

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA DE

COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE

LICENCIATURA EN DERECHO

**ANÁLISIS DEL DEBIDO PROCESO EN LA
EJECUCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS**

Sustentante:

Michael Alonso Villalobos Montero

Tutor:

Lic. José Daniel Durán Artavia

Agosto, 2019

CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR

CARTA DEL TUTOR

San José, 19 de agosto del 2019

Piero Vignoli Chester

Carrera de Derecho

Universidad Hispanoamericana

Estimado Señor:

El estudiante Michael Alonso Villalobos Montero, portador de la cédula de identidad número 118470320, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado **ANÁLISIS AL DEBIDO PROCESO EN LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS**, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de licenciatura en derecho.

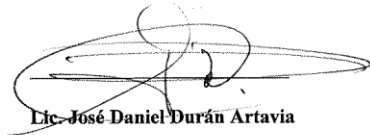
En mi calidad de tutor, he verificado que ha hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación, antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos, conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

A)	ORIGINALIDAD DEL TEMA	10%	10%
B)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
C)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	30%	30%
D)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20%
E)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEÓRICO	20%	20%
TOTAL			100%

En virtud de la calificación obtenida, se aval el traslado al proceso de lectura.

Atentamente:

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

Lic. José Daniel Durán Artavia

Cédula de identidad N. 109240754

Carnét N. 10945

CARTA DE APROBACIÓN DEL LECTOR

CARTA DE LECTOR

26 de septiembre de 2019

Universidad Hispanoamericana
Sede Llorente
Facultad de Derecho

Estimados Señores:

El estudiante Michael Alonso Villalobos Montero cédula de identidad n 1-1847-320, me ha presentado en calidad de lector, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo final de graduación TESIS denominado: ***"Análisis del debido proceso en la ejecución de las Garantías Mobiliarias"***, el cual ha elaborado para obtener su grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado y he hecho las observaciones relativas al contenido analizado, particularmente lo relativo a la coherencia entre el marco teórico y análisis de datos, la consistencia de los datos recopilados y la coherencia entre éstos y las conclusiones; asimismo, la aplicabilidad y originalidad de las recomendaciones, en términos de aporte de la investigación.

Por consiguiente, este trabajo cuenta con mi aval para ser presentado en la defensa pública.

Atte.



Msc. Cristian Hernández Agüero

Cédula 1-0912-0992

CARTA DEL FILÓLOGO

San José, 10 de octubre del 2019

Señores
Facultad de Derecho
Universidad Hispanoamericana

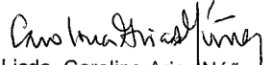
Estimados señores:

El estudiante Michael Alonso Villalobos Montero me ha presentado, para corrección de estilo, el trabajo de investigación denominado *Análisis del debido proceso en la ejecución de garantías mobiliarias*, el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado, de acuerdo con los lineamientos de la corrección de estilo señalados por la Universidad, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y los vicios de dicción que se trasladan al escrito y he verificado que se han realizado todas las correcciones indicadas en el documento.

Por consiguiente, doy fe de que este trabajo se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Universidad.

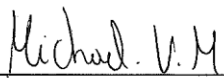
Atentamente,


Licda. Carolina Arias Núñez, M.Litt.
Carné 24 407
Colegio de Licenciados y Profesores en
Letras, Filosofía, Ciencias y Artes de Costa Rica

DECLARACIÓN JURADA

Yo **Michael Alonso Villalobos Montero**, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número: 1-1847-0320, egresado de la carrera de Derecho, de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: “**Análisis del Debido Proceso en la Ejecución de Garantías Mobiliarias**”, es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil diecinueve.



Michael Alonso Villalobos Montero
Ced. 1-1847-0320

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACION DE TESIS

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

CENTRO DE INFORMACION TECNOLOGICO (CENIT)

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA
CONSULTA, LA REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS TRABAJOS FINALES DE
GRADUACION

San José, 21 de octubre de 2019

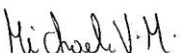
Señores:
Universidad Hispanoamericana
Centro de Información Tecnológico (CENIT)

Estimados Señores:

El suscrito **Michael Alonso Villalobos Montero**, portador de la cédula de identidad número: 1-1847-0320, autor del trabajo de graduación titulado “**Análisis del Debido Proceso en la Ejecución de Garantías Mobiliarias**”, presentado y aprobado en el año 2019, como requisito para optar por el título de Licenciatura en Derecho; si autorizo al Centro de Información Tecnológico (CENIT) para que, con fines académicos, muestre a la comunidad universitaria la producción intelectual contenida en este documento.

De conformidad con lo establecido en la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Cordialmente,



Michael Alonso Villalobos Montero
Ced. 1-1847-0320

DEDICATORIA

Dedico esta tesis, principalmente, a Dios, quien me ha dado las fuerzas, la ayuda y la guía para crecer en esta etapa de mi vida.

A mis padres, Marleny Montero Chinchilla y Franklin Villalobos García, al ser mi ejemplo a seguir y, sin lugar a dudas, sin ellos no podría lograr las metas propuestas hasta la fecha. Es gracias a ellos y a Dios que logro culminar una etapa que conlleva mucha importancia en mi vida.

A mis hermanos, Franklin Villalobos Montero y Marleny Villalobos Montero, por ser siempre pieza fundamental en este proceso. A mi hermana, por ser un apoyo incondicional y guiarme por el camino correcto. Por supuesto, agradezco a mi hermano, por ser un ejemplo a seguir como profesional y como persona.

A Sharlyn Hernández Montero, una persona excepcional en mi vida, quien ha hecho de mí una mejor persona y por estar ahí siempre.

Además, a familiares, amigos y profesores, por el apoyo y colaboración que me han brindado en distintos momentos de la carrera.

AGRADECIMIENTOS

Tengo muchas personas a quienes agradecer por la conclusión de esta gran etapa de mi vida. En primer lugar, doy gracias a Dios por permitirme llegar hasta donde he llegado, sé que me guiará hasta cumplir la obra que tiene para mi vida y me guiará por el camino del bien.

Agradezco a mi familia, principalmente a mis padres, por siempre ser ese apoyo incondicional en toda mi formación educativa; sin ellos y los valores que me han enseñado no podría ser la persona que soy.

A toda la familia de Consortium Legal: a los licenciados David Arturo Campos Brenes, Rolando Laclé Zúñiga, Rolando Laclé Castro y Mario Quesada Bianchini, por depositar mi confianza en ustedes y siempre guiarme de la mejor manera como profesional y como persona; son mi ejemplo a seguir.

Agradezco al licenciado José Daniel Durán Artavia y al licenciado Christian Fallas Acuña, tutor y lector de la investigación, respectivamente, quienes han dedicado gran cantidad de tiempo, esfuerzo y perseverancia para culminar este proyecto de la mejor forma posible.

Agradezco a mis familiares y hermanos de corazón, Roy Delgado González, Rodrigo Delgado González y Mauricio Hernández Jauberth, por ser grandes luchadores y siempre caminar conmigo en este largo proceso.

Agradezco profundamente a Sharlyn Hernández Montero, por ser una persona que cuida mis pasos y mi camino para que siempre, con la ayuda de Dios, pueda ir por el bien. Gracias infinitas por aguantarme las noches y los días de trabajo y, aun así, ser mi consejera, mi apoyo condicional y mi pilar en este proceso.

Agradezco a todas las personas, en general, que me apoyaron y guiaron para hoy culminar una etapa importante en mi vida. Gracias por ayudarme a construir una gran persona y un gran profesional.

ÍNDICE

Contenido

CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR	ii
CARTA DE APROBACIÓN DEL LECTOR	iv
DECLARACIÓN JURADA	vi
AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACION DE TESIS	vii
DEDICATORIA	viii
AGRADECIMIENTOS.....	ix
ÍNDICE.....	xi
Contenido.....	xi
CAPÍTULO I	1
PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
1.1.1. Antecedentes del problema.....	3
1.1.2. Justificación del problema.....	6
1.1.3. Formulación del problema	9
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
1.2.1. Objetivo general	10
1.2.2. Objetivos específicos	10
1.3. ALCANCES Y LIMITACIONES.....	11
1.3.1. Alcances	11
1.3.2. Limitaciones	12
CAPÍTULO II MARCO METEDOLÓGICO.....	13
2.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	14
2.1.1. Finalidad.....	14
2.1.2. Dimensión temporal.....	14

	xii
2.1.3. Carácter	14
2.2. SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN	15
2.2.2. Sujetos de información.....	15
2.2.3. Fuentes de primera mano	15
2.2.4. Fuentes de segunda mano.....	16
2.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECTAR INFORMACIÓN...	18
 CAPÍTULO III.....	 19
 MARCO TEÓRICO	 19
 3.2. LA PRENDA	 28
 3.3. GARANTÍA MOBILIARIA.....	 33
3.3.1. Definiciones de la garantía mobiliaria	38
3.3.2. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Garantías Mobiliarias	41
3.3.2.1 Ámbito de aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias	43
3.3.3. Constitución de la garantía mobiliaria	45
1.3.2. Prenda con desplazamiento	47
1.3.3. Prenda sin desplazamiento	47
3.4. CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA	49
 3.5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	 51
3.5.1. Derechos del deudor garante	51
3.5.2. Obligaciones del deudor garante	53
3.5.3. Derechos del acreedor garantizado	56
3.5.4. Obligaciones del acreedor garantizado	56
3.6. SUBTIPOS DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	57
3.6.1. Garantía mobiliaria genérica	58
3.6.2. Garantía específica de compra.....	58
3.6.3. Contrato de control	60
3.7. PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA EN COSTA RICA (LEGISLACIÓN).....	63
 3.8. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y EL PACTO COMISORIO: COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS PERUANO Y NORTEAMERICANO.....	70

3.9. PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA EN COLOMBIA, ARGENTINA Y CHILE.....	74
3.9.1. Garantía mobiliaria en Colombia.....	74
3.9.1.1. Pago directo	80
3.9.1.2 Ejecución judicial	81
3.9.2 Garantía mobiliaria en Argentina	82
3.9.3. Garantía mobiliaria en Chile	89
3.10. VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO	109
3.10.1. Violación al debido proceso	109
3.10.2. VIOLACIÓN AL CONTRADICTORIO, DEFENDERSE Y SER OÍDO EN UN PROCESO.....	116
3.10.3. Violación al Principio de juez natural.....	120
3.11. PROCEDIMIENTO RAC EN LA EJECUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA.....	126
3.11.1. Generalidades sobre el arbitraje.....	126
3.11.2. Ventajas al utilizar el arbitraje.....	132
3.11.3. Formas de acudir al proceso arbitral	135
3.12. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE	138
CAPÍTULO IV.....	141
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS	141
4.1 ANÁLISIS DE RESPUESTAS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS	142
4.1.1. Resultados de la encuesta realizada a los usuarios de garantías mobiliarias	142
4.1.2. Resultados de la encuesta realizada a los abogados y las abogadas incorporadas al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, sobre el tema de garantías mobiliarias.....	145
CAPÍTULO V	148
CONCLUSIONES	148
5.1. CONCLUSIONES.....	149
5.1.1. Con referencia a los objetivos específicos	149
5.1.2. Conclusiones generales	152
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154
Bibliografía	154

ANEXOS.....	xiv 157
-------------	------------

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El objetivo principal de esta investigación es determinar el ámbito de aplicación legal de los procedimientos judiciales y extrajudiciales en cuanto a las ejecuciones de garantías mobiliarias; para ello, se toma jurisprudencia y doctrina que han llegado a marcar a la actual sociedad, así como los perjuicios y eventuales violaciones ocasionados por el debido proceso en la legislación costarricense.

Se tomarán en consideración las facilidades en las entidades financieras para que una persona pueda recibir un crédito, aunque sin poder establecer parámetros comparativos para establecerlo.

Como parte de los avances establecidos en la jurisprudencia, una de las posibles problemáticas que se discutirán en la investigación son las eventuales violaciones al debido proceso en las ejecuciones de garantía, siendo una de las principales la notificación que se ejerce ante el deudor, una vez que el acreedor garante haya realizado el proceso judicial, sin notificarle sobre un procedimiento previo a dicho proceso. Esto, con tal de evitar la *litis* y sobresaturar los procesos judiciales en los diferentes estrados del país, provocando una gran indefensión ante el deudor garante.

No podemos dejar de lado las violaciones al debido proceso, por medio de los juzgados civiles y, aún más, al Principio de juez natural, siendo este aún uno violentado

por parte del acreedor garante, provocando una indefensión ante el deudor y generando, como consecuencia, la pérdida de su patrimonio.

1.1.1. Antecedentes del problema

Con el fin de esclarecer los antecedentes de la ejecución de la garantía mobiliaria, debemos mencionar, en primera instancia, la prenda, tomando en consideración que la mayoría de las garantías mobiliarias se registran sobre bienes muebles, he ahí el nombre de “mobiliario”. Por ende, los bienes muebles se registran mediante la prenda.

La prenda es un derecho real que se confiere solo por bienes muebles establecidos en el artículo 256 del Código Civil, la que garantiza la relación jurídica de una obligación. Antiguamente se concibió como una figura que obligaba a la pérdida de la posesión del bien por el deudor, lo que hoy podemos mencionar como la ejecución de una garantía en caso de incumplimiento de la obligación del deudor ante el acreedor garante.

Claro está que esta teoría fue perdiendo valor, debido a que la necesidad de fomentar el desarrollo del crédito dejó en claro los inconvenientes de una garantía como la prenda, basada en la desposesión del bien por parte del deudor. Esto lo priva de instrumentos útiles de producción con los cuales obtiene dinero para pagar sus deudas y da cabida a lo que hoy conocemos como prenda sin desplazamiento o con entrega jurídica, cuya publicidad registral es fundamental.

La regulación de los derechos reales mobiliarios en Costa Rica ha permanecido anclada al molde de la prenda sobre bienes muebles y sobre derechos de crédito que estaban previstos inicialmente en el artículo 442 del Código Civil, hasta la reforma de 1941.

La regulación de la prenda refleja un estado de “anquilosamiento” por el requisito de desposesión, aunque gradualmente disminuido en la práctica con respecto a la prenda sobre vehículos, equipo o maquinarias, atemperando los riesgos de conservación frente al acreedor a través del desarrollo de seguros.

La prenda también ofrece una evidente inmovilización que determina la improductividad de los bienes gravados. Es contraria a toda razón económica, la cual impone, en interés tanto del acreedor garantizado como del constituyente, que el bien no salga del circuito económico y productivo y, por último, que sea posible su sustitución en el tiempo, hasta que la relación de crédito se encuentre extinguida, permaneciendo firme el vínculo de indisponibilidad en función de garantía.

La regulación de la prenda como tal se concentra en la rigurosidad de la tipicidad de las formas de garantías propias de nuestra tradición jurídica, claro está que se vuelve casi una obligación, la cual no debe circunscribir su función a una relación crediticia singular o particular.

La prenda convencional temporal, desde sus disposiciones, encuentra una escasa aplicación en la práctica en el mercado financiero, debido a que solo resulta aplicable cuando el deudor pueda renunciar a la posesión inmediata de las cosas, como ocurre con los bienes o la mercadería que el banco financiador puede tomar en depósito.

Las patologías descritas han calado intensamente en otras legislaciones, así, en nuestro país se destaca intensamente el derecho francés, por el profundo arraigo que tuvo en nuestra normativa civilista, derivado del elocuente *Code Civil*.

En el 2006, culminó una investigación profunda sobre el proyecto de Garantías Mobiliarias realizado por el profesor Grimaldi, el cual fue aprobado mediante la *Ordennance num. 2006-346*, de 23 de marzo de 2006 y ratificado un año después por la Ley 2007-212, emitida el 20 de febrero del 2007.

Esta ordenanza regula y reagrupa todas las normas sobre garantías, tanto personales como reales, anteriormente reguladas en el Libro III y vino a derogar los artículos del *Code Civil* que regulaban estas mismas.

En suma, tras más de dos siglos, el legislador francés modificó la estructura del *Code Civil*, introduciendo más de 205 nuevos artículos, con el consiguiente cambio en la numeración de todos los preceptos del *Code* sobre las garantías. Sin embargo, más

adelante, el derecho de garantías se complementó con la consagración de la fiducia en garantía, o cesión de la propiedad a título de garantía.

Sin embargo, Grimaldo (2001) manifestó, a lo largo de los años, la dispersión de los textos legales ajenos al *Code Civil*, a través de la acumulación de leyes puntuales llevadas a cabo sin una visión global y la existencia de una intensa actividad jurisprudencial, en ocasiones incierta y fiduciante, que ha contribuido a que el derecho francés de garantías se vea privado de buen parte de su claridad y coherencia. Agrega que el derecho de las garantías no es suficientemente legible ni accesible, ni puede cumplir su doble finalidad: proporcionar seguridad a quienes otorgan crédito y proteger a quienes lo solicitan.

1.1.2. Justificación del problema

Si bien la garantía mobiliaria es una de las figuras jurídicas más novedosas en nuestra legislación, se analizará su proceso de ejecución, de manera tanto ordinaria como extraordinaria, indicando así la indefensión que le genera al deudor, frente al acreedor, en el momento en que es ejecutada.

Se establece una problemática en la ejecución de la garantía mobiliaria, ya que no se cuenta con una comunicación al propietario sobre el incumplimiento del deudor, rigiéndose en la venta extrajudicial.

La venta extrajudicial se inicia con un acta notarial dirigida al deudor, al representante o, bien, al mismo constituyente, en la cual se deja constancia, en primera instancia, sobre el incumplimiento por parte del deudor.

Así, la comunicación es idéntica al deudor, al representante o, bien, al constituyente, sin embargo, esa comunicación directa limitaría la comunicación sobre el incumplimiento. No hay un acta que constituya una intimación para cumplir con la obligación ni con el monto de esta detalladamente garantizado.

La misma ley cuenta con omisiones, puesto que no contempla una comunicación en la cual tenga que contemplarse al propietario, partiendo en todos aquellos casos en los cuales el bien haya sido enajenado y la transferencia, comunicada por acta notarial impulsada por el acreedor. Esta omisión por parte de la ley perjudica gravemente los derechos del nuevo propietario, siendo este el deudor, al ejercer su derecho a la defensa.

La ejecución de la garantía mobiliaria se da mediante el mecanismo de autocancelación. Se le permite al acreedor garantizado reposar la garantía de forma judicial o extrajudicial y, a su vez, revenderla para pagar lo adeudado. En caso de que quede un excedente, el acreedor deberá devolverlo al deudor y si queda un déficit, podrá subsanarlo gravando otros activos del deudor.

La Ley de Garantía Mobiliaria, número 9246 (en adelante LGM), viene a modificar en su totalidad el sistema de garantías para muebles y derechos, pues, en términos generales, amplía las categorías de activos que pueden ser objeto de garantía y el alcance de los derechos sobre dichos activos, publicidad, prelación y ejecución de garantías mobiliarias. Se toma en consideración que deja por fuera los bienes inmuebles, siendo constitución de dicha ley solo los bienes muebles establecidos en ella.

Tomando en consideración todo lo anterior, se considera como uno de los grandes problemas, para ejecutar la garantía mobiliaria, una indefensión hacia el deudor por parte del acreedor al realizar la ejecución. Una gran indefensión en el proceso es el pacto comisorio, ya que es una forma de resolución por incumplimiento de la garantía mobiliaria.

Se estará investigando si existe o no un pacto comisorio en la garantía mobiliaria como una forma de indefensión, no sin tomar en consideración que conlleva a la misma indefensión que se da en el contrato de fideicomiso y que, por ley, dicha cláusula (pacto comisorio) se establece como ilegal, siendo que la garantía mobiliaria incurre en una ilegalidad dentro de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria.

En primera instancia y como referencia, debemos entender qué es un pacto comisorio. Según Montero Piña (1999), es un convenio celebrado eficazmente, considerado como no concluido, en razón del incumplimiento voluntario e imputable en que incurre uno de los sujetos, otorgándole al otro el derecho a solicitar la resolución; es

decir, el pacto comisorio se inscribe dentro de la resolución contractual como un medio de finalización de dicho contrato, con base en un incumplimiento del pago de la contraprestación por parte del deudor.

Esta resolutive contractual conlleva a que, al darse el incumplimiento del acreedor, este tiene la posibilidad de apropiarse de manera directa del bien, con el fin de saldar su deuda, incluso cuando el valor supere el costo de la deuda como tal.

Por otro lado, Galindo y Navarro (2014) agregan a la definición del pacto comisorio que es: “aquella convención entre acreedor y deudor en virtud del cual se le permita al acreedor la apropiación directa de la cosa dada en garantía ante el incumplimiento de la obligación que tiene asumida el deudor”.

1.1.3. Formulación del problema

¿Existe los mecanismos idóneos en la ejecución de la garantía mobiliaria, tanto judicial como extrajudicial, en Costa Rica, a favor del deudor?

¿Se deberán implementar mejores técnicas de resolución en las ejecuciones de las garantías mobiliarias?

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Según Roberto Hernández Sampieri (2014), en su obra *Metodología de la investigación*: “Los objetivos de la investigación tienen la finalidad de señalar a lo que se aspira en la investigación y deben expresarse con claridad, pues son las guías de estudio”. (p. 37)

1.2.1. Objetivo general

Analizar el cumplimiento del debido proceso en el proceso de ejecución de la garantía mobiliaria en Costa Rica.

1.2.2. Objetivos específicos

1. Investigar la garantía mobiliaria en Costa Rica y su proceso de ejecución.
2. Establecer los alcances del debido proceso dentro de la ejecución de la garantía.
3. Determinar el grado de cumplimiento del principio del debido proceso en el proceso de ejecución.

1.3. ALCANCES Y LIMITACIONES

1.3.1. Alcances

El desarrollo de esta investigación se basa en un amplio estudio sobre el proceso de ejecución de la garantía mobiliaria, con el fin de establecer las eventuales violaciones al debido proceso en dicha ejecución. A su vez, debe servir como un marco de estudio para futuros estudiantes y profesionales que se interesen, también, por el tema y puedan tener una guía de referencia.

La investigación abarca un amplio análisis, a nivel nacional e internacional, referente a la garantía mobiliarias, sus mecanismos de ejecución y sus eventuales violaciones al debido proceso, así como un trabajo de campo con diferentes expertos en el tema.

Esto se realizó durante el 2019, con el fin de establecer más a fondo dicho proceso y generar buenas técnicas de ejecución para el beneficio del deudor, así como garantizar la deuda al acreedor. Así mismo, se estudiará la legislación costarricense, específicamente la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley 9246), y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias de las Naciones Unidas (Viena, 2017).

1.3.2. Limitaciones

Las limitaciones que se han encontrado a lo largo de esta investigación se pueden enfocar en varios aspectos, los cuales se detallan a continuación:

El tiempo para elaborar este trabajo es limitado y el tema, muy amplio y complejo, por lo cual resulta un factor determinante.

También, hay poca información y regulación en la normativa costarricense, además de poca cantidad de procesos presentados ante los tribunales de justicia costarricenses y que han prosperado, sobre este tipo de problemas, ya que las personas prefieren hacer su denuncia por otros medios.

CAPÍTULO II

MARCO METEDOLÓGICO

2.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Finalidad

Como principal objetivo de la investigación, se pretende lograr un conocimiento amplio y desarrollado sobre los procedimientos judiciales, así como sobre sus formalidades en la ejecución de la garantía mobiliaria, evitando la indefensión del deudor por parte del acreedor garante.

2.1.2. Dimensión temporal

La temporalidad de la presente investigación se sitúa a lo largo del tiempo, en un periodo del mes de mayo al mes de setiembre del año dos mil diecinueve, haciendo un estudio longitudinal en la actualidad, para analizar la problemática de los procesos judiciales en la ejecución de la garantía mobiliaria.

2.1.3. Carácter

La presente investigación es de tipo analítico-interpretativo; busca, en primer lugar, las razones, los motivos o las circunstancias de la indefensión hacia el deudor garante en los procesos de ejecución de garantía mobiliaria, siendo que este mismo pierde parte de su patrimonio.

2.2. SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN

El estudio se basa en la conceptualización de diferentes entidades bancarias y financieras que realizan ejecuciones de garantías, así como en los diferentes procedimientos judiciales que desarrollan este tipo de práctica legal con base en sus conocimientos y las diferentes regulaciones a nivel nacional.

2.2.2. Sujetos de información

Se tendrá como sujetos de información a aquellos representantes de las diferentes entidades bancarias y financieras encargadas de ejecutar las garantías, como acreedoras garantes, así como la doctrina nacional y jurisprudencia de los diferentes estrados judiciales del país.

2.2.3. Fuentes de primera mano

Son los datos primarios de una investigación, ya que son recolectados de primera mano, es decir, se recaba información de la misma fuente que la produce.

Tabla 1. Referencia de Tesis consultadas.

Autor	Universidad	País	Año
Villalobos Montero, Franklin Estivin Trabajo final de investigación para optar por el grado de Doctorado en Derecho Comercial <i>Eventuales violaciones en la ejecución del fideicomiso de garantía.</i>	Universidad Escuela Libre de Derecho	Costa Rica	2006
Ramos Chaves, Adriana María y Van Der Laet García, Natalia Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho <i>Estudio sobre el sistema de garantías mobiliarias propuesto por la Organización de Estados Americanos y su adaptación al sistema legal costarricense</i>	Universidad de Costa Rica.	Costa Rica	2008

Fuente: Elaboración propia. (2019).

2.2.4. Fuentes de segunda mano

Este tipo de fuentes se van a determinar como de consultas bibliográficas, incluyéndose libros, documentos de sitios *web*, entre otros.

Tabla 2. Referencias Bibliograficas.

Autor	Documento	País	Año
Vásquez Rodríguez, Alejandro Hernández Aguilar, Álvaro Tarabal Bosch, Jaume	<i>Garantía mobiliaria</i>	Costa Rica	2016
Sáenz Montero, Manfred	<i>El fideicomiso mercantil como garantía de créditos en general</i>	Costa Rica	2016
Etcheverry, Raúl Aníbal	<i>Derecho Comercial y Económico, Contratos Parte Especial 1.</i>	Buenos Aires, Argentina	1994
Etcheverry, Raúl Aníbal	<i>Derecho Comercial y Económico, Contratos Parte Especial 2.</i>	Buenos Aires, Argentina	1994
Dávalos Mejía, Luis Carlos	<i>Títulos y Contratos de Crédito, Quiebra.</i>	México, El Manto Iztapalapa	1984

Couture, Eduardo J.	<i>Fundamentos del Derecho Procesal Civil</i>	Argentina, Buenos Aires	1958
Asamblea Legislativa	<i>Constitución Política de Costa Rica</i>	San José, Costa Rica	1949
Asamblea Legislativa	<i>Ley Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social</i>	San José, Costa Rica	1997

Fuente: Elaboración propia. (2019).

2.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECTAR INFORMACIÓN

Se hicieron cuestionamientos a un grupo de 39 personas, con el fin de determinar su opinión y su conocimiento relacionado con el tema de la garantía mobiliaria.

Además, se solicitó la opinión a tres personas profesionales en Derecho, de amplio conocimiento sobre el tema en estudio, con el fin de determinar, a ciencia cierta, la tramitación del proceso.

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

3.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Para conceptualizar el origen moderno de la garantía mobiliaria, es necesario hacer referencia a las prácticas comerciales bancarias de los siglos XVII y XIX en Inglaterra, siendo este un alto nivel de comercio, con necesidad de créditos para los comerciantes. Entonces, las entidades financieras empezaron a utilizar el préstamo comercial como garantía mobiliaria sin desposesión.

Nicholas Barbon (1690), en uno de sus textos, “A Discourse of Trade”, hace referencia a la importancia del préstamo mercantil como figura intrínsecamente compuesta de la garantía mobiliaria:

Hay dos tipos de créditos: el que se basa en la habilidad del comprador y el que se basa en su honestidad: El primero, implica un hombre capaz; quien, por lo general compra a corto plazo para pagar en un mes, lo que se reconoce como de contado, y el precio se determina de inmediato. El otro es conocido como el préstamo al hombre honesto; puede ser pobre; generalmente compra a tres, a seis meses o más, con el fin de pagarle al comerciante con las ganancias de sus propios bienes. La mayoría de los comerciantes minoristas compran con este tipo de crédito y son por lo general depositarios de confianza en un porcentaje más del doble de lo que valen. (Barbon, 1690)

La garantía es un aseguramiento jurídico de cumplir con lo pactado como tal, la cual añade una protección a la responsabilidad.

Sin lugar a dudas, una de las características fundamentales de la garantía es que se refiere a un contrato meramente accesorio, el cual señala la responsabilidad de una obligación principal, siendo esta la garantizada.

A lo largo de toda la historia, sobresaliendo en la época romana, se garantizan tres tipos de garantía:

- **La fiducia o la fianza:**

La mancipatio o in iure cessio, remacipatio, en la cual una de las partes, denominada deudor, le transfiere de forma voluntaria una cosa a otro sujeto denominado acreedor, obligándose a este último a la devolución de la cosa entregada. La fiducia se constituía para asegurar el pago de una deuda adquirida por un sujeto deudor. Este contrato implicaba un contrato de venta y recompra. En él se daba en garantía de pago un bien. El dominio del bien debía ser transferido al acreedor, condicionado a ser restablecido al deudor en el momento de pago. La condición de restablecer el dominio del bien en el momento de pago total de la deuda, se conocía como *pactum fiduciae*. (Thomas, 1976)

- ***Pignus o prenda:***

Es una figura jurídica en la cual subsana la acción del acreedor cuando este mismo pueda enajenar la cosa de la deuda fiducia que de la misma forma, se entregaba un objeto, sin embargo, la particularidad es que esta misma no transmite o traslada la propiedad sino la posesión coactiva por parte del acreedor frente a un eventual incumplimiento del deudor. Pignus era una forma de garantía real utilizada en Roma, menos formal y restrictiva que la fiducia cum creditore. La importancia de este contrato radicaba en que el deudor, podía retener el dominio del bien dado en garantía; sin embargo, el acreedor tenía la protección interdictal al tener la posesión del bien. (sic) (Phillipson, 1967-1968)

- **Hipoteca:**

Surge una coacción con la prenda, debido a que estos dos como tal no se limita en el traslado de la propiedad, basta con acuerdo de voluntades, en la cual se obligan uno del otro con el fin de garantizar un objeto que es la propiedad, mas sino, el traslado de la propiedad a favor de un dominio de alguno de los sujetos. La hipoteca es la garantía real, mediante la cual un bien es dado en garantía de una deuda; sin embargo, el dominio y la posesión no son transferidos al acreedor, sino que quedan en manos del propio deudor. El deudor lo que crea es un derecho de posesión sobre el bien, que le es transferido al acreedor, aunque dicho acreedor no se encuentre en posesión de ese bien. (Thomas, 1976)

Las garantías mobiliarias sobre bienes muebles han mostrado una interesante evolución histórica, siguiendo a los autores Cores y Gabrielli (2008), en su libro *El nuevo derecho de las Garantías Reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, quienes nos muestran su evolución dentro de tres periodos importantes:

Como un primer punto encontramos la época en el derecho romano clásico y posterior a la época de Justiniano, cuando dominaban figuras fiduciarias como *fiducias cum creditore* y, por aparte, el *pignus*.

Cuando se hablaba de la fiducia, se hacía referencia a la transmisión plena de la propiedad por parte del acreedor, quien asumía una obligación personal al emplear el bien como garantía.

Por su parte, el *pignus* primitivo le permitía al acreedor ser poseedor de la cosa en cuanto el deudor incumpliera con la obligación, lo que hoy podríamos conocer como el derecho de retención.

Por su parte, dentro de la época de Justiniano, se buscaba prevenir los abusos, por ejemplo, la usura, provocando que el *Corpus Iuris Civilis* dejara de conceptualizar las garantías reales como transferencias reales y las considerara como derechos reales menores, *Iura In Re Aliena*.

Se adaptó el *Corpus Iuris Civilis* al “pignus” e “hypotheca” como sus únicos modales de garantías reales minoritarias, dejando a un lado todas las fiducias y lo que hoy conocemos como prenda e hipoteca. (J., 2004)

A diferencia del *Corpus Iuris Civilis*, los mencionados se basaban en que el bien o la cosa dada en garantía pertenecía al acreedor y no a un tercero ajeno a este, como sí ocurre en los casos de las fiducias.

Posteriormente, en el segundo periodo, se dan las primeras generaciones de la garantía mobiliaria, basada en limitar los gravámenes ocultos mediante algún tipo de esquemas de publicidad.

Con las hipotecas se adopta el principio de protección del adquirente de buena fe y, dentro de los bienes muebles, se adopta el desplazamiento posesorio como elemento esencial para la constitución de prenda. Esta modalidad rigió de 1804 al 2006 en Francia y fue adoptada por el *Code Civile*. No obstante, con la segunda generación de garantía mobiliarias, se dio el aviamiento del capitalismo industrial, el avance del comercio y de las finanzas, buscando satisfacer dos intereses: la garantía del acreedor y que el deudor continuara disponiendo del bien en sus procesos productivos.

En una tercera generación, las garantías mobiliarias fueron también impulsadas por la realidad económica, buscando que sectores económicos pudieran acceder al crédito, por

medio de normas que permitieran otorgar garantías sobre sus bienes, de modo que todos los productores accedieran al pleno valor de sus activos como garantía.

La desposesión, en dicha generación, no fue un medio esencial, sino uno que podría ser sustituido por otros.

Hoy, la garantía mobiliaria en nuestra legislación se basa en Ley Modelo de la Garantía Mobiliaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), de febrero de 2002, Washington D.C. Esta ley no sustenta la obligación de llevar a cabo el proceso, la ejecución y su constitución, tal y como lo estipula, sino que intenta regular que las mismas naciones y estados incorporados en la OEA la tomen como base para ser adoptada tal y como fue aprobada, sirviendo de base para la terminología y el sistema jurídico general de cada país, guardando así sus principios básicos.

Ahora bien, debemos realizar una breve referencia a la similitud entre la garantía mobiliaria referente a la prenda y *pignus*.

La prenda como tal es un derecho real que tiene como función accesoria asegurar al acreedor prendario un cumplimiento y satisfacción de su crédito producto de la relación obligacional, mediante un poder especial que se le confiere sobre la cosa pignorada, es decir, la cosa dada en garantía. Sin embargo, no le otorga la posibilidad de disponer del

bien pignorado al deudor garante, ya que este solamente está sujeto a la obligación y no al bien en específico; es decir, no obtiene el dominio pignorado.

Como características importantes indicamos que la prenda es un derecho real, ya que se tiene sobre la cosa sin respecto de determinada persona; es un derecho mueble, ya que se constituye sobre cosas muebles y sus deudas activas; es indivisible y, por último, pero no menos importante, la prenda como tal es bilateral y accesorio, ya que requiere del consentimiento de ambas partes: uno llamado acreedor garante y otro denominado deudor garante, con el fin de realizar su constitución ante la entidad correspondiente.

Consecuentemente, la prenda como tal es constituida ante el registro público y, por ende, su ejecución al estar inscrita se presume inmediata. El artículo 166 del Código Procesal Civil hace referencia a lo siguiente:

Las hipotecas comunes y de cédula, así como la prenda debidamente inscritas, constituyen títulos de ejecución con renuncia de trámites para hacer efectivo el privilegio sobre lo gravado o, en su caso, sobre la suma del seguro, así como para hacer efectivas todas las garantías personales, las cuales se entenderán limitadas al saldo en descubierto. Las hipotecas y las prendas que por disposición legal no requieran inscripción tienen la misma eficacia. Para esos efectos, constituyen documentos idóneos los originales de cédulas hipotecarias y sus cupones de intereses, las certificaciones de las escrituras de las hipotecas comunes y las

prendas inscritas, siempre que en ellas conste que las inscripciones no están canceladas o modificadas por otro asiento. (Código Procesal Civil, 2016)

Por otro lado, encontramos una similitud en la prenda que, al igual que la garantía mobiliaria, es un derecho real accesorio que tiene como función asegurar al acreedor el cumplimiento y la satisfacción de la obligación.

En la época romana, la prenda, *pignus* o empeño era un tipo de los llamados préstamos pretorios, que consistían en la entrega de la garantía de una cosa del deudor - que es a la vez el pignorante- al acreedor- que se le conoce como el acreedor pignoraticio-, para que la retuviera hasta que se extinguiera la obligación, propia o ajena que se garantizaba.

Estas obligaciones eran unilaterales, es decir, el pignoratario debía conservar y restituir la cosa una vez cumplida la obligación garantizada, además de soportar los gastos administrativos y ordinarios, sin dejar atrás la responsabilidad que le recaía por eventuales robos u hurtos.

Hablaremos de esto más adelante, pero debemos mencionar, para su debida ejecución, la constitución de la prenda. La misma ley establece que se deberá realizar en escritura pública, inscrita ante el Registro Público, con todos los requisitos legales que de esta emana.

3.2. LA PRENDA

La prenda la definimos como el contrato por el cual, en garantía de cumplir con la obligación de índole comercial, el deudor o un tercero entrega al acreedor o a un tercero que la recibe con el cargo de guardarla en interés del acreedor; puede ser una cosa mueble, créditos u otros bienes prendables. Podemos encontrar varias características de la prenda:

- **Real:** Solo queda concluida con la entrega de la cosa. Cuando el acreedor tuviera la cosa en su poder por otro título, puede efectuarse por intervención de este mismo. En caso de que la prenda consistiera en títulos de deuda, acciones de compañía o empresas o papeles de crédito negociables en el comercio, se verifica la tradición por la simple entrega del título, sin necesidad de la notificación al deudor.
- **Convencional:** Nace de una convención o contrato.
- **Accesoria:** Depende de una obligación a la cual garantiza. De ese carácter resulta que la nulidad, resolución, rescisión o extinción de la obligación principal trae aparejada la invalidación del contrato real de prenda que pierde su razón de ser.
- **No formal:** Basta entre las partes la entrega de la cosa o crédito, aunque para ser oponible a terceros la ley exige documento escrito. En cuanto a la prueba, puede

demostrarse la existencia del contrato de prenda en materia comercial, por todos los medios de pruebas admisibles. Para probar la autenticidad, fecha cierta, así como el monto y las modalidades de la deuda garantizada, bienes y monto de los bienes afectados, existe amplitud de medios probatorios. La jurisprudencia considera necesaria la fecha cierta como forma de prevenir fraudes.

- **Indivisible:** Es de la naturaleza de la prenda que cada uno de los bienes pignorados y cada parte de ellos se encuentren afectados en garantía de toda la deuda y de cada parte de ella.
- **Mobiliaria:** Afecta a bienes muebles y créditos.
- **Especial:** Tanto los bienes afectados por la garantía como la obligación deben determinarse con precisión, detallando la especie y naturaleza de los objetos dados en prenda: su calidad, peso, medida, si estas indicaciones fuesen necesarias para determinar la individualidad de la cosa.
- **Expresa:** Debe resultar en forma explícita del contrato.
- **Bilateral:** Engendra obligaciones para los contratantes. Las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra.

Por su parte, la prenda comprende elementos para la formación del contrato. En primera instancia, tenemos a las partes, siendo estas los principales elementos.

Encontramos al deudor de la obligación, sujeto pasivo que debe tener capacidad legal para contratar; el acreedor prendario es el sujeto activo, quien debe también tener capacidad legal para contratar y recibe la prenda; el constituyente de la prenda puede ser un tercero distinto al deudor garantizado. En este caso, la relación accesoria de garantía se conformará entre el acreedor y un tercer individuo que será el constituyente de la prenda, este es el tercero propietario del bien que entrega la cosa en prenda y debe tener la capacidad legal para enajenar bienes.

En segunda instancia, contamos con otro elemento principal: el objeto, el cual es establecido por nuestra legislación como aquel que se puede dar en prenda, sean bienes muebles, mercancías u otros efectos, títulos de la deuda pública, acciones de compañías o empresa y, en general, cualesquiera papeles de crédito negociables en el comercio. Dicha enumeración no es taxativa, sino enunciativa.

Como otro elemento, podemos nombrar la entrega o el desplazamiento de la cosa prendada, ya que el acreedor prendario obtiene o adquiere la tendencia del bien, mas no así su propiedad. Por lo tanto, no adquiere la cosa por prescripción, salvo intervención de título, ni puede servirse de la cosa sin consentimiento del dueño ni tampoco constituye nueva prenda.

Por otro lado, la capacidad y el conocimiento de todas las partes son básicos. La capacidad legal debe ser obtenida tanto por el acreedor como por el deudor, para poder constituir dicho contrato. Por su parte, para el constituyente de la prenda, la ley exige que tenga capacidad para enajenar bienes y que sea dueño de la cosa.

Por su parte, al ser un contrato bilateral, requiere del consentimiento de ambas partes, tanto del acreedor como del deudor, con lo cual se obligan recíprocamente. Hay que tomar en consideración que, al ser un contrato real, para producir sus efectos propios, solo queda concluido si una de las partes hace la tradición de la cosa sobre la que versare el contrato. Es necesaria la entrega o tradición de la cosa prendada para perfeccionar el contrato.

Ahora bien, el contrato de prenda es comercial no formal, porque la entrega de la cosa prendada entre las partes lo constituye. Sin embargo, para ser oponible a terceros, la ley exige documento inscrito. A diferencia de la prenda civil, la cual solo puede ser opuesta a terceros cuando consta en instrumento público o privado de fecha cierta y debe contener las enunciaciones que la ley establece, la prenda comercial no exige tales requisitos. Esto se relaciona con las necesidades de la vida mercantil, la falta de formalismos y la rapidez que caracteriza al derecho comercial.

Por otro lado, la extinción de la prenda se da al acabarse la obligación principal, de esto deriva su carácter accesorio. La obligación también puede extinguirse por lo que indique la ley: pago, novación, compensación, transición, confusión, renuncia, imposibilidad de

pago, prescripción liberatoria y por acuerdo de partes, pero la pérdida total de la cosa prendada, si es pérdida parcial, subsiste sobre lo que reste.

También se extingue la deuda por cualquier título, la cosa emanada pasa al acreedor prendario, es decir, se opera la confusión en la persona del acreedor y el propietario. La propiedad adquirida debe tener carácter de irrevocable, pero con renuncia del acreedor, expresa o tácita.

Asimismo, la deuda se termina por la venta judicial de la cosa en ejecución seguida por el acreedor pignoraticio, ya que el comprador la adquiere libre de todo gravamen, entrando aquel a ejercer su derecho de preferencia al cobro sobre el producido de la subasta, o en venta judicial promovida por otros acreedores.

Por su parte, no podemos dejar de lado las cuatro formas de ejecución de la prenda como tal:

- **Venta extrajudicial:** A diferencia de la prenda civil, en la que el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, debe necesariamente incurrir a la vía judicial para, mediante la venta forzada de la cosa, hacer efectivo su derecho, en la prenda comercial puede proceder directamente a vender sin intervención de ella. Nuestra legislación autoriza al acreedor a vender las cosas tenidas en prenda, en remate debidamente anunciado con 10 días de anticipación, evitando demoras y gastos.

- **Venta judicial:** Si el acreedor lo considera conveniente, puede accionar judicialmente en vez de proceder a la venta extrajudicial. Se tramitará por la vía que disponga el Código Procesal Civil.
- **Compensación:** En la prenda de dinero, el acreedor prendario puede efectuar compensación. Si el dinero pignorado es insuficiente, la compensación se operará, hará el importe de la prenda y el acreedor podrá reclamar por el saldo adeudado.
- **Concurso del deudor:** En caso de concurso del deudor, el acreedor puede pedir la verificación de crédito al síndico, debiendo presentar a aquel la liquidación de la operación y entregarle el excedente, si lo hubiere. Si el acreedor ha optado por la vía judicial, al tiempo de decretarse la apertura del concurso o la quiebra, ya ha sido promovida la ejecución prendaria.

3.3. GARANTÍA MOBILIARIA

La garantía mobiliaria es un derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía de un crédito, según lo establecido en el artículo 7 de la Ley 9246.

La garantía no está propiamente en la ley, entonces debemos ir a la doctrina de Cores y Gabrielli: “La coercibilidad de dicha obligación, en el caso que nos ocupa sobre el patrimonio (sentido jurídico) del deudor”. (Gabrielli, 2008)

Sin embargo, la garantía en sentido estricto sería una mejora en la situación del acreedor, en la cual no se aumenta lo que debe recibir, sino que se aumentan las posibilidades de que cobre. Podríamos indicar que dichas mejoras se pueden dar de dos tipos, siendo estas colectivas y lo que hoy conocemos como concurso o ejecución individual, pura y simple.

Sin embargo, la definición que brinda nuestra Ley 9246 la encontramos en el artículo 2, inciso 1:

La garantía mobiliaria es un derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre los bienes muebles dados en garantía, según lo establecido en el artículo 7 de esta ley. Cuando a la garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes dados en garantía o con la dación en pago de los bienes dados en garantía, de ser esta dación aceptada por el acreedor garantizado. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

No cabe duda de que la misma ley estipula los sujetos que pueden realizar una garantía mobiliaria, siendo una persona jurídica o física o, bien, un patrimonio autónomo, por ejemplo, el fideicomiso regulado en el Código de Comercio, los fondos de inversiones regulados en la Ley 7732, las universalidades jurídicas reguladas en la Ley 8507, constituyéndose como acreedores.

Por otro lado, para constituirse como deudor, se puede presentar quien reciba un crédito o tenga una obligación contractual o extracontractual por disposición de ley, siendo garante aquel que, siendo deudor o no, constituya la garantía mobiliaria sobre bienes que tengan posesión.

La definición de la garantía mobiliaria en la Ley de Garantías Mobiliarias es amplia y, en cierto modo, etérea. Ello es forzoso, pues es un concepto general que aplica para todo acto, contrato e, incluso, disposición legal que tenga funcionalmente la calidad de garantía.

Con esta nueva Ley de Garantías Mobiliarias, tomando en cuenta solamente los bienes objeto, se abandonan los medios de garantía nominados, es decir, cualquier acto o contrato que funcione como medio de garantía será regulado por la Ley de Garantías Mobiliarias (se admite la autonomía privada en la creación de garantías), indistintamente de la tipificación de dicho pacto, sea que le llamemos prenda, fideicomiso de garantía, *report*, pacto de retroventa, entre otros.

Ahora bien, la Ley de Garantía Mobiliaria hace referencia a una vocación universal de regular y cubrir bajo su manto todo lo que pueda ser una garantía sobre bienes muebles o, bien, derechos, esto provoca ciertos efectos que es importante tener en cuenta.

En primera instancia, debemos optar por que los operadores jurídicos estén atentos para verificar si un contrato cualquiera esconde una garantía y, si es así, deberá constituirse bajo los mecanismos que prevé la Ley de Garantía Mobiliaria.

En segundo lugar, dicha garantía debe ajustarse a lo previsto en la nueva ley, por ejemplo, en los casos en los que deba ser ejecutada, los derechos y las obligaciones de las partes deberán ser tipificados por la Ley de Garantía Mobiliaria. Esta globalidad la encontramos con mayor claridad en el artículo 3, inciso 1, de la citada ley:

1) La garantía mobiliaria incluye todas las garantías contractuales preexistentes, incluyendo aquellas constituidas por contratos bilaterales o por declaraciones unilaterales de la voluntad del deudor garante, por leyes, decretos, reglamentos o por decisión judicial, cuyo efecto sea el de constituir o hacer efectiva una garantía mobiliaria de la forma definida en esta ley. Desde la promulgación de esta ley el concepto de garantía mobiliaria incluirá aquellos contratos, pactos o cláusulas preexistentes comúnmente utilizados para garantizar obligaciones gravando bienes muebles incluyendo, entre otros, la venta con reserva de dominio, los fideicomisos en garantía sobre bienes muebles, la prenda flotante de establecimiento comercial

o de fondo de comercio, las compras de facturas con o sin recurso en contra del vendedor de estas facturas (factoring), el arrendamiento financiero (financial leasing), las prendas agrarias, comerciales o industriales con o sin desplazamiento de su posesión al acreedor garantizado y cualquier otra garantía sobre bienes muebles no inscribibles - con la salvedad hecha en este artículo- contemplada en la legislación o decretada por los tribunales, o contratada por las partes como uso y costumbre comercial o civil. Cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a las normas sobre prenda, prenda civil, prenda comercial, prenda de acciones, prenda de créditos, prenda agraria, prenda industrial, prenda minera, prenda de vehículos, prenda global y flotante, prenda de títulos valores, prenda de marcas, patentes y demás derechos de análoga naturaleza, fideicomisos de garantía sobre bienes muebles y a otras similares, se entenderán incluidas en la garantía mobiliaria unitaria regulada por la presente ley. Lo anterior, sin menoscabo de las leyes o los tratados que regulen la constitución, publicidad, prelación y ejecución de garantías sobre bienes muebles específicos. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

Ahora bien, como una contraposición, se podría indicar que no solo existe una universalidad de garantías mobiliarias, sino una “garantía mobiliaria unitaria”, cuyas reglas generales son extensibles a cualquier acto, contrato o disposición legal que tenga efectos en la garantía dispuesta por la ley.

3.3.1. Definiciones de la garantía mobiliaria

- **Acreedor garantizado:** persona física o jurídica, patrimonio autónomo o entidades de derecho público en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin desplazamiento, ya sea en su propio beneficio o de un tercero. Dentro de estos se encuentran vendedores con reserva de dominio de bienes en venta o consignación, arrendadores de bienes muebles en cualquier arrendamiento de más de un año, arrendadores de cualquier leasing sin importar la duración de este y a los cesionarios. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

El acreedor garantizado es la persona en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin desplazamiento, ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero. (CNUDMI, 2017)

- **Control:** El acuerdo entre institución depositaria o el intermediario de valores mobiliarios, el deudor garante y el acreedor garantizado, según el cual la institución depositaria o el intermediario aceptan cumplir las instrucciones del acreedor garantizado respecto del pago de los fondos depositados en la cuenta bancaria o de la disposición de los valores depositados en la cuenta de inversión, sin requerir del consentimiento posterior del deudor garante, salvo lo dispuesto en el contrato de control. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

Con respecto a los valores no intermediados inmaterializados, se trata de todo acuerdo celebrado por escrito entre el emisor, el otorgante y el acreedor garantizado, conforme al cual el emisor acepte seguir las instrucciones del acreedor garantizado en relación con los valores sin que se requiera el ulterior consentimiento del otorgante. (CNUDMI, 2017)

- **Deudor:** Persona física o jurídica que recibe un crédito o tiene una obligación contractual, extracontractual o por disposición de ley de cancelar dicha obligación. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

El deudor es toda persona obligada al pago u otra forma de cumplimiento de una obligación garantizada, sea o no el otorgante de la garantía mobiliaria que respalda el pago u otra forma de cumplimiento de esa obligación, incluido cualquier obligado secundario, como el fiador de una obligación garantizada. (CNUDMI, 2017)

- **Deudor garante:** persona física o jurídica, patrimonio autónomo o entidad gubernamental, sea el deudor principal o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria conforme a la Ley de Garantías Mobiliarias. Dentro de estos encontramos compradores con reserva de dominio sobre bienes en venta o consignaciones, los arrendatarios de bienes muebles en cualquier arrendamiento de más de un año, los arrendatarios en *leasing* sin importar la duración de este y los cedentes o vendedores de cuentas por cobrar. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

El deudor garante es toda persona obligada al pago de un crédito por cobrar que esté gravado por una garantía mobiliaria, incluido un fiador u otra persona que sea subsidiariamente responsable del pago de ese crédito. (CNUDMI, 2017)

- **Formulario de inscripción o formulario:** Directamente proporcionado por el Sistema de Garantías Mobiliarias para inscribir la constitución, modificación, prórroga, cancelación y ejecución de la garantía mobiliaria, de acuerdo con lo que establecen esta ley y el Reglamento del Sistema de Garantías Mobiliarias. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)
- **Inventario:** Bien o bienes muebles en posesión de una persona para su venta o arrendamiento en el curso normal de los negocios de dicha persona. Materias primas y bienes en transformación de los fabricantes de esos bienes. No incluye bienes en posesión de un deudor garante para su uso o consumo ordinario. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)
- **Procedimiento de ejecución voluntaria:** Procedimiento de ejecución extrajudicial que las partes podrán pactar en el contrato de garantía, durante la vigencia de este, el proceso de ejecución o en cualquier momento, de conformidad con la ley. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)
- **Registro:** El artículo 41 de la LGM nos habla del registro de la garantía mobiliaria:

El Sistema de Garantías Mobiliarias es un sistema de archivo de gestión de datos de acceso público a la información y de carácter nacional, que tiene por objeto publicitar en formato electrónico los formularios de inscripción y documentos relacionados con las garantías mobiliarias, su inscripción inicial, modificación, prórroga, cancelación y ejecución para efectos contra terceros. Los archivos electrónicos que contienen esta información y las certificaciones que se extiendan sobre las inscripciones que en él consten, ya sean en papel o por medios electrónicos, gozan del estatus de documentos públicos. La administración del Sistema de Garantías Mobiliarias estará regulada en el reglamento de este que al efecto se emita. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

3.3.2. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Garantías Mobiliarias

Cabe rescatar que esta ley tiene el fin de sentar las bases y adaptarlas al proceso de legislación de cada país que se incorpore a la OEA. Sin embargo, al ser un espejo para las demás legislaciones, contempla similitudes con otras leyes que la legislación costarricense conoce como estructura de otras ramas del derecho.

En primera mano, hablamos de los sujetos, los cuales se conocerán como acreedores garantizados, toda aquella persona que contempla una garantía mobiliaria, de adquisición o, bien, una o más partes que contemplan y constituyen una garantía mobiliaria.

A su vez, se entenderá como garantía mobiliaria el derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, ya sea que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria o, bien, se puede definir como un derecho del cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar, celebrada por el acuerdo de voluntades.

La ley modelo nos indica que se podrá otorgar como garantía mobiliaria toda aquella que contenga un derecho sobre el bien que se ha de gravar o facultades para gravado. Nuestra legislación nos indica que se deberá realizar mediante un contrato escrito entre el deudor garante y el acreedor garantizado o por disposición de ley, por ejemplo, aquellos que se constituyen con derecho de retención de bienes, almacenamiento, hoteleros, mecánicos entre otros. Quienes puedan transferir o transmitir el derecho de un bien tendrán la facultad de constituir una garantía mobiliaria.

La ley modelo recalca que la extinción de garantías mobiliarias se dará desde el momento en que se cumplen todas las obligaciones garantizadas y que no queden compromisos pendientes de otorgar créditos con el respaldo de esa garantía, siendo esta

definición muy universal, puesto que, en nuestra legislación, una obligación se extingue cuando se haya cumplido o, bien, con la prescripción.

La Ley 9246 viene a modificar el sistema de cobro por parte del deudor hacia el acreedor, es decir, le da más facultades al acreedor para realizar el sistema de cobro en una eventual ejecución por incumplimiento de pago hacia el deudor.

3.3.2.1 Ámbito de aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias

La garantía mobiliaria unitaria puede establecerse sobre cualquier bien o derecho sobre estos, salvo pacto contrario en la ley, ya sea por su naturaleza o por cuya disposición o gravamen esté prohibido por ley.

El artículo 5 de la Ley de Garantías Mobiliarias establece que:

- 5) Bienes dados en garantía: son todos aquellos bienes a los que se refiere el artículo 3 de la presente ley, cuya función sea garantizar el pago de obligaciones presentes o futuras, propias o ajenas. Toda persona física o jurídica podrá constituir garantías mobiliarias a favor de otra persona física o jurídica sobre:
- a) Acciones, cuotas y partes sociales representativas del capital de sociedades mercantiles, civiles y de cualquier otra índole.

- b) Bienes corporales.
- c) Bienes incorporeales.
- d) Bienes que conforman la hacienda empresarial, sean estos aislados o su totalidad.
- e) Bienes fungibles.
- f) Bienes por incorporación o destino.
- g) En general todo otro bien, derecho, contrato o acción al que las partes atribuyan valor económico y que sean susceptibles de venta, cesión en garantía o permuta y no esté prohibido su gravamen por la ley, incluyendo, entre otros, los bienes derivados o atribuibles según se definen en el inciso 4) del artículo 5 de esta ley.
(Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

Así mismo, la LGM hace la exclusión expresa de varios supuestos. El Artículo 4.2.a excluye los vehículos de todo tipo, aquellos que requieran circular por vías públicas, los cuales deben estar inscritos ante el Registro Público, sección de Bienes Muebles.

Sin embargo, sí cubre todos aquellos equipos especiales genéricos, para la actividad agrícola, para obras civiles, remolques genéricos o livianos y semirremolques.

De tal forma, los automóviles, las motocicletas, los camiones etc. están sujetos a ser garantías mobiliarias, con la novedad de que ahora se pueden ejecutar de una forma judicial o extrajudicial.

Como segundo punto o, bien, como segunda exclusión, están las aeronaves, los motores de aeronaves, los helicópteros, el equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil, ya que, al contar con regulación mediante los tratados internacionales, son aún más excluidos de la LGM, estipulada en el artículo 4.2.b.

Por su parte, el artículo 4.2.c, tomándose como una tercera exclusión, menciona los valores intermediarios o instrumentos financieros regulados por La Ley Reguladora del Mercado de Valores, en un régimen de anotación en cuenta u otro régimen especial. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

3.3.3. Constitución de la garantía mobiliaria

La constitución de una garantía mobiliaria se da cuando se pacte como tal, es decir, que exista un acuerdo de garantía o, bien, cuando estén presentes los presupuestos que la misma ley estipula como tal; por ejemplo, en el derecho de retención, siendo este la facultad que se le otorga al acreedor de resguardar el bien como un *páter familia* por el no pago de una obligación, de hacer o dar por parte del deudor. La constitución de la garantía mobiliaria perfila la presentación de las obligaciones y no efectos hacia terceros. Tomamos como referencia los artículos 2.2 y 6 de la Ley de Garantías Mobiliarias:

2) Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley pueden constituirse por medio de contratos o por disposición de la ley.

6) Medios de constitución: Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato escrito entre el deudor garante y el acreedor garantizado, o por disposición de la ley, tales como los derechos de retención de bienes del deudor garante por parte de su transportista, almacenista, hotelero, mecánico y otras retenciones a los efectos de asegurar el pago de la obligación, al igual que por gravámenes judiciales y tributarios. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

Según lo anterior, podremos establecer como un ejemplo de constitución de la garantía mobiliaria, cuando un dueño de empresa firme el contrato en el cual se determine que dará la garantía, puede ser el propio contrato de crédito o de otra naturaleza.

Aún más, puede constituirse por efecto de Ley, según artículo 65 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, cuando, por ejemplo, el arrendante retenga ciertos bienes del inquilino en caso de no pago (derecho de retención).

1.3.2.Prenda con desplazamiento

Su constitución surtirá efectos con la simple transferencia posesoria de los activos, es decir, que no requiere de la inclusión en el sistema de garantías mobiliarias.

Como referencia, tomamos el artículo 14 de la citada ley, el cual indica que la garantía mobiliaria con desplazamiento surte efectos entre las partes y frente a terceros en el momento en que el acreedor garantizado o un tercero designado por este quiere la posesión de los títulos. Por ejemplo, en las cuentas bancarias o de inversión, la posesión se considera dada por el “control” que ejerza el intermediario (banco o custodio). (Vázquez Rodríguez, 2016)

1.3.3.Prenda sin desplazamiento

Su constitución surtirá efectos ante terceros desde el momento de su inscripción. El artículo 13 de la Ley de Garantías Mobiliarias indica que aquellas que sean sin desplazamiento, por ejemplo, las de compra, además de su inclusión en el sistema, se requiere en caso de que se agreguen a un inventario ya gravado, la comunicación electrónica o tangible a los acreedores garantizados previamente. (Vázquez Rodríguez, 2016)

Quién tenga la posesión legítima de los bienes por gravar o tenga un derecho a tal posesión tendrá la facultad de constituir la garantía mobiliaria. Sin embargo, no basta con

ser solo el poseedor legítimo para constituir la garantía, puesto que el artículo 8 de la LGM no establece más excepciones para ello; tal es el caso en las garantías con registros especiales.

8) Inscripción en registro especial:

Cuando los bienes dados en garantía estén sujetos a inscripción en un registro especial, dichos bienes podrán ser dados en garantía por las personas mencionadas en el artículo 7 de esta ley y por quién aparezca como titular en dicho registro especial, siempre y cuando los bienes sobre los que recaiga la garantía sean de los que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la presente ley.

Los registros especiales deberán advertir, de forma clara, que todo bien que pueda otorgarse en garantía mobiliaria también deberá ser consultado y su garantía inscrita en el Sistema de Garantías Mobiliarias. La comunicación entre un registro especial y el Sistema de Garantías Mobiliarias estará regulada en el reglamento del Sistema de Garantías Mobiliarias. La garantía mobiliaria deberá inscribirse en el Sistema de Garantías Mobiliarias para establecer su prelación con respecto a otros acreedores garantizados. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

3.4. CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA

Como primera característica, para constituir la garantía mobiliaria, como elemento formal, deberá estar escrita y, aún más, cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley de Garantías Mobiliarias (2013).

Conforme a lo estipulado en el artículo 6 de la ley supracitada, se deberá entender que este contrato escrito se realizará mediante el acreedor o el deudor garante o, bien, por disposición legal.

Por su parte, la cláusula de constitución de garantía especificará el pacto donde se determine la creación de un mecanismo funcional de garantía sobre bienes susceptibles de ser objeto de garantía mobiliaria, firmas y datos de las partes, monto máximo garantizado o, bien, el mecanismo por el cual se puede determinar o calcular dicha suma. Asimismo, incluirá los domicilios contractuales, mención expresa de que los bienes descritos servirán de garantía para la obligación respectiva, una descripción (genérica o específica) de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras, conceptos, clases de cuantía o reglas para su determinación; además, la autorización al acreedor garante para que presente el formulario de inclusión inicial al sistema y demás formularios. Cuando sea por ejecución extrajudicial, deberá ser incluido y, por último, lugar y fecha.

El artículo 11 establece:

El contrato de garantía deberá otorgarse por escrito o por su equivalente electrónico, siempre y cuando preserve su contenido de forma reproducible por escrito y deberá contener al menos lo siguiente:

1. La cláusula de constitución de la garantía mobiliaria.
2. Los datos y las firmas que permitan la identificación de los contratantes.
3. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria o la forma de determinarse dicha cantidad.
4. Indicación del domicilio contractual para atender futuras notificaciones judiciales y extrajudiciales.
5. La mención expresa de que los bienes descritos servirán de garantía a la obligación garantizada.
6. Una descripción que puede ser bien genérica o específica de las obligaciones garantizadas, sean presentes o futuras, o de los conceptos, las clases, las cuantías o las reglas para su determinación.
7. La autorización por parte del deudor garante al acreedor garantizado para que presente el formulario de inscripción inicial al Sistema de Garantías Mobiliarias y demás formularios de inscripción posteriores, según lo dispuesto en el artículo 43 de esta ley.
8. Mención expresa del consentimiento para ejecutar las garantías en sede extrajudicial, en caso de acordarse por las partes.

9. La fecha y el lugar de celebración. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

3.5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

A continuación, conoceremos algunos de los derechos y deberes de las partes de la garantía mobiliaria, tanto del deudor como del acreedor garante.

3.5.1. Derechos del deudor garante

Cuando son garantías mobiliarias sin desplazamiento, el deudor garante cuenta con una serie de derechos que le confiere el artículo 15 de la LGM.

En primera instancia, el deudor puede continuar la explotación de los bienes normalmente, aun y cuando se produzca la ejecución de esta, siempre y cuando no haya proceso declarado.

Se pueden transformar los bienes dados en garantía en materia prima, por ejemplo, el deudor podría transformarlos y garantizarlos mediante el procedimiento que establece la Ley de Garantías Mobiliarias, ello sucede con los productores agrícolas de leche, quienes garantizan su producción, pudiendo, una vez generado el producto, garantizar sus derivados, es el caso concreto del queso. El deudor podría vender sus bienes dentro del

negocio, como parte del curso legal, siempre y cuando cuente con autorización por parte del acreedor garantizado.

El deudor podrá constituir garantías mobiliarias sobre un mismo bien, es decir, en “segundo grado”, como sucede normalmente con otras, ya sean hipotecarias o prendarias. Se podrá arrendar bienes garantizados a favor de terceros.

Por último, si los bienes garantizados son cuentas por cobrar o derechos, el deudor garante puede seguir realizando los cobros respectivos.

- **Uso:** el deudor garante puede continuar usando los bienes, por ejemplo, se ha dado en garantía su equipo especial, tal como grúas, o “back hoes”; puede continuar explotándolos normalmente.
- **Transformación:** está facultada especialmente relevante con materiales primas, pero puede darse en otros casos, así el deudor garante puede emplear los bienes y transformarlos en otros, por ejemplo, los productos derivados de la explotación de la materia prima, quesos, lácteos, que provienen de la lechería.
- **Venta:** referente a la venta, el deudor garante puede realizar ventas en el curso legal de sus negocios normalmente o fuera de dicho curso, en tanto sea autorizado por el acreedor garantizado.

- **Constituir otras garantías mobiliarias:** si bien es cierto la ley no habrá de una posible garantía mobiliaria en “segundo grado” no podemos dejar pasar la relación que hace el artículo 5 de la misma ley con dicho anunciado, el cual podremos indicar que se podrá garantizar bienes sobre los bienes mobiliarios ya garantizados.
- **Arrendamientos:** el deudor garante puede arrendar los bienes a terceros.
- **Cobro:** siempre y cuando las garantías sean supuestos de cuentas por cobrar o derechos, el deudor garante puede seguir realizando los cobros respectivos.
(Vázquez Rodríguez, 2016)

3.5.2. Obligaciones del deudor garante

Como obligaciones genéricas, el deudor garante debe suspender el ejercicio de sus derechos sobre los bienes, desde el momento en que el acreedor le comunique directamente que se ejecutará la garantía.

La obligación no debe confundirse con el derecho del deudor de seguir explotando los bienes, sino que dejará de cesar sus bienes a partir de la ejecución de la garantía. Esto implica, a su vez, la posesión del bien por parte del deudor sobre los bienes garantizados.

Sobre este supuesto, la ley especifica el perezimiento como tal, el cual se deberá realizar mediante un formulario de ejecución y las comunicaciones que se pactaron en el momento de la constitución de la garantía, es decir, mediante el medio de notificaciones estipulado por las partes.

Se debe recordar que este procedimiento es solamente para las garantías mobiliarias con desplazamiento y, para trabar dicha garantía, es necesaria la publicidad registral.

Otra de las obligaciones es el cuidado, por parte del deudor garante, de los bienes garantizados, lo cual conlleva a evitar pérdidas y deterioros sobre los bienes.

Por otro lado, más que una obligación, podríamos indicar que es un derecho privilegiado por parte del acreedor, el cual radica en que este último podrá realizar inspecciones de los bienes en cualquier momento que considere necesario y el deudor estará obligado, en segundo plano, a permitirle realizar dicha inspección. Cuando se trate de bienes asegurados, pactados en la constitución de la garantía mobiliaria, se deberá contratar el respectivo seguro.

El deudor garante debe custodiar y preservar con cuidado razonable los bienes dados en garantía que se encuentran bajo su posesión, debido a que se constituye como un

buen padre de familia y, por ende, deberá cuidar con la mayor rigidez los bienes establecidos.

Cuidados razonables son todas aquellas medidas necesarias para mantener el valor de la garantía y los derechos derivados de este mismo; por lo tanto, cuando el acreedor realice las inspecciones que la ley le permite sobre los bienes garantizados, si así lo considerara, podrá restituir la garantía de la posesión del deudor y cobrar todas aquellas mejoras generadas bajo su custodia.

Cuando sean bienes fungibles en garantías con desplazamiento, deberá mantener su calidad y cantidad. El deudor podrá autorizar, al menos cada tres meses y en forma gratuita, informar a terceros por escrito sobre el monto pendiente de pago del crédito garantizado y la descripción de los bienes cubiertos. Una vez que estén canceladas todas las obligaciones, el deudor deberá devolver los bienes, terminar o cancelar el acuerdo de control sobre las cuentas bancarias o de inversión, notificar al deudor sobre su cumplimiento y liberarlo de toda obligación, presentar el formulario registral de cancelación de la garantía y, en caso de incumplimiento parcial, salvo pacto en contrario, presentar el formulario de modificación de la garantía o disminución del monto máximo.

Como punto final, una de las obligaciones más importantes por parte del deudor garante es el pago de los costos, gastos e impuestos relaciones con los bienes de la garantía. Ello se considera importante, puesto que el énfasis de la investigación radica en las

violaciones que genera el debido proceso al ejecutar la garantía mobiliaria, siendo así, esta obligación podría basarse en una indefensión por parte del acreedor hacia el deudor, la cual más adelante se especificará con detalles.

3.5.3 Derechos del acreedor garantizado

El acreedor, como uno de los pilares dentro de la garantía mobiliarias, cumple con ciertos derechos sobre el bien garantizado. Dentro de estos se encuentran dos importantes:

- Utilizar los bienes dados en garantías que estén en su posesión, siempre y cuando sea autorizado por el contrato de garantía.
- Cobrar al deudor cualquier tipo de gastos en los que haya incurrido cuando el bien se encontraba en su posesión, siempre y cuando el mantenimiento se haya pactado.

3.5.4. Obligaciones del acreedor garantizado

- Custodiar y preservar, con cuidado razonable, los bienes dados en garantía que se encuentren en su posesión.
- En caso de garantías mobiliarias con desplazamiento, tratándose de bienes identificables, deberá mantenerlos, si fuesen fungibles, deberá mantener la misma cantidad y calidad.

- A petición del deudor, informar a terceros por escrito sobre el monto pendiente de pago de crédito garantizado y la descripción de los bienes cubiertos. El deudor puede solicitarlo en forma gratuita al menos cada tres meses.
- Cuando todas las obligaciones garantizadas estén cumplidas, deberá: devolver los bienes, en caso de tenerlos en su posesión; terminar o cancelar el acuerdo de control sobre cuentas bancarias o de inversión; notificar al deudor sobre su cumplimiento y liberarlo de toda obligación; presentar el formulario registral de cancelación de la garantía; en caso de incumplimiento parcial, salvo pacto contrario, presentar el formulario de modificación de garantía o disminución del monto máximo de la garantía.

3.6. SUBTIPOS DE GARANTÍA MOBILIARIA

Si bien la Ley de Garantías Mobiliarias no establece propiamente de subtipos, el autor costarricense Álvaro Hernández Aguilar (2014), en su obra “Garantías mobiliarias”, establece al menos tres tipos de estas garantías.

3.6.1. Garantía mobiliaria genérica

Es aquella en la cual el deudor garante establece una garantía sobre activos de su posesión, con o sin desplazamiento y la adquisición de eficacia que corresponda. Es difícil definirla propiamente, ya que la conceptualizamos por exclusión, al conocer los otros subtipos de prendas. (Vázquez Rodríguez, 2016)

3.6.2. Garantía específica de compra

Es muy similar a la garantía genérica, aparece en el articulado 5 inciso 17 de la LGM:

17) Garantía mobiliaria específica de compra: es una garantía sobre bienes corporales especificados en su correspondiente contrato de garantía mobiliaria o en el formulario inscrito de la garantía, cuyo propósito es el de garantizar la obligación del pago del precio de compra y/o los costos de adquisición a favor del vendedor de estos o a favor de quien provea los fondos o financiamiento necesarios para la compra o adquisición. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

La garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles actuales o por adquirirse en el futuro. Compras que hayan sido financiadas de esta

manera podrán adquirir prelación frente a las garantías de otros acreedores garantizados por el mismo tipo de bienes, bajo ciertas condiciones enumeradas en el título tercero de esta ley. El deudor podrá renunciar a su derecho de crear este tipo de garantías; también, podrá pactar con sus acreedores que no constituirá garantías de este tipo.”

Así mismo, se vuelve a mencionar en el artículo 18 de la LGM:

18.- Garantía mobiliaria específica de compra: Una garantía mobiliaria específica para el financiamiento de ciertas compras debe publicitarse por medio del Sistema de Garantías Mobiliarias mediante un formulario de inscripción que haga referencia al carácter específico de la garantía y a su aplicación a bienes dados en garantía descritos de forma genérica o individual. En caso de que los bienes dados en garantía sean del tipo que se agregará al inventario del deudor garante, el acreedor garantizado, además de inscribir la garantía mobiliaria, deberá comunicar por escrito o de forma electrónica a los acreedores garantizados con inscripciones anteriores sobre bienes del mismo tipo que los bienes dados en garantía gravados con la garantía mobiliaria específica de compra. En esta comunicación el acreedor con garantía mobiliaria específica de compra proveerá los detalles suficientes para identificar los bienes que han sido financiados por ese acreedor, facilitando de esa manera la determinación de los bienes derivados o atribuibles.

Para que sea válidamente constituida esta garantía, el deudor no deberá haber renunciado a su derecho de crearla o haber pactado con sus acreedores que no la creará. La inscripción y comunicación deberán realizarse antes de que el deudor garante entre en posesión de la garantía. La comunicación a que se refiere este artículo será efectiva por el plazo de vigencia de la garantía, según inscripción en el Registro. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

3.6.3. Contrato de control

Encontramos otra categoría de bienes que pueden ser dados en garantía dentro del sistema de garantías mobiliarias: se trata de las cuentas bancarias y de inversión.

Siguiendo a Anayansy Rojas Chan (2015), en su libro “El contrato de control de garantías mobiliarias, sobre valores y activos financieros”, las cuentas de depósito podrán ser aplicadas en las cuentas corrientes bancarias, lo que restringe a bancos la posibilidad de establecer gravamen, mientras que las cuentas de inversión corresponden a las que tengan los inversionistas ante el custodio de los valores. Sin embargo, en la práctica comercial moderna, se aprecia una tendencia a que ciertos activos financieros sean mantenidos en cuentas intermediarios, es un mecanismo jurídico y económico relativamente moderno, aunque basado en principios anteriores.

El contrato de control viene a ser un mecanismo de garantía mobiliaria que se traba sobre la cuenta que contiene los activos financieros, sea dinero o valores, y no sobre el activo directamente. Sin embargo, esta teoría envuelve una contradicción, debido a que la Ley de Garantías Mobiliarias, en su articulado 4.2 inciso c, indica que los valores intermediarios o instrumentos financieros regulados por la Ley 7732 no son susceptibles de ser dados en garantía mobiliaria, pero luego los artículos 5.9 y 37 establecen la regulación de control, que sí permite gravar bienes económicos, como los títulos valores y valores intermediarios financieros.

Ahora bien, la LGM define esta figura como:

9) Control: el acuerdo entre la institución depositaria o el intermediario de valores mobiliarios, el deudor garante y el acreedor garantizado, según el cual la institución depositaria o el intermediario aceptan cumplir las instrucciones del acreedor garantizado respecto del pago de los fondos depositados en la cuenta bancaria o respecto de la disposición de los valores depositados en la cuenta de inversión sin requerir del consentimiento posterior del deudor garante, salvo lo dispuesto en el contrato de control. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

Hay que aclarar que el control se establece mediante contrato tripartita, entre el intermediario o custodio, el cliente o deudor garante y el acreedor garantizado, por el cual el intermediario acepta cumplir instrucciones del acreedor, las cuales pueden asumir una

serie de formas en la práctica, por ejemplo, el contrato podría requerir que el intermediario se asegure de que exista un saldo mínimo determinado en todo momento o podría consistir en limitar la transferencia de activos o que, al momento de requerirlo el acreedor garantizado, el intermediario le pague contra los recursos contenidos en la cuenta. Es importante mencionar lo que en la práctica internacional se denomina “superioridad” del intermediario. Esta consiste en que el intermediario ante quien se mantiene la cuenta posee el privilegio de cobrar, antes que terceros, sobre los activos de la cuenta. Ese derecho nace nada menos que de la posibilidad de compensación.

El Registro Público establece aún mejor que existe un control con respecto al derecho de pago de depósitos en cuentas con instituciones financieras acreditadas o al derecho a valores depositados en cuentas de inversión, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- Que, al momento de la constitución de la garantía mobiliaria, la institución depositaria o el intermediario que mantenga la cuenta de inversión sea el acreedor garantizado.
- Si la institución depositaria o intermediario han suscrito un contrato de control con el deudor garante y el acreedor garantizado.

En este último, entendemos que es un acuerdo de control sobre la garantía mobiliaria posterior a la constitución de la garantía mobiliaria y no desde el momento de su constitución, como lo menciona en el primer punto, siempre y cuando sea una institución garantizada para el mismo.

Cuando hablamos de una garantía mobiliaria garantizada mediante una razón de fecha cierta, se considera efectiva durante su período de vigencia con prevalencia sobre el derecho a disponer de los depósitos o valores que hayan retenido al deudor garante.

3.7. PROCESO DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA EN COSTA RICA (LEGISLACIÓN)

Si bien en nuestro país la ejecución de una garantía mobiliaria se puede realizar mediante un proceso judicial o extrajudicial, en ambos casos se deberá presentar el formulario de ejecución de la garantía mobiliaria inscrito o el aviso registral de su inscripción. Estos documentos siempre tendrán carácter de título ejecutivo, es decir, la misma ley, por la naturaleza del documento, nos faculta a exigir de manera forzosa una obligación que consta en el documento, en dicho caso, sería la obligación de la garantía mobiliaria. Esto provoca que el mismo acreedor tenga la facultad comenzar una ejecución de incumplimiento del deudor garante, efectuando la inscripción de un formulario de ejecución en el sistema de garantías mobiliarias.

La Ley Modelo, en su artículo 73, incisos 1 y 2, indica:

1. El acreedor garantizado podrá ejercer sus derechos posteriores al incumplimiento recurriendo o no a un órgano judicial u otra autoridad que indique el Estado promulgante.

2. Cuando el acreedor garantizado ejerza sus derechos posteriores al incumplimiento recurriendo a un órgano judicial u otra autoridad que indique el Estado promulgante, el ejercicio de esos derechos se regirá por las disposiciones del presente capítulo y por las disposiciones que indique el Estado promulgante, entre ellas las relativas al procedimiento el procedimiento sumario que indique el Estado promulgante.” (Ley Modelo Interamericana de la CNUDMI Sobre Garantía Mobiliarias, 2017)

Esta es la facultad que le otorga la Ley 9246, en nuestra legislación, de realizar la ejecución de manera judicial y extrajudicial, lo que contaremos con más detalle posteriormente.

Ahora bien, la ley modelo de la CNUDMI (2017) sobre garantía mobiliarias nos indica las medidas otorgadas en caso de incumplimiento: “Cuando el acreedor garantizado no cumpla con las obligaciones que le fueron correspondidas, el otorgante o cualquier otro

interesado podrá pedir a un órgano judicial u otra autoridad que se dicten medidas a su favor”.

De tal manera, cuando el bien dado en garantía mobiliario se vea afectado por el acreedor garantizado y, por cualquier medio, lo haga caer en mora, afectando el patrimonio garantizado, cualquier interesado podrá pedir medidas a su favor, con el fin de resguardar la integridad de dicho patrimonio.

Esto genera que la naturaleza del contrato de garantía mobiliaria se efectúe de la mejor manera y, así, el acreedor no pueda sacar provecho en una eventual ejecución de la misma garantía, dejando al deudor indefenso y evitando su derecho de gestionar la responsabilidad que le otorga como deudor y, de buena fe, cumplir con lo estipulado en la garantía.

Debemos siempre tomar en consideración que cualquier persona que tenga un derecho sobre el bien gravado o el deudor podrá poner fin al proceso de ejecución (judicial o extrajudicial) mediante el pago total u otra forma de cumplimiento íntegro de la obligación garantizada, incluida una cantidad razonable del gasto por el proceso de ejecución.

En nuestra legislación, con el fin de realizar una ejecución, deberá presentarse un formulario que contendrá lo siguiente:

- El asiento de inscripción del formulario inicial de la garantía mobiliaria.
- Identificar el deudor garante.
- Identificar el acreedor garantizado que pretenda realizar la ejecución.
- Una breve descripción del incumplimiento por parte del deudor garante y la descripción de los bienes dados en garantía.
- Declaración del saldo adeudado.
- Gastos de ejecución razonable. (Ley de Garantía Mobiliaria, 2014)

Se le otorga la facultad al acreedor de poder enviar una copia informativa del formulario de ejecución al deudor garante, con el fin de ponerlo en conocimiento sobre el proceso como tal.

En nuestra legislación, siguiendo la Ley Modelo de CNUDMI, se establecen dos tipos de ejecución para la garantía mobiliaria:

- **Ejecución judicial:** Si bien es el procedimiento más accesible para el deudor, puesto que, a falta de acuerdo contractual por voluntad de partes, se realizará de manera judicial mediante el procedimiento como tal.

- **Ejecución extrajudicial:** Por su parte, la ejecución extrajudicial contiene ciertas reglas establecidas en el artículo 57 del Capítulo II de la Ley de Garantías Mobiliarias de nuestro país.

Se deberá, en primera instancia y desde el momento en el cual se realice la constitución de la garantía mobiliaria, indicar que, para una eventual ejecución, se realiza de manera extrajudicial, así como la venta y subasta de los bienes dados en garantía, mediante un notario público, corredor jurado o, bien, por medio de un fiduciario sin necesidades de procedimiento judiciales.

Se deberá presentar un formulario inscrito ante el sistema de garantías mobiliarias y, con dicho formulario, se autorizará a la persona indicada para realizar la venta y la subasta de los bienes garantizados.

Una vez asignada la persona, esta dará una audiencia por cinco días hábiles al deudor garante para que demuestre el pago liberatorio y si logra demostrarlo dentro del plazo establecido, se dará por extinguida la obligación y el proceso extrajudicial quedará sin efecto, provocando la cancelación de la garantía mobiliaria.

La persona asignada para la ejecución deberá duplicar un aviso de venta o remate en un diario de circulación nacional, en la cual debe indicar la hora, el lugar, la fecha de remate, una breve descripción de los bienes, la base del remate, los señalamientos y la base

para los subsiguientes remates y si aquel se estará realizando libre o soportando gravámenes y anotaciones. El aviso se publicará ocho días hábiles antes de la celebración de la subasta y se deberá comunicar a todos aquellos que, según el sistema de garantía mobiliarias, tengan algún derecho o interés legítimo sobre los bienes dados en garantía.

Se levantará un acta del acto de venta o remate, la cual será firmada por la persona designada para la ejecución y el adquirente del bien. Una vez realizado el remate y pagada la suma ofrecida, se adjudicarán al adquirente los bienes como tales. Si son inscribirles, se deberán protocolizar para su presentación e inscripción ante el respectivo registro.

Cuando exista un saldo al descubierto, el acreedor garantizado podrá demandar su derecho de pago mediante vía judicial y servirá, como título ejecutorio, una certificación de un contador público autorizado.

Una vez entendido lo anterior, podríamos establecer que el Registro Público establece las pautas de inscripción de las garantías mobiliarias:

- **Establecer el acreedor garante:** En primera instancia, para efectos registrales y de publicidad registral, siempre deberemos registrar al acreedor, con su nombre completo y cédula jurídica.

- **Datos generales de la garantía mobiliaria:** Se establecerá una fecha de formalización y una fecha de vencimiento, sin embargo, si no se determinara la segunda, automáticamente se calcularía a cuatro años, a partir del día en que el Formulario de Publicidad Inicial se haya registrado en el Sistema de Garantía Mobiliaria, de conformidad con el artículo 45 de la Ley de Garantías Mobiliaria. Se indicará el tipo de moneda, el monto del crédito, así como los intereses corrientes y moratorios y se establecerá la oportunidad de cobrar de forma mensual o anual. Se establecerán las formas de pago, el número de operación del crédito y se adjuntará el contrato de la garantía mobiliaria. Por último, pero no menos importante, se establecerá su forma de ejecución, aunque la misma ley establece la oportunidad de indicar si es judicial o extrajudicial, cumpliendo con sus parámetros correspondientes.
- **Garantía:** Se indican el tipo de moneda, monto máximo, el tipo de garantía que se estará inscribiendo, el tipo de inclusión. Se incluyen todos los acuerdos que establece el artículo 3 de la Ley General de Garantías Mobiliarias, cuya función es garantizar el pago de obligaciones presentes o futuras, propias o ajenas; se interpone una clasificación, acciones, obligaciones, bonos, contratos de opción y futuros, entre otros, así como toda la descripción general sobre la garantía mobiliaria.
- **Partes:** Corresponde a los datos personales de la parte asociada a la garantía, además de las actividades económicas a las cuales se dedica la parte y, en la mayoría

de los casos, estamos hablando del deudor garante. Se registrarán el número de identificación, los nombres y apellidos, el género, teléfono, correo electrónico con el fin de realizar las notificaciones referentes a la garantía, la dirección de residencia, empresa en la que labora, el domicilio contractual exacto y el tipo de actividad económica a la cual se dedica el deudor garante.

Por último y cumpliendo con cada uno de los puntos mencionados, se procede al registro de la garantía mobiliaria y se deberá tomar en cuenta que, para la prelación, registrará siempre la fecha y hora oficial de Costa Rica.

3.8. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS Y EL PACTO COMISORIO: COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS PERUANO Y NORTEAMERICANO

Los intercambios de bienes y servicios no se pueden omitir al examinar las relaciones sociales y económicas de cualquier comunidad. Ahora bien, en la actualidad, la complejidad de dichas relaciones determina que las operaciones de intercambio sean más complejas que en el pasado, empero, la explicación inicial de su existencia sigue siendo la misma: el ser humano es incapaz de satisfacer todas sus necesidades sin recurrir a otras personas. Así, pues, el intercambio, las obligaciones y los créditos son instrumentos

imprescindibles para la vida de toda sociedad, sin importar su cultura o el sistema económico imperante.

A este tipo de relaciones u operaciones de intercambio, en los países norteamericanos y el sistema peruano, se les denomina garantía mobiliaria, sin embargo, no se puede ejecutar instantáneamente, ya que, en muchas ocasiones, un intercambio solo constituye el compromiso de actos que se realizarán posteriormente.

Esta distancia natural entre el nacimiento de la obligación y la ejecución o el retorno de las prestaciones da lugar a un elemento de riesgo que afecta las operaciones de intercambio, a veces tan gravemente que amenaza su propia utilidad y fundamento.

Si este riesgo fuera demasiado alto, los operadores dejarían de realizar intercambios necesarios, pues no sabrían si se van a cumplir los compromisos que han estipulado.

Ahora bien, todo acreedor corre un doble peligro en relación con su crédito. Se menciona como referente que, al tiempo de producirse el incumplimiento, el deudor podría haber disipado todo su patrimonio, lo que provocaría que ya no se pueda ejecutar la deuda.

Por otro lado, podemos establecer como un segundo punto que, al cobrar la deuda, se presenten otros acreedores, con lo que el patrimonio del deudor, en caso de existir, deberá dividirse entre todos hasta donde alcance, para intentar satisfacer las acreencias, lo

cual implica que los acreedores no tendrán ninguna seguridad de que su crédito será pagado. Por otro lado, las garantías personales no solucionan las dificultades anotadas.

La fianza y el aval simplemente constituyen una acumulación de deudores que comprometen su patrimonio frente al acreedor, pero sin especificar ni afectar bienes concretos; a los fiadores y los avalistas les pueden ocurrir lo mismo que al deudor principal, es decir, insolvencia y concurso de acreedores, frustrando así el derecho del acreedor. Esto no sucede con las garantías reales, ya que resultan de la afectación de uno o varios bienes concretos, para que, ante el incumplimiento, se proceda a su ejecución y al pago de la obligación.

Ahora bien, aun contando con garantías reales, el acreedor puede no alcanzar la verdadera protección si está de acuerdo con el régimen legal aplicable, lo cual indica que tener garantías reales resulta tan costoso como no tenerlas, sea en términos de costos directos para la constitución de la garantía, en relación con los derechos y procedimientos para la ejecución, o por la complejidad y oscuridad del régimen, lo cual también genera costos.

Desde esta perspectiva, existen diversos aspectos de importancia en el tratamiento legislativo de las garantías reales, sin embargo, establecemos la ejecución como una de las principales, ya que en este proceso debemos rescatar que se constituye en el momento clave de la garantía, es decir, cuando demuestra si realmente es seguridad de pago.

Un sistema de garantías con mecanismo de ejecución incapaz de satisfacer el crédito no es un verdadero sistema de garantías o, mejor dicho, no es un sistema eficaz de garantías. La ejecución de las garantías que recaen sobre muebles se constituye en uno de los temas clave en los regímenes legales sobre garantías reales.

Entre Perú y los Estados Unidos existe una gran diferencia en relación con el tema que tratamos, pues Perú no ha atravesado por los procesos sociales que ha vivido Estados Unidos, ya que la situación social y económica es radicalmente distinta; sin embargo, se comparten algunos aspectos esenciales del modelo económico y, por tanto, algunas experiencias y objetivos referentes a las operaciones de intercambio comerciales y sus garantías.

En Perú han surgido nuevas operaciones, servicios, bienes y mercados mobiliarios que antes no se encontraban desarrollados o carecían de relevancia. El proceso de transformación vertical no solo se presenta en ese país, sino también en otros del hemisferio.

La importancia del tratamiento legal sobre garantías reales es tan decisiva en dicho proceso que varios organismos internacionales condicionan el otorgamiento de créditos a los Estados Unidos a la revisión y modificación de sus estructuras legales sobre el sistema de garantías.

3.9. PROCESO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA EN COLOMBIA, ARGENTINA Y CHILE

3.9.1. Garantía mobiliaria en Colombia

Las garantías mobiliarias son una especie de las garantías reales, definidas éstas últimas como “aquellas que se constituyen o afectan bienes determinados -muebles o inmuebles- para respaldar el crédito, el cual puede pertenecer al deudor mismo o a terceros”. (Belino, 2011, p. 12)

A su vez, “otorgan al acreedor el derecho de persecución del bien, e igualmente, un privilegio o mejor derecho para el pago”. (Belino, 2011, p. 15).

Estas garantías, desde el inicio de su uso jurídico, se tenían como negocios jurídicos accesorios. (Abel, 2017)

Un nuevo régimen de garantías reales sobre bienes muebles fue instaurado con la entrada en vigencia de la Ley 1676, en 2013, que llegó a sustituir lo contenido respecto de la prenda en los códigos de comercio y civil. Los principales acápites de la nueva Ley incluyen regulaciones frente a la constitución, oponibilidad, ejecución y prelación de garantías que recaigan sobre los bienes expresados en dicha normativa.

El artículo 3, inciso segundo, de la mencionada ley define las garantías mobiliarias y su ámbito de aplicación, al tiempo que presenta características que a continuación se extraerán.

Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros: la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a dicha ley.

Así, teniendo en cuenta las normas comerciales y civiles sobre la clasificación de contratos, y las disposiciones contenidas en la Ley 1676, el contrato de garantía mobiliaria puede definirse como “un contrato principal celebrado entre el constituyente de la garantía y el acreedor garantizado, que tiene por objeto material uno o varios bienes muebles del constituyente, cuya tenencia puede transferirse o no al acreedor, para la seguridad de una obligación a cargo del constituyente o de un tercero, para que con éste o éstos el acreedor satisfaga su crédito directamente, o con el producto de la venta se le pague hasta concurrencia del crédito garantizado”. (Echeverría, 2014)

La constitución de las garantías mobiliarias en Colombia se establece en el artículo 3 de la ley, creando la primera gran modificación en las bases mismas de las garantías en la legislación colombiana, al cambiar la característica casi definitoria por la que eran conocidas: “ser contratos accesorios”.

El inciso primero del mentado artículo dictamina expresamente el carácter de principal –por disposición de ley, además- de los contratos en que se constituyen las garantías mobiliarias:

ARTÍCULO 3o. CONCEPTO DE GARANTÍA MOBILIARIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN: Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía. (Ley de Garantías Mobiliarias, 2013)

La constitución de una garantía mobiliaria debe ser realizada mediante un contrato entre el garante y el acreedor garantizado y contener elementos esenciales como los nombres e identificación de los contratantes, el monto máximo que cubre la garantía que se está otorgando, la descripción de los bienes dados en garantía y una descripción de las obligaciones garantizadas.

La finalidad principal del deudor cuando constituye una garantía consiste en satisfacer el interés del acreedor en relación con un determinado crédito, al estimular el cumplimiento y remediar las consecuencias de un posible incumplimiento, es decir, la función de la garantía consiste en brindar seguridad jurídica al acreedor.

La extensión que se realizó mediante esta ley a bienes muebles que antes no se consideraban como prendas en garantía busca ampliar el panorama crediticio de pequeños y medianos empresarios que no cuentan con grandes capitales, aumentando definitivamente el número de posibles deudores -con garantía- en el sistema financiero.

La constitución de la garantía mobiliaria si bien no es totalmente específica en la ley, no da lugar a interpretaciones sobre ella, por lo que su constitución se encuentra ajustada a un contrato del cual surgirán derechos y obligaciones para las partes que han decidido constituir la garantía mobiliaria. De igual manera, los derechos y las obligaciones de garante fueron plasmados de manera explícita por el legislador en el texto de la Ley 1676 de 2013.

Se realiza mediante un registro único de garantías mobiliarias, el cual se debe realizar ante la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras). Dicho registro se realiza electrónicamente y tiene la certeza tecnológica de la capacidad para asegurar la disponibilidad e integridad de la información.

Es un sistema que buscó implementar un método de archivo centralizado, donde se inscriben las garantías que se constituyen por acuerdo entre las partes o ministerio de la ley, su propósito principal es dar publicidad y permitir el acceso a la información por medios electrónicos.

El Registro Único de Garantías Mobiliarias es operado por Confecámaras, una entidad privada, sin ánimo de lucro, que agremia y representa a las 57 entidades del sector que existen en Colombia.

Mediante este registro se pueden realizar operaciones como inscripción, modificación, cancelación, ejecución de las garantías mobiliarias, entre otros. La base de datos compuesta con la información de las garantías mobiliarias es de acceso público y con esto se garantiza la publicidad de este tipo de contratos.

Efecto principal del registro es la publicidad y, por lo tanto, la oponibilidad a las garantías inscritas en la plataforma facilita el control eficaz de las garantías que existen,

siendo fácilmente comprobable por cualquier persona natural o jurídica, con acceso a Internet y a la plataforma que fue creada para tal finalidad.

Se crea el Registro Único de Garantías Mobiliarias, como está establecido en el artículo 38 de la Ley de Garantías Mobiliarias. Este consiste en un sistema de archivo de acceso público a la información de carácter nacional, cuyo objeto es dar publicidad a través de Internet. Este registro se crea con el fin de centralizar toda la información sobre las garantías mobiliarias otorgadas y que puedan ser consultadas de una forma rápida.

La importancia del registro se puede ver en los problemas económicos que se generan si no se cuenta con plataformas establecidas con dicha finalidad, así, según el Doing Business 2010, la falta de registro y de reglas claras en caso de quiebra ponen en desventaja a las pymes para el acceso al crédito. Concuere da con esta idea al exponer que un registro de garantías mobiliarias dota de seguridad jurídica al acreedor para la persecución del bien.

Ahora bien, parte importante es la ejecución de la garantía mobiliaria en Colombia, la ley establece tres figuras de la ejecución de garantía: el pago directo, la ejecución especial y la ejecución judicial.

3.9.1.1. Pago directo

El acreedor podrá satisfacer su crédito directamente con los bienes dados en garantía por el valor del avalúo que se realizará, de conformidad con lo previsto en el párrafo 3° del artículo 19 de la Ley de Garantías Mobiliarias, cuando así se haya pactado por mutuo acuerdo o cuando el acreedor garantizado sea tenedor del bien dado en garantía.

PARÁGRAFO 1°: Si el valor del bien supera el monto de la obligación garantizada, el acreedor deberá entregar el saldo correspondiente, deducidos los gastos y costos, a otros acreedores inscritos, al deudor o al propietario del bien, si fuere persona distinta al deudor, según corresponda, para lo cual se constituirá un depósito judicial a favor de quien corresponda y siga en orden de prelación, cuyo título se remitirá al juzgado correspondiente del domicilio del garante. (Ley de Garantías Mobiliarias, 2013)

PARÁGRAFO 2°: Si no se realizare la entrega voluntaria de los bienes en poder del garante objeto de la garantía, el acreedor garantizado podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional competente que libre orden de aprehensión y entrega del bien, con la simple petición del acreedor garantizado. (Ley de Garantías Mobiliarias, 2013)

PARÁGRAFO 3°: En el evento de la apropiación del bien, este se recibirá por el valor del avalúo realizado por un perito escogido por sorteo, de la lista que para

tal fin disponga la Superintendencia de Sociedades, el cual será obligatorio para garante y acreedor, y se realizará al momento de entrega o apropiación del bien por el acreedor. (Ley de Garantías Mobiliarias, 2013)

3.9.1.2 Ejecución judicial

La ejecución judicial es aquella en la que se faculta al juez civil y a la Superintendencia de Sociedades, bajo la figura de adjudicación o realización especial de la garantía real regulada en los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso.

El deudor deberá realizar la inscripción en el formulario registral de ejecución dispuesto en la plataforma de registro de garantías mobiliarias prioritarias.

La ejecución de garantías mobiliarias, busca una mayor celeridad dentro del proceso e incentivar a las entidades financieras para que promuevan créditos con mayor facilidad para las micro, pequeñas y medianas empresas.

La función que está llamada a cumplir la garantía consiste en satisfacer el interés del acreedor en relación con un determinado crédito, fomentando el cumplimiento y remediando las consecuencias del incumplimiento.

Se requieran procedimientos de realización rápidos, ágiles, pero, sobre todo, no costosos, con origen en presupuestos necesarios. La finalidad de los derechos de garantía

y, en especial las garantías reales, se desarrolla a través de dos momentos. Una fase asegurativa o estática protege el bien gravado de las incertidumbres que pueden menoscabar o impedir la siguiente fase, que consiste en la futura satisfacción del acreedor garantizado.

En la fase satisfactiva o dinámica se activan los específicos medios que tienden a permitir y hacer eficaz la ejecución forzosa sobre dicho bien.

3.9.2 Garantía mobiliaria en Argentina

Más allá de las clasificaciones y los diferentes criterios que se adopten para distinguir a las garantías reales mobiliarias, lo cierto es que, en el ordenamiento argentino, la típica garantía real que recae sobre bienes muebles es la prenda; por esta razón hemos decidido circunscribir nuestro análisis a algunos problemas que se plantean en torno a esta figura.

La prenda común o tradicional es el derecho real de garantía que versa o recae sobre una cosa mueble o un crédito que entrega el constituyente al acreedor o a un tercero designado por ambos, de común acuerdo en seguridad de una deuda.

Es indispensable la tradición de la cosa al acreedor (o a un tercero que actúe como depositario) ya que, hasta el preciso momento de la entrega, sólo existe un acuerdo de

voluntades de las partes, pero no el derecho real en sí que se origina con el desplazamiento mismo.

De lo dicho se desprende que el elemento tipificante es la tradición, ya sea ésta efectiva o simbólica. Esta prenda sin desplazamiento, como derecho de garantía, puede ser civil o comercial de acuerdo con la naturaleza de la obligación garantizada.

La primera es aquella que se constituye cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda.

La segunda se presenta cuando el deudor o un tercero en su nombre entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial.

Los caracteres de la prenda civil son la accesoriedad, la convencionalidad (debe constituirse por contrato, no existiendo la prenda legal ni judicial, la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito –cuyo importe cierto y determinado en dinero debe constar en el instrumento constitutivo del derecho y la indivisibilidad).

El objeto de la prenda puede estar constituido por cualquier cosa mueble o crédito que se encuentre en el comercio; ahora bien, en relación con los créditos, se establece una

limitación al disponer que “no puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito”. (Comercial, 2014)

Si el objeto dado en prenda es un crédito o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato –para que la prenda quede constituida- debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda y entregarse el título al acreedor o a un tercero.

Para constituir una prenda es necesario ser propietario de la cosa o titular del crédito. A fin de que la prenda resulte oponible a terceros, debe constar en instrumento público o privada de fecha cierta, cualquiera que sea el monto del crédito que garantiza. Debido a su carácter de derecho accesorio, la prenda civil se extingue cuando lo hace el crédito garantizado o en aquellos casos en que la cosa deja de existir, se pone fuera del comercio, media confusión, si la propiedad de la cosa pasa al acreedor o si media renuncia por parte de este.

Con respecto a la prenda comercial, el Código de Comercio argentino, al regularla, se limita a introducir algunas modificaciones a la normativa del Código Civil, a fin de facilitar la constitución de esta garantía y su realización en caso de incumplimiento. El Código de Comercio adopta un criterio netamente objetivo para determinar la comercialidad de la prenda y, dada la naturaleza accesorio que esta presenta, toma en consideración únicamente el carácter de la obligación garantizada, independientemente de

la calidad de las partes. Así, la prenda que garantiza una obligación civil es civil, aunque se constituya entre comerciantes y tenga por objeto papeles de comercio.

El contrato de prenda comercial es real y sólo queda concluido con la entrega de la cosa; es accesorio, ya que depende del contrato del cual emana la obligación principal garantizada; es no formal, debido a que entre las partes surte efecto con la entrega de la cosa, más allá de que para que sea oponible a terceros la ley exige documento escrito.

La prenda común, tanto la civil como la comercial, planteó varios inconvenientes en nuestro país; así, el deudor se veía privado de bienes que no podía utilizar en el desarrollo de su actividad comercial, el acreedor prendaba mercaderías cuyo valor de cotización era susceptible de variar -con lo que su crédito resultaba perjudicado-, mientras que otras veces, a fin de conservar la cosa prendada, el acreedor necesitaba disponer de espacios suficientes, generándose problemas e inconvenientes prácticos.

Ante tales dificultades, surgió la denominada “prenda sin desplazamiento o con registro”; vale decir, el derecho real constituido a favor de ciertos acreedores, mediante la inscripción registral; garantiza cualquier clase de obligaciones y recae predominantemente sobre cosas muebles, de propiedad del deudor y que quedan en poder del deudor o de un tercero designado.

El prestamista (de carácter público o privado), al acordar una determinada suma de dinero, debe prever con antelación de qué manera el deudor hará frente al pago del crédito. Como regla exigirá garantías y, en el supuesto de no hacerlo, seguramente otorgará créditos pequeños a tasas de interés elevadas, por plazos exigüos y a personas que le resulten conocidas.

Ahora bien, el acreedor cuenta con la facultad de solicitar garantías o seguridades que recaigan sobre los bienes del deudor, tanto muebles como inmuebles. Los bienes muebles adquieren una importancia decisiva en el proceso de producción y resulta innegable la trascendencia económica que significa la posibilidad de dar bienes de este tipo en garantía, ya que -de esta forma- el prestamista puede efectuar ciertas consideraciones que inciden en el otorgamiento mismo del crédito.

La normativa argentina sobre prenda con registro prohíbe expresamente a las partes acordar en forma privada otros procedimientos que los establecidos, disponiendo que “es nula toda convención establecida en el contrato prendario que permita al acreedor apropiarse de la cosa prendada fuera del remate judicial o que importe la renuncia del deudor a los trámites de la ejecución en el caso de falta de pago, salvo lo dispuesto por el artículo 39”. ((Comercial, 2014))

El procedimiento judicial de los bienes en garantía es lento, costoso y complicado, hasta tal punto que, en ciertos casos, el costo de la venta judicial puede superar el valor mismo del bien pignorado.

Ahora bien, sólo se permite a determinados acreedores institucionales obtener órdenes judiciales inmediatas de secuestro y llevar a cabo la venta privada de los bienes. La aludida norma dispone que “cuando el acreedor sea el Estado, sus reparticiones autárquicas, un banco, una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina o una institución bancaria o financiera de carácter internacional, sin que tales instituciones deban obtener autorización previa alguna ni establecer domicilio en el país, ante la presentación del certificado prendario, el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El acreedor procederá a la venta de los objetos prendados, en la forma prevista, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar, en juicio ordinario, los derechos que tenga que reclamar al acreedor. El trámite de la venta extrajudicial preceptuado en este artículo no se suspenderá por embargo de bienes ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor”. (Comercial, 2014))

De esta manera, la ley autoriza la ejecución privada de la cosa gravada en beneficio de ciertos acreedores de los que se presume su seriedad y solvencia. El procedimiento establecido no es obligatorio, sino facultativo, para las entidades autorizadas y restringe la

actuación del tribunal a la simple actividad procesal coadyuvante del proceso privado, a fin de que la acreedora obtenga la posesión del bien gravado para poder subastarlo.

En la prenda con registro, el acreedor no tiene la disponibilidad de la cosa gravada y, por tanto, debe acudir al tribunal respectivo y acreditar la titularidad del derecho con el certificado prendario, a fin de que se proceda a ordenar el secuestro del bien para ponerlo a disposición del acreedor ejecutante. En realidad, el trámite judicial autorizado por esta norma:

(...) constituye un procedimiento simple, destinado a facilitar que el acreedor proceda a su venta directa” la actividad jurisdiccional está limitada a la comprobación de los recaudos de admisibilidad de la medida y al diligenciamiento de la orden de secuestro.

El procedimiento establecido no admite actuación alguna por parte del deudor. La norma niega al deudor todo recurso y toda suspensión del juicio, pero no al tercero que plantea en legal forma la defensa de sus derechos. De este modo, el tercero afectado por la medida prevista, debe plantear las defensas que hagan a su derecho ante el juez que la dispuso, el que debe pronunciarse sobre el punto. Tal como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia argentina, “la actividad jurisdiccional se limita a la mera comprobación de los recaudos de admisibilidad de la medida y al

diligenciamiento de la orden de secuestro respectivo. (Tribunal Civil Argentino, 2013)

3.9.3. Garantía mobiliaria en Chile

Una característica fundamental de un sistema moderno de garantías mobiliarias requiere la creación de un marco único/uniforme que llegue a consolidar la multiplicidad de leyes y figuras actuales sobre las cuales se puede tomar una garantía sobre bienes muebles. Lo anterior contrasta con la tradición de los países de índole romano-germánica, en los cuales existe una multiplicidad de leyes que regulan los préstamos garantizados con bienes muebles. Cada una de esas leyes cuenta con sus propias reglas, por cuanto hacen que la constitución, formalización, publicidad y ejecución de la garantía, desde la perspectiva práctica, caigan en contradicción unas con otras.

En algunas circunstancias, ciertos tipos de garantías son limitadas en cuanto a los agentes económicos que las pueden otorgar, a favor de quién se pueden otorgar, las actividades económicas para las cuales pueden utilizarse y la naturaleza de los bienes gravados.

La característica fundamental del sistema de garantías mobiliarias en Chile es que es que, a pesar del intento y la operación unificadora de la figura de la “Prenda sin Desplazamiento”, sigue conteniendo aspectos fragmentados, tanto a nivel de legislación como a nivel de registro.

A nivel legislativo, la prenda sin desplazamiento intenta jugar el papel de ley de garantías mobiliarias *per se*, sin embargo, siguen coexistiendo la “prenda sin desplazamiento”, la “prenda mobiliaria a favor de los bancos”, “garantías de obligaciones bursátiles”, la “prenda irregular”, las “prendas en el depósito central de valores”, las “cesiones de crédito”, garantías sobre títulos de crédito, arrendamientos financieros, prenda flotante, pagaré protestado-juicio ejecutivo-remate, prenda con desplazamiento (Código civil y código de comercio), entre otros.

Aunque la prenda sin desplazamiento alcanza un nivel y objetivo unificador, no alcanza a reemplazar todos los mecanismos existentes ni contiene todas las características necesarias incorporadas en las buenas prácticas del indicador de derechos legales del reporte *Doing Business* del Banco Mundial. Además de estos otros mecanismos, poseen algunas de las características mencionadas, pero ninguno llega a reunir los requisitos necesarios para ser considerado un instrumento acorde a un sistema moderno de constitución garantías mobiliarias.

Con respecto al proceso de creación del préstamo y la garantía, una transacción de esa naturaleza se caracterizaría por una deuda; un deudor; un acreedor; bienes muebles dados en garantía y un acuerdo entre las partes, donde la garantía sobre los bienes muebles del deudor otorgue derechos al acreedor.

A diferencia de la práctica actual, además, la constitución debería considerar prácticas flexibles y de bajo costo respecto a la formalización de los contratos respectivos.

Bajo la legislación actual, de la Ley 20.190, el contrato de prenda debe contener: 1) La individualización de sus otorgantes; 2) La indicación de las obligaciones caucionadas o la indicación precisa del o los documentos donde constan dichas obligaciones. En caso que sólo se indique el o los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y estos no fueren otorgados por escritura pública, deberán ser protocolizados al momento de la celebración del contrato de prenda; 3) La especificación de las cosas empeñadas mediante los detalles necesarios para su individualización, y 4) La suma determinada a la que se extiende la prenda en el caso de haberse limitado a una cantidad. Puede, igualmente, señalarse el lugar donde debe mantenerse la cosa empeñada, la utilización que debe darse a ésta y las rutas o zonas que podrá recorrer.

Bajo la legislación chilena, sin embargo, se debe tener en cuenta que las garantías mobiliarias pueden ser accesorias a un contrato preexistente, siendo necesario que exista una obligación antes (o al momento) de crear la garantía mobiliaria. Consecuentemente, se puede interpretar que debe existir una obligación antes de que la garantía mobiliaria pueda ser creada o inscrita en el registro. Esta regla de “naturaleza accesorio” impide las prácticas prerregistrales, necesarias para garantizar préstamos futuros o avances futuros.

A efecto para hacer posibles las prácticas prerregistrales, a manera de recomendación, una reforma en Chile debe permitir que las garantías mobiliarias estén contenidas en dos documentos separados, si así lo convienen las partes: uno que contenga la obligación garantizada y otro la garantía mobiliaria.

Además, la reforma debe aclarar que un acreedor puede registrar una garantía (y obtener la prelación relativa a la fecha correspondiente) sin que exista un contrato de préstamo o garantía.

Asimismo, la legislación actual requiere que el contrato de prenda se otorgue por escritura pública o instrumento privado. En este último caso, las firmas de las partes deberán ser autorizadas por un notario público y el instrumento, ser protocolizado en el registro del mismo notario, anotando la fecha de protocolización. Este proceso se considera sumario para que la prenda tenga mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo, sin embargo, agrega costo y formalidades al proceso de constitución que obstaculiza varias de las ventajas, descritas a continuación, de un sistema flexible de garantías mobiliarias.

Uno de los puntos principales del diagnóstico refiere, entonces, al tipo de bienes que bajo el régimen actual se pueden gravar, las modalidades bajo las cuales este incluye garantías sobre “todo tipo de cosas corporales o incorporeales muebles, presentes o futuras”, sobre derechos y sus bienes asociados, créditos, valores, grupos de bienes o universalidades de hecho, cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o por adherencia entre otro.

Aunque la prenda sin desplazamiento intenta crear una garantía revolvente, esta requiere descripciones detalladas de los bienes prendados, lo que presenta serios problemas si las partes quisieran gravar bienes fungibles futuros o intangibles de forma genérica,

especialmente en materia de registro según las disposiciones legales vigentes y la práctica verificada en el Registro de Prenda sin desplazamiento.

Si bien la ley permite descripciones de grupos de bienes y universalidades de hecho, la regulación del registro requiere una descripción detallada que en la práctica no permite el otorgamiento de la garantía en esos términos genéricos.

Con respecto a bienes futuros, se estudió la operación local del concepto de bienes atribuibles —una figura necesaria para empresas productivas, comercializadoras y agrícolas—, donde una característica principal del bien originalmente gravado es que se transformará física o económicamente durante la relación del deudor y acreedor. A pesar de que la legislación chilena permite dicha extensión, el reglamento del registro requiere una descripción pormenorizada e impráctica que dificulta que los bienes subsecuentes a los originalmente gravados puedan emplearse como garantía continua o revolvente.

Por citar un ejemplo, cuando el inventario y las cuentas por cobrar se toman como garantía, el proyecto de reforma debe reconocer que el deudor venderá su inventario, lo transformará en bienes distintos o cobrará dichas cuentas como parte de su actividad preponderante y, por lo tanto, ese mismo deudor recibirá efectivo, cuentas por cobrar, títulos de crédito o títulos-valor, u otro tipo de bienes o mercaderías en favor a los bienes pignorados. Aunque bajo la ley de prenda sin desplazamiento de la posesión, se permite considerar incluso los bienes futuros. El problema vigente radica en su falta de precisión

para definir ampliamente el concepto de producto o dar una definición más amplia de atribuibles.

Por otro lado, el marco actual chileno deja en un estado de posible indefensión a un adquirente (consumidor) de los bienes en el curso normal de los negocios, quien se podría ver afectado por el derecho de persecución de un acreedor. Esto significa que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado podría perseguir el bien en manos del adquirente de buena fe.

Asimismo, los acreedores garantizados generalmente no poseen la habilidad de perseguir activos ‘futuros’ que existan hoy sobre la base del activo originalmente gravados en forma genérica. En tal virtud, a manera de recomendación, la garantía sobre la propiedad posteriormente adquirida debe funcionar independientemente de la habilidad de perseguir bienes futuros de la misma clase de los bienes originales dados en garantía.

Ante tales efectos, una reforma debe permitir la creación de una garantía mobiliaria “en la propiedad posteriormente adquirida”, así el contrato de garantía describa la propiedad posteriormente adquirida de forma genérica.

De igual manera, la garantía mobiliaria debe considerarse perfeccionada en contra de terceras personas si los formularios de inscripción registral describen los bienes dados

en garantía de la misma manera – un efecto que se debe incluir en la reglamentación del sistema de registro que acompañaría una nueva ley.

La regla de “primero-en-tiempo-primero-en-derecho” debe ser aplicable a toda ley de garantías y establece que una garantía mobiliaria es oponible frente a terceros desde el momento en que se toma el paso aplicable para la publicidad. En otras palabras, la persona que dé publicidad primero (por medio de la inscripción registral o toma de posesión del bien) tendrá prelación.

Asimismo, es importante reconocer las consideraciones citadas respecto del requisito de que un sistema moderno permita la publicidad, ya sea por registro o posesión del bien, aun antes de la celebración del contrato de garantía o de la entrega de valor bajo un crédito. En dichos casos, a manera de recomendación, la prelación debe ser desde el momento de registro o posesión, sin importar cuando se celebró el contrato de garantía o cuando el acreedor otorgó el crédito al deudor. Cuando la publicidad de una garantía mobiliaria requiera de un paso adicional, la prelación no se obtendrá hasta que el paso adicional se lleve a cabo.

La regulación de la ejecución suele perjudicar mucho la efectividad de las garantías mobiliarias. Una característica de los bienes muebles es que se deprecian con mayor velocidad que los inmuebles. Cabe señalar que esta característica se agudiza aún más en el caso de gravarse inventarios que pueden estar constituidos por mercancías perecederas,

como frutas o verduras. Sin embargo, esta importante distinción no es considerada en los procedimientos de ejecución de las garantías muebles contemplados en las diversas legislaciones de América Latina, ya que en general se aplica un procedimiento común, usado tanto para realizar bienes inmuebles como muebles. Esto provoca que el proceso de ejecución suela ser muy largo y costoso, lo que en definitiva hace poco atractivo el cumplimiento forzado en caso de incumplimiento, inclusive contando con una garantía preferente. Además, estas regulaciones no permiten hacer uso de la autonomía de la voluntad para acordar un procedimiento más expedito. Es así como se prohíben el pacto comisorio y la venta extrajudicial. La realidad expuesta nos plantea un interesante problema en relación con el financiamiento de la pequeña y mediana empresa de América Latina.

Si bien el activo de estas empresas suele estar constituido, en su mayoría, por bienes muebles, las entidades financieras y los proveedores no aceptan masivamente estos bienes como garantía. Esto ocurre esencialmente, según lo señalado, por el marco legal vigente sobre esta materia en gran parte de América.

Por lo tanto, si bien los pequeños y medianos empresarios tienen medios para asegurar el otorgamiento de créditos, bajo la normativa actual, en general, no resultan atractivos ni son aceptados para ser afectados en garantía, por tratarse de bienes muebles. Con ello se entorpece el desarrollo y crecimiento de este sector empresarial.

Pensando en la agilidad que se debe presentar en la figura de la garantía mobiliaria para el proceso jurídico en Costa Rica, han tomado popularidad las principales operaciones mercantiles, en especial aquellas que se regulan bajo las condiciones bancarias; sin embargo, no se ha tomado conciencia sobre la posibilidad de violación de derechos que terminarían convirtiendo esta agilidad en una figura engorrosa.

El hecho de que los acreedores no deban acudir a un proceso judicial para ejecutar sus garantías una vez que las obligaciones hayan sido incumplidas hace ver la figura de la garantía mobiliaria como un instituto atractivo para quienes se ven en la necesidad de procurarse una garantía confinable como las reales, llámese una prenda con o sin desplazamiento, lo más corriente en nuestros días.

No obstante, es más “ágil”, sin olvidar la elasticidad que caracteriza a esta figura, adicionando otros inconvenientes al utilizar las garantías reales tradicionales, el principio de especialidad en cuanto a la hipoteca y la prenda, donde deben limitarse el monto por el que responden el bien, lo mismo que determinan el crédito. Esto imposibilita afectar una unidad de negocios en garantía de una deuda.

Lo tradicional ha sido que, al contraer una obligación, por ejemplo, en el caso de préstamos bancarios, a fin de lograr que el crédito se apruebe y se formalice, el deudor ofrezca una garantía satisfactoria para el acreedor, de manera que le dé certeza de que, en

caso de incumplimiento, la obligación pueda ser cancelada por medio de la ejecución de la garantía.

Para tales efectos, son varias las figuras que el derecho ofrece, dependiendo del bien que se entregue en garantía, entre ellas, la prenda. Cuando se está en presencia de este tipo de garantía, la disposición de los bienes debe hacerse por medio de un proceso de ejecución pura, sea un ejecutivo prendario o hipotecario, según se trate, imposibilitando la venta privada o directa de los bienes que sí se puede dar en la garantía mobiliaria.

En relación con ellos y las complicaciones que a lo largo del proceso se pueden presentar, a pesar de que esto se encuentra estructurado para ser tramitado de la manera más ágil y expedita, en ocasiones las vicisitudes presentadas en autos provocan que tales procesos dilaten más de lo normal, por ejemplo, las dificultades que con regularidad se dan al notificar al demandado, pero lo importante es que respeten el debido proceso.

Ante estas circunstancias, los acreedores pretender encontrar en la garantía mobiliaria un medio más “expedito” para el cobro de sus acreencias, dado que en estos casos no tienen la necesidad de acudir a un proceso judicial, pues ante el incumplimiento, el acreedor garante dará el paso a la venta de los bienes del deudor de conformidad con el proceso estipulado en la Ley de Garantía Mobiliaria, a fin de satisfacer el reclamo del acreedor.

No obstante, la agilidad y la rapidez que pueda presentar esta figura puede verse contrarrestada por la violación de derecho que originaría una “lentitud” en los efectos de la garantía mobiliaria, por lo que se hace de cabal importancia estudiar los presupuestos en los que se ejecuta la garantía. Con ello puede estar actuando en violación de los derechos del deudor, aparte de las violaciones a principios constitucionales tales como el debido proceso o el principio de juez natural, toda vez que al ser el acreedor garante quien lleva a cabo la venta de los bienes y en muchas ocasiones resuelve conflictos que se presentan a la hora de la ejecución, este podría estar asumiendo funciones jurisdiccionales.

Si bien la garantía mobiliaria reviste de la especial característica de que hace innecesaria la tramitación de la ejecución judicial y la celebración de un remate, a fin de ejecutarla, dichas características que han servido para darle publicidad pueden ser contraproducentes, pues este tipo de mecanismos podría originar violaciones a los derechos del deudor que terminarían en un largo proceso de ejecución que podría originar una publicidad negativa a dicho instrumento.

En este marco nos ubicaremos con el fin de tratar las posibles inconsistencias jurídicas al ejecutar una garantía mobiliaria, en aras de no incurrir en ningún tipo de menoscabo a los derechos de los deudores como parte débil de la relación contractual y evitar que el acreedor garante asuma funciones que no le corresponden.

Cuando de analizar la legitimidad constitucional de la garantía se trata, definitivamente la atención recae sobre el procedimiento de ejecución y, a pesar de estar previsto en el acto constitutivo, es imposible prever la infinita gama de posibilidades que se presentan en el mundo jurídico. Además, debe tenerse presente el problema que significa para las partes presentar alguna posible excepción oponible al acreedor por parte del deudor, ante una posible ejecución e, incluso, en el caso del acreedor garante, pese a ello, continuará con la ejecución de la garantía, podría estar arrogándose funciones jurisdiccionales en violación de principios constitucionales tales como el de juez natural.

Estas situaciones constituyen el objeto del presente estudio, a ello dedicaremos las siguientes líneas, para determinar la inconstitucionalidad o no de la ejecución de una garantía mobiliaria.

Como preámbulo a discutir la tesis de la posible violación de derechos al ejecutar la garantía mobiliaria, debemos conocer y tener presente la tesis de que no viola derechos, como veremos a continuación.

En el mundo financiero, ha cambiado radicalmente la concepción de lo que debe ser un adecuado sistema de garantías. Se ha abierto paso a la necesidad de buscar, ante todo, fuentes de pago que aseguren a un adecuado flujo para la rápida cancelación de obligaciones o garantías llamadas de “primera demanda”, antes del que sistema tradicional de garantías, basado más en la solidez que en la liquidez que, aunque en últimas hace

posible la finalidad buscada, en muchos casos solo se obtiene después de desgastadores y costosos procesos judiciales.

El fin jurídico de toda garantía es acercar la probabilidad de cobro a la certeza, razón por el cual su función o finalidad jurídica es facilitar el recaudo de un producto suficiente como para cubrir lo que reclama el acreedor.

El fin jurídico no debe ser juzgada por el acreedor garante, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el acreedor ningún campo para la clasificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino, simple y llanamente, sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago.

Hoy hay múltiples casos donde hay una automaticidad en los cargos por orden expresa del deudor, sin que a nadie se le haya ocurrido aducir el acercamiento del derecho de defensa. Es el caso de las garantías de primera demanda, los cargos a cartas de crédito *stand by*, los depósitos de dineros en garantía, donde el banco se obliga a pagar contra el primer requerimiento.

Si es posible un acuerdo transaccional entre las partes, forma claramente reconocido, por ejemplo, la ley colombiana con fuerza de cosa juzgada, el mismo principio

puede aplicarse a la garantía, pactando en el contrato que el mecanismo implica un acuerdo de tal naturaleza con el acreedor y como tal precaver, justamente, un litigio eventual.

La necesidad de estructurar un sistema de garantías adecuado cobra cada vez mayor importancia en las operaciones de financiación otorgadas por el sector financiero y resultan fundamentales al enfrentar dificultades financieras como las que son propias de los procesos concordatarios.

No hay duda de que el fin de utilizar la garantía mobiliaria es dejar a un lado las garantías de hipoteca como prenda, pero puede considerarse como una garantía de primera demanda, por tratarse de figuras diferentes.

Como bien lo indica Mario A. Bofanti (2010), la garantía de primera demanda se trata de un crédito en forma indirecta al obligarse el emisor de la garantía con terceros por cuenta y en interés del acreditado, respecto de una demanda determinada prestación pecunaria. Este aspecto no se da en la garantía mobiliaria, ya que el acreedor garante no es avalista del deudor, por lo que no es de primer requerimiento, su función es únicamente procurar que se cumpla la obligación pactada en el contrato mismo.

Asimismo, se dice que, en este tipo de garantías, el garante deberá de pagar sin poder ampararse en el derecho de defensa o excepciones que podría alegar el acreditado, aspecto que, insistimos, no puede pasar en la garantía mobiliaria. Esta modalidad ha

merecido algunos reparos por estimarse que se convierte en un mecanismo para que el acreedor se apodere del bien recibido en garantía; se coloca al garante en trance de ejercitar funciones jurisdiccionales, y, por último, se priva al deudor del ejercicio legítimo del derecho de defensa.

No obstante, debemos tener presente que esto sería lo ideal en la garantía mobiliaria, pero no es nada más que un ideal y en la realidad no se da. Si se diese, no habría razón de realizar una investigación, pues piense en el caso de que el deudor alegue que hubo incumplimiento por parte del acreedor o que no tenga fundamento el acreedor para solicitar la ejecución y el acreedor afirme lo contrario, quién podría resolver al respecto.

Una de las objeciones que se dio en el ámbito internacional a la figura de la garantía mobiliaria fue que está colocaba al garante en posición de juez, ya que se decía que este hacía un juicio sobre la existencia, validez o eficacia de la deuda garantizada.

Se ha explicado que esta objeción es infundada, debido a que la obligación del acreedor con el deudor es autónoma e independiente de la garantizada. La acción del acreedor garante proviene del encargo que recibe el deudor, para que se proceda a cumplir la prestación del pago frente al acreedor, independientemente de que existan razones sobre la falta de exigibilidad de la obligación, ya que el acreedor garantizado asume el riesgo de tener que accionar el pago de lo no debido, si la obligación pagada por el deudor es ineficaz.

Además, no se trata de que el acreedor disponga por sí ante no se trata de que el acreedor disponga por sí y ante sí del bien recibido en garantía, sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encomendándole una determinada gestión que puede traducirse, seguramente, en la venta del bien y en el pago al acreedor, pero incluso, al cumplimiento de otras finalidades, si la suma lo permite.

Si no existe un respeto al debido proceso, cualquier acreedor podría satisfacer con la garantía sin derecho a que el deudor alegare nada; si esto no es fácil de disponer el bien en garantía, no sabemos que sería.

Efectivamente, podremos reclamar o impugnar todo lo que se disponga en el contrato en la vía que corresponda, sin embargo, no es hasta el momento en que se da la ejecución que puede constatarse el irrespeto al debido proceso, máxime que en un 99,5% de las ocasiones las condiciones las estipula el acreedor y eso no significa que ya no se pueda dar un irrespeto al debido proceso al disponer de los bienes, pues el problema radica en el irrespeto previo a realizar la ejecución de la garantía mobiliaria.

Lo anterior, ya que no se estipula un proceso legítimo para resolver si existe o no incumplimiento y para escuchar a las partes y, en ocasiones, únicamente se le notifica al deudor, para que este mismo pague o busque un arreglo, pero podría no tener razón el acreedor. El fin es buscar que se respete el debido proceso previo a disponer de los bienes en caso de controversia con respecto al causal para solicitar la ejecución, que se escuche a

las partes, se aporten pruebas y, como en el caso de Colombia, que exista una instrucción de un órgano competente.

El tener derecho a la acción de la justicia no presupone que en la garantía mobiliaria ya no se viole el debido proceso. Efectivamente, podrían violarse normas relativas a las garantías constitucionales de este, en perjuicio del deudor; pues podría resultar en un procedimiento abusivo. Una cosa es el derecho que tenemos todos a acceder a la justicia (acción para reclamar un daño por parte de la otra persona afectada) y otra, al debido proceso para dirimir conflictos que deben cumplir ambas partes, previo a disponer de la garantía.

No obstante, difícilmente el garante acreedor tenga la capacidad de dirimir un conflicto conforme lo haría un sujeto investido de jurisdicción como un juez o un árbitro e, incluso, mucho más difícil podría actuar en manera parcial, pues podría obtener un beneficio al ejecutar o, incluso, podría haber aspectos de su actuación como garante que estarían en juego.

Tal vez podría aceptarse que un tercero distinto a un juez resuelva las controversias, pero bajo las formas permitidas, como la conciliación y el arbitraje y de conformidad con su regulación y la imparcialidad que caracteriza o debe caracterizar al mediador o árbitro, aspecto como indicamos, sería casi imposible que el árbitro tuviera, máxima que el

acreedor garante siempre es nombrado o propuesto dentro del contrato de garantía mobiliaria.

A criterio de tesis, es hora de que el deudor garante de la respectiva garantía reciba el reconocimiento que se merece como una seguridad más eficaz y de trámite más sencillo que las convencionales y tradicionales de la misma garantía.

Las dudas acerca de la legalidad de la garantía mobiliaria deben considerarse hoy superadas, porque esta forma de aseguramiento de los créditos no solo no merece reproche jurídico, sino que constituye una garantía más eficaz que los tradicionales contratos accesorios de prenda e hipoteca, sin que sea óbice para afirmar lo anterior que el acreedor garante tenga solo un derecho personal, no real como el de la hipoteca, ya que esta aparente desventaja es compensada por las prerrogativas que la ley le concede.

Sin embargo, naturalmente, aún y cuando respetamos los argumentos de esta tesis, hay que admitir que los interrogantes surgidos han comprometido, en alguna medida, el mejor y más amplio desarrollo de esta figura en algunos países e, incluso, han demostrado una evidente violación de derechos, como trataremos de abordar en la presente tesis.

Apoyamos la autonomía de la voluntad y la libertad de celebrar contratos dentro y fuera de los tipos previstos, pero estos pueden desencadenar relaciones jurídicas que,

aunque buenas en sí mismas, podrían llegar a ser, en manos inescrupulosas, una fuente inagotable de violación de derecho, como el debido proceso y la jurisdicción.

Por lo tanto, indistintamente de la autonomía de la voluntad, existen principios rectores de toda justicia democrática que se deben respetar, como el debido proceso, máxime que en la mayoría de los casos el acreedor y deudor deben acoplarse a las condiciones que el contrato de garantía mobiliaria estipule por voluntad de las mismas.

Como se ha insistido a lo largo de la investigación, la ejecución de una garantía mobiliaria podría implicar numerosas situaciones antijurídicas en las que se ve asumido el acreedor, cuyas consecuencias estudiaremos a continuación.

Partiremos del supuesto del incumplimiento del deudor, piénsese que, ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, se procede a realizar la venta de los bienes, pero el acreedor se presenta alegando alguno de los supuestos válidos como excepciones oponibles en un proceso de ejecución pura, por ejemplo, la excepción de pago.

Por tanto, resulta de gran importancia hacernos la siguiente pregunta: ¿cómo debe proceder el acreedor ante tales casos?

En la legislación costarricense no se encuentra prevista esta situación, pero supongamos que hace caso omiso de dicha oposición y, en definitiva, lleva a cabo la venta

de los bienes, tal y como se estableció y acordó en el contrato de garantía mobiliaria, todo con el objeto de satisfacer sus fines por encima de los derechos del deudor, sea el interés del acreedor en que se le cancele lo adeudado, por tanto, ajustándose a lo estipulado en el contrato, alegando, además, el acreedor que cualquier reclamo por parte del deudor lo debería dirigir en la vía correspondiente y resolver entre ellos.

No obstante, ¿podría cuestionarse una eventual violación del principio del debido proceso en este supuesto, ya que se está viendo afectado en sus bienes sin derecho alguno a defenderse, aspecto que regula la Constitución Política costarricense?

Otra situación que podría surgir es que las partes previeran la situación anterior y otorguen al acreedor el poder suficiente como para avocarse a conocer de este, dando las bases para su decisión o que el deudor lo hiciera sin ningún problema.

No obstante, en este caso, estaría el acreedor conociendo una controversia que debería dirimir un órgano jurisdiccional y, con ello, violándose el principio de juez natural y, por ende, irrespetando la jurisdicción aceptada en la legislación correspondiente.

Cabe preguntarnos ¿qué sucede en la eventualidad de que, en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria, se disponga que, en caso de incumplimiento por parte del deudor, los bienes sean traspasados al acreedor o a un tercero con mejor oferta? Por lo estipulado

anteriormente, aunque no se encuentra ajustado a la definición de la garantía mobiliaria que ofrecimos, no hay impedimento expreso para que de tal forma se constituya.

Como última interrogante importante está con qué tipo de garantías ofrece la ejecución de una garantía mobiliaria, dado que se trata, en último término, de la venta de bienes que, en caso contrario, pasarían al acreedor o a un tercero con mejor oferta; qué requisitos debería tener la subasta de tales casos, máxime que, en algunas situaciones, estipulan la posibilidad de que los bienes sean traspasados al acreedor.

3.10. VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO

3.10.1. Violación al debido proceso

Este principio ha sido definido por Eduardo Couture de la siguiente manera: “Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción, a la igual protección ante la Ley”. (Couture, 1958)

Por tanto, nadie podrá ser privado de las garantías esenciales que la Constitución le otorga, mediante un simple procedimiento de venta, ni por un trámite administrativo cualquiera que prive derecho a defenderse y a acudir a la jurisdicción.

Se necesita, por tanto, no ya un procedimiento, sino un proceso, el cual no es fin sino un medio, pero es el medio insuperable de justicia misma. Privar de las garantías de la defensa de juicio equivale, virtualmente, a privar el derecho.

Al respecto reza el artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que haya recibido en su persona, propiedad o interese morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. (Constitución Política, 1949)

En ese sentido, la ley ha de amparar los derechos quebrantados en doble sentido: primero, mediante las normas que regulen y amparen el derecho de cada uno y, segundo, usando las normas procesales que funjan como los medios apropiados para tener acceso a la justicia.

En cuanto a este punto, creemos en la potestad que se pretende conceder al acreedor para ejecutar la venta del bien dado en garantía, pero que el acreedor no estaría legitimado para juzgar y decidir dicha controversia, ni siquiera a determinar si realmente hay o no incumplimiento.

Para resolver estos casos, debería establecerse un procedimiento judicial sumarísimo u otro semejante dentro de la jurisdicción autorizada en nuestra legislación, ya

sea de un ordinario o un arbitraje, previo a la subasta que el acreedor haga de los bienes dejados de satisfacer, ya que no se ajusta a nuestro sistema constitucional y se trata de una verdadera atribución jurisdiccional.

Algunos autores han puesto en tela de juicio la validez constitucional de las facultades que en estos contratos se confiere a la institución de garantía mobiliaria para proceder con la venta de los bienes, sin que medie un juicio previo en que el deudor haya sido oído y vencido o sin que haya, cuando menos, un mandamiento o autorización judicial que disponga la venta, pues se aduce que, en estos casos, la institución financiera actúa como juez y parte, constituyendo a la autoridad y violando la garantía de defensa en perjuicio del deudor.

No puede existir un régimen de libre contratación sin el sustento de la protección del orden jurídico para resolver los conflictos que resulten del ejercicio de esa libertad fundamental, velando por el incumplimiento de principios como el debido proceso; es decir, sin la garantía de acción legal para solucionar conflictos originados en la libre contratación, no puede haberla, pues es intrínseco al sistema democrático de la libertad el derecho a la tutela jurisdiccional para reparar perjuicios recibidos en su propiedad o intereses. Del mismo modo, si se eliminara la acción legal para resolver los conflictos en materia de derechos, evidentemente se dejaría sin sustento alguno el propio reconocimiento constitucional de esos derechos.

Finalmente, la Sala Constitucional ha dicho sobre el principio que:

El derecho a la jurisdicción-derechos de acción en el ámbito del Derecho Procesal- que es de carácter fundamental y que pertenece a todas las personas físicas y a las personas jurídicas, tanto en Derecho privado como a las de Derecho Público, se define como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la resolución de un conflicto de intereses; su contenido, definido por la más calificada doctrina del Derecho Constitucional, incluye los derechos de tener más amplia libertad y la garantía incondicional de acceso al proceso, a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; al absoluto respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento; al respeto a la firmeza de las decisiones judiciales y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas; y a la utilización de los recursos establecidos en la ley. (Voto, 1994)

No obstante, ratifica nuestra tesis, pues ese derecho de accionar lo utilizamos cuando descubrimos que el proceso de ejecución de la garantía mobiliaria nos causa un perjuicio, debido, entre otras cosas, a la falta del debido proceso, pero no significa que, por tener ese derecho de accionar, venga a reemplazar el debido proceso que debe contener todo proceso de ejecución o sancionatorio, como lo indica el doctor Gonzalo Monge (2010) al indicar: “Yo creo que, si no se especifican bien las condiciones, efectivamente podrían violarse normas relativas a las garantías constitucionales de debido proceso y acceso a la Justicia, en daño del deudor, pues podría resultar en un procedimiento abusivo”. (p. 45)

El proceso se encuentra constituido por una serie de actos ejecutados por las partes y el juez natural (juez ordinario o el árbitro), los cuales están sometidos a un orden de ejecución. Esto implica que la relación procesal se vuelve sujeta a principios que la unen y desarrollan sirviéndose de informadores de la organización, cuyo fin es dirimir las controversias de los particulares.

El debate procesal es ordenado y descansa en la igualdad de derechos para las partes. Los principios constituyen aquellos criterios que sirven de punto de partida para la constitución de los instrumentos de la función jurisdiccional.

Los principios del proceso son directrices que en él deben existir para ser un buen proceso. Son aspiraciones, con la advertencia de que es muy difícil, sino imposible, encontrar un proceso que reúna a cabalidad a todos ellos, pero cuando menos es posible pensar en un proceso en el que se manifiesten los más importantes.

Quizá el principio más arraigado en el Derecho Procesal sea el del debido proceso, como aquel en el que, siguiendo formalmente los trámites establecidos, se ponen en conocimiento de una parte la existencia de un proceso, se le otorga la garantía de oponerse, ofrecer y participar en la evacuación de la prueba requerida y se le concede el derecho de recurrir.

Este aspecto no se cumple al darle un simple plazo de 15 días al deudor para corregir la situación que el acreedor alegue que no está bien, sin garantía de nada, quedando únicamente a discreción del deudor si se corrigió o no la situación o que el acreedor acepte o no la propuesta, sin garantía de ningún tipo para el deudor.

El debido proceso es un superprincipio general que tiene diversas manifestaciones, pero en concreto se refiere al cumplimiento de un mínimo de derechos que garanticen el desarrollo del proceso en forma legal -de aquellas etapas irrenunciables-, que sea de efectivo conocimiento para el demandado y que se permita a las partes el acceso al proceso, sus audiencias, la prueba y las impugnaciones regladas. El principio en estudio, como sabemos, tiene su base en la Constitución Política, cuyo contenido mínimo es inviolable en cualquier proceso.

El debido proceso, siguiendo formalmente los trámites establecidos por ley anterior, pone en forma efectiva en conocimiento de una parte la existencia de un proceso, otorgándole la garantía de oponerse, ofrecer y participar en la evacuación de la prueba requerida, para demostrar su inocencia y con el derecho a recurrir, sin mayores limitaciones, la resolución que le cause agravio.

Todo esto se resume en el derecho a la audiencia -emplazamiento previo- a la defensa y garantías en el procedimiento, aspecto que definitivamente incumple la garantía mobiliaria. Consiste en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el

proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos.

De hecho, hoy se considera indispensable que los principios fundamentales del proceso, desarrollados por la doctrina del debido proceso legal, integren estrictamente el Derecho Positivo de todo Estado democrático, por lo que han sido incorporados a numerosas constituciones y convenios internacionales, como el llamado Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos, firmado en nuestra capital en 1968, que ha generado una importante jurisprudencia en el plano nacional e internacional.

El artículo 33 de la Constitución establece que todos son iguales ante la ley, principio que ha sido desarrollado por el artículo 98, inciso 1, del Código Procesal Civil, al indicar que “son deberes del juez: asegurar a las partes igualdad de tratamiento”. (Código Procesal Civil, 2016)

En la eventualidad de que se gire un plazo al deudor para que se corrija la situación, es una forma de irrespetar el derecho de oponerse. Esto, al evitar que el deudor aproveche el principio de contradicción, que es el derecho de oponerse y, por ende, una efectividad-principio que encontramos contenido en nuestra Constitución Política, artículo 39 y 41, lo cual se traduce en la igualdad de oportunidades de defensa de las partes.

3.10.2. VIOLACIÓN AL CONTRADICTORIO, DEFENDERSE Y SER OÍDO EN UN PROCESO

El principio de contradicción es el derecho a gozar la oportunidad procesal de contradecir los argumentos de la contraparte y obtener mediante el debido proceso una sentencia resuelta esta o no favorable.

El cabal ejercicio de dicho principio requiere citación y oportunidades de defensa, aspectos que definitivamente no se cumplen en la garantía mobiliaria, en la que no se le da el derecho al deudor, sino simplemente un plazo para que arregle la situación, pero no da espacio para demostrar si existe fundamento o no; únicamente se considera cierto lo que dice el acreedor y el deudor debe llegar a un acuerdo, pero no se le da ningún plazo para sus alegatos e, incluso, si así fuera, sería definitivo que no podría llevar el proceso.

Es prohibido juzgar a alguien sin ser oído y sin darle los medios de defensa en igualdad de oportunidades. Contempla el artículo 39 de la Constitución Política el derecho a la defensa y principio de inocencia o contradicción, principio de irretroactividad de las normas sancionatorias, según el cual “a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito, o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por las autoridades competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”. (Constitución Política, 1949)

Es claro que nadie puede ser condenado sin ser oído y comprobada su responsabilidad en juicio autorizado por la legislación vigente. Cualquier solución que imponga la condena, si el sujeto no ha sido previa y debidamente emplazado y no se le ha otorgado derecho a defenderse, con plazos razonables con aportación de prueba y de respeto al contradictorio en todo el proceso, es cualquier cosa menos un proceso y con mucha más razón el caso de ser juzgado por una persona no facultada legalmente por el acreedor.

Este principio deriva del debido proceso, tanto que muchas veces se confunden y asimilan. Creemos que el derecho a la defensa o contradicción es una parte de aquel, pero hay una relación de género a especie, donde el debido proceso es el género y el de defensa, la especie.

Por esta razón, es necesario que las partes, al firmar el contrato de garantía mobiliaria y los abogados, al elaborarlo, tengan conciencia de que, jurídicamente, el debido proceso es de vital importancia.

Si bien cuando se está en presencia de la prenda, la disposición de los bienes en garantía debe hacerse por medio de un proceso de ejecución pura, sea un ejecutivo prendario o no, según se trate, y encontrarse debidamente regulados en La Ley de Garantías Mobiliarias que nos rige y de manera muy acertada, previo a llevar a cabo a la venta o

subasta pública de los bienes que garantizan la obligación principal, ha de procederse de conformidad con las normas del debido proceso.

En cuanto al desarrollo del proceso, se les debe permitir a las partes intervenir libremente en el desarrollo del proceso, hacerse oír por la persona competente para ellos, o sea, el juez y no el acreedor, traer el proceso toda la prueba que considera oportuna en defensa de su tesis, contradecir los alegatos y pruebas de la contraria y combatir sus argumentos con pruebas de descargo.

Asimismo, la persona debe ser notificada previamente en cuanto a los señalamientos y contenidos para la evacuación de pruebas con antelación que la ley establece. Tiene el derecho/deber a una defensa técnica a través de un abogado cuando la parte no lo sea, formalidad de todos los escritores. Esta garantía conlleva los derechos a que su abogado apele o formule el recurso correspondiente.

En cuanto a la sentencia, debe fundarse y haber correlación entre lo pretendido, las pruebas y lo otorgado; en especial el subprincipio de congruencia, derivado del debido proceso. Todo, a fin de proveer a las partes y no solo al deudor, el cuidado de sus intereses.

En conclusión, definitivamente, no está conforme con nuestro sistema constitucional el hecho de que, ante una eventualidad de este tipo, se omita el derecho que le corresponde al deudor a defenderse o alegar lo que corresponda. No es suficiente con

otorgarle un plazo para contestar o llegar a un acuerdo con el acreedor, pues qué sucede si el deudor que la causal que manifiesta este no tiene base alguna, podría resolverlo el deudor respetando el debido proceso, asumiendo jurisdicción y, por ende, las potestades de juez natural definitivamente no le corresponden e, incluso, de hacerlo, podría velar por el respeto del debido proceso, máxime al saber que existe una controversia de tal índole.

De lo contrario, es nuestro criterio que se estaría violentado el debido proceso en la ejecución de la garantía mobiliaria, puesto que el debido proceso está siendo irrespetado por el acreedor, otorgándose a sí mismo potestades que no le corresponden, con el fin de satisfacer los intereses, por tratarse del fin de la ejecución de la garantía mobiliaria.

Además, es común la violación del debido proceso, aun y cuando haya sido acordado por las partes con anterioridad, pues se irrespeta el derecho de defensa, cuando se estipula la renuncia del deudor de controvertir cualquier circunstancia accesoria, de no haberse realizado el pago o con respecto al incumplimiento de cualquiera otra obligación.

Por el contrario, el deudor, en caso de incumplimiento e, incluso, de que no exista tal incumplimiento, no tiene durante el desarrollo del proceso de ejecución ninguna opción para retener en su patrimonio o, bien, evitar la ejecución de sus bienes, pues durante la ejecución de la garantía mobiliaria no se da el principio del debido proceso para defender sus derechos, sin perjuicio de que luego pueda utilizar su derecho de accionar y procure una reparación al daño causado; sin embargo, fuera del proceso de ejecución y conociendo

lo expedito de una ejecución por medio del proceso y la lentitud de nuestros tribunales, podría ser muy tarde.

Este aspecto se pudo haber evitado si se hubiera velado por el debido proceso desde el momento de ejecutar la garantía mobiliaria. Consideramos que produce una desigualdad de oportunidades de acción y defensa, al ubicar al deudor en una posición desventajosa con respecto al acreedor, el cual se encuentra habilitado para disponer sobre la ejecución de los bienes de la garantía.

La utilización de esta figura negocial no debe servir para burlar los principios que regulan el procedimiento en la ejecución normal de los bienes, ni para que el acreedor pueda apropiarse o disponer de los bienes dados en garantía sin un procedimiento previo.

Por tal razón, las partes pueden pactar (en ejercicio de la autonomía de la voluntad) cualquier tipo de garantía, en la medida de que no vulneren el orden público, la moral o los derechos de las partes o lesionen el derecho al debido proceso.

3.10.3. Violación al Principio de juez natural

El artículo 35 de la Constitución Política plasma el Principio de juez natural, juez regular o juez ordinario, que literalmente dice: “Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o

juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”. (Constitución Política, 1949)

Como contenido de este principio tenemos que se ha de tener el derecho a acceder a uno de los jueces creados conforme a la competencia que, para ello, la Constitución le asigna a la Asamblea Legislativa. En esto consiste el derecho a la jurisdicción, de conformidad con el artículo 8.1 del Pacto de San José:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con todas las garantías dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independientemente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones, de orden civil, laboral, fiscal y de cualquier otro carácter. (Convención Americana sobre Derechos Humanos. Declaración Universal de Derecho Humanos. Pacto de San José, 1994)

Se entiende por tal el derecho fundamental de toda persona a ser juzgada por el juez ordinario determinado previamente por la ley. Existe reserva legal absoluta para la creación de tribunal. El artículo 35 de la Constitución Política regula el concepto de juez natural, ordinario o legal, al prohibir la creación, sea legal o reglamentaria, de tribunales *ad-hoc* para un caso especial o persona determinada.

No obstante, es necesario analizar varios aspectos: primero, debemos retomar la situación apuntada, es decir, no se trata de que se constituya la garantía mobiliaria y, llegado el caso, el acreedor simplemente verifica la no satisfacción de la obligación para proceder a su venta. Este es solo un supuesto idea de esa garantía mobiliaria, sobre la cual contratan las partes esperando un resultado más expedito que la ejecución real, pero ello no quiere decir que vaya a suceder de la misma manera.

Por el contrario, supóngase que, al ejecutar la garantía mobiliaria, surge alguna controversia entre las partes, como podría ser que el deudor se oponga a la adjudicación de los bienes por parte del acreedor fundado en alguno de los aspectos válidos para que no se lleve a cabo, una excepción de pago, por ejemplo, una transacción o algún otro modo de extinción de la obligación.

Si la determinación de tales aspectos la efectúa directamente el acreedor, indiscutiblemente estaría llevando a cabo funciones jurisdiccionales. En este sentido interesa saber si se da una verdadera violación a este principio. Nótese que, como dijo, el deudor es parte de la garantía mobiliaria obligado ante el acreedor en cuanto a la realización de sus fines.

Además, si bien el ordenamiento jurídico permite la resolución de los conflictos de manera privada, lo es en razón de dar agilidad a la administración de justicia a que se lleve a cabo en sede privada, pero -en todo caso- debe privar la imparcialidad del órgano que

dirime el conflicto y el respeto al debido proceso, la jurisdicción y los derechos de las partes e, incluso, los aceptados son arbitraje, conciliación y otros, pero respetando en todo momento la regulación correspondiente.

Para resolver estos casos, debería establecerse un procedimiento judicial sumarísimo u otro semejante dentro de la jurisdicción autorizada en nuestra legislación. En el caso costarricense la vía ordinaria o un arbitraje, este último, previo a la ejecución de la garantía, no así en caso de que no exista controversia, previo, eso sí, a una notificación formal al deudor de la solicitud de ejecutar los bienes que realizó el acreedor, con el fin de que se acepte el cumplimiento, lleguen a un acuerdo o interpongan el proceso correspondiente para decidir cualquier controversia.

Es condición esencial de toda sociedad civilizada que su administración de justicia se halle a cargo de funcionarios públicos y no en poder de los propios interesados o involucrados en esta: el deudor y acreedor, pues estaríamos retrocediendo a épocas del derecho romano. Igualmente, no es propia de los particulares la función más general de declarar y realizar el derecho y es esta la que constituye, en sentido amplio, la jurisdicción llevada a cabo por el juez natural, ya sea ordinaria o el árbitro.

La jurisdicción no puede ser modificada por convenio de sujetos, ni renunciada la que fija la ley, salvo para el caso arbitral, por lo que siempre es de orden público. El proceso arbitral, que es una “renuncia” a la jurisdicción estatal, no puede considerarse como

excepción a la característica que hemos venido dando a la jurisdicción como función pública.

De este modo, la potestad de administrar justicia es función de uno de los órganos del estado y ella emerge de su soberanía. La jurisdicción es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente y es exclusiva, tanto en sentido de que los particulares no pueden ejercerla, porque cada Estado la aplica con presidencia y exclusión de los otros. Es claro que debe ser independiente frente a los órganos estatales y a los particulares.

Existe una jurisdicción especial, fuera de los jueces, que es la arbitral, establecida legal y constitucionalmente. Esta responde a una necesidad de los administradores de una justicia más expedita. Todo, basado en que no es propio de los particulares la que constituye en sentido amplio la jurisdicción, máxime que no puede existir un régimen de libre contratación sin el sustento de la protección del orden jurídico para resolver los conflictos que resulten del ejercicio de esa libertad básica.

En cuanto al desarrollo del proceso, se les debe permitir a las partes intervenir libremente en el desarrollo del proceso, hacerse oír por la persona competente para ellos, o sea, el juez y no el acreedor, traer al proceso toda la prueba que considere oportuna en defensa de su tesis, contradecir los alegatos y pruebas de la contraria y combatir sus argumentos con pruebas de descargo.

Asimismo, se tiene derecho/deber a una defensa técnica a través de un abogado, cuando la parte no lo sea, formalidad de todos los escritos. Esta garantía conlleva que su abogado apele o formule el recurso correspondiente. En cuanto a la sentencia, debe fundarse y haber correlación entre lo pretendido, las pruebas y lo otorgado; en especial el subprincipio de congruencia, derivado del debido proceso. Todo, a fin de proveer a las partes, y no solo al deudor, del cuidado de sus intereses. La labor jurisdiccional es única, monopoliza, de forma que no podría existir otro tipo manejado por el acreedor, solo la Constitución Política podría crear la jurisdicción arbitral u otra.

En conclusión, definitivamente no está conforme con nuestro sistema constitucional el hecho de que en, una eventualidad de este tipo, el acreedor se avoque el derecho de jurisdicción, al conocer una controversia de tal índole, máxime dada la naturaleza de la garantía mobiliaria, donde los criterios para determinar al deudor serán la confianza que en él se deposite, sumadas sus cualidades de administración, con base en las cuales el acreedor hará su elección, sin perjuicio de la imposición de un deudor de su elección, práctica común hoy.

De esta manera, en ambas posibilidades, el deudor ya no será completamente imparcial ante la relación, impidiéndole que pueda decidir en una forma más objetiva o, incluso, actuar como árbitro en una situación como la presentada, es decir, el deudor es una parte contractual de la constitución de la garantía, con una obligación implícita: procurar el fin convenido y que, en virtud de la garantía, se compromete a cumplir.

3.11. PROCEDIMIENTO RAC EN LA EJECUCIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA

En la época actual y con el desarrollo de nuevas e innovadoras formas de darle una solución efectiva a los conflictos de las partes, desde la década de los noventa en Costa Rica han tomado fuerza los procesos de resolución alterna de conflictos, procesos tanto autocompositivos como heterocompositivos. Estos procesos se han identificado como una forma más satisfactoria y efectiva de que las partes encuentren la solución a su propio conflicto y con ello se cumplen con los principios de celeridad y justicia pronta y cumplida de manera eficaz. Los procesos de conciliación y arbitraje son los preponderantes en este tema y se desarrollarán en las siguientes líneas. Si bien es cierto no se identifican como violaciones al debido proceso, su carencia dentro de la regulación de la ejecución de las garantías mobiliarias se identifica como un desmejoramiento en la calidad del proceso y de ahí que se proceda a su análisis en esta investigación.

3.11.1. Generalidades sobre el arbitraje

El Poder Judicial, en nuestro país, siempre se ha caracterizado por su independencia política y eficiencia. Sin embargo, en años recientes se ha puesto de manifiesto el descontento de los ciudadanos con el sistema de administración de justicia. La explicación

a estas circunstancias es lógica, pues la acumulación de casos ante los estrados judiciales ocasiona grandes demoras en la resolución de los conflictos.

Frente a los retos modernos y el aumento en los conflictos, el sistema de justicia estatal, ejercido por el Poder Judicial, es cada vez más engorroso y, por ende, lento, por lo que no es suficiente ni adecuado para resolver los conflictos que se presentan en la sociedad. Ello no implica necesariamente que el Poder Judicial no funcione adecuadamente, sino que el aumento e importancia de conflictos en una sociedad rebasa la solución adversaria a través del litigio.

Hay muchísimos conflictos que, por su naturaleza, cuantía, complejidad o, bien, su falta de ella, requieren de mecanismos distintos para su solución, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje; incluso, no debemos obviar la obligación que les incumbe a los abogados de informar a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a los métodos alternos de solución de conflictos.

El arbitraje es un proceso mediante el cual las partes someten su disputa ante un tribunal arbitral, el cual la resolverá de manera definitiva a través de una decisión o *laudo* de acatamiento obligatorio.

El arbitraje va de la mano con la oralidad, como una de las manifestaciones de la inmediación entre las partes y los árbitros, pues en ningún otro procedimiento como en este

se ha conservado con tanta fidelidad la audiencia en la exposición verbal libre y sin formalismos anacrónicos; es suficiente para exponer el caso precisar lo dentro de la llaneza con que las partes suelen hablar entre sí.

Esta manifestación técnica es un privilegio del arbitraje, porque ha podido existir sin el aparato de una burocracia que demanda documentos y acreditación de cada acto; todo puede ser oral: la prueba testimonial, la confesional, la pericial, los recursos en las audiencias, los alegatos de cuestiones formales y las conclusiones.

En el arbitraje, la comunicación es directa, lo que produce la inmediata adquisición de las pretensiones y los medios utilizados para confirmar su eficacia. La situación personal dentro del local elegido como sede del arbitraje propicia la instantánea percepción de intenciones y el rápido conocimiento de la voluntad de las partes; además, facilita interrogatorios, aclaraciones, revisiones de cosas, documentos y sirve como el mejor de los marcos para que las partes presenten conclusiones y los árbitros valores los elementos y los razonamientos que les son expuestos.

Por su parte, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727, del 9 de diciembre de 1997, regula de manera detallada su aplicación. Dicha ley establece que toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

La nueva Ley de Arbitraje reduce acertadamente en forma sustancial la innecesaria participación del juez ordinario en su fase procedimental. En efecto, en la normativa deroga toda la función del juez, desde homologar el compromiso, notificar el compromiso, juramentar los árbitros, constatar y dar garantía del depósito de honorarios y costas, hasta entregar el expediente, conocer de la recusación de los árbitros, auxiliares en evacuación de pruebas, otorgar medidas cautelares, conocer del recurso de nulidad contra el laudo y ejecutarlos y, finalmente, hasta podía ser árbitro, sin limitación de tiempo para laudar.

Al arbitraje se le confiere una jurisdicción propia para la resolución de ciertos conflictos. Si de esto se trata, la potestad de decisión generada en esa sede extraña el carácter definitivo de los pronunciamientos emitidos. De no ser así, se lesionaría seriamente el principio de seguridad jurídica.

Sin lugar a dudas, la institución del arbitraje asume función jurisdiccional, para que esta pueda darse eficazmente, las decisiones inherentes a la potestad paralelamente otorgada revisten dos características fundamentales: inmutabilidad y carácter definitivo absoluto. A esta particularidad de la función jurisdiccional, se le ha denominado en doctrina “cosa juzgada”. En virtud de ella, lo resuelto, como emanación de la ley (manifestación de la voluntad general), es definitivo e inmutable para el caso concreto. Esto, como decíamos, es básico para la certeza y la seguridad jurídica. La función esencial del árbitro, dentro de

su esfera de competencia -al igual que el juez, dentro de la suya- es plasmar la justicia a través de sus laudos.

El requerimiento arbitral es, de ser necesario, la siguiente etapa de la existencia de una cláusula arbitral, la exteriorización cuando se produce el surgimiento del conflicto previsto en ésta. Es el documento público o privado donde las partes ya en conflicto concretan la solicitud para iniciar o someterse a un arbitraje, es el inicio de este fenómeno procesal de origen contractual.

El requerimiento arbitral o anuncio del futuro arbitraje supone, entonces, la existencia actual del conflicto, ya no la simple posibilidad que las partes previeran en la cláusula-situación preexistente-; como acto jurídico, es más amplio y específico que la cláusula arbitral, pues en él se incluyen, entre otros, las cuestiones que se desean someter a la decisión de los árbitros, el nombre y las calidades de las partes, propuesta de árbitros, referencia al contrato base y demás requisitos establecidos en la ley.

El arbitraje nace a la vida en el proceso con el requerimiento, pues a diferencia de la cláusula arbitral (compromisoria), que es una simple expectativa que puede o no seguir, el requerimiento ya es una manifestación expresa de las cuestiones surgidas y, junto con la aceptación de cargos por parte de los árbitros, es el presupuesto esencial de este tipo de proceso y no requiere la anuencia de la otra parte.

La cláusula arbitral no es presupuesta para la existencia y el nacimiento del requerimiento, pues este último puede nacer de una imposición legal -caso de arbitraje forzoso- o de un acuerdo espontáneo entre las partes -contractual o extracontractual-, aun cuando no exista cláusula arbitral. Por este motivo, el artículo 3 de la Ley RAC permite la celebración del arbitraje, aun existiendo proceso jurisdiccional pendiente.

De manera muy acertada, el artículo 39 enuncia una serie de principios constitucionales y procesales bajo los cuales se rige el arbitraje, sancionando con nulidad el laudo dictado en un proceso que viole tales principios, de manera especial el del debido proceso.

En el procedimiento arbitral, tenemos que el debido proceso se basa en cuatro subprincipios de carácter irrenunciable, a saber: i) audiencia o emplazamiento previo -denominado también principio de bilateralidad-, no solo de la demanda inicial, sino de las pruebas y alegatos de la contraria; ii) contradicción, para rebatir los argumentos de la parte contraria mediante la contestación, reconvención y replica; iii) aportar libremente la prueba, rebatir, controlar y contradecir la prueba de la contraparte; iv) igualdad de las partes, que se traduce en la igualdad de trato durante la tramitación, las alegaciones, las pruebas, en la decisión y en la concesión de plazos comunes para que puedan ejercer su defensa y recursos.

Los artículos 39 y 21 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley RAC, 1997) permiten a las partes o centro arbitral fijar libremente las reglas de procedimiento, someterse a las de un centro arbitral determinado o adoptar reglas o procedimientos existentes sobre arbitraje, utilizadas por entidades dedicadas a la administración de esos procesos, tanto nacionales como internacionales, así como a reglas sobre leyes modelo publicadas por entidades u organismos nacionales e internacionales. Sin embargo, por más informal y libre que sea o parezca el procedimiento por ellas previstas o elegido, la esencialidad del debido proceso impide su violación, lo cual haría incompatible la función arbitral con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que también debe resguardar.

3.11.2. Ventajas al utilizar el arbitraje

Cabe mencionar que, en la mayoría de los procesos, nuestra legislación contiene muchas pautas que realmente no hacen funcionar o dar un rumbo al proceso, caso contrario en el proceso arbitral, donde se eliminan todas esas etapas anacrónicas e inoperantes que solo conllevan al atraso en los procedimientos, reconsiderando la ley el principio de informalidad.

Todas estas etapas se deben desarrollar en un plazo máximo que la ley no ha fijado, pero que las partes pueden, de común acuerdo, fijar y ampliar. Sí debemos observar algunas deficiencias en la ley que perjudican la informalidad, la concentración y conciliación del

arbitraje: a) plazos excesivos en el nombramiento de los árbitros y los de discordia; b) falta de reglas claras sobre las notificaciones; c) innecesario trámite del aviso o advertencia de arbitraje, una especie de dualidad de demanda que luego se complete o inicia procesalmente con la demanda arbitral; d) repetición innecesaria sobre aspectos reclamados y pretensiones; e) ilimitada y discutible posibilidad de deducir o ampliar pretensiones en cualquier momento, y f) deducción de conclusiones en forma escritura, etc.

No obstante, debemos tener presente que la patrimonialidad es un requisito esencial que debe cumplir el conflicto, a efecto de que se procure su solución a través de la mediación, requisito que, en muchas ocasiones, las partes, ya sea por desconocimiento o por una mala asesoría, han omitido tomar en cuenta. Al calificar el conflicto como patrimonial, la idea es que el objeto de dicho conflicto, el objeto de la controversia, sea susceptible de valoración patrimonial y, por ende, económica.

De muy manera acertada, la Ley RAC, en su artículo 39, enuncia una serie de principios constitucionales y procesales bajo los cuales se rige el proceso arbitral, sancionado con nulidad el laudo dictado en un proceso que viole tales principios -en especial, el del debido proceso-. Luego, otras normas desarrollan, en concreto, manifestaciones de tales principios. (Artavia, 2000)

El debido proceso es un superprincipio general que tiene diversas manifestaciones, pero en concreto se refiere al cumplimiento de un mínimo de derechos que garanticen el

desarrollo proceso en forma legal -de aquellas etapas irrenunciables-, que sea de efectivo conocimiento para el demandado y que se permitan a las partes el acceso al proceso, el expediente, sus audiencias, las pruebas y las impugnaciones regladas. El principio en estudio, como sabemos, tiene su base en la Constitución Política y convenciones internacionales y constituye uno de los derechos subjetivos, cuyo contenido mínimo es inviolable en cualquier ámbito jurisdiccional.

El proceso arbitral se ha convertido en una de las mejores resoluciones de conflictos, esto, debido a que nos brindan ciertas características de las cuales estudiaremos a continuación:

1. **Seguridad jurídica:** el artículo 58 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social establece que el laudo será definitivo, vinculante para las partes e inapelable.
2. **Rapidez:** los procesos judiciales tienen una duración promedio de cinco años. En contraposición, el arbitral, tal y como lo regula el Reglamento de Arbitraje del Centro de la Cámara de Comercio, tiene una duración no mayor de 155 días hábiles a partir de la notificación de la demanda.
3. **Confidencialidad:** en el arbitraje se encuentran presentes las partes, sus abogados, el tribunal y personal administrativo del Centro, todos los cuales tienen la

obligación de guardar, en la más estricta confidencialidad, lo que sucede en el proceso.

4. **Especialidad:** las partes pueden designar como árbitros a personas especialistas en la materia de conflicto. Estos expertos analizarán palabra por palabra sus documentos, con conocimiento preciso de los aspectos técnicos y jurídicos de su conflicto. Usted puede consultar la lista de especialidad en la sección correspondiente.
5. **Economía:** la rapidez con la que se tramita el proceso arbitral conlleva un ahorro importante de su tiempo y dinero. Además, usted podrá aprovechar las oportunidades comerciales que se le presentan, pues no tendrán durante largos años asuntos pendientes ante los tribunales.

3.11.3. Formas de acudir al proceso arbitral

Para resolver una controversia mediante el proceso arbitral, es necesario que las partes hayan acordado previamente y, por escrito, someter su disputa a esta vía. Este convenio entre las partes se conoce como acuerdo arbitral y puede contemplar la resolución de controversias presentes, futuras e, incluso, aquellas que se encuentren presentadas en los tribunales comunes. En razón de lo anterior, existen dos momentos en los cuales las partes pueden tomar esta decisión.

En primer momento, este acuerdo se da cuando las partes, al firmar un contrato y como parte de él, incluyen una cláusula en la cual acuerdan que toda futura controversia que pueda originarse como consecuencia de este será resuelta mediante un proceso arbitral. Esta es conocida como “cláusula arbitral”.

Se han desarrollado cláusulas arbitrales modelo que son de gran utilidad. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, para comodidad de sus usuarios, ha redactado que todas las controversias o diferencias que pudieran relacionarse con o derivarse de este contrato, de su ejecución, liquidación o interpretación, se resolverá por la vía arbitral, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional.

El Tribunal Arbitral estará compuesto por uno o tres miembros y decidirá en derecho o equidad. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica es la institución encargada de administrar el proceso arbitral.

Para tomar una decisión con respecto al número de árbitros, es importante considerar la cuantía del negocio y su complejidad. La Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley No. 7727, 1997), en su artículo 24, establece

que, ante falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal se compondrá de manera automática por tres árbitros.

Por otra parte, es importante establecer si el arbitraje será de derecho o de equidad. Los tipos de arbitraje se describen a continuación:

- **Arbitraje de derecho:** en este tipo, el tribunal resuelve la disputa en estricto apego a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Debido a lo anterior, los árbitros necesariamente deberán de ser abogados, con al menos cinco años de haber sido incorporados al Colegio de Abogados.
- **Arbitraje de equidad:** los árbitros resuelven fundamentado sus laudos en criterios valorativos, principios de equidad, prácticas o usos comunes de la actividad y en el sentido común producto de la experiencia.

El segundo momento se da cuando las partes, frente a un conflicto específico, deciden que este sea resuelto por esa vía. Para ello, se redacta un contrato denominado “compromiso arbitral”, en el cual se debe describir la disputa que las partes desean se resuelva mediante el proceso arbitral, las reglas procedimentales que regirán el arbitraje, su tipo, el número de árbitros y otros detalles que las partes deseen estipular.

Como resultado del análisis que hemos realizado de distintos procesos que se podrían aplicar, es definitivo que el arbitraje es el seleccionado, por todas las características

que protegen principios constitucionales indispensables, como el debido proceso; no obstante, la principal característica es la agilidad que presenta y que combinaría de gran forma con la de la garantía mobiliaria.

3.12. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Con excepción expresa de la solicitud y trámite del desalojo de los bienes de la garantía mobiliaria y la ejecución de los títulos de crédito, donde consten las obligaciones crediticias mediante la vía judicial correspondiente, todas las controversias, diferencias, disputas o reclamos que pudieran derivarse del contrato o del negocio y la materia a que este se refiere, su ejecución, incumplimiento, liquidación, interpretación o validez, serán sometidos en primera instancia a conciliación de conformidad con los reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las partes se someten en forma voluntaria e incondicional.

Las audiencias de conciliación se llevarán a cabo en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, en San José, República de Costa Rica, y serán dirigidas por un conciliador designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

En caso de que la controversia no sea resuelta al cabo de tres sesiones de conciliación o en el evento de que se queden aspectos sin resolver dentro del proceso

conciliatorio, el conflicto se resolverá por medio de arbitraje de derecho, de conformidad con los reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las partes se someten en forma voluntaria e incondicional. El conflicto se dilucidará de acuerdo con la legislación costarricense.

El lugar de arbitraje será el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica y será resuelto por un tribunal arbitral conformado por tres árbitros, los cuales serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

El laudo arbitral se dictará por escrito, será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo recurso de revisión o nulidad. Una vez que el laudo se haya dictado y adquirido firmeza, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora. Quien funja como conciliador no podrá integrar el tribunal arbitral en el mismo asunto. Los procesos y su contenido serán absolutamente confidenciales y el laudo deberá condenar al pago de las costas personales y procesales de la parte perdedora, incluidos los honorarios profesionales de asesores legales.

Con dicha cláusula, nos aseguramos el debido proceso y demás principios relacionados y, lo mejor, no desvirtúa la agilidad de la garantía mobiliaria, empero, en nada perjudicaría nombrar a otro centro especializado en arbitraje.

Una vez terminado el presente estudio de la garantía mobiliaria, se ha logrado generar un conocimiento más amplio de esta figura y las facultades de cada una de las partes, los fines y sus formalidades cuando así lo requiera la ley, sin obviar la efectiva violación de derecho en la ejecución de la Garantía Mobiliaria.

Los avances han sido notorios y se podría sostener que en la actualidad existen en América Latina instituciones legislativas suficientemente elaboradas, como para permitir un futuro el desarrollo de este negocio jurídico que, en su forma original, tan alta importancia ha alcanzado en los países anglosajones.

Con respecto a los interrogantes de si la garantía mobiliaria es un acto o un contrato, sostenemos que su naturaleza jurídica viene dada por el contrato, ya que su existencia está condicionada a la celebración de este; además de ser consensual, por cuanto requiere, para su nacimiento, el acuerdo expreso de las partes intervinientes, por lo menos del garante acreedor.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

4.1 ANÁLISIS DE RESPUESTAS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS

Se aplicó un tipo de recolección específica de información: dos encuestas diferentes. La primera fue dirigida a particulares, la segunda, a abogados y abogadas debidamente incorporados al colegio correspondiente; los resultados de estas encuestas se reflejan a continuación:

4.1.1. Resultados de la encuesta realizada a los usuarios de garantías mobiliarias

Se recogió información mediante a una encuesta aplicada a 39 usuarios, con edades entre los 18 y los 45 años, logrando determinar lo siguiente:

1. En la primera pregunta, al indicar si conocen la posibilidad de acudir a los procedimientos judiciales en cualquier momento, el 84,6 % de la población indicó la posibilidad que les brinda el derecho, por constitución; el resto son personas de bajos recursos, por lo cual no saben cómo acudir a dichos procesos.
2. La segunda pregunta se refiere al conocimiento de las personas sobre el “debido proceso”, la respuesta que predominó en más de la mitad de la población a la cual se le

realizó la encuesta fue que sí lo conocen, sin embargo, consideran que no se cumple en todas las ocasiones.

3. En la tercera pregunta, se consultó a los usuarios si conocían la garantía mobiliaria. La constante que se presentó fue que no se conoce el término (56,4 %) o se cuenta con una leve confusión. El restante tiene un leve conocimiento de dicha definición.
4. En la cuarta pregunta, se les consultó si consideran que los procesos judiciales son excesivamente lentos, ante lo que contestaron que sí.
5. En la quinta pregunta, se consultó a los encuestados si conocen la ejecución de garantía mobiliaria, la respuesta más común fue: “No, debido que como no cuentan con la definición exacta de garantía mobiliaria, carecen de conocimiento de la ejecución”.
6. En la sexta pregunta de la encuesta se consultó si han sido violentados sus derechos en los procesos judiciales; en este caso, un porcentaje alto entre los encuestados respondió de manera afirmativa, indicando que sí han sido violentados sus derechos, nueve de ellos afirmaron que no. Sin embargo, señalaron que a alguno de sus familiares o amigos sí se les violentó su derecho en los procesos judiciales y 14 indicaron que no, puesto que no han tenido ningún inconveniente que los llevara a las instancias judiciales.

7. En la séptima pregunta, se consultó a los encuestados si conocen el arbitraje y la conciliación, siendo que un porcentaje alto indicó que no los conocen y una minoría indicó su conocimiento; sin embargo, no conocen su procedimiento o, bien, los establecimientos a los cuales acudir.
8. En la pregunta octava de la encuesta, se preguntó si acudirían a los procesos judiciales aun habiendo mecanismos de resolución alterna de conflictos, indicaron que: “No, puesto que ven más factible cualquier otro proceso fuera de la vía judicial”.
9. En la novena pregunta, se les consultó a los encuestados si consideran necesario reformar la tramitología en los procesos judiciales, siendo su respuesta al 100% afirmativa, puesto que consideran que los abusos y los grandes beneficios con que cuentan los mismos funcionarios no son factibles para dirimir los conflictos, además de que no cuentan con la suficiente aplicación de normas ni con conocimientos adecuados.

Realizando el análisis necesario de las respuestas a la encuesta efectuada, se ha determinado que las personas tienen una noción general del significado de la garantía, sin embargo, sobre su ejecución, tienden a confundir estos dos términos. Ello se les dificulta al realizar o acudir a los procedimientos establecidos, saben que pueden ir a los tribunales de justicia costarricenses, en caso de que se vean violentados sus derechos, pero no todos acudirían a esta instancia para hacerlos valer.

Considera la mayor parte de los encuestados que no todas las personas acudirían a instancias judiciales para hacer valer sus derechos; con esto dejan ver que las personas se sienten acuerpadas y respaldadas con la creación de una ley específica, sabiendo que en cualquier momento la pueden utilizar a su favor.

Se podría determinar de igual forma, con los resultados de la encuesta realizada, que la mayor parte de las personas no han tenido una afectación a su patrimonio mobiliario que amerite acudir a los tribunales de justicia costarricenses, pero entra la interrogante de ¿será que el pueblo costarricense se está volviendo permisivo en cuanto a seguir trámites de créditos mobiliarios sin necesidad de que su patrimonio sea ejecutado por parte del acreedor?

Esto, debido a que día a día se presentan casos, donde se afecta de manera directa el patrimonio de una persona el cual se deja llevar a una ejecución del mismo, despojándolo de su propiedad; por este motivo, resulta difícil creer que alguna persona no se haya enfrascado en una discusión o se haya sentido afectado por una restricción a su patrimonio.

4.1.2. Resultados de la encuesta realizada a los abogados y las abogadas incorporadas al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, sobre el tema de garantías mobiliarias

Se recogió información mediante una aplicada a tres abogados, los cuales cuentan con entre 10 y 20 años de ejercer la profesión. Se trata de los licenciados Douglas Soto Campos, socio y abogado de la firma Zourche Odio & Raven; Roberto Bolaños Fonseca, socio y abogado de la firma Vector Legal, y Arturo Barzuna Lacayo, socio y abogado de la firma Lara López Matamoros Rodríguez & Tinoco. Se logró determinar lo siguiente.

1. En la pregunta donde se indica si conocen el término de la garantía mobiliaria, la mayoría contesta de forma afirmativa, esto debido a que son profesionales en la materia el cual tienen un amplio conocimiento no solo del termino de la garantía mobiliaria, sino a su vez de la ejecución de la garantía mobiliaria.
2. La pregunta que hace referencia al conocimiento de una ley especifica que tipifique la ejecución de la garantía mobiliaria, contestan afirmativo, siendo la respuesta la Ley de Garantía Mobiliarias (Ley 9246).
3. En la tercera pregunta se le realiza a los encuestados sobre el conocimiento de los procedimientos para una ejecución de garantía mobiliaria, el cual la respuesta de estos fue indicando las dos maneras de ejecutar dicha garantía, siendo la forma judicial y la forma extrajudicial.
4. La cuarta pregunta se les consulto si han llevado algún proceso de ejecución de garantía mobiliaria, contestando solo 1 de los encuestados afirmativo, los otros 2 se contestaron negativamente justificando que aún sabiendo el procedimiento por el tipo de materia en las cuales se enfocan profesionalmente no han tenido la oportunidad de llevar un proceso ni judicial ni extrajudicial.

5. La pregunta quinta se les consulto si consideraban que existe una violación al debido proceso en la ejecución de garantía mobiliaria, siendo el 100% de la respuesta negativa, puesto que justifican que la misma Sala Constitucional había determinado antes de la aprobación de la ley de Garantía Mobiliaria, que no existía ningún tipo de violación constitucional a dicho proceso.
6. Siendo la la última pregunta consultada, que si consideran que el deudor garante cuenta con una indefensión indican que no, tanto en sede judicial como en sede extrajudicial cuentan con los suficientes mecanismos el cual les garantiza su debido proceso en la ejecución de la garantía.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

5.1. CONCLUSIONES

En virtud de la presente investigación, se adquirió una serie de conocimientos valiosos para brindar un criterio claro sobre el tema abordado.

5.1.1. Con referencia a los objetivos específicos

1. En cuanto al primer objetivo específico en el que se indica: **“Investigar la garantía mobiliaria en Costa Rica y su proceso de ejecución.”**.

Se logra determinar que, si bien el modelo de la garantía mobiliaria se basó directamente en las ejecuciones de otra índole, por ejemplo, las ejecuciones en las garantías hipotecarias, el fideicomiso de garantía o, bien, en prendas con o sin desplazamiento, gran parte de las ejecuciones aparenta un debido proceso en relación con los procedimientos que la misma legislación costarricense dicta, con fundamento en el acuerdo entre ambas partes y el principio de autonomía de la voluntad. Este procedimiento está establecido sobre la protección de los intereses del acreedor exclusivamente y al no brindar garantías procesales violatorias al principio constitucional del debido proceso al cerrar la posibilidad del contradictorio y juez natural cuando los deudores se vean sometidos a la ejecución de su patrimonio, en el caso específico, en la garantía mobiliaria.

2. Con referencia al segundo objetivo específico, en el que se indica: **“Establecer los alcances del debido proceso dentro de la ejecución de la garantía”**.

Se logra interpretar que una de las mayorías violaciones que existe en el debido proceso de la ejecución de la garantía, es la venta de los bienes que pone a disposición el acreedor en ausencia de un juez, siendo el acreedor, un sujeto del proceso que no está legitimado para desarrollar y decidir dicha controversia, ni mucho menos podemos establecer que el acreedor está legitimado para indicar si existe o no un incumplimiento en la obligación por parte del deudor, causando así una superioridad en el proceso por parte del acreedor hacia el deudor.

Se logró determinar en la presente investigación que existe una indefensión por parte del acreedor hacia el deudor en los procesos de notificación de la ejecución de la garantía al deudor. La violación radica en que se faculta al acreedor a realizar la notificación con base en el artículo 25 convirtiéndose este como juez y parte del proceso.

Otra de las principales violaciones que se puede mencionar en el proceso de ejecución de garantía mobiliaria, hace referencia al principio de juez natural, esto suponiendo que exista una oposición en la adjudicación de los bienes y tales aspectos los efectuó el acreedor, estaríamos ante juez y parte por parte del acreedor garante, siendo este una violación al artículo constitucional del principio del juez natural, debido a que el acreedor estaría llevando funciones jurisdiccionales que no le competen y que no fueron atribuidos por un tribunal competente.

3. En lo relativo al tercer objetivo específico, en el que se indica: **“Determinar el grado de cumplimiento del principio del debido proceso en el proceso de ejecución”**.

Par poder determinar le grado de cumplimiento debemos de hacer una referencia en los procedimientos judiciales y extrajudiciales. Por su parte dentro del procedimiento judicial, la notificación sobre el proceso de ejecución de la garantía mobiliaria, la realiza un juez imparcial, dentro de las formalidades y formas establecidas por los procedimientos establecidos en la ley de notificaciones judiciales, causando esto, que el deudor se garantice la oportunidad de poder realizar su oposición en tiempo y en forma sobre lo indicado por parte del acreedor; caso contrario en la ejecución extrajudicial, que la realiza el acreedor garante, tomando posición de juez y parte, lo cual la imparcialidad que abioslutoamente nulo en el proceso y causando así una indefensión por parte del acreedor hacia el deudor.

Hacemos referencia a la imparcialidad que existe entre el proceso judicial y extrajudicial; siendo la primera una parte en la cual toma el control del proceso, dirige el mismo y establece una solución para dirimir el conflicto, siendo en este caso, la mejor forma de poder ejecutar la garantía mobiliaria, y tomando como referencia que el principal objetivo de los proceso judiciales es buscar la verdad absoluto de manera parcial y legitima bajo los parámetros de la legislación correspondiente; lo cual genera una gran duda cuando

alguna de las partes toma la posición de este “juez director”, no obstante, anulando la parcialidad del proceso, y generando aún así una confusión sobre la protección de los interés propios y la protección de los interés del proceso judicial.

5.1.2. Conclusiones generales

- Al realizar el estudio necesario en esta investigación, se concluye que, efectivamente, a nivel nacional, es escasa la jurisprudencia en las ejecuciones de las garantías mobiliarias y su uso por cuanto las partes involucradas no acuden a vía judicial.
- Es importante informar al deudor adecuadamente, indicándole que puede acudir a instancias judiciales a defender sus derechos, cuando se vea violentado por una eventual ejecución de su patrimonio por parte del acreedor e incentivar a las personas para que utilicen los medios de justicia, aunque se llegue a una eventual conciliación.
- Incluir una etapa procesal de conciliación y/o arbitraje en la etapa de ejecución, con el fin de que este tipo de sistemas sean los que obligatoriamente se realicen previo a iniciar la ejecución de la garantía, esta medida se estima más satisfactoria para los intereses de las partes y eventualmente evita la litigiosidad.

- El proceso de ejecución de la garantía mobiliaria es desconocida para abogados y público en general y, como bien se analizó, las personas no acuden ante los tribunales de justicia por desconocimiento acerca de los derechos que los cubren y los abogados claramente no presentan procesos de esta índole, porque las personas no acuden ante ellos para hacer valer sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

- Abel, V. C. (2017). *Garantía Mobiliaria Cambio de Paradigma*. Arazandi.
- Aníbal Etcheverry, Raúl. (1991). *Derecho Comercial y Económico, Contratos Parte Especial 1*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Aníbal Etcheverry Raúl. (1991). *Derecho Comercial y Económico, Contratos Parte Especial 2*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Árraga Penido, Mario. (2004). La garantía mobiliaria. Recuperado de:
http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040033-arraga_penido-garantia_mobiliaria.htm
- Artavia, S. (2000). *El Arbitraje en el Derecho Costarricense*. San José, Costa Rica: Jurídica Dupas.
- Asamblea Legislativa. (1949). *Constitución Política*. Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Asamblea Legislativa. (2010). *Ley de Garantías Mobiliarias, Ley 9246*. San José.
- Asamblea Legislativa. (1997). *Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*. San José, Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (2013). *Ley de Garantías Mobiliarias*. San José.
- Asamblea Legislativa. (2014). *Ley de Garantía Mobiliaria*. San José.
- Asamblea Legislativa. (2016). *Código Procesal Civil*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Barbon, N. (1690). *A Discourse of Trade*. Marxist Internet Archive. Obtenido de
<http://www.marxists.org/reference/subject/economics/barbon/trade.htm>. F

- Beliño, H. T. (2011). *Ejecucion de Garantía Mobiliaria*. Tamayo.
- Beliño, H. T. (2011). *Ejecucion de Garantías Mobiliarias*.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Declaración Universal de Derecho Humanos. Pacto de San José*. (4ª ed.). San José.
- CNUDMI. (2017). *Ley Modelo Interamericana de la sobre Garantía Mobiliarias*. Estados Unidos.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Roque Dipalma.
- Dávalos Mejía, Luis Carlos. (1984). *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. México: El Manto de Iztapalapa, Fresno No. 7.
- Echeverría, D. (2014). *Garantía Mobiliaria*. Bogotá: Editorial X.
- Gabrielli, C. d. (2008). *El nuevo Derecho de las Garantías Reales Mobiliarias*. Temis S.A.
- Galindo Aragoncillo, A. Y. (2014). *El Pacto Comisorio en el Actual Marco de los Derechos de Garantía Revista Diario*.
- Grupo del Banco Mundial / Corporación Financiera Internacional. (2014). *Diagnóstico: Sistema de Garantías Mobiliarias*. República de Chile. Recuperado de: http://www.agendaproductividad.cl/wp-content/uploads/2014/10/Chile-Diagnostic_Version_07-04-2015-1.pdf
- Hernández, R. S. (2014). *Metodología de la Investigación, Sexta Edición*. (Sexta ed.). México: Interamericana Editores S.A. De C.V.

- J., Z. W. (2004). *Security Rights in Movable Property In European Private Law*. Eva-Maria Kieninger.
- Mejorada Chauca, Martín. (2000). *Revista La Ejecución de Garantías Mobiliarias y el Pacto Comisitorio: Comparación de los Sistemas Peruano y Norteamericano*. Perú.
- Montero Piña, F. (1999). *Obligaciones*. San Jose, Costa Rica: Premiá Editores.
- Phillipson, D. E. (1967-1968). “*Development of the Roman law of Debt Security*” (Vol. 20).
- Sáenz Montero, Manfred. (2016). *El Fideicomiso mercantil como garantía de créditos en general*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia. (20 de julio, 1994). *Voto 3625*. San José.
- Thomas, J. A. (1976). *Textbook of Roman Law*. Holanda: NorthHolland Publishing Company.
- Vásquez Rodríguez, Á. H. (2016). *Garantías Mobiliarias*. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- Vásquez Rodríguez, Alejandro; Hernández Aguilar, Álvaro; Tarabal Bosch Jaume. (2016). *Garantía Mobiliaria*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

ANEXOS

ENCUESTA DE USUARIOS SOBRE GARANTÍA MOBILIARIA

La presente encuesta va a ser agregada y analizada para el trabajo de graduación del estudiante de la Universidad Hispanoamericana, Michael Alonso Villalobos Montero, principalmente se basa en determinar el conocimiento referente a los procesos judiciales en Costa Rica, así como los términos de proceso y garantías mobiliarias, publicaciones y un parámetro subjetivo acerca de lo que podría generar conflictos por eventuales violaciones al debido proceso, en el nivel populista. Se estudiarán los mecanismos por utilizar antes de generar un litigio en los diferentes juzgados del país.

Se trata de determinar, por medio de usuarios de estos mecanismos, el conocimiento con respecto a las capacidades legales que poseen al hacer uso de ellas, además de qué tan violentado siente sus derechos, cuando su patrimonio es perjudicado, sea de forma total o parcial. Asimismo, se hará un estudio relevante sobre el conocimiento de los procesos extrajudiciales, con el fin de dar por terminado el litigio.

Este cuestionario tiene como fechas de medición los últimos 10 años y hasta la actualidad.

1. Edad
2. Sexo

3. ¿Sabe usted que puede acudir a los procesos judiciales en cualquier momento?
4. ¿Sabe acerca del "debido proceso"?
5. ¿Tiene usted conocimiento relacionado con la "garantía mobiliaria"?
6. ¿Considera que los procesos judiciales en Costa Rica son excesivamente lentos?
7. ¿Conoce el término "ejecución de garantía"?
8. ¿Se ha visto violentado alguno de sus derechos en un proceso judicial?
9. ¿Conoce el arbitraje y la conciliación?
10. ¿Acudiría a un proceso judicial para resolver los conflictos, aun cuando exista mecanismo de resolución alterna de conflictos, como la conciliación?
11. ¿Considera necesaria una reforma en la tramitología de los procesos judiciales en Costa Rica?

ABOGADOS – PROCESOS DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

La presente encuesta va a ser agregada y estudiada para el trabajo de graduación del estudiante de la Universidad Hispanoamericana, Michael Alonso Villalobos Montero, principalmente se basa en determinar el conocimiento general de los abogados en el tema del debido proceso en la garantía mobiliaria; además, determinar en forma muy amplia la cantidad de casos que se han llevado en los diferentes despachos de abogados y qué tan común es este tipo de procesos en sede judicial.

Se trata de determinar, por medio de especialistas, la necesidad ya sea de una ley especial o de reformar los códigos actuales en la legislación costarricense.

Douglas Soto Campos:

1. ¿Cómo definiría usted el término "garantía mobiliaria"? Explique.

Una garantía mobiliaria es un derecho real y preferente que tiene un acreedor sobre los bienes muebles que se dan en garantía de cumplimiento de una obligación. Cuando a la garantía mobiliaria se le dé publicidad registral, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes dados en garantía o con la dación en pago de los bienes dados en garantía, en caso de que así lo acepte el acreedor.

2. ¿Sabe usted de la existencia de una ley que tipifique específicamente el procedimiento de la ejecución de la garantía mobiliaria en Costa Rica?

Sí, la Ley 9246 del 20 de mayo de 2014, es la que regula todo lo referente a las Garantías Mobiliarias en Costa Rica.

3. ¿Sabe usted cuáles son los procedimientos para una ejecución de la garantía mobiliaria?

Sí, existe tanto la ejecución extrajudicial como la ejecución judicial; ambas se regulan en el Título VI de la Ley de Garantías Mobiliarias, de los artículos 54 al 70, específicamente.

4. ¿Ha llevado usted algún proceso en la cual ejecute una garantía mobiliaria?

De ser afirmativa su respuesta, ¿podría explicar el proceso y su resolución?

Sí, en ambos tipos de ejecución (judicial y extrajudicial). En ambos procesos se siguieron los lineamientos que para tales efectos determina nuestro ordenamiento. En el caso de la ejecución extrajudicial, las partes habían pactado un procedimiento especial de reposición, conforme al artículo 73 de la Ley de Garantías Mobiliarias. En cuanto al proceso judicial, consistió en presentar un primer escrito solicitando la reposición de la garantía, una vez que se dictó el traslado de la demanda, se emitieron las órdenes de captura correspondientes. Una vez recuperados los bienes, se procedió con la venta de estos, conforme lo establece la Ley.

5. ¿Considera usted que existe una violación al debido proceso en la ejecución de la garantía mobiliaria?

No. Es importante considerar que antes de la aprobación de la Ley de Garantías Mobiliarias, la Sala Constitucional había determinado que no existía dentro de la Ley que se discutía, violación alguna al debido proceso.

6. ¿Considera que el deudor garante cuenta con algún tipo de indefensión?

No. Tanto en sede judicial como extrajudicial, el deudor tiene a su disposición, una serie de mecanismos legales (procesales) que le permiten recurrir a su derecho de defensa; Es decir, la Ley de Garantías Mobiliarias no deja en un estado de indefensión al deudor

garante, busca únicamente que el proceso de reposición sea más expedito, tal y como previamente acordaron las partes.

Roberto Bolaños Fonseca

1. ¿Cómo definiría usted el término "garantía mobiliaria"? Explique.

La garantía mobiliaria es un derecho real preferente conferido al acreedor garantizado sobre determinados bienes muebles. No se trata de un concepto formal restringido, sino que por el contrario estaremos ante una garantía mobiliaria en el caso de cualquier “operación” o “contrato” que tenga como efecto servir de garantía y opere frente a bienes muebles del garante.

2. ¿Sabe usted de la existencia de una ley que tipifique específicamente el procedimiento de la ejecución de la garantía mobiliaria en Costa Rica?

Sí. La ley de Garantías Mobiliarias. No. 9246 del 29 de abril del 2014, publicada en El Alcance No. 17 a La Gaceta No. 95 del 20 de mayo del 2014.

3. ¿Sabe usted cuáles son los procedimientos para una ejecución de la garantía mobiliaria?

Sí. La ley número 9246, prevé en forma general dos vías para la ejecución de la garantía, la primera es la vía judicial tradicional, la cual funciona en forma residual en caso que las partes no hubiesen definido un procedimiento extrajudicial en el contrato. La segunda

alternativa es el procedimiento voluntario o extrajudicial, definido en el artículo 5 inciso 23 de la ley.

4. ¿Ha llevado usted algún proceso en la cual ejecute una garantía mobiliaria?

De ser afirmativa su respuesta, ¿podría explicar el proceso y su resolución?

No, por cuanto mi función en esta materia ha sido asesora.

5. ¿Considera usted que existe una violación al debido proceso en la ejecución de la garantía mobiliaria?

No. Históricamente, la prohibición del pacto comisorio buscaba proteger al deudor de abusos de parte de su acreedor, brindándole una protección general y a priori. Con la citada se cambia de enfoque: la protección que se brinda al deudor es ahora a posteriori y revisable en casos concretos. El legislador hizo nuevamente una ponderación a favor de la eficiencia en la ejecución de la garantía. La cita Ley establece una flexibilización al pacto comisorio y la pregunta evidente es si el nuevo esquema de protección al deudor es suficiente para proteger frente a los abusos. La respuesta dependerá de la aplicación de las normas sobre contratos de adhesión o de la calificación de uno de estos pactos como abusivo o bien de las normas especiales en materia de consumidor o las derivadas de los principios generales del derecho.

6. ¿Considera que el deudor garante cuenta con algún tipo de indefensión?

No, porque aunque el legislador ha buscado determinar el equilibrio de las relaciones contractuales de garantía a favor del acreedor, el deudor siempre tendrá la posibilidad de

acudir a la revisión judicial y en el supuesto de la reposición, la toma del bien por parte del acreedor debe realizarse en forma pacífica y sin la oposición del deudor. En caso de oponerse de hecho se requiere de la intervención judicial.

Arturo Barzuna Lacayo

1. ¿Cómo definiría usted el término "garantía mobiliaria"? Explique.

Es un derecho real otorgado sobre determinados bienes muebles (no todos los bienes muebles están incluidos, hay excepciones), para garantizar en forma preferente todo tipo de operaciones crediticias.

2. ¿Sabe usted de la existencia de una ley que tipifique específicamente el procedimiento de la ejecución de la garantía mobiliaria en Costa Rica?

No, la propia ley establece el procedimiento pudiendo ser en sede judicial o extrajudicial. No conozco que exista un procedimiento o proceso judicial específico para este tipo de garantía ni regulado en ley aparte. Por su naturaleza supongo que aplica lo dispuesto por el proceso monitorio en general.

3. ¿Sabe usted cuáles son los procedimientos para una ejecución de la garantía mobiliaria?

Puede ser ejecución judicial, conforme a la normativa aplicable, o extrajudicial si las partes expresamente así lo convienen (cuyo procedimiento es similar al de ejecución en un fideicomiso de garantía por medio de subasta pública de los bienes dados en garantía).

4. ¿Ha llevado usted algún proceso en la cual ejecute una garantía mobiliaria?

De ser afirmativa su respuesta, ¿podría explicar el proceso y su resolución?

No.

5. ¿Considera usted que existe una violación al debido proceso en la ejecución de la garantía mobiliaria?

No, en el entendido que si se trata de ejecución extrajudicial dicho procedimiento haya sido pactado siguiendo un proceso bastante similar al que se lleva en sede judicial y que evite la calificación del mismo como un “pacto comisorio”.

6. ¿Considera que el deudor garante cuenta con algún tipo de indefensión?

No, considero que el procedimiento es muy similar al que se ha usado en el país por muchos años ya con el fideicomiso de garantía, donde por lo general se pacta un procedimiento de ejecución que busca “asegurar” el mejor precio posible por los bienes dados en garantía en defensa del propio deudor garante.