertas conductas nefastas en sociedades concursadas y en esos procesos. Se impone así, en la legislación mercantil, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad², según su funcionalidad, y analizar el conjunto normativo o no las normas

¹ De *Antropología Jurídica* del Prof. Dr. Otto Friedrich Bolinow, de Tübingia, p. 85 (91), Revista Universitas, diciembre de 1989, Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte.

² Conf. LORENZETTI, Ricardo “Las normas fundamentales del derecho Privado, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, p. 153 y ss..

de una única ley, no encontrando prohibiciones en la misma, cuando constituyen verdaderos fraudes a la legislación general y particularmente a normas imperativas de la organización societaria.

Se impone en la legislación unificada, para el derecho patrimonial negocial, el método de empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad. Y el Código enfatiza los temas de responsabilidad en el sistema de empresa: prevenir el daño.

Las garantías modernas, que cuidadosamente desarrolla el autor ante las nuevas normas del Código Civil y Comercial, implica afrontar el desafío, ante la desaparición del crédito en nuestro país, de desenterrar técnicas jurídicas y combinarlas hábilmente con nuevos institutos para el financiamiento de la actividad productiva.

Implica asumir la realidad de los efectos nocivos de la globalización financiera, unida a una entronización del economicismo improductivo en el país, presentando por una parte un instrumento de garantías máximas para el financiador, como lo es la cesión de créditos en garantía, de auto satisfacción que acota riesgos que debería atraer capitales a bajo costo.

Somos observadores de la realidad compleja –como requería Joaquín Garriguez a los comercialistas-, y en la misión de itinerantes profesores, tratamos de mantener la vocación en el derecho como instrumento de cambio, con igual criterio el autor, en lo metodológico plantea el examen de la realidad y las necesidades del tráfico, y particularmente los problemas en los casos de concursos.

La posmodernidad utilizó el método de la lógica de la abstracción como proceso y resultado investigativo, como ya se había hecho a principio de la modernidad como señala Albert Sobouk³, presentando al derecho desde ese discurso. El derecho aparece como una cuestión de fin en sí mismo, como ahora la economía –en realidad el economicismo- y, sirviéndole al derecho, la exaltación de la individualidad aparece en reemplazo de la socialización de los derechos. Se evita la reflexión epistemológica tratando de esparcir conceptos separados o discontinuos, aislados del contexto, de sus incidencias en lo social. El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración, conforme critica Reinhart Koselleck⁴, sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social pretendido, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

El neoliberalismo económico –muy distinto del político-, pretende hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico, donde la desregulación y la no injerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios. Sin embargo, realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo, y se coloca a la economía al servicio de la economía misma, como algo centrípeto. La economía del azúcar sufrió ese proceso.

Incluso con criterio paleocapitalista se pone al capital en el centro de la escena, postergando lo productivo, sin advertir que lo financiero es accesorio a esto,

³ SOBOUK, *La Francia de Napoleón*, p. 13, Barcelona, Crítica 1979.

⁴ KOSELLECK *Historia Magistra Vitae*”, Frankfurt, Zukunft, Frankfurt 1979

que el capital no produce riqueza y que sólo se justifica cuando acompaña al empresario ayudando a desarrollar su ideación y tomando sólo una parte de la ganancia. De no respetar ese principio lo financiero sólo lograra extraordinarias utilidades en forma efímera antes de un colapso total. Ya se han advertido algunos signos de esa autoliquidación con el colapso de sociedades gestadas y desarrolladas en el “primer mundo”, con sofisticados sistemas de control y auditorías.

5. Es que para devolver el equilibrio es necesaria otra mística: la de la vocación por el derecho como instrumento de paz social y equilibrio económico. Claro que para esto hay que tener en claro que orden social se pretende para nuestra comunidad. Y definido ello saber que técnicas jurídicas deben emplearse para asegurar el orden social pretendido.

Resalto la visión integral, como lo hace Norbert Reich en “Mercado y Derecho” del doble carácter del derecho que, por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial el contrato, la propiedad industrial, etc.) y por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y obtener la consecución de determinados objetivos de política social u orden público. Así pues, el derecho resulta de este modo instrumentalizado doblemente: por parte del Estado (social) y por parte de los agentes que actúan en el mercado.

Pero el derecho comercial, con su internacionalización, cada vez tiene más contacto con la aplicación financiera que con la económica, lo accesorio y auxiliar ahoga a lo que le da razón de ser.

Advertimos que la responsabilidad de los acreedores puede no ser sólo la de dar créditos abusivos, impagables, facilitando la corrupción, sino también la de prolongar la insolvencia de una empresa, de un país, siguiendo otorgando crédito permitir el agravamiento de la situación y que los gobiernos traten de despreocuparse del país, para endilgarle el problema al próximo gobierno (así lo hemos sostenido hace muchos años).

Donde el tema abordado por Vargas Balaguer toma centralidad es ante la crisis de las sociedades. Desde la contratación de la cesión de la cartera de créditos con entidades financieras, obteniendo adelantos –conociendo o debiendo conocer que la sociedad está en cesación de pagos cuando no en insolvencia- e inmediatamente presentarse en concurso preventivo –o A.P.E.- solicitando como medida precautoria que el Banco o entidad financiera devuelva esa cartera, incluso lo cobrado de la misma, so pretexto de la “par conditio creditorum”, como el laberinto de la verificación –monto y graduación de la cesión en garantía- y los cuestionamientos a la misma, son parte de la degradación de la figura y los postreros altos costos en que se ofrece al mercado, contradiciendo las previsiones de las técnicas crediticias. Los temas son afrontados.

Las garantías modernas y su regulación en el Código Civil y Comercial por su carácter de garantía autoliquidables, casi invulnerable en la integración financiera de capitales a través del sistema de los bienes atribuidos, alejándolos de riesgos que no sean los propios deben ser afrontados con seriedad por los jueces concursales a través de las nuevas normas que brinda el Código Civil y Comercial para su actuación preventiva.

6. La globalización económica –mejor dicho, la financiera- exige el aseguramiento de la libre migración de capitales y la estabilidad de su valor (inconvertibilidad). En ese eje la obra ahonda en instrumentos que brindan seguridad a los inversores.

La disminución –casi eliminación- del riesgo de incobrabilidad por la instrumentación que se propone cuidadosamente dentro del análisis económico del derecho, debería significar la baja de los costos del dinero. Implica toda una concepción que debería ser recibida adecuadamente por la comunidad, incluso por las autoridades para contribuir a la superación de los problemas financieros descriptos sin afectar substancialmente las supuestas “reglas del mercado”.

¿A cuento de que viene todo esto? Es que esa es la visión correctamente dual del derecho que reconozco en este libro, donde se analiza el campo de actuación de la autonomía de la voluntad, en las herramientas que autoriza el legislador, y en las asimetrías que genera el mercado constata las transformaciones habidas en la estructura económica y las dificultades para la industria y el comercio.

Para ello ese segundo rol del derecho, que dispone el Estado para reequilibrar la situación de poder fáctico, considerando a la institución contrato como herramienta de calidad de vida; en la existencia de la idea común en los poderes constituidos de construir condiciones para que la sociedad civil actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony GIDDENS en *Consecuencias de la modernidad*.

Estamos acostumbrados a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho ad hoc, en nuestro país el derecho de la emergencia económica del propio Estado. Somos individuos antes que ciudadanos. Decía Borges que las generalidades como el Estado o la sociedad nos parecen entelequias. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida, y terminamos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías.

No hay duda que a la capacidad de investigación del autor, que con gran idoneidad señala los nudos teóricos tan bien abordados, se une el realismo del profesional que, sin distraerse en aspectos escenográficos integrativos que con frecuencia, desvían una investigación, logra una comunicación que aquí se presenta con calidad doctrinaria y alta utilidad profesional.

7. La vocación y capacidad intelectual, como las desplegadas por el autor en este libro, abre la esperanza en un período de desesperanza en lo económico y social.

Una pseudo revalorización economicista cuestiona el rol de las ciencias jurídicas y la de los hombres de Derecho, sin advertir que esas ciencias sólo construyen el orden del orden social.

Bienvenida la creación constructiva que permita el desarrollo de la actividad económica, a la que sin duda se debe postergar toda actividad financiera o apetencia fiscal.

Si alguna moraleja se quiere extraer de lo antedicho, será la invitación a los estudiosos a asumir el compromiso de comprender la elaboración de pautas para que, en la complejidad del tema, permitan actuar directamente sobre la realidad que se desea gobernar.

Quizá debamos pensar en la revolución de los intelectuales, normalmente alejados de la política, para desde una visión humanística, no alentados por ningún lobby o grupo de interés, obliguemos a repensar el país, determinando que no hay un solo modelo –máxime cuando este no se exhibe metodológicamente como un “modelo”- y que una revolución en paz a través del derecho es posible, justamente imponiendo el cumplimiento de normas fundamentales para la estructura y funcionamiento de un conjunto social, evitando que se acentúe la sectorización que vivimos, marginando cada vez más a las personas del sistema jurídico, del que muchos poderosos ya se han marginado voluntariamente.

Como volver a aquellos tiempos en que los catedráticos y profesionales más distinguidos donaban su tiempo para perfeccionar las normas, interpretarlas y formar la gente joven a la que generosamente vinculaban a sus desvelos. Es que un profesor universitario, un académico, debe tener un perfil muy particular. No bastan sus conocimientos, sino que debe evidenciar sus investigaciones en producción palpable. Pero también es necesario tener conciencia grupal para convivir en equipos para preparar los futuros abogados, los futuros docentes y la futura legislación. La formación de recursos humanos parece una tarea indispensable donde se une a la capacidad la donación del tiempo, de la paciencia y la tolerancia, en lo que también ha demostrado su idoneidad el autor. Bienvenido Vargas Balaguer.

Universidad Nacional de Córdoba, 2015.