

UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE SAN JOSÉ
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS

MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
COMERCIAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

“LA ESCASA REGULACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COSTARRICENSE
CON RESPECTO A LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS MOBILIARIAS”

ELABORADO POR:

DANIEL JIMÉNEZ MEDRANO

SAN JOSÉ, COSTA RICA

2017

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL TUTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, **20 de octubre del 2017**

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: "LA ESCASA REGULACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COSTARRICENSE RESPECTO A LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS MOBILIARIAS", elaborado por el estudiante Daniel Alberto Jiménez Medrano como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico Master Profesional en Derecho Comercial.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Christian Quesada Vargas

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACION POR PARTE DEL LECTOR
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 7 de diciembre del 2017

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación

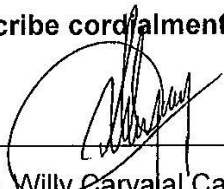
SD

Estimados señores:

He revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación, denominado: "LA ESCASA REGULACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COSTARRICENSE RESPECTO A LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS MOBILIARIAS", elaborado por el estudiante Daniel Alberto Jiménez Medrano, como requisito para que el citado estudiante pueda optar por el grado académico Master Profesional en Derecho Comercial.

Considero que dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido exigidos por la Universidad, y por tanto lo recomiendo para su entrega ante el Comité de Trabajos finales de Graduación.

Suscribe cordialmente,



MSc. Willy Carvajal Carvajal
Máster en Derecho

**UNIVERSIDAD LATINA DE COSTA RICA
SEDE HEREDIA
CENTRO INTERNACIONAL DE POSGRADOS**

**CARTA DE APROBACIÓN POR PARTE DEL FILÓLOGO
DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

Heredia, 9 de diciembre del 2017

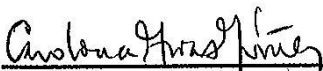
Sres.
Miembros del Comité de Trabajos Finales de Graduación
SD

Estimados Señores:

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación, denominado **LA ESCASA REGULACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COSTARRICENSE CON RESPECTO A LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS MOBILIARIAS**, elaborado por el estudiante Daniel Alberto Jiménez Medrano, para optar por el grado académico de **MÁSTER PROFESIONAL EN DERECHO COMERCIAL**.

Corregí el trabajo en aspectos tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico y, desde ese punto de vista, considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación, por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad.

Suscribe de Ustedes cordialmente,



Licda. Carolina Arlas Núñez, M.Litt.
Carné #24.407
Filóloga

CARTA AUTORIZACIÓN DEL AUTOR PARA USO DIDÁCTICO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

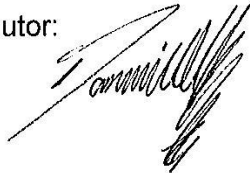
Yo Daniel Alberto Jiménez Medrano, de la Carrera/Programa de la Maestría Profesional en Derecho Comercial, autor del Trabajo Final de Graduación titulado "LA ESCASA REGULACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL COSTARRICENSE CON RESPECTO A LOS ACREEDORES CON GARANTÍAS MOBILIARIAS", autorizo a la Universidad Latina de Costa Rica, para que exponga mi trabajo como medio didáctico en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI o Biblioteca), y con fines académicos permita a los usuarios su consulta y acceso mediante catálogos electrónicos, repositorios académicos nacionales o internacionales, página web institucional, así como medio electrónicos en general, Internet, Intranet, DVD u otro formato conocido o por conocer; así como integrados en programas de cooperación bibliotecaria académicos dentro o fuera de la Red Laureate, que permitan mostrar al mundo la producción académica de la Universidad a través de la visibilidad de su contenido.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley No.6683 sobre derechos de autor y derechos conexos de Costa Rica, permita copiar, reproducir o transferir información del documento, conforme su uso educativo y debiendo citar en todo momento la fuente de información; únicamente podrá ser consultado, esto permitirá ampliar los conocimientos a las personas que hagan uso, siempre y cuando resguarden la completa información que allí se muestra, debiendo citar los datos bibliográficos de la obra en caso de usar información textual o paráfrasis de esta.

La presente autorización se extiende el día 09 de diciembre del 2017 a las quince horas. Asimismo, declaro bajo fe de juramento, conociendo de las consecuencias penales que conlleva el delito de perjurio, que soy el autor del presente trabajo final de graduación, que el contenido de dicho trabajo es obra original del suscrito y de

la veracidad de los datos incluidos en el documento. Eximo a la Universidad Latina; así como al Tutor y Lector que han revisado el presente, por las manifestaciones y/o apreciaciones personales incluidas en el mismo, de cualquier responsabilidad por su autoría o cualquier situación de perjuicio que se pudiera presentar.

Firma del autor:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'F. Amador', written over a horizontal line.

Dedicatoria

A mis seres amados, quienes me motivan
todos los días con su apoyo incondicional,
oraciones y amor.

Agradecimiento

En primera instancia, a Dios y a la Virgen, por las bendiciones dadas;
a mis seres amados, por el apoyo brindado a lo largo de este camino;
a mi profesor y amigo Christian Quesada Vargas, por su guía profesional.

Resumen ejecutivo

A través de la presente memoria, se pretende ahondar en un campo novedoso para nuestro medio como son las garantías mobiliarias. Con la entrada en vigor de la Ley 9246 en el 2015, se incorporó un nuevo tipo de garantía hasta el momento desconocido en nuestro medio. El presente trabajo tiene por finalidad abordar la problemática existente al interrelacionar dicha materia con los procesos concursales costarricenses.

Ahora bien, dentro de la normativa concursal, no existe ninguna norma que haga referencia a los acreedores con garantía mobiliaria. Por otro lado, dentro de la Ley de Garantías Mobiliarias, podemos resaltar que el artículo 50 establece que en el “caso de procesos concursales, la prelación de los acreedores singularmente privilegiados se establece conforme a la normativa especial sobre la materia concursal”; siendo esta la única norma dentro del ordenamiento jurídico nacional, en la cual se relacionan de manera directa las garantías mobiliarias con el derecho concursal costarricense.

No obstante, dicha norma de carácter genérico no representa un gran aporte o solución para los diversos retos que presenta la apertura de un proceso concursal, sin que exista una norma que reafirme las particularidades de dicha garantía a las realidades que puede presentar un proceso concursal.

Para tales efectos, resulta necesario estudiar los principios generales que sirvieron de guía para la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos, en especial el principio undécimo, en el cual se establece, de manera genérica, que ante un proceso concursal liquidatorio, la garantía mobiliaria no debe ser parte del proceso. Asimismo, bajo un escenario de un proceso concursal preventivo, la garantía mobiliaria sí se verá afectada, excepto que los bienes no resulten esenciales para el salvamento del deudor. Dicho principio en realidad nos dota de mayores herramientas interpretativas y va acorde con la finalidad que tiene cada una de las ramas de los procesos concursales (preventivos y liquidatorios).

Ahora bien, dentro de los procesos concursales preventivos, lo más relevante por destacar confluye en los efectos formales estipulados en el numeral 723 del Código Procesal Civil, los cuales se originan con la apertura de cualquier proceso concursal preventivo. Esto significa que la apertura de dicho proceso conlleva paralizar la ejecución judicial o extrajudicial de la garantía mobiliaria, sin embargo, dicha paralización no aplica de igual manera para todos los acreedores, por cuanto existen ciertos supuestos regulados en los incisos 1), 2) y 5) del artículo 723 ibídem, donde se establecen excepciones que ponen un límite al alcance de los efectos concernientes a paralizar dicha ejecución.

Al mismo tiempo, cabe destacar que, si la apertura de un proceso concursal preventivo paraliza la ejecución de una garantía mobiliaria, también resulta necesario indicar que se verían paralizados todos los efectos y las acciones subsecuentes que se derivan de la ejecución. Tal es el caso de las acciones de apropiación y reposición de los bienes garantes, así como la paralización y limitación en el derecho de disposición sobre ellos. Esto resulta necesario interpretarlo de dicha manera, a efectos de salvaguardar la finalidad de los procesos concursales preventivos, ya que, de manera contraria, estaría en riesgo el salvamento económico de la empresa.

También es necesario indicar que, de verse afectada la ejecución de la garantía mobiliaria, el acreedor deberá apersonarse al proceso concursal, a efectos de hacer valer sus derechos

Por otro lado, en el caso de procesos concursales liquidatarios, es necesario clasificarlos como un acreedor con privilegio sobre determinado bien, según se desprende del artículo 50 de la Ley 9246, referente a la naturaleza propia del crédito y su semejanza con los acreedores prendarios.

Esto implica que la normativa concerniente a los acreedores prendarios se debe aplicar de igual manera a aquellos con garantías mobiliarias a su favor, exceptuando aquellos casos en que exista una norma especial en la Ley de Garantías Mobiliarias, como es el caso del ordinal 49 de la Ley 9246, en la cual

invierte el orden tradicional de prelación de los créditos e indica que los acreedores alimentarios y laborales tendrán prelación por encima de las garantías mobiliarias.

Otro detalle por considerar es que las garantías mobiliarias, al ser catalogadas como un acreedor separatista, no se encuentran obligadas a legalizar, por lo que pueden ejecutarse de manera separada al concurso, ya sea mediante la vía judicial o extrajudicial, en caso de haberse pactado de dicha manera. En ambos supuestos, es necesario que la ejecución respete los lineamientos establecidos para ese efecto y la fijación de la base para el remate, mediante una base pericial.

En conclusión, resulta evidente que existe una serie de lagunas jurídicas por cuanto la normativa especial concursal presenta un desfase con las realidades jurídico- sociales de la actualidad, por lo que se requiere de una nueva ley concursal que responda a ella.

Tabla de contenidos

Dedicatoria	7
Agradecimiento	8
Resumen ejecutivo	9
Capítulo I Problema y propósito	14
1.1 Estado actual de la investigación.....	14
1.2 Planteamiento del problema	15
1.3 Justificación	16
1.4 Objetivos generales y específicos	17
Capítulo II Fundamentación teórica	18
2.1 Garantías mobiliarias.....	18
2.1.1 Generalidades	18
2.1.2 Principios base de la Ley Modelo de las Garantías Mobiliarias	20
2.1.3 Conceptualización de las garantías mobiliarias	26
2.1.4 Bienes objeto de garantía mobiliaria.....	31
2.1.5 Constitución	35
2.1.6 Ejecutividad de las garantías mobiliarias	36
2.1.7 Prelación de las garantías mobiliarias.....	37
2.2. Procesos concursales en Costa Rica	39
2.2.1. Generalidades de los procesos concursales:	39
2.2.2. Principios de los procesos concursales	41
2.2.3 Procesos concursales preventivos	43
Presupuesto subjetivo:.....	52
Presupuesto objetivo:	53
Trámite del proceso:	53
2.2.4Procesos concursales liquidatorios:	56
2.2.4.1 Concurso civil de acreedores:	56
Presupuesto subjetivo:.....	56
Presupuesto objetivo:	58
Trámite del proceso:	58
2.2.4.2 Quiebra.....	62
Presupuesto subjetivo:.....	63
Presupuesto objetivo:	63

Trámite del proceso:	64
Capítulo III. Metodología	70
3.1 Paradigma, enfoque metodológico y método seleccionado	70
3.2. Descripción del contexto o sitio de estudio.....	72
3.4 Características de los participantes y las fuentes de información	73
3.5. Técnicas e instrumentos para la recolección de los datos	73
Capítulo IV Análisis e interpretación de resultados	74
4.1. Procesos concursales y garantías mobiliarias: situación actual en el derecho costarricense	74
4.1.1Garantías mobiliarias y garantía en los procesos concursales preventivos	74
Efectos formales y sustantivos	74
4.1.2 Garantías mobiliarias en los procesos concursales liquidatorios.....	85
Efectos formales y sustantivos	85
Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones	95
5.1 Conclusiones	95
5.2 Recomendaciones	98
VI. Bibliografía	99

Capítulo I Problema y propósito

1.1 Estado actual de la investigación

En Costa Rica se han efectuado, por medio del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, dos simposios enfocados en la temática concerniente a las garantías mobiliarias, donde se abordaron diversas aristas sobre la Ley de Garantías Mobiliarias (en adelante también la Ley) e, inclusive, se llegó a discutir su incidencia dentro del Derecho Concursal costarricense y otros temas referentes a las reglas de prelación, pero sin profundizar de manera extensa en la temática objeto de estudio. El primero de estos simposios se efectuó en agosto del 2014, mientras que el segundo, en julio del 2015.

Por otro lado, a nivel doctrinario ha existido, en general, poco desarrollo con respecto a la temática de las garantías mobiliarias. A la fecha, se ha publicado un único libro denominado “Garantías Mobiliarias”, el cual fue escrito de manera conjunta por los señores Álvaro Hernández Aguilar, Alejandro Vásquez Rodríguez y Jaime Tarabal Bosch, en el 2016.

Además de dicho texto, existen algunos otros artículos publicados en revistas jurídicas por Federico Torrealba Navas, quien colaboró en la redacción de los artículos denominados “Ley de Garantías Mobiliarias: Alcances y Perspectivas” y “La Ley de Garantías Mobiliarias: Primeras Visiones”, los cuales fueron publicados, respectivamente, en la Revista Judicial número 114 de diciembre del 2014 y número 116 de junio del 2015, del Poder Judicial.

Ahora bien, en lo que corresponde a la jurisprudencia nacional, no existe a hoy registro alguno en el Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Por otro lado, dentro del ámbito del Derecho Concursal, no existe ninguna publicación nacional posterior a la promulgación de la Ley de Garantías Mobiliarias, donde se hiciera mención o analizara la afectación de dicha ley y sus efectos dentro de la normativa concursal costarricense.

De esta manera, se puede deducir que existe poco abordaje y estudio respecto a la Ley de Garantías Mobiliarias, siendo inclusive menores las disertaciones en torno a la problemática planteada en esta memoria.

1.2 Planteamiento del problema

Con la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Garantías Mobiliarias, se creó una nueva garantía real para los acreedores, sin embargo, por ser una figura moderna y ante el rezago de la normativa concursal costarricense, se produce un vicio normativo con respecto a la manera en que dichas acreencias se ven afectadas cuando el deudor se somete a un proceso concursal preventivo o liquidatorio.

Al hacerse un estudio de la prelación de los créditos dentro de los procesos concursales, se observa que no existe referencia alguna a los acreedores con garantía mobiliaria a su favor.

Por su parte, el artículo 49 de la Ley de Garantías Mobiliarias establece que los acreedores alimentarios y trabajadores tendrán un grado preferente sobre este tipo de garantías, mientras que en los procesos concursales, específicamente en el artículo 886 del Código de Comercio, se estipula que los acreedores con un derecho sobre determinado bien serán los primeros en ser pagos.

Inclusive, el jurista Torrealba (2014) expresa una interrogante en dicho sentido, al indicar:

Sin embargo, no ha quedado claro: 1. Si, en efecto, los acreedores alimentarios y laborales pueden perseguir los bienes objeto de garantías mobiliarias (es decir, si el derecho de prelación conferido por la garantía mobiliaria es inoponible al acreedor laboral o alimentario); ni tampoco, presuponiendo una respuesta afirmativa, 2. Cómo habría de operar, en la práctica, la realización de la primacía del privilegio general alimentario y laboral sobre la garantía mobiliaria. (p.134)

Esta inseguridad jurídica afecta en primera instancia a los acreedores, quienes se encuentran con incertidumbres o dudas con respecto a los derechos que les corresponderían ante la eventual apertura de un proceso concursal preventivo o liquidatorio. Además, afecta de manera colateral a los sujetos que requieren un crédito y ofrecen el otorgamiento de una garantía mobiliaria, ya que se podría menguar la voluntad del acreedor de otorgar un crédito bajo dichas condiciones.

Dicha problemática se puede presentar a corto plazo, ya que la Ley de Garantías Mobiliarias entró en vigor el 09 de abril del 2015 y, dentro del dinamismo económico, es sabido que un gran número de empresas, sin importar su tamaño, enfrentan cotidianamente problemas financieros, teniendo que recurrir a procesos concursales para su salvación o liquidación.

Si el mercado financiero se siente inseguro con el nivel de protección que brindan las garantías mobiliarias, una de las consecuencias podría ser un desincentivo en la utilización de dicho instrumento, con lo cual se perdería una herramienta valiosa para el acceso al crédito, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas.

Por ende, resulta evidente que la normativa concursal vigente se encuentra desfasada frente a nuevas formas o instrumentos crediticios y se debe recurrir a su estudio y al planteamiento de posibles soluciones.

1.3 Justificación

Como producto de la promulgación de la Ley, surgió una nueva categoría de acreencia real, distinta a las figuras tradicionales de la hipoteca y prenda. Esta nueva figura no se encuentra contemplada dentro de la normativa del Derecho Concursal costarricense, la que de todos modos se encuentra desfasada, ya que no ha sufrido modificaciones sustanciales desde la promulgación del Código Procesal Civil de 1989.

Así las cosas, siendo que el proceso concursal costarricense posee grandes vacíos jurídicos con respecto a diversas figuras contractuales modernas, así como a los distintos tipos de acreedores existentes en la actualidad, existe un vacío jurídico al trato que se le debe dar a un acreedor con garantía mobiliaria, su categoría, fase de reconocimiento del crédito y su respectivo proceso de ejecución.

En conclusión, hasta hoy se desconoce de qué manera los procesos concursales afectan o inciden en las garantías mobiliarias en aquellos casos en que su deudor se someta a un proceso concursal. A su vez, resulta necesario discernir si existe un tratamiento diferenciado en caso de que el proceso concursal sea preventivo o liquidatorio.

En razón de lo anterior, la presente investigación tiene como objetivo brindar una respuesta jurídica a dichas interrogantes.

1.4 Objetivos generales y específicos

1.4.1 Objetivo general:

- Determinar los efectos jurídicos de los procesos concursales en las garantías mobiliarias, ante la escasa regulación existente.

1.4.2 Objetivos específicos:

- Examinar la normativa contemplada en la Ley de Garantías Mobiliarias relacionada con el derecho concursal costarricense.

- Analizar las normas concursales costarricenses en torno al tratamiento jurídico con respecto de los acreedores del concursado.

- Analizar la existencia de inseguridades jurídicas en torno a las garantías mobiliarias, ante la interposición de un proceso concursal.

Capítulo II Fundamentación teórica

2.1 Garantías mobiliarias

2.1.1 Generalidades

De manera inicial, es necesario destacar que, a lo largo de la historia crediticia, siempre ha existido una preocupación por parte de los acreedores en cuanto a garantizarse la recuperación económica de las sumas dinerarias prestadas a un deudor. En razón de lo anterior, se han creado diferentes tipos de garantía reales, como el caso de la hipoteca, la prenda en sus diversas modalidades (con desplazamiento o sin desplazamiento), también existen fideicomisos de garantía y otros tipos como las arras, por mencionar algunos.

Para un mejor entendimiento del tema objeto de estudio, es importante definir la palabra “garantía” desde un punto de vista jurídico, para lo cual resulta oportuna la definición dada por Goldstein (2008), en el Diccionario Jurídico Consultor Magno, en el cual se expresa: “Garantía: Forma o mecanismo legal para asegurar el cumplimiento de una obligación.” (p.294)

Tal y como lo expresa Zeledón en su obra *Derechos Reales Iura In Re Aliena* (2013 p. 284), las garantías suponen un reforzamiento de las probabilidades de cobro de la obligación, ya que el acreedor tiene preferencia sobre el cobro del precio obtenido por la cosa gravada, por encima de cualquier acreedor ordinario, ante un eventual incumplimiento de la obligación.

Bajo dicha tesitura y a efectos de ampliar la razón de ser de las garantías crediticias, resulta importante traer a colación las palabras de Cores y Gabrielli, citados por el jurista Vásquez Rodríguez (2016): “La garantía en sentido estricto sería una mejora de la situación del acreedor, en la cual no se aumenta lo que el acreedor

debe recibir, sino que se aumenta las posibilidades de que el acreedor cobre (...)" (p.17)

Ahora bien, una vez desarrollada la temática de las "garantías" desde su forma más genérica, cabe destacar que existen diferentes especies dentro de este gran género; sin embargo, en lo que forma parte del objeto de investigación, nos enfocaremos exclusivamente en el modelo de garantía más moderno y de reciente promulgación en nuestro país: las garantías mobiliarias.

Para tales efectos, resultan importantes las palabras del escritor Madrazo Meléndez (2013), quien expresa que el mercado de garantías mobiliarias es de suma importancia por cuanto:

Todo régimen sólido de operaciones relativas a bienes muebles que esté suficientemente garantizado puede aportar notables beneficios económicos". Para apoyar lo anterior, dicho autor indica que esto atrae fondos de prestamistas nacionales y extranjeros, entidades crediticias, y fomenta la creación de empresas y por ende el comercio. (p. 95)

Ahora bien, no es un secreto que, por mucho tiempo, los acreedores han preferido las garantías respaldadas con bienes inmuebles, olvidando que los muebles pueden jugar un papel trascendental dentro de dicho mercado.

Para tales efectos, resulta importante traer a colación el Acuerdo 1-05 de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF 1-05), ya que en el Artículo 14 se establecen los porcentajes de aceptación máximos que un ente financiero puede otorgar con base en el tipo de garantía.

Si bien las garantías que poseen un porcentaje de valor máximo corresponden a las hipotecas y a las cédulas hipotecarias, la tercera garantía subsiguiente con mayor porcentaje son las prendas o pignoración de bienes muebles. En consecuencia, la garantía mobiliaria es una gran oportunidad para el crédito.

Para desarrollar la importancia de las garantías mobiliarias, el jurista Madrazo Meléndez (2013) señala:

1. Con frecuencia son una fuente de garantía no utilizada.
2. A veces, determinados bienes muebles pueden ser más valiosos que un inmueble.
3. Muchas empresas, fundamentalmente las pymes, no poseen inmuebles, pero casi todos poseen algún bien mueble (maquinaria, propiedad intelectual mercaderías...)” (p. 96)

Al mismo tiempo, no se debe obviar que, por su propia naturaleza y diversidad en el mercado, existe una mayor cantidad de bienes muebles en comparación con los inmuebles, por ende, la Ley de Garantías Mobiliarias abrió una oportunidad crediticia, en el tanto se amplía la gama de posibilidades de los bienes objeto de garantía en el mercado crediticio.

Con dicha intención se promulgó la Ley 9246. Según se observa en su exposición de motivos: “con el actual proyecto de ley se modifica la definición actual de garantía para ampliar su concepto bancario y financiero y así permitir a más personas el acceso al crédito.” (Álvarez, 2016, p. 52)

Además, en la exposición de motivos se continúa indicando:

Con la presente ley se busca dotar al ordenamiento jurídico costarricense de un marco legal claro, preciso y moderno (...). Se busca además que tanto el acreedor como el deudor tengan sus deberes y derechos debidamente regulados y protegidos y donde, el principio final de cualquier negociación crediticia regulado por esta ley sea la búsqueda de la equidad y la buena fe entre las partes. (Álvarez, 2016, pp. 53- 54)

2.1.2 Principios base de la Ley Modelo de las Garantías Mobiliarias

Para entender de una mejor manera el tratamiento jurídico de las garantías mobiliarias, resulta prudente mencionar los 12 principios establecidos por National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT), sobre los cuales sienta sus bases la Ley Modelo de las Garantías Mobiliarias de la Organización de los Estados

Americanos¹, los cuales serán citados de manera literal a efectos de no pecar de omisión:

Principio Primero

Las garantías mobiliarias del crédito comercial y del consumo propician el desarrollo económico porque permiten al deudor el uso, transformación venta o permuta de los bienes garantizadores (movilización de los activos). El producto de la venta o disposición de estos activos o de sus bienes derivados o atribuibles hacen posible la auto- cancelación o pago del préstamo. La ejecución de un solo acuerdo de garantía y su publicidad registral efectuada desde el momento de ese acuerdo puede garantizar a una serie de préstamos o línea de crédito cuyo monto y cantidad o valor de bienes garantizadores pueden fluctuar durante la vida de ese préstamo o préstamos. Publicitada la garantía, el acreedor establece su prioridad respecto a terceros sin necesidad de acuerdos o registros sucesivos. La auto-cancelación de las garantías mobiliarias requiere que los siguientes principios, corolarios de la misma, se implementen por los legisladores, las partes, los registros y las cortes.

Este principio guarda una intrínseca relación con la exposición de motivos de la Ley 9246 y su finalidad de otorgar un instrumento de garantía flexible que propicie el otorgamiento de créditos.

Principio Segundo

La garantía mobiliaria es un derecho de posesión o de control preferente sobre bienes muebles. Como tal, no requiere que el deudor garante sea el propietario del bien mueble garantizador; su derecho a la posesión del mismo bien, así sea coetáneo con otros derechos posesorios de otros acreedores o deudores, permitirá la creación de la garantía mobiliaria.

¹A efectos de consultar aspectos concernientes a National Law Center for Inter-American Free Trade, consultar la página oficial <http://www.natlaw.com/>

El citado principio determina cuáles personas tienen la legitimación para dar en garantía un bien mueble, delimitándose que el eje central gira en torno a la posesión y no a la propiedad de dichos bienes.

Principio Tercero

La garantía mobiliaria se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria, sean ellos presentes o futuros, corporales o incorporeales, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de estas garantías, ya sea en una primera o ulterior generación de tales bienes derivados o atribuibles. Por tanto, los bienes garantizadores al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto (*numerus apertus*) y no se encuentran limitadas a figuras pre-existentes tales como las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etc. (sic)

A través de este principio se promueve la flexibilización y variedad de bienes muebles que pueden ser objeto de garantía, ampliando de esta manera el mercado de posibilidades en comparación con la prenda tradicional.

Principio Cuarto

Las garantías mobiliarias pueden ser creadas mediante contrato o en virtud de la ley. La efectividad de una garantía mobiliaria entre el acreedor garantizado y el deudor se origina por el contrato entre los mismos por imposición de la ley o decisión judicial, sin necesidad de formalidades adicionales. Sin embargo, los derechos de terceros, incluyendo los de los acreedores quirografarios con sentencias de embargo o remate y los de los síndicos, no quedarán afectados a menos que la garantía mobiliaria haya sido debidamente publicitada.

Por este medio, se regulan los medios de constitución de las garantías mobiliarias y se arriba a la conclusión de que este es un contrato formal, cuando su constitución proviene del acuerdo entre partes, por cuanto se requiere su

materialización por escrito. Sobre indicar que dicha condición se pierde cuando su génesis es por disposición de ley.

Principio Quinto

Uno de los objetivos principales del sistema de publicidad de las garantías mobiliarias es el de eliminar los gravámenes ocultos o secretos. La publicidad (perfeccionamiento) se puede lograr ya sea mediante registro público o por la posesión o control del bien garantizador en manos del acreedor o de un tercero designado por éste. La garantía mobiliaria perfeccionada sobre un bien mueble podrá fusionarse con un documento negociable, en cuyo caso se convertirá en una garantía mobiliaria negociable y, en consecuencia, en una obligación abstracta, independiente de los derechos y obligaciones de la transacción subyacente, permitiendo así su venta autónoma (true sale) o negociación sin limitaciones a un tercero de buena fe.

Principio Sexto

La publicidad efectiva por parte del registro especializado se logra cuando todos los mecanismos legales, presentes y futuros, cuyo efecto consiste en garantizar el pago de una deuda a través de bienes muebles, son tratados como un derecho de carácter unitario. El efecto de dicha garantía mobiliaria registrada (incluyendo su prioridad) ante terceros (tales como otros acreedores garantizados y compradores) da comienzo a partir de su inscripción, independientemente del momento de su constitución.

El principio quinto y sexto regulan diversos aspectos concernientes a la publicidad registral o frente a terceros, esencial para determinar la prelación de los gravámenes que recaen sobre ellos. Además, establece dos mecanismos de publicidad: por un lado, se encuentra la publicidad obtenida por medio de la inscripción en un registro y, también, se publicita con la transmisión de la posesión del bien.

Principio Séptimo

El registro de la garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacionalidad, y, de ser posible, en forma electrónica. La inscripción deberá contener los datos más esenciales, en forma estandarizada, a efectos de identificar a las partes, el monto del préstamo o línea de crédito y los bienes garantizadores, en forma coherente con las necesidades de información de terceros, actuales o potenciales. Resultarán suficientes las descripciones genéricas de los bienes garantizadores, como ser inventario o cuentas por cobrar. El índice deberá organizarse en general con base al nombre del deudor y, excepcionalmente, en base al número de serie de los bienes.

En este principio se establecen los parámetros necesarios que deben contener los formularios de inscripción de la garantía, en caso de que se inscriba ante un registro. A su vez, otorga una apertura para acceder al trámite de inscripción de una manera simplificada y aprovechando los recursos tecnológicos de la actualidad.

Principio Octavo

En la medida en que el crédito proporcionado en base a una garantía mobiliaria de adquisición o de compra de bienes específicos se utilice directamente para la compra de los bienes garantizadores, dicha garantía tendrá prioridad sobre otras garantías mobiliarias pre-existentes que cubran la misma clase de bienes, creando así un incentivo para quienes deseen proporcionar los préstamos necesarios y oportunos, y una protección en contra del monopolio e inmovilización de los bienes garantizadores disponibles por parte de uno o más acreedores garantizados. Además de la inscripción correspondiente, para el perfeccionamiento de la garantía mobiliaria de adquisición se requerirá un aviso especial a los acreedores pre-existentes. (sic)

Mediante la garantía mobiliaria de adquisición, los deudores tienen la alternativa de acceder a un crédito para adquirir un nuevo bien mueble y el nuevo

acreedor tendrá preferencia sobre dicho bien, a pesar de existir una garantía mobiliaria constituida previamente sobre la colectividad de bienes del deudor.

Principio Noveno

El comprador en el curso ordinario de los negocios adquiere los bienes libres de cualquier garantía mobiliaria perfeccionada anteriormente por el vendedor, incluso en los casos en que el comprador pueda tener conocimiento de su existencia. Si la venta ocurre fuera del curso ordinario de los negocios, entonces el comprador se encuentra sujeto a la garantía mobiliaria, incluso cuando haya pagado un precio de compra justo.

Se establece, a través de este principio, el rompimiento del paradigma tradicional de la reperfectoriedad de los bienes, como producto de un derecho real de garantía. Este principio será desarrollado de manera más amplia posteriormente.

Principio Décimo

La auto-cancelación de las garantías mobiliarias exige que la reposición de las garantías y su ejecución se puedan realizar a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extrajudicial, confiriéndole al acreedor o a quien se haya acordado habrá de actuar como fiduciario la potestad de tomar posesión o retener y hacer ejecutar la garantía ya sea de manera privada o a través de un proceso judicial altamente expedito. (sic)

Por medio de este principio se ofrecen mecanismos ágiles de ejecución extrajudicial de la garantía, a efectos de que los acreedores no se vean perjudicados por la mora judicial existente y los diversos conflictos que se suscitan dentro de un procedimiento de ese tipo.

Principio Undécimo

En la medida de lo posible y hasta el momento en que rija un sistema moderno en materia de quiebras que proteja en forma adecuada los derechos de los acreedores y deudores la garantía mobiliaria perfeccionada no deberá formar parte de los procedimientos de quiebra, y las leyes relativas a quiebra o

a otras ramas del derecho no habrán de convertirse en un vehículo para retrasar, evitar y evadir el pago de las obligaciones garantizadas. De manera excepcional, si los procedimientos corresponden a un concurso preventivo, los bienes garantizadores pueden pasar a integrar la masa de la quiebra, sujetos a la jurisdicción exclusiva del tribunal de quiebras, a efectos de confirmar el perfeccionamiento de las garantías mobiliarias así como su prioridad con respecto a los reclamos de otros acreedores, de determinar el alcance y valor de las garantías y, en última instancia, para decidir si los bienes garantizadores son esenciales para el éxito de un concurso preventivo que habrá de proteger a las garantías mobiliarias válidas.

Este principio resulta esencial para desarrollar la presente investigación, ya que sirve como una fuente de interpretación y armonización entre la legislación concursal y la Ley de Garantías Mobiliarias, por lo que su desarrollo será objeto de análisis posteriormente.

Principio Duodécimo

La armonización de las leyes sobre garantías mobiliarias incluyendo las normas de conflicto de leyes resulta esencial a los efectos de promover la disponibilidad del crédito transfronterizo.

Resalta la importancia de armonizar las leyes sobre garantías mobiliarias, a efectos de promover el crédito transfronterizo, sin que exista temor alguno por parte de los contratantes en cuanto a la existencia de variaciones drásticas en la legislación.

2.1.3 Conceptualización de las garantías mobiliarias

Una vez desarrollada la razón de ser de la promulgación de la Ley de Garantías Mobiliarias y sus principios, resulta ahora necesario conceptualizarla, para lo cual resulta oportuno transcribir el Artículo 2 de la Ley, que indica en lo literal:

“Artículo 2.- Concepto de garantía mobiliaria

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...”

Aunado a lo anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), en su ley modelo indica en el Artículo 2 inciso w) lo siguiente²:

w) Por “garantía mobiliaria” se entenderá: i) Todo 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, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada (...)

De las anteriores definiciones podemos extraer varios elementos interesantes, resaltando que las garantías mobiliarias son consideradas un derecho real de garantía que recae sobre bienes muebles.

Además, resulta pertinente dejar sentadas ciertas premisas genéricas con respecto al derecho real de garantía, el cual debe ser entendido, según el jurista Albaladejo, quien es citado por Zeledón (2013), de la siguiente manera:

(...) son aquellos que aseguran el cumplimiento de una obligación, mediante la concesión de un poder directo e inmediato (real) sobre una cosa ajena, poder que faculta a su titular para, si aquélla se incumple, promover la enajenación de ésta y hacerse pago con su precio de dicha obligación asegurada o de las suma a que ascienda la responsabilidad por el incumplimiento. (p.283)

Ahora bien, parafraseando al jurista Zeledón (2013), quien expresa una serie de características propias de los derechos reales de garantía, se pueden citar:

- ²A efectos de consultar aspectos concernientes a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, consultar la página oficial <http://www.uncitral.org/>

- Ser reales: por constituir un poder directo e inmediato sobre las cosas.
- Ser accesorios: es accesoria a una obligación principal
- Ser indivisibles: el bien objeto de garantía responde por toda la obligación hasta el momento en que se cumpla totalmente con la misma. Esto conlleva a dos vertientes: en primer lugar, en caso de que se cancele parcialmente la obligación aun así el bien dado en garantía responde totalmente por dicho remanente; y el segundo aspecto por destacar, indica que en caso de que el bien sea dividido cada porción del mismo sigue respondiendo por la obligación, sin posibilidad de redistribuir la garantía proporcionalmente. (pp. 289- 290)

Asimismo, para ampliar lo antes reseñado, el señor Vásquez Rodríguez (2016), quien cita a su vez a los señores de Cores y Gabrielli, manifiesta: “En cuanto a garantías reales, tradicionalmente se considera que el acreedor posee dos beneficios: (i) el derecho de persecución frente a sub adquirentes (preferencia o re persecutoriedad) y (ii) el de prioridad frente a otros acreedores (privilegio).” (p.17)

No obstante, a efectos de comprender el cambio de paradigmas tradicionales que trajeron consigo las garantías mobiliarias, es necesario aclarar que estas corresponden a una generación distinta de las reales más convencionales, por lo que no operan de igual manera.

Para comprender la anterior afirmación, es importante traer a colación las palabras externadas por el jurista nacional Torrealba (2015), quien identifica tres tipos de garantías mobiliarias:

En las garantías mobiliarias de primera generación los bienes muebles se desplazan al acreedor o a un tercero. Más de desplazamiento posesorio, debería hablarse de congelamiento posesorio. En las garantías mobiliarias de segunda generación los bienes dados en garantía no se desplazan (permanecen en posesión del constituyente), y si lo hacen arrastran sobre sí el gravamen. En las garantías mobiliarias de tercera generación lo que se desplaza es el gravamen, que gravita como un satélite sobre el patrimonio del

deudor, pasando de un bien a otro, hasta el momento de la cristalización.
(p.18)

Con base en lo anterior, se puede concluir que si bien la garantía mobiliaria presenta una gran similitud con la figura prendaria regulada ampliamente en el Código de Comercio, artículos 530 al 581, al fungir ambas como garantías reales sobre bienes muebles, su diferencia sustancial radica en que cada una corresponde a una generación diferente de garantías, con tratamientos jurídicos diferenciados y su aplicabilidad dependerá del bien mueble dado en garantía, ya que ambas abarcan distintos bienes muebles.

Las garantías mobiliarias modernas y reguladas en la Ley corresponden a aquellas de tercera generación, mientras que la prenda corresponde a generaciones anteriores a esta.

Al respecto, el autor Torrealba (2015) expresa que las garantías de tercera generación son mucho más flexibles en cuanto a determinar bienes susceptibles de ser dados en garantía, por cuanto se admite cualquier derecho o situación jurídica con valor comercial y se valida el pacto de rotatividad, por cuanto se permite la sustitución de los bienes dados en garantía, especialmente en aquellos casos en que circulan en el mercado. (p.19).

Siempre bajo este mismo punto, continúa indicando el autor Torrealba (2015):

Una diferencia fundamental con la prenda de segunda generación, es que el gravamen **no sigue** al bien, como obligación real, ni, por consiguiente, tiene el acreedor derecho a la repersecutoriedad (*droit de suite*). Las cosas garantizadas salen del patrimonio del deudor sin llevar sobre sí el gravamen. De este modo, se protege al tercero de buena fe, quien adquiere los bienes libres de gravámenes siempre y cuando el acto se encuadre en el contexto del giro normal de los negocios del deudor. (...) Debe repararse en que esta incorporación sustitutiva, o **subrogación real** de nuevos bienes al vínculo original, **carece defectos novativos**: Se da continuidad al contrato original constitutivo de la garantía mobiliaria. (...) a la posibilidad del derecho del

acreedor *vis-à-vis* a los otros acreedores individuales o concursales del deudor, así como en cuanto al anclaje temporal de la fecha de constitución de la garantía, a los fines de escapar –por virtud de la antigüedad— a los períodos de sospecha de las acciones revocatorias concursales y a otros eventos sobrevinientes, como la liquidación de bienes gananciales. Por consiguiente, la prioridad del acreedor garantizado se retrotrae a la fecha de inscripción registral de la garantía (*prior in tempore patio iure*) (sic) (p.20)

Con lo anterior, queda demostrado que las características propias de los derechos reales de garantía, mencionadas por el jurista Albalaero, no resultan aplicables para las garantías mobiliarias de última generación, por lo que es necesario desprenderse de algunos tradicionalismos, a efectos de comprender esta novedosa figura.

Por consiguiente, no es posible seguir hablando de un poder directo sobre la cosa dada en garantía, ni del fenómeno de persecutoriedad (*ius persecuendi*), ya que la mobiliaria, a través de los bienes derivados, permite que los bienes garantes circulen libre de gravámenes, en el tanto se efectúe dentro del giro normal de los negocios emprendidos por el deudor.

Para concluir con el tema de interés, resultan importantes las palabras que expresa el jurista nacional Torrealba (2015):

De este modo, el concepto de garantía mobiliaria, antes que crear un nuevo tipo de garantía –al lado de otras figuras subsistente, como la prenda, la hipoteca, la cédula hipotecaria y el endoso en garantía-, lo que viene a crear es un género de garantías, respetando la libertad contractual en la creación de esquemas contractuales de garantías. Se produce la transición de un sistema de *numerus clausus* de garantías reales, a un sistema de *numerus apertus*: el Derecho objetivo ya no impone a las partes un menú limitado de posibles esquemas de garantía, sino que deja abierta la posibilidad de creación contractual de garantías reales, las cuales quedan subsumidas bajo un instrumento conceptual unitario: la garantía mobiliaria. (pp. 17-18)

2.1.4 Bienes objeto de garantía mobiliaria

Ahora bien, una vez definidas ciertas diferencias ideológicas entre las garantías mobiliarias modernas y las prendas tradicionales, también resulta necesario delimitar su aplicabilidad, según el bien dado en garantía.

A efectos de delimitar el ámbito de acción de las garantías mobiliarias, resulta oportuno traer a colación el artículo 4 de la Ley, el cual indica en su inciso primero: “Las garantías mobiliarias de las que trata esta ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble o derecho sobre estos, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento, pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley.”

De lo descrito, se desprende la flexibilidad de la figura y nos da una idea primaria de la amplia gama de bienes que pueden ser otorgados en garantía. No obstante, existen muchos otros ejemplos de lo anterior dentro de la misma ley, en la cual se indica:

Artículo 2:

3) Estas garantías pueden gravar uno o varios bienes muebles específicos o grupos genéricos de bienes muebles o derechos reales o contractuales, incluyendo pero no limitando los siguientes: A) El inventario y equipo de las personas físicas, jurídicas e incluyendo patrimonios autónomos. B) Cualesquiera otros activos circulantes incluyendo derechos a la ejecución de contratos o al resarcimiento por la violación o el incumplimiento de obligaciones contractuales y extracontractuales. C) Cuentas por cobrar resultantes del ejercicio de cualquier actividad lícita por parte de personas físicas, jurídicas e incluyendo patrimonios autónomos) La totalidad de los

bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, todos ellos capaces de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones presentes o futuras en tanto y cuanto estos bienes sean susceptibles de valoración pecuniaria al momento de constitución de la garantía o con posterioridad a esta, siempre y cuando se refiera a los bienes sobre los cuales rige la presente ley. E) Cosechas, derechos futuros sobre el valor de la madera en pies y cualesquiera otros productos provenientes de las actividades agrícolas en donde el legitimado puede ser el propietario o no del inmueble donde se ejerce dicha actividad agrícola.

Artículo 3:

(...) Para los efectos de definir el Sistema de Garantía Mobiliaria entendemos:

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 (...)

Aunado a lo anterior, el artículo 5 inciso 5) de la Ley de Garantías Mobiliarias presenta otros escenarios en los cuales resulta aplicable la ley objeto de estudio y donde se establece:

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 las 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 define en el inciso 4) del artículo 5 de esta ley.

Si bien el anterior numeral presenta una lista de bienes o derechos sobre los cuales recaen las garantías mobiliarias, cabe aclarar que son meramente ejemplificantes, por lo que no se podrían interpretar como números *clausus*. Al contrario, es evidente que son números abiertos, según se desprende del punto g) establecido en el inciso 5) del ordinal 5 *ibídem*.

Cabe destacar que se habla no solamente de bienes corporales, sino también incorporeales y es aquí donde se produce una nueva gama de posibilidades, ya que pueden darse en garantía derechos concernientes a la propiedad industrial, derechos

de autor y conexos, derechos de crédito, valores de comercio desmaterializados y cualquier otro derecho susceptible de valoración económica.

Precisamente, la riqueza de este tipo de garantía es que brinda una gama tan amplia que imposibilita materialmente efectuar una lista taxativa. Lo antes descrito va de la mano con el principio tercero de la Ley Modelo de la UNCITRAL, la que fue abarcada de manera inicial.

No obstante, también es necesario determinar los límites en su accionar, para lo cual resulta oportuno analizar nuevamente el canon 4 ibídem, ya que en el inciso 2) se establece una lista taxativa de aquellos bienes muebles que escapan del ámbito de acción de la ley objeto de estudio, la que reza así:

2) Se exceptuarán de lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas sobre lo siguiente:

a) Vehículos de todo tipo que requieran circular por las vías públicas y que para ello se haga necesario su inscripción en el Registro Público, exceptuando aquellos que correspondan a las siguientes categorías, según la determinación que realizan los centros de inspección vehicular (CIVE), en coordinación con el Registro de Bienes Muebles: equipo especial genérico, equipo especial agrícola, equipo especial obras civiles, remolques genérico, remolque liviano, semirremolque, sobre los cuales se aplicará la Ley de Garantías Mobiliarias y sus efectos. Todo otro vehículo que no circule en las vías públicas y que no sea de inscripción obligatoria, se encuentre inscrito o no en el Registro de Vehículos, quedará incluido en el Régimen de Garantías Mobiliarias y se le aplicarán las reglas previstas en la presente ley.

b) Bienes muebles tales como las aeronaves, los motores de aeronaves, los helicópteros, el equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por convenios y tratados internacionales debidamente ratificados por Costa Rica, así como el Convenio Relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, una vez vigente en Costa Rica.

c) Valores intermediados o instrumentos financieros regulados por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, en un régimen de anotación en cuenta u otro régimen especial.

d) Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es acreedor del depositante y esté expresamente autorizado por el depositante para utilizar su derecho de compensación.

De lo antes citado queda de manifiesto que las garantías referentes a buques, aeronaves y vehículos inscribibles son resorte exclusivo de la prenda mercantil, con las excepciones ahí mismo indicadas, al igual que el dinero dado en garantía y los valores o instrumentos financieros regulados por la Ley Reguladora del Mercado de Valores, los cuales se codifican por otra normativa especial.

2.1.5 Constitución

De conformidad con el artículo 6 de la Ley de Garantías Mobiliarias, esta garantía se constituye entre el acreedor garantizado y el deudor garante, o por disposición de ley, este último supuesto aplica en los casos en que surja un derecho de retención o gravámenes administrativos o judiciales.

Por otro lado, la persona legitimada para dar en garantía puede ser cualquier persona física o jurídica que tenga una posesión legítima, derecho de posesión, o derecho de transferir los bienes corporales o incorporeales (numeral 7 ibídem).

Asimismo, es un contrato formal, por cuanto el artículo 6 de la Ley 9246 dispone el requisito de que se configure la garantía por escrito y debe cumplir los requisitos dispuestos en el ordinal 10 de la misma ley.

Ahora bien, cuando se pacte una garantía mobiliaria sin desplazamiento, esta surte efectos entre las partes a partir de su suscripción y ante terceros a partir de su inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias (artículo 13 ibídem).

Por otro lado, si la garantía es con desplazamiento, surte efectos entre las partes y respecto a terceros desde que el acreedor obtiene la posesión de los bienes garantes (artículo 14 ibídem).

2.1.6 Ejecutividad de las garantías mobiliarias

Ante el incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejecutar las garantías mobiliarias de manera judicial o extrajudicial, este último caso solamente es permitido si fue pactado de manera expresa por las partes, según el numeral 57 ibídem.

Cabe destacar que, a efectos de llevar a cabo la venta o remate extrajudicial de los bienes, la ley le otorga al acreedor la posibilidad de efectuar un trámite de reposición o apropiación de los bienes muebles garantes, el cual puede ser pactado por las partes, para que se efectúe de manera extrajudicial o, caso contrario, deberá acudir a la vía judicial para que el juez respectivo expida un mandato de apropiación o reposición del bien, a efectos de que estos sean entregados al acreedor o a un tercero, para su posterior ejecución extrajudicial.

Sin embargo, esto último no implica un pacto comisorio, el cual se encuentra prohibido en nuestra legislación y que necesita ser entendido a luz del principio décimo sobre el cual se cimentó la ley modelo y con base en el numeral 536 del Código de Comercio, el cual resulta aplicable por analogía al existir identidad de razón.

Para efectos de ejecución, el acreedor debe inscribir el formulario de ejecución en el Sistema de Garantías Mobiliarias (Registro Nacional), dicho documento fungirá como título ejecutorio de conformidad con el canon 9 y 54 de la ley 9246, lo cual conlleva a que el procedimiento de ejecución de base en el remate de los bienes garantizados.

También, resulta oportuno traer a colación el artículo 15 en el párrafo primero de la Ley de Garantías Mobiliarias, el cual establece que si la garantía mobiliaria es sin desplazamiento, el deudor tendrá derecho a usar, transformar, vender, permutar, constituir garantías mobiliarias y arrendar los bienes dados en garantías y sus bienes derivados, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, dicho derecho por parte del deudor tiene un límite, ya que el inciso 1) de ese mismo numeral se establece que dicho derecho quedará suspendido cuando el acreedor le comunique al deudor garante su intención de ejecutar la garantía mobiliaria. A este acontecimiento se le conoce, en el Derecho Inglés, como “cristalización”, según indica el jurista Torrealba (2014, p. 134).

Por otro lado, en caso de que dicha garantía sea ejecutada de manera judicial, la legislación especial no fue precisa respecto a los juzgados competentes para conocer dicho proceso.

Para subsanar dicho vacío, el Poder Judicial, mediante acuerdo tomado por Corte Plena en la sesión 20-17 celebrada el 26 de junio del 2017, correspondiente a la Circular 111-2017, dispuso atribuir la competencia especializada a los juzgados de cobro judicial, para aquellos casos en que la pretensión principal sea la ejecución, reposición y apropiación de garantías mobiliarias (artículo 58 y 59 *ibídem*).

Si la ejecución, reposición o apropiación se genera de forma accesoria a otro proceso o en etapa de ejecución de procesos ordinarios civiles, estos continuarán su trámite en los juzgados civiles de mayor y menor cuantía, según la competencia por cuantía.

2.1.7 Prelación de las garantías mobiliarias

La Ley de Garantías Mobiliarias establece de manera específica los grados de prelación aplicables a dichas garantías. Como parámetro inicial, es necesario tomar en cuenta el canon 49 de dicha ley, el cual establece:

La prelación de una garantía mobiliaria, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes judiciales y gravámenes administrativos, se determina por el momento de su publicidad, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía. La garantía mobiliaria que se haya publicitado tiene prelación sobre aquella no publicitada. Si la garantía mobiliaria no se publicitó, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias

no publicitadas será determinada por la fecha de celebración del contrato de garantía.

Se exceptúan de esta disposición los derechos de crédito especiales de los trabajadores y los derechos a pensiones alimentarias.

En el artículo anterior se desarrolla el grado de prelación ante la eventual existencia de diversas garantías mobiliarias sobre un mismo bien mueble y presenta una novedad, al indicar que los créditos especiales de los trabajadores y pensiones alimentarias tienen un grado de preferencia superior al otorgado en las garantías mobiliarias. Esta circunstancia presenta una nueva arista dentro de los análisis tradicionalistas de los derechos reales de garantía y los personales; ya que, en tesis de principio, aquellos tienen preferencia ante los acreedores con derechos personales, por lo que resulta evidente que esta norma presenta una excepción a la regla.

Este tradicionalismo y el desarrollo ordinario de la prelación se pueden ver reflejados en la Sentencia 655-2004 del Tribunal Agrario, el cual señala:

V.-

El acreedor, llamado acreedor pignoraticio en el caso de la prenda y acreedor hipotecario en el caso de la hipoteca, adquiere sobre el bien un doble derecho: **el derecho de seguimiento y el derecho de prelación.** El primero se refiere al derecho de proceder a la ejecución forzosa del bien aunque se encuentre en manos de un tercero adquirente; en otros términos, la prenda y la hipoteca siguen la cosa -por ello se habla de derecho real- en todos los sucesivos traspasos de propiedad, siempre y cuando el crédito no se haya extinguido. Se trata de derechos reales de garantía -contrapuestos a otros derechos reales en cosa ajena que son derechos reales de goce- porque su función no es atribuir a su titular formas de goce del bien sino ofrecerle la garantía de su crédito. El derecho de prelación consiste en la facultad del acreedor de satisfacerse sobre el precio, obtenido de la venta forzosa del bien, con preferencia respecto de otros acreedores del mismo deudor. Si el crédito, por ejemplo, es un millón y la cosa dada en prenda o hipoteca en la ejecución forzosa, alcanza dicha suma o

un precio inferior, la totalidad corresponderá al acreedor pignoraticio o hipotecario, con total exclusión de otros acreedores; al contrario, si de la venta forzosa se obtienen dos millones, el millón restante, luego de la satisfacción del acreedor pignoraticio o hipotecario, será distribuido entre eventuales acreedores; el remanente, una vez satisfechos todos los acreedores, corresponde al propietario de la cosa dada en prenda, sea que se trate del propio deudor o de un tercero.

Por otro lado, contamos también con el artículo 50 ibídem, el cual establece otros parámetros de prelación:

La prelación de la garantía mobiliaria publicitada es superior a la de una sentencia judicial sobre los mismos bienes dados en garantía que carezca de publicidad o cuya fecha de registro sea posterior a la de la garantía mobiliaria. Lo mismo se aplica a los gravámenes administrativos y a otras relaciones no contractuales publicitadas posteriormente. En el caso de procesos concursales, la prelación de los acreedores singularmente privilegiados se establece conforme a la normativa especial sobre la materia concursal.

En el artículo citado se establecen los grados de prelación con respecto a sentencias judiciales y gravámenes administrativos u otras relaciones no contractuales, donde se aclara que las garantías mobiliarias dispuestas por ley no ostentan un mayor grado de prelación por su naturaleza y que se regirán por las reglas comunes de publicidad. Además, establece de manera muy genérica el grado de prelación que se le debe dar a una garantía mobiliaria en el ámbito de la materia concursal, sin abordar el tema de una manera más amplia o con un lenguaje preciso. Sin embargo, estos aspectos serán valorados en el Capítulo IV.

2.2. Procesos concursales en Costa Rica

2.2.1. Generalidades de los procesos concursales:

El derecho concursal tiene como principal causa el incumplimiento de obligaciones pecuniarias. Esta obligación es definida por Manuel Albaladejo, citado por Montero Piña (1999), de la siguiente manera: “La obligación es pecuniaria cuando la prestación consiste en entregar una suma de dinero en concepto de tal.” (p. 82)

Ahora bien, en los casos en que suceda un incumplimiento de la obligación pecuniaria, nuestro ordenamiento jurídico regula dos tipos de proceso de ejecución: la individual o singular y la colectiva, los cuales se basan en presupuestos y principios diferentes entre sí, pero con la semejanza de que le permiten al acreedor perseguir el patrimonio del deudor para hacer pago de la obligación incumplida, tal y como lo establece el Artículo 981 del Código Civil.

En las ejecuciones individuales existe un acreedor que persigue el patrimonio total del deudor o un bien específico, en caso de que posea una garantía real, pero siempre con el fin de satisfacer su interés propio. Las ejecuciones singulares se encuentran reguladas en la Ley de Cobro Judicial, donde se desarrolla la normativa vinculante al proceso monitorio y los procesos ejecutivos hipotecarios y prendarios y, más recientemente, las garantías mobiliarias.

Ahora bien, las ejecuciones colectivas o procesos concursales, objeto de estudio de la presente investigación, corresponden a un proceso universal. Lo anterior se refiere a los procesos en los cuales concurre una pluralidad de acreedores para perseguir todos los bienes que posee el deudor, por ello, el interés individual de un acreedor cede ante el interés de la colectividad de acreedores.

En la legislación costarricense se regulan cuatro tipos de procesos concursales divididos en dos grupos, según su finalidad. Por un lado, están los procesos concursales preventivos. En este grupo encontramos los procesos de administración y reorganización con intervención judicial y el convenio preventivo, cuyo objetivo es la búsqueda de una solución para quien se encuentre atravesando una difícil situación financiera. Esta situación imposibilita el cumplimiento de las obligaciones, sin dejar de lado que dicho problema económico es momentáneo o pasajero y, por ende, se busca evitar la liquidación de sus bienes.

En un segundo grupo, tenemos los procesos concursales liquidatorios, donde se encuentran los procesos de quiebra y de concurso civil de acreedores. A diferencia de los procesos concursales preventivos, se busca liquidar o dar por realizada la totalidad del patrimonio embargable del deudor y, de esta manera, pagarles a los acreedores lo adeudado.

2.2.2. Principios de los procesos concursales

Principio de igualdad:

Este principio concursal constituye el factor diferenciador de los procesos de ejecución singular, busca que, a lo largo del proceso, exista una igualdad de trato hacia los acreedores. Este principio también es llamado "*Par Conditio Creditorum*" y tiene gran relevancia al realizar la distribución del haber concursal entre los acreedores, ya que a estos se les debe pagar de manera proporcional y en igualdad de condiciones.

Es claro que este principio nace ante la necesidad de evitar cualquier situación de injusticia en cuanto al pago que se realice de manera ventajosa para ciertos acreedores sin ningún tipo de privilegio.

A través del Voto número 443-2007 del Tribunal Segundo Civil de San José, se describe de manera clara el presente principio:

(...) bajo el principio de la "par conditio creditorium", cual constituye un principio de igualdad ante los acreedores. Con él se pretende conceder a todos los acreedores un trato igualitario, tanto en lo que se refiere a la distribución de las pérdidas, como también en cuanto al pago proporcional de sus créditos y la asunción de gastos que conlleve el proceso falencial, ello con algunas variantes cuando se trata de acreedores que gozan de algún privilegio reconocido por la ley. Este principio lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, propiamente en los artículos 982 del Código Civil, cuando señala: "si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse éstas a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de

preferencia"; y el 885 del Código de Comercio que "... los acreedores comunes se pagarán a prorrata, sin distinción de fechas (...)",

Tal y como lo desarrolla dicha jurisprudencia, el Principio de igualdad se ve reflejado en nuestro ordenamiento jurídico por medio del numeral 982 del Código Civil y el artículo 885 del Código de Comercio.

Si bien existe una igualdad al momento del pago de los acreedores, hay diferentes excepciones a la regla, a saber: acreedores hipotecarios y prendarios, quienes tienen a su favor una obligación garantizada mediante una garantía real (inciso b y c del artículo 901 del Código de Comercio), las garantías mobiliarias, otros acreedores, como los alimentarios y los trabajadores (artículo 33 del Código de Trabajo) y otros créditos privilegiados, como los créditos de la masa, arrendadores, acreedores con derecho de retención, entre otros normados a los largo de los artículos 990, 991 y 993 del Código Civil y 894, 895 y 901 del Código de Comercio y otras leyes especiales.

Esta excepción implica que, por disposición legal, existen ciertas categorías de acreedores que, por su naturaleza, tienen un grado de prelación en el pago distinto a los acreedores comunes, como es el caso de los créditos originados como producto de letras de cambio, cheques, pagarés, etc., por lo que la misma ley les otorga un trato diferenciado a los acreedores según su condición.

El principio de igualdad no hace referencia solamente al aspecto del pago por realizar a los acreedores, sino también a las pérdidas que debe asumir la colectividad, ya que estos deben compensar gastos de honorarios, publicación de edictos, avalúos, entre otros.

Principio de la universalidad subjetiva:

En síntesis, este principio hace referencia a la obligatoriedad de los acreedores de apersonarse al proceso concursal a cobrar sus créditos y hacer valer sus derechos y, de esta manera, evitar las ejecuciones individuales. Sin embargo, existen algunas excepciones dependiendo del tipo de acreedor y su grado de prelación, tal y como se explicó en el apartado concerniente al principio de igualdad.

Principio de universalidad objetiva:

A diferencia del anterior, este principio no centra su atención en los acreedores, sino en los activos que ostente la persona concursada. Esto quiere decir que en un proceso concursal se ve afectado todo el patrimonio del deudor, el cual responderá por todas las obligaciones adquiridas por este, exceptuando aquellos que no sean susceptibles de embargo. Lo anterior, en concordancia con el artículo 981 y 984 del Código Civil.

Dentro de la universalidad objetiva, se encuentran los mecanismos legales instituidos para recuperar todos aquellos bienes que hayan salido del patrimonio del deudor de una manera irregular.

Principio de oficiosidad:

Para una mejor comprensión del principio por desarrollar, es necesario citar el Artículo 1 del Código Procesal Civil, el cual reza así: “El proceso civil se inicia con la demanda pero se desarrolla por impulso oficial y por actividad de las partes. Los jueces serán responsables de cualquier demora, siempre que ello sea producto de su negligencia.” (sic)

De ahí se extrae la obligación que tiene los juzgados competentes de impulsar de oficio la tramitación de los procesos concursales, aunque exista una inactividad procesal por parte de los interesados. Además, en los procesos concursales no opera el instituto de la deserción, según el numeral 214 del código de rito civil.

2.2.3 Procesos concursales preventivos

Como se indicó, la finalidad de estos procesos es brindarles a los deudores que estén atravesando una difícil situación económica la oportunidad de reencontrar el punto de equilibrio de sus negocios. De esta manera, se les debe dar un tratamiento jurídico igualitario a todas las partes involucradas y afectadas por dicha circunstancia.

Para ampliar lo anterior, resulta valioso el Voto 882-2005 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el cual indica lo siguiente:

III.-

La Constitución Política establece un régimen de derechos y libertades económicas y la participación del Estado a fin de asegurar un equilibrio en las relaciones contractuales, la protección o fiscalización de determinados intereses colectivos en ciertas actividades privadas o la salvaguarda de intereses públicos superiores (artículo 50). En este sentido, garantiza la libertad de empresa y de contratación (artículo 46), en el ejercicio de las cuales debe mantenerse un equilibrio de los intereses particulares, procurando en todo caso la igualdad. En el ejercicio de aquellas atribuciones constitucionales, el legislador ha creado instrumentos jurídicos, sustantivos y procesales, tendientes a lograr el funcionamiento óptimo de empresas, cuya actividad monetaria constituye no solo una fuente de riqueza patrimonial de carácter privado, sino que también contribuye al mantenimiento de las relaciones económicas y sociales con el Estado. De particular relevancia, ha sido el interés de tutelar las actividades productivas, sobre todo cuando las personas o entidades que las desarrollan se encuentran en situaciones difíciles que producen su desequilibrio financiero y ponen en riesgo su permanencia, pues su desaparición produciría, probablemente, un mayor efecto perjudicial para la economía. Es así, como se buscan mecanismos novedosos de tutela para evitar su extinción, a fin de que puedan superar situaciones de crisis temporal (...).

Si bien el legislador se preocupó por dotar a los acreedores de instrumentos jurídicos para exigir coactivamente el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, por un principio de igualdad, resultaba necesario crear procedimientos judiciales que les permitieran a los deudores recuperarse de una crisis económica. De ahí que surgieran los procesos concursales preventivos, los cuales fungen como una herramienta importante para el salvamento de las empresas que, a su vez, deriva en

la conservación de fuentes de empleo, dinamiza la economía, entre muchos otros beneficios.

2.2.3.1 Administración y reorganización con intervención judicial

Este proceso preventivo se encuentra reglado a partir del Artículo 709 del Código Procesal Civil. Se debe destacar que este proceso solamente resulta procedente para aquellas personas que produzcan efectos sociales perniciosos con la desaparición de la empresa (presupuesto subjetivo) y que estén atravesando una crisis económica superable (presupuesto objetivo). Estos presupuestos se ven reflejados en el numeral citado.

Sobre este tema, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indica, en el Voto 882-2005, lo siguiente:

III.-

Dentro de ellos, por el momento en que se generaron los hechos, sobresalía el proceso de “Administración por Intervención Judicial”. Las normas que lo regularon en el Código Procesal Civil, actualmente reformadas bajo el título “Administración y Reorganización con Intervención Judicial”, deben ser interpretadas en forma sistémica, material y evolutiva, tomando en consideración no sólo las regulaciones constitucionales que les dieron origen, sino también, la jurisprudencia constitucional que se ha vertido sobre el tema. La finalidad de la figura en cuestión, ha sido objeto de estudio por parte de la Sala Constitucional, en ocasión del análisis de una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 709, 717 y 721 del Código Procesal Civil, y al efecto estableció en lo que atañe: “Como ya lo ha enfatizado esta Sala en diversos pronunciamientos, la administración o reorganización de empresas en crisis, con intervención judicial, pretende evitar que determinadas empresas caigan en situación económica irrecuperable, por el impacto social y económico que pueda ello causar en la estabilidad

socioeconómica del país. La legitimidad de este tipo de disposiciones de la ley procesal quedó establecida en diversos precedentes de esta Sala y resulta apropiado remitirse a lo dicho en la sentencia No. 0242-98. (Voto 1998-6205 de las 14 horas 42 minutos del 10 de agosto de 1998) (sic)

A través de este proceso, los deudores pretenden superar la crisis económica mediante la restructuración integral de su empresa, a partir de un plan de salvamento que les permita, a través del tiempo, una recuperación de sus finanzas. Cabe destacar que dicha restructuración puede abarcar un cambio en los términos pactados en cada crédito y una posible modificación de dichas condiciones, por lo que los acreedores y su respectiva colaboración juegan un papel fundamental en el objeto del proceso.

Etapas y trámite del proceso:

Por medio de este apartado, se pretende desarrollar de manera genérica las principales etapas del proceso de administración y reorganización con intervención judicial, a efectos de entender sus diferentes fases y los efectos o repercusiones sobre aquellas personas que poseen algún vínculo jurídico-obligacional con el deudor.

- Fase inicial:

La legitimación activa para accionar la apertura de este proceso concursal la ostenta tanto el deudor envuelto en crisis como cualquier acreedor de dicha empresa.

En el supuesto de que la solicitud haya sido realizada por un acreedor, este deberá comprobar su condición mediante un título ejecutivo o documento privado, donde conste una obligación pecuniaria; en este último caso, quedará a criterio del juez considerar como verdaderas las firmas del deudor.

De manera conjunta, deberá presentar toda la prueba respectiva, mediante la cual se acrediten los supuestos del numeral 709 del Código de rito. Posteriormente, de conformidad con el Artículo 717 del Código Procesal Civil, el juez le brindará

audiencia por el plazo de 10 días a la parte demandada, el cual empezará a correr a partir de la notificación personal del proceso, para que responda lo siguiente:

- 1- Confesar el estado de crisis económica o financiera y, por ende, someterse al proceso de administración y reorganización con intervención judicial, para lo cual deberá cumplir con el numeral 713 del mismo cuerpo normativo.
- 2- Negar que exista crisis financiera o indicar que dicha dificultad económica es superable sin necesidad de someterse a dicho proceso preventivo. Para ambos casos, deberá aportar las pruebas que reafirmen lo dicho.
- 3- La última opción sería que el demandado realice el pago de las sumas de capital e intereses requeridos.

En el supuesto de que dicho proceso haya sido promovido por el propio deudor o que, dentro del plazo brindado en párrafo anterior, decida someterse a los beneficios de este proceso, dentro del escrito de solicitud respectivo, se deben indicar: los hechos que motivan la crisis económica y financiera y todas aquellas medidas necesarias para superarla y todas las personas físicas o jurídicas que formen parte del grupo de interés económico. Asimismo, deberá indicar si de alguna manera se ha beneficiado de algún procedimiento concursal preventivo o si ha sido declarado en quiebra o insolvente.

De manera conjunta con dicho escrito, y de conformidad con el numeral 713 ibídem, el deudor debe presentar las declaraciones tributarias y sus anexos, un balance real de la situación de la empresa y un estado de las ganancias y pérdidas.

Todos estos documentos deben corresponder a los últimos cuatro años, siempre y cuando sea posible. A su vez, el deudor debe aportar los libros contables y un listado de todos los activos y pasivos con los nombres, las calidades y el domicilio de cada uno de ellos.

Es importante resaltar que también resulta necesario presentar un plan de salvamento, requisito indispensable para la admisibilidad del proceso, el cual debe cumplir con los requisitos establecidos por el numeral 714 del Código Procesal Civil.

Al mismo tiempo, el deudor tiene la responsabilidad de informar a los acreedores sobre la interposición de dicho proceso concursal, ya sea por medio de correo certificado, telegrama o facsímil, con sus respectivos acuses de recibido. Estos documentos deben aportarse dentro de los cinco días siguientes de haber presentado el proceso de administración y reorganización con intervención judicial.

Previo a la resolución judicial sobre la admisibilidad o no de este proceso, deberá nombrarse a dos peritos: uno especialista en economía y otro en finanzas. Lo anterior tiene como objetivo que el primero rinda un informe sobre los efectos sociales perniciosos, los cuales pudieran ocasionar la desaparición de la empresa y el segundo, con el fin de determinar si la empresa se puede recuperar de la crisis financiera atravesada.

- Resolución sobre la admisibilidad o no del proceso:

Una vez superadas las etapas indicadas, el juez resolverá sobre la admisibilidad de dicho proceso concursal. En el supuesto de que el deudor cumpliera con todos los requisitos, se procederá a nombrar a un comité interventor que se dedique a asesorar al administrador de la empresa y fiscalizar la correcta aplicación del plan de salvamento.

Es relevante señalar que la persona u órgano encargado de la administración de la empresa tendrá limitado su accionar para los supuestos establecidos en el artículo 725 del Código Procesal Civil.

Dentro de esa misma resolución, se fijará la fecha cuando inició la crisis económica y se publicará un edicto en un diario de circulación nacional para que en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente de su publicación, se apersonen los acreedores a hacer valer sus derechos y realicen las observaciones que consideren pertinentes con respecto al plan de salvamento.

- **Efectos de la resolución que aprueba el proceso preventivo:**

La resolución inicial que declara admitido el proceso de administración y reorganización con intervención judicial produce efectos formales y sustantivos.

- **Efectos formales y sustantivos:**

Los efectos formales se encuentran contemplados por el numeral 723 del Código Procesal Civil, el cual reza así:

La resolución que declare válidamente presentada y admitida la solicitud del promoviente, provocará la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo.

Se exceptúan:

1. Aquellas en que hubiere remate ya debidamente notificado al solicitante.
2. Aquellas en que los bienes que se pretende vender o rematar no pertenezcan a la intervenida.
3. Las alimentarias.
4. Las laborales.
5. Aquellas en las que el bien le pertenezca al deudor, pero no sea indispensable para el funcionamiento normal de la empresa.

Dictada la resolución inicial, no podrá promoverse ningún otro procedimiento concursal, mientras no exista resolución firme que la rechace de plano. Las peticiones de quiebra o de concurso civil se suspenderán de pleno derecho si, en el momento de presentarlas, no se hubiere pronunciado la declaratoria respectiva.

Esta norma resulta fundamental para entender de qué manera se ven afectadas las ejecuciones planteadas por los acreedores en contra del deudor concursado, ya que establece los supuestos en que ese verán paralizadas, a efectos de procurar el salvamento de la empresa.

Se puede decir que, de la aplicación idónea de los efectos formales, depende en gran medida el éxito del proceso, ya que al impedirse por regla general cualquier tipo de ejecución, se protegen los bienes del concursado, los cuales resultan fundamentales para la continuidad operativa de la empresa.

Ahora bien, en el Artículo 724 *ibídem* se establecen los efectos materiales o sustantivos, dentro de los más destacados se pueden reseñar: la suspensión de pagos a los acreedores y el deber de cancelar únicamente aquellos contemplados en el plan de salvamento; reducción de las tasas de interés a una tasa legal; entre otros.

No obstante, es necesario aclarar que dichos efectos solamente tienen incidencia respecto a los acreedores existentes al interponer el proceso preventivo, tal y como se desprende del numeral 731 del Código de rito.

- **Situación de los acreedores:**

Tal y como lo establece el ordinal 727 del Código de rito, aquellos acreedores contemplados dentro de la lista de pasivos de la persona intervenida no tienen la obligación de legalizar sus créditos. *A contrario sensu*, en el caso de aquellos acreedores que no aparezcan dentro del listado de pasivos, deberán reclamar su derecho mediante la vía incidental, dentro del plazo contemplado en el inciso 8 del numeral 719 *ibídem*.

- **Plan de salvamento y conclusión del proceso:**

Con respecto al plan presentado por el deudor, este podrá ser objetado por cualquier acreedor dentro del plazo de 15 días después de publicar el edicto que declare admitido el proceso.

Una vez presentado el informe del interventor o habiendo transcurrido el emplazamiento otorgado a los acreedores (en caso de que el informe de interés se hubiera presentado antes del acaecimiento del plazo otorgado a los acreedores) o realizada la comparecencia o la prueba indicada en el párrafo anterior, dentro del

plazo de ocho días, el juez está en la obligación de resolver por el fondo lo relativo al plan de intervención y reorganización.

En el supuesto de ser aprobado, se debe aclarar qué puntos se autorizan y las modificaciones que se le hayan realizado. A su vez, el plan puede sufrir modificaciones durante su ejecución, si son estrictamente necesarias.

Los efectos del plan tendrán un plazo de aplicación de tres años, contados a partir de la resolución que aprueba el proceso. Dicho plazo se considera razonable para la recuperación de la empresa y queda a voluntad de los acreedores, mediante el voto de las tres cuartas partes de ellos, conceder un plazo mayor de duración.

Este proceso terminará de manera normal una vez que hubiese transcurrido el plazo del plan y se demuestre que la empresa ha superado la crisis económica y financiera (Artículo 738 ibídem).

Por otro lado, el proceso puede terminar de una manera anormal, según lo dispuesto en el numeral 740 del Código Procesal Civil, pudiéndose decretar la quiebra o el concurso civil, en caso de que se demuestre un incumplimiento del plan propuesto por el deudor, se obstaculice la fiscalización del cumplimiento del plan o que la crisis económica se torne insuperable.

2.2.3.2 Convenio preventivo

Este proceso concursal preventivo, al igual que el proceso antes desarrollado, tiene como objetivo evitar la liquidación de la persona que se encuentra en una situación económica compleja.

Sin embargo, el convenio preventivo dista en muchos aspectos de la administración y reorganización con intervención judicial, pues el primero solamente puede ser promovido por el deudor, excluyéndose de esta manera que lo promueva

algún acreedor; tampoco se entran a valorar los efectos sociales perniciosos que pudiera producir su liquidación.

Resulta oportuno mencionar, como dato estadístico, que de conformidad con la información reflejada por el Departamento de Planificación del Poder Judicial, se contabilizó en los juzgados civiles del país que el proceso de administración y reorganización con intervención judicial fue interpuesto en 1999 solo en cuatro ocasiones, en el 2000 existieron 10 procesos de este tipo, en el 2001 se contabilizaron ocho procesos y en el 2002 se observó otro descenso, ya que solamente se interpusieron cinco casos; posteriormente, del 2003 al 2006, solamente se interpuso un proceso por año y del 2007 al 2010, no se contabilizó ninguno proceso de dicha naturaleza³.

Por otro lado, en 2008 y 2009 se registraron un total de 13 procesos concernientes a convenios preventivos y en el 2010, se registró un total de 17 procesos de este tipo⁴.

Lo anterior refleja de manera clara que hasta hoy el Convenio Preventivo se convirtió en la opción más viable para los deudores, por un proceso más flexible en cuanto a los presupuestos establecidos por ley y ser menos oneroso.

Presupuesto subjetivo:

Este presupuesto se encuentra contemplado en el artículo 743 del Código Procesal Civil, del cual se extrae que cualquier deudor, sea persona física o jurídica, puede promover esta acción, sin importar el impacto social que origine la liquidación de dicha persona.

³Ver: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2010/index.htm

⁴Ver: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2010/index.htm

Presupuesto objetivo:

El único presupuesto objetivo requerido por la legislación es que el promovente se encuentre en una crisis económica y financiera momentánea, de la cual exista una posibilidad de recuperación a futuro.

Trámite del proceso:

- Requisitos de la solicitud y apertura:

El ordinal 744 del Código de rito establece de manera clara los siguientes requisitos de admisibilidad:

La solicitud deberá contener:

1. La exposición detallada de los hechos que motivan la crisis económica y financiera que afecta al deudor, el tipo de convenio que se propone y sus especificaciones.
2. Los documentos indicados en los incisos 1) y 2) del artículo 713.
3. Los documentos demostrativos de que se está en la situación prevista en el artículo 742, si el deudor ha sido sometido con anterioridad a un proceso concursal.

Aunado a los anteriores requisitos, el promovente del proceso tiene la obligación de cumplir con lo estipulado por el numeral 715 del cuerpo legal citado, en el cual se establece la obligación de comunicar de manera escrita a todos los acreedores con respecto a la interposición del citado proceso concursal.

En el supuesto de que la parte promovente del proceso no cumpla con los requisitos expuestos, se expone a que se declare la quiebra o el concurso civil, en caso de cumplirse los presupuestos legales establecidos para estos procesos.

Cumplidas las anteriores exigencias, el juez procederá a declarar admisible el proceso, para lo cual deberá nombrar a un curador específico y ordenará la publicación del edicto correspondiente en un diario de circulación nacional, mediante

el cual se emplazará a los acreedores del deudor para que en el plazo de 15 días se apersonen al proceso a legalizar sus créditos.

La Doctora Bresciani Quirós (2003) indica que existen diferentes formas de convenios preventivos:

- a) Puede ser un convenio dilatorio, esto es que el deudor proponga a sus acreedores pagar todo lo adeudado en un plazo determinado.
- b) Puede ser un convenio de cesión de bienes, o sea que el deudor entrega todos los bienes a los acreedores y ellos se lo reparten.
- c) Convenio de quita y espera, en el que se propone que se perdone parte de las deudas y que se conceda un plazo para pagar el resto.
- d) Convenio remisorio, que sería el perdón o remisión de una parte de las deudas y el pago inmediato de la otra. (pág. 61)

Tal y como se ha venido indicando, el convenio preventivo es un proceso flexible que le permite al deudor realizar diferentes propuestas en sus convenios.

Resulta importante mencionar que los diferentes tipos de convenio no son excluyentes entre sí, por lo que el deudor puede hacer uso de estos y efectuar propuestas mixtas, utilizando el beneficio que brinda cada tipo.

- **Efectos de la admisibilidad:**

Una vez admitido el convenio preventivo, solamente produce efectos formales, siendo iguales a los contemplados para el proceso de administración y reorganización con intervención judicial, los cuales se regulan en el Artículo 723 del Código de rito y se aplican al convenio preventivo por remisión expresa del numeral 747 del código citado.

Cabe destacar que en estos procesos no operan los efectos sustantivos, como sí sucede en la administración y reorganización con intervención judicial. La anterior afirmación se desprende del mismo ordinal 747 citado, donde se hace referencia a

los efectos que produce el convenio preventivo y remite de manera exclusiva al 723 ibídem.

- **Acreedores:**

Con respecto a los acreedores y el trámite respectivo a sus legalizaciones, el convenio preventivo se rige por las normas dispuestas para el concurso civil de acreedores, las cuales se encuentra reguladas de los artículos 771 al 775 del Código Procesal Civil y serán desarrolladas al abordar dicho proceso liquidatorio.

Las normas indicadas son de aplicación a este proceso preventivo por disposición expresa del numeral 748 del mismo Código.

- **Junta sobre la aprobación o rechazo del convenio preventivo:**

Una vez que el juzgado se pronuncie sobre los créditos legalizados, se procederá a señalar la hora y la fecha para llevar a cabo la junta de acreedores que conocerá sobre la aprobación o el rechazo del convenio preventivo propuestos por el deudor. Dicha convocatoria se realizará mediante un edicto, el cual deberá publicarse en el Boletín Judicial con ocho días de antelación a la fecha señalada.

Llegada la hora y fecha señaladas, se someterá a votación de los acreedores la aprobación o el rechazo de dicho convenio, en cuyo caso se tendrá por aprobado en el supuesto de que sea votado por una mayoría de acreedores, quienes representen los dos tercios de la totalidad de los créditos legalizados, tal y como lo dispone el Artículo 752 del Código Procesal Civil.

Asimismo, el convenio debe ser viable y apegado a la legalidad. Ahora bien, si el convenio preventivo no cumple con todos los requisitos mencionados, se decretará la quiebra o el concurso civil del deudor, cuando proceda.

- **Insubsistencia y resolución del convenio:**

El convenio preventivo durante su tramitación puede pasar a ser un proceso de quiebra o concurso civil. Un primer supuesto sería la declaratoria de insubsistencia contemplada en el ordinal 750 del Código Procesal Civil, producto de falsedad de la información o inviabilidad del convenio propuesto. También, es necesario resaltar que, en la fase de ejecución del convenio, éste puede ser declarado nulo o convenio resuelto, si llegasen a acontecer alguno de los supuestos reseñados en el artículo 756 del Código citado.

2.2.4 Procesos concursales liquidatorios:

Los procesos liquidatorios tienen como finalidad la liquidación y distribución de los activos del deudor concursado, tomando especial énfasis el principio de igualdad de los acreedores. Sobre esta misma línea, los autores Fassi y Gebhardt (1996) expresan:

Se subraya que el concurso, comercial o civil, produce sus efectos sobre todo el patrimonio del deudor y que esto es de la naturaleza de la concursabilidad. Se trata de que los acreedores participen proporcionalmente de los fondos que se obtengan en la liquidación del patrimonio afectado, salvo del derecho de los acreedores privilegiados de cobrarse preferentemente. (p.14)

2.2.4.1 Concurso civil de acreedores:

El concurso civil de acreedores es el proceso concursal liquidatorio contemplado para aquellas personas físicas no comerciantes y su regulación se encuentra dispersa dentro del Código Civil y el Código Procesal Civil.

Presupuesto subjetivo:

El presupuesto subjetivo de un concurso civil de acreedores es que el deudor sea una persona física o jurídica no comerciante, pues la quiebra se encuentra diseñada para quienes sean comerciantes.

Por otro lado, el presupuesto subjetivo de este proceso también contempla otros aspectos, uno de ellos se encuentra regulado en el párrafo inicial del numeral

760 del Código Procesal Civil, al mencionar: “A solicitud de cualquier acreedor que compruebe que existen dos o más ejecuciones pendientes contra su deudor, originadas en títulos y acreedores diferentes...”

De ahí se extrae la necesidad de que se demuestre la existencia de por lo menos dos acreedores, esto para justificar la apertura de dicho proceso concursal ante la existencia de una pluralidad de acreedores, pues de existir uno solo se debería recurrir a un proceso de ejecución individual.

En cuanto a este requisito, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia a través del Voto 776-2006 indicó:

Causas. A solicitud de cualquier acreedor que compruebe que existen dos o más ejecuciones pendientes contra su deudor, originadas en títulos y acreedores diferentes, la exigibilidad de su crédito con título ejecutivo y la insuficiencia de los bienes de aquél, se decretará la apertura del concurso, si el deudor, requerido al efecto por el juzgado, no pagara o no presentara dentro de tercero día bienes suficientes en qué practicar el embargo. (...) La comprobación de que existen dos o más ejecuciones no será necesaria si la apertura la piden dos o más acreedores. Igual declaratoria se hará a solicitud del deudor, quien deberá presentar un detalle de su activo y pasivo, o expresar las razones que le impidan hacerlo; y presentará también sus libros, si los llevare. (...) Cabe concluir, por lo dicho, que basta con la necesidad de que existan dos o más acreedores y créditos, distintos y exigibles. Que en el supuesto de pluralidad de créditos, más que de acreedores, la solicitud debe plantearla por lo menos un acreedor, provisto de título ejecutivo, siempre y cuando compruebe, que existen dos o más ejecuciones pendientes contra su deudor, originadas en títulos y acreedores diferentes, incluyendo la propia del solicitante y la de otro acreedor, con las demás características que prescribe la norma; comprobación que no es necesaria, en el caso de pluralidad de acreedores, esto es, cuando la apertura la piden varios acreedores (...)

De lo anterior se extrae que no basta con que un solo acreedor solicite la insolvencia, ya que se requiere que dicha solicitud sea presentada por dos con obligaciones dinerarias autónomas entre sí o, bien, que la solicitud sea presentada por un solo acreedor, debiendo demostrar la existencia de otra ejecución pendiente contra el deudor.

Presupuesto objetivo:

Como presupuesto objetivo, es necesario indicar que éste versa sobre la condición económica de insolvencia, esto quiere decir que el deudor posee una mayor cantidad de pasivos en comparación con sus activos, con lo cual se demuestra la insuficiencia patrimonial para responder a las obligaciones adquiridas, además de una inestabilidad financiera irreparable.

Dicha afirmación se desprende de lo dispuesto en el párrafo primero del numeral 886 del Código Civil, el cual reza así: “Siempre que por gestión de uno o varios acreedores se compruebe que los bienes del deudor son insuficientes para cubrir sus deudas, procede la declaratoria del concurso.”

Para concluir con los aspectos generales de los presupuestos subjetivos y objetivos del presente proceso liquidatorio, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, mediante el Voto 78-1991, hace referencia en cuanto a este tema:

Los requisitos subjetivos y objetivos, para que proceda declarar a una persona en estado de insolvencia, aparecen regulados en los artículos 886 y 887 del Código Civil y desarrollados en el numeral 575 del Código de Procedimientos Civiles, vigente cuando se promovió la presente acción, entre los cuales se incluyen el estado de insolvencia de la persona no comerciante y la necesidad de que existan dos o más acreedores y, por lo tanto, concurrentes.

Trámite del proceso:

Si la solicitud es realizada por un acreedor y la gestión se encuentra conforme a derecho, el juzgado realizará un requerimiento al deudor para que dentro del plazo de tres días proceda a pagar el monto requerido o, bien, presente bienes suficientes

para practicar un embargo sobre estos. Dentro del plazo indicado, el deudor podrá plantear los alegatos considerados oportunos.

Al unísono, dicha solicitud podrá ser realizada por el mismo deudor, en cuyo caso deberá aportar una lista detallada de sus activos y pasivos, así como sus libros en caso de tenerlos.

Posterior a todo esto, el juez procederá a declarar el concurso, cuya resolución dispondrá lo estipulado por el ordinal 768 del Código Procesal Civil, a saber: apertura del proceso, período de sospecha, nombramiento de curadores y notario, emplazamiento de dos meses a los acreedores para su respectiva legalización, mandamientos a entidades bancarias y al Registro Público, entre otras.

-Administración de los bienes:

Una vez declarado el concurso, el deudor pierde la facultad de administrar y disponer de sus bienes embargables, ya que dichas funciones van a ser desempeñadas por el curador propietario nombrado.

Por esto, el Código Civil establece, a partir del Artículo 900 y hasta el 920, todas aquellas circunstancias concernientes a la nulidad o anulabilidad de los actos y enajenaciones de bienes realizadas por el deudor. Como ejemplo de lo anterior, cabe resaltar que cualquier acto de disposición de bienes celebrado por el deudor dentro del período legal de insolvencia y que se hubiese efectuado de manera gratuita será considerado nulo; también será absolutamente nulo el pago de deudas no exigibles y la constitución de garantías otorgadas a partir de la insolvencia legal, solo por citar algunos ejemplos.

-Fuero de atracción:

La admisibilidad del proceso liquidatorio objeto de análisis produce la atracción al concurso de los procesos indicados en el artículo 767 del Código Procesal Civil, el cual reza así:

Serán atraídos por el concurso:

1) Los procesos ejecutivos establecidos contra el fallido, antes de la declaratoria de concurso, salvo los hipotecarios y prendarios en que haya señalamiento para remate.

2) Los procesos ordinarios y abreviados pendientes en primera instancia contra el fallido, que afectaren expresa y directamente bienes que estén o deban estar en el concurso.

3) Todos los procesos ordinarios y abreviados que se establezcan contra el concurso.

-Curador:

El ordinal 925 del Código Civil expresa de una manera muy clara la figura del curador dentro de un concurso civil y se establece que este representará judicial y extrajudicialmente al concurso. A su vez, administrará los bienes legalmente embargables. La norma continúa indicando que el curador también representa a los acreedores del concurso en lo que sea de interés de común.

De forma resumida, el curador ejerce una triple representación, ya que representa al concurso, al insolvente y a los acreedores en todos aquellos aspectos que interesen al concurso.

A su vez, todos los aspectos relativos a las obligaciones del curador y a la forma de administrar los bienes del concursado se regulan del Artículo 931 al 939 del Código Civil y del numeral 776 al 780 del Código Procesal Civil. Esto implica que el curador es el encargado de la custodia de los bienes, de llevar los libros contables del deudor, también debe presentar un informe de administración mensual y velar por el impulso procesal del concurso.

-Acreedores:

De manera inicial, resulta importante manifestar que a partir de la declaratoria de insolvencia dejan de correr los intereses corrientes o moratorios, causando a su vez el vencimiento de aquellas obligaciones que posea el fallido. No obstante, la

única excepción para lo descrito corresponde a los acreedores hipotecarios y prendarios, tal y como se observa en los numerales 916 y 917 del Código Civil.

Ahora bien, los acreedores que deseen gestionar el cobro de la deuda deben legalizar sus créditos dentro del concurso, exceptuando a los hipotecarios, prendarios, arrendadores, arrendatarios y aquellos reconocidos mediante sentencia judicial en firme. También se encuentran excluidos de legalizar todos aquellos acreedores separatistas contemplados en el ordinal 993 del Código Civil, en el cual se regula los acreedores con un privilegio sobre determinado bien, como el caso de acreedores hipotecarios, prendarios, fisco y aquellos con derecho de retención.

Los acreedores obligados a legalizar deberán realizarlo dentro del plazo concedido en la resolución que admite la apertura del proceso, este contará a partir del último día en que se publiquen los edictos de ley para dicho efecto.

Ahora bien, esto no significa que, una vez transcurrido el plazo para legalizar no, se puedan apersonar nuevos. Estos conservan el derecho de legalizar, pero tomarán el proceso en el estado donde se encuentre y se perderá cualquier privilegio que les hubiera correspondido.

Una vez transcurrido el plazo para legalizar, el ordinal 773 del cuerpo normativo indicado señala que el juzgado le solicitará al curador del proceso entregar, dentro del plazo de 15 días, un informe referente a todos los legalizantes, donde indique cuál deben de ser aceptados o no, en todo o en parte, con preferencia o sin ella. Valga mencionar que dicho informe no es vinculante para el juez al resolver por el fondo los créditos traídos a cobro.

Dicho informe se dará en audiencia a los acreedores por el plazo de ocho días, para que realicen alguna manifestación en caso de que así lo consideren. Ulterior a dicha audiencia, el juzgado procederá a resolver por el fondo los créditos legalizados.

Posterior a la firmeza de la sentencia que aprueba o rechaza los créditos, el curador tiene la obligación de presentar dentro del plazo máximo de 15 días, un

proyecto de distribución del dinero por pagar de manera proporcional a los acreedores.

Es importante aclarar que aquellos bienes que sean parte del haber concursal y que no sean dinero, deben ser valorados pericialmente para proceder posteriormente a su venta o remate.

Presentado el proyecto de distribución, este será puesto en conocimiento de los interesados y se señalará hora y fecha para llevar a cabo la junta de acreedores que lo conocerá, para lo cual se deberá publicar el edicto de ley respectivo (Artículo 792 del Código Procesal Civil).

Se ocupará de la concurrencia de al menos dos acreedores para realizar dicha junta y, para homologarse, deberá cumplirse con lo dispuesto en el numeral 946 del Código Civil, respecto a las mayorías de votos personales y de capital, según el monto adeudado a cada acreedor.

- **Convenio entre los acreedores y el deudor:**

Dentro de este proceso existe la posibilidad de que los acreedores tomen un acuerdo de manera conjunta con el deudor y todas las partes interesadas, para lo cual se deben seguir las normativas dispuestas a partir del numeral 796 al 801 del código de rito civil.

- **Conclusión del concurso civil de acreedores:**

Este proceso puede concluir en caso de que se presenten los presupuestos establecidos por los ordinales 802, 803 y 808 del Código Procesal Civil, ya sea por acuerdo de partes, realización de bienes o con la distribución final del producto.

2.2.4.2 Quiebra

La quiebra es el proceso concursal liquidatorio diseñado para aquellas personas físicas o jurídicas comerciantes que hayan entrado en un estado de

cesación de pagos. En este proceso, en contrario al otro proceso liquidatorio, no se analiza la solvencia del deudor, pues se basa en un sistema materialista, el cual será desarrollado al abordarse el presupuesto objetivo.

Presupuesto subjetivo:

En este proceso liquidatorio, se requiere que el deudor sea comerciante, sin importar si es una persona física o jurídica, por disposición expresa del ordinal 851 y 852 del Código de Comercio.

Ahora bien, para identificar cuáles personas ostentan la cualidad de comerciantes, se debe acudir al numeral 5 del Código de Comercio. Aunado a lo anterior, el artículo 898 del Código Civil refuerza lo descrito, al establecer que la insolvencia de personas no comerciantes se regirá por las reglas del Código de Comercio.

Presupuesto objetivo:

Como se indicó en los párrafos anteriores, para declarar la quiebra, es necesario que el deudor se encuentre ante una cesación de pagos, pues nuestro país sigue la corriente del sistema materialista, el cual no entra a valorar la cantidad de activos o de pasivos que posea la deudora, sino únicamente la falta de pago en una de sus obligaciones. De ahí que no sea necesario demostrar la falta de incumplimiento del deudor con respecto a dos o más obligaciones.

Para demostrar dicha cesación de pago, el acreedor debe probar dicha calidad a través de un título ejecutivo o un documento privado que, a juicio del juez, se encuentre firmado por el deudor.

Este presupuesto encuentra sustento jurídico en los artículos 852 y 860 del Código de Comercio.

La Sección Primera del Tribunal Segundo Civil de San José, mediante el Voto 391- 2009, desarrolla los presupuestos de la quiebra de la siguiente manera:

II.-

Para la procedencia de una declaratoria de quiebra se requiere el cumplimiento de dos presupuestos de fondo, uno subjetivo, que se trate de

una persona comerciante, ya sea física o jurídica o de un grupo de interés económico y de otro objetivo, que se refiere al estado de cesación de pagos en que se tiene que encontrar el deudor.- En Costa Rica y en lo que a este estado de refiere tenemos el sistema que se conoce como materialista, sea que basta con el incumplimiento de una sola obligación para que el deudor pueda ser declarado en estado de quiebra y por ende no se requiere que se hayan incumplido dos o más obligaciones, como sí ocurre en el concurso civil.- Con la solicitud de quiebra se debe acompañar el documento original en el que consta la obligación.- En cuanto al documento que puede servir de fundamento para declarar la quiebra, el artículo 860 del Código de Comercio señala que lo será: "...cualquiera de los títulos a los que las leyes les da el carácter de título ejecutivo. Un documento privado que no tenga el carácter de título ejecutivo servirá, sin embargo, de base a una declaratoria de quiebra, cuando a juicio del Juez la firma o firmas del obligado fueren auténticas."

Cabe resaltar que, en el sistema materialista, no se hace un análisis del patrimonio respecto al desequilibrio existente entre los activos y pasivos de un comerciante, sino que solamente se limita a determinar la existencia de un estado de cesación de pagos, prescindiéndose de un análisis de insolvencia, tal y como sucede en el Concurso Civil de Acreedores.

Trámite del proceso:

-Solicitud de quiebra:

La quiebra puede ser gestionada por un acreedor o por el propio deudor. En este último caso, el deudor debe acompañar la solicitud con los documentos prevenidos en el Artículo 854 del Código de Comercio. Ahora bien, es importante aclarar que si el deudor solicita su propia quiebra y se trata de una persona jurídica comerciante, el representante tiene la obligación de aportar el acuerdo en firme de los socios solicitándola. Una vez cumplidos dichos requisitos, el juez procederá a declarar la quiebra (artículo 855 ibídem).

En el caso de que la quiebra sea pretendida por un acreedor, este debe probar al menos un supuesto de los indicados en los incisos b), c), d), e), f), g) del numeral 851 del código de marras, por lo que puede recurrir a la demostración de un estado de cesación de pagos, una cesión total de bienes o el cierre del negocio, por citar algunos ejemplos.

El acreedor debe demostrar su condición, mediante un título ejecutivo donde conste una obligación líquida y deberá ser exigible en caso de que se alegue la cesación de pagos como presupuesto; también podrá aportar un documento privado que, a juicio del juez, haya sido firmado originalmente por el demandado y que posea una obligación dineraria consignada.

Si el proceso de quiebra interpuesto por el acreedor cumple con lo indicado en el párrafo anterior, el juez de manera inmediata procederá a realizar una prevención de pago al deudor.

Si bien la prevención de pago no se encuentra estipulada de manera expresa para el proceso de quiebra, es claro que tampoco se puede transgredir el debido proceso, de ahí que jurisprudencialmente se haya instaurado la práctica de prevenirle al deudor el pago de lo adeudado en el plazo de tres días, dentro del cual podrá oponer las excepciones consideradas oportunas, con sus respectivas pruebas.

Como muestra de lo anterior, se puede consultar lo resuelto a través del Voto 398-2010 de la Sección II del Tribunal Segundo Civil de San José, en el cual se indica que en dicho emplazamiento el deudor tiene amplias facultades de ejercer su derecho a la defensa mediante las excepciones contempladas en la normativa procesal vigente.

- **Declaratoria de quiebra:**

Una vez notificada de manera personal la prevención de pago al demandado y transcurrido el plazo otorgado, el juez procederá a resolver por el fondo la solicitud de quiebra.

En caso de declararse la quiebra, el artículo 863 del Código de Comercio establece los puntos que debe abarcar la sentencia, los cuales se deben complementar con los dispuestos en el ordinal 763 del código de rito civil, el cual se aplica por disposición expresa del artículo 863 del código mercantil. Esto quiere decir que se debe proceder a nombrar a un curador propietario, curador suplente, notario inventariador, así como expedir mandamientos de anotación de quiebra al Registro Nacional, a entidades bancarias y la publicación de edictos, entre otras.

En la sentencia también se debe establecer la fecha de cesación de pagos regulada en el artículo 868 del Código de Comercio, donde se establece que debe ser fijada a tres meses retroactivos desde que la solicitud estuviese arreglada conforme a derecho, prorrogable a un plazo de máximo de seis meses, de existir prueba que respalde lo anterior.

-Curador:

Dentro del proceso de quiebra, la figura del curador, también denominado síndico propietario, resulta fundamental, ya que es un auxiliar de la justicia en quien reside una triple representación, tal y como se explicó en el apartado correspondiente al Concurso Civil de Acreedores.

En lo que respecta a las normas que regulan la figura del curador dentro del proceso de quiebra, es necesario consultar el Capítulo segundo del Libro IV del Código de Comercio.

De lo anterior es importante resaltar el numeral 876 y 887 del cuerpo normativo indicado, en el cual se establecen todas las obligaciones del síndico propietario y las gestiones para las cuales requiere autorización expresa. Dentro de sus obligaciones se encuentra impulsar el proceso, asumir la administración y

custodia de los bienes y asumir los aspectos contables de la empresa. A su vez, el curador requiere de autorización para permitir la reivindicación de bienes reclamados por terceras personas y que tenga un valor superior a los 10 mil colones, continuar el negocio del quebrado, transigir bienes o vender bienes extrajudicialmente.

- **Acreedores:**

Una vez declarada la quiebra, la situación jurídica de cada uno de los acreedores cambia en relación con el deudor. Dicho tema se regula a lo largo del Capítulo tercero del Libro IV del Código de Comercio.

En primera instancia, cabe destacar que, a partir de la declaratoria de quiebra, dejan de correr los intereses corrientes o moratorios, causado a su vez el vencimiento de aquellas obligaciones que posea el fallido (artículo 885 del Código de Comercio), exceptuándose el caso de los acreedores hipotecarios y prendarios, según se deriva del ordinal 890 del Código Mercantil.

Para exigir el pago de lo adeudado, todos los acreedores deben legalizar dicho crédito, exceptuando los acreedores separatistas, quienes tienen la facultad de legalizar si así lo desean, ya sea renunciando o no a su privilegio (artículo 887 y 891 *ibídem*). También se encuentra excluidos de legalizar los contemplados en el párrafo primero del numeral 771 del Código Procesal Civil, el cual se aplica por remisión expresa del ordinal 818 del mismo cuerpo normativo. Aunado a lo anterior, aquellos acreedores hipotecarios y prendarios podrán interponer sus respectivos procesos de manera independiente al concurso, pero será tramitado por el juzgado que lleva la quiebra (Artículo 890 *ibídem*).

Ahora bien, todos los acreedores deben soportar los gastos que se originen a lo largo del proceso liquidatorio, sin embargo, aquellos acreedores con privilegio sobre determinado bien responderán proporcionalmente según les beneficie, tal y como lo dispone el canon 892 *ibídem*.

Al realizarse cualquier pago a los acreedores, estos se realizarán respetando el siguiente orden preferencial: créditos con privilegio sobre determinado bien, créditos de los trabajadores, créditos de los arrendadores y arrendatarios, créditos de

la masa y créditos comunes (artículo 886 ibídem). Dentro de esa misma idea, se debe indicar que serán considerados créditos de la masa los contemplados en el numeral 894 y 895 del Código de Comercio y, como privilegiados, los establecidos en el ordinal 901 del mismo cuerpo normativo.

En cuanto al trámite de legalización, aprobación o rechazo, se debe realizar el mismo trámite previsto para el concurso civil de acreedores y el convenio preventivo, por remisión expresa del numeral 818 del Código Procesal Civil. Aunado a lo anterior, en caso de que el acreedor sea comerciante, deberá cumplir con otros requisitos de admisibilidad establecidos en el ordinal 889 del Código de Comercio.

- **Realización del activo:**

Una vez constatado el activo y después de la firmeza de la resolución de fondo con respecto a los créditos, el juzgado deberá prevenirle al curador la presentación de un proyecto de distribución de los activos.

Una vez presentado, será puesto en conocimiento de las partes interesadas y se señalará hora y fecha para llevar a cabo la celebración de una junta de acreedores, en donde se someterá votación el proyecto de distribución.

A fin de ser aprobado, es necesario que se respeten las disposiciones contempladas en el ordinal 910 del Código de Comercio, cumpliéndose la mayoría de voto personal y capital requeridos.

- **Finalización del proceso:**

La jurista Bresciani Quirós (2003) manifiesta que la quiebra puede terminar de dos formas: "... cuando se cumplen todas las etapas del proceso, se llega a la liquidación, a la venta total de los activos y a la distribución entre los acreedores; y cuando se da un concordato, que es un acuerdo entre los acreedores y el deudor que tiene como fin concluir anticipadamente la quiebra." (pág. 147)

La normativa que regula la finalización del proceso de quiebra está estipulada en el Capítulo sexto del Código de Comercio. La finalización del proceso como producto de la realización del activo no requiere mayor explicación, sin embargo, como producto de un concordato, requiere de un mayor desarrollo. Ante este último supuesto, es necesario indicar que el concordato puede ser propuesto por el deudor o por un tercero y se encuentra limitado al resultado obtenido dentro del proceso penal de quiebra fraudulenta o culposa, ya que de esto depende el tipo de convenio que se pueda proponer.

Capítulo III. Metodología

3.1 Paradigma, enfoque metodológico y método seleccionado

Según explica el historiador Thomas Kuhn, al cual hizo referencia el autor Barrantes (2008), el paradigma es:

Una sólida red de compromisos conceptuales, teóricos, instrumentales y metodológicos. El paradigma incluye... un cuerpo implícito de creencias teóricas y metodológicas entrelazadas que permiten la selección, evaluación y crítica..., es la fuente de los métodos, problemas y normas de solución aceptados por cualquier comunidad científica. (p.55)

El mismo autor Barrantes (2008) concluye que el paradigma es: "...un esquema teórico, una vía de percepción y comprensión del mundo, que un grupo de científicos ha adoptado. Los miembros de estos grupos tienen un lenguaje, unos valores, unas metas, unas normas y unas creencias en común." (p.57)

Partiendo de los conocimientos adquiridos con respecto a los procesos concursales costarricenses, a la novedosa Ley de Garantías Mobiliarias y la vinculación de estas dos temáticas, de la cual se cuenta con poca información doctrinaria y jurisprudencial, la problemática planteada en la presente investigación debe ser desarrollada desde un paradigma naturalista de la investigación científica.

Este tipo de paradigma tiene como intención estudiar los significados de las acciones humanas y la vida social. A su vez, a lo largo de este proceso, existe una interacción entre el sujeto y el objeto, con el fin de construir el conocimiento, donde resulta necesario aceptar que la realidad es dinámica, múltiple y holística y que la finalidad de la investigación es comprender e interpretar la realidad del contexto existente. (Barrantes, 2008, pp. 60-61)

Por otro lado, habiendo ya definido el paradigma sobre el cual se desarrollará la presente investigación, es necesario indicar que el enfoque será cualitativo, ya que

a través de una rigurosa indagación, se pretende describir la problemática que envuelve la escasa regulación de los procesos concursales en cuanto a los acreedores con garantías mobiliarias.

El enfoque cualitativo postula una concepción fenomenológica, inductiva, poniendo énfasis en la profundidad sin que el análisis verse necesariamente sobre términos matemáticos, por lo que la recolección de datos puede efectuarse a través de entrevistas, observación del participante, biografías, estudio de casos, etc.

En conclusión, este enfoque ha sido desarrollado para la tarea de describir o generar teorías, tal y como lo expresa el autor Barrantes (2008, pp. 71-72).

En la presente investigación, los resultados se pretenden obtener mediante diferentes técnicas de recolección, como libros o revistas jurídicas a nivel nacional e internacional y un análisis normativo de la legislación nacional, para proceder a su interpretación, entrando en juego el aspecto subjetivo del suscrito investigador, a efectos de dar una respuesta a las diferentes interrogantes existentes.

En razón de lo anterior, el método por utilizar es la investigación-acción, la cual es definida por los autores Kemmis y Taggart, citados por Barrantes (2008), de la siguiente manera: “La investigación acción es una forma de búsqueda autorreflexiva, llevada a cabo por participantes sociales, para perfeccionar la lógica y la equidad de a) las propias prácticas sociales en las que se efectúan estas prácticas, b) comprensión de estas prácticas y c) las situaciones en las que se efectúan estas prácticas.” (p. 157)

Ahora bien, el autor Barrantes (2008) señala que existen tres modalidades básicas de la investigación-acción: 1) la participativa, 2) la cooperativa y 3) la acción. (p. 157)

Bajo dicha tesitura, y a efectos de ligar la presente investigación con los aspectos más relevantes de este método de investigación, se puede señalar que, desde la modalidad participativa y de la acción, existen la mayor cantidad de puntos de encuentro. Tal y como lo describe el citado autor, el aspecto participativo incumbe estudiar un problema que se origina en la propia comunidad o lugar de trabajo y el

objetivo final es la transformación estructural y el mejoramiento de la vida de los sujetos implicados. Por otro lado, desde un punto de vista de la acción, su propósito es profundizar en el entendimiento del problema y adoptar una postura teórica, según la cual la acción es comprendida para cambiar una situación. (Barrantes 2008, pp. 158-159)

Todos estos factores se encuentran presentes en la presente investigación, mediante la cual se estudia una problemática jurídica actual que incumbe a la materia mercantil y que se pretende que sirva como punto de partida para la discusión del tema y, de esta manera, externar una postura como posible solución a la problemática.

3.2. Descripción del contexto o sitio de estudio

La presente investigación tiene como sitio de estudio la República de Costa Rica, específicamente, su normativa jurídica en torno a la temática concursal y la Ley de Garantías Mobiliarias.

Para tales efectos, se centrará la investigación en el Código de Comercio, específicamente el Capítulo 12° del Libro II y los capítulos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto del Libro IV; Código Civil, en lo que respecta a los capítulos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del Título VII, también los apartados primero, segundo, tercero, cuarto y quinto del Título VIII; Código Procesal Civil con respecto a los capítulos primero, segundo y tercero del Título V y la Ley de Garantías Mobiliarias en su totalidad, por ser las normas jurídicas directas que abordan la problemática planteada.

Además de lo anterior, será importante el análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Segundo Civil de San José y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, por ser los tribunales de justicia de segunda y tercera instancia, que tiene reservado el conocimiento exclusivo de la materia concursal en el país.

Dentro de esta problemática, nos interesa valorar si existen precedentes judiciales con respecto a aplicar las garantías mobiliarias en el derecho concursal costarricense y analizar el material jurídico nacional, a efectos de dar una respuesta

a la problemática desarrollada, analizando elementos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales locales.

3.4 Características de los participantes y las fuentes de información

En razón de que la investigación se desarrollará partiendo de puntos correlacionales y analíticos, ante la necesidad de estudiar la diversidad de normas existentes en Costa Rica, para obtener una interpretación integral de la manera en que se complementan, no se requiere de sujetos que brinden información, por cuanto el desarrollo de la problemática es meramente conceptual.

3.5. Técnicas e instrumentos para la recolección de los datos

De conformidad con la metodología seleccionada para esta investigación y por la temática abordada, se arriba a la conclusión de que una de las técnicas de recolección de datos es la revisión documental, ya que por medio de esta se puede profundizar en el conocimiento del campo objeto de estudio.

De esta manera, se puede partir de los antecedentes analizados y abordados, para, acto seguido, utilizar como segunda técnica el análisis de contenido de la información obtenida y recolectada, a fin de deducir las posibles respuestas a la problemática.

Capítulo IV Análisis e interpretación de resultados

4.1. Procesos concursales y garantías mobiliarias: situación actual en el derecho costarricense

El presente apartado está dedicado a estudiar la forma en que deben ser tratados jurídicamente los acreedores con garantía mobiliaria desde las aristas de los procesos concursales preventivos y liquidatorios.

Es relevante especificar que este estudio se realiza partiendo de que la persona concursada coincida como deudor de la obligación garantizada con una garantía mobiliaria.

4.1.1 Garantías mobiliarias y garantía en los procesos concursales preventivos

Efectos formales y sustantivos

Para analizar las garantías mobiliarias desde la óptica de los procesos concursales preventivos, es necesario entrelazar los efectos que producen cada uno de estos procesos en relación con la normativa reguladora de las garantías mobiliarias.

En el caso del proceso administración y reorganización con intervención judicial, debemos remitirnos a los artículos 723 y 724 del Código Procesal Civil, que regulan los efectos formales y sustantivos producto de este proceso.

Por otro lado, para el proceso del convenio preventivo, solamente deben ser analizados los efectos formales tal y como lo dispone el numeral 747 del citado cuerpo normativo, el cual remite al cardinal 723 ibídem.

Cabe destacar que los efectos sustantivos dispuestos para el proceso de administración y reorganización con intervención judicial no son aplicables al convenio preventivo, por los motivos esgrimidos en capítulos anteriores.

Una vez dicho lo anterior, podemos entrar al estudio de los efectos formales, los cuales aplican de igual manera para los dos procesos preventivos, para lo cual resulta pertinente reseñar lo indicado por el numeral 723 ibídem, el cual establece:

La resolución que declare válidamente presentada y admitida la solicitud del promovente provocará la paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo.

Se exceptúan:

1. Aquellas en que hubiere remate ya debidamente notificado al solicitante.
2. Aquellas en que los bienes que se pretende vender o rematar no pertenezcan a la intervenida.
3. Las alimentarias.
4. Las laborales.
5. Aquellas en las que el bien le pertenezca al deudor, pero no sea indispensable para el funcionamiento normal de la empresa.

Dicho artículo resulta esencial y sobre éste gira uno de los mayores pilares de los procesos concursales preventivos y su posibilidad de éxito, ya que en este apartado se establece por regla general la paralización de cualquier tipo de ejecución, para dotar al deudor del tiempo necesario, a efectos de procurar su recuperación económica y, de esta manera, evitar una liquidación individual del patrimonio del deudor.

Sin embargo, como se observa del citado numeral, en ningún momento se aborda o se hace mención a los acreedores con garantías mobiliarias. Esto guarda un sentido lógico, toda vez que el Código Procesal Civil fue redactado mucho antes

de la Ley de Garantías Mobiliarias, por lo que resulta necesario acudir a mecanismos de interpretación e integración del derecho.

No obstante, el numeral 723 *ibídem* indica en su párrafo inicial que la apertura de un proceso preventivo provocará la paralización de “las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias **y de cualquier otro tipo**” (lo resaltado no corresponde a su original).

Es precisamente en esa última frase resaltada que se pueden ver inmersas las garantías mobiliarias, ya que, por ser un título ejecutorio, encaja perfectamente en el supuesto regulado.

Ahora bien, una vez zanjado lo anterior, hay que recordar que las garantías mobiliarias pueden ser ejecutadas judicial o extrajudicialmente. En caso de que sea una ejecución judicial, no existe mayor duda respecto a que se vería afectada una vez declarada la apertura del proceso; sin embargo, el tema no queda del todo claro en el supuesto de que la ejecución se hubiese pactado extrajudicialmente.

Es claro que los acreedores preferirán las ejecuciones extrajudiciales en el tanto no es necesario pasar por un proceso judicial tedioso y posiblemente prolongado para hacer valer sus derechos, por lo que aquellas les permiten ejecutar la garantía de una manera más expedita.

No obstante, el artículo 723 *ibídem* no hace distinción entre ejecuciones judiciales o extrajudiciales; más bien, aborda la temática de las ejecuciones de manera genérica, por lo que no habría necesidad de hacer una diferenciación que la ley no efectúa.

Además, si bien la ejecución extrajudicial se pacta de manera convencional entre las partes, esto no implica que sea un mecanismo legal que lo abstraiga de los procesos judiciales concursales. Efectuar dicha interpretación sería contra derecho, por desaplicar normas de orden público y carácter obligatorio y atentaría en contra del principio de universalidad subjetiva y de igualdad que priva en los procesos concursales, además de contra la finalidad de recuperación económica del sujeto envuelto en crisis, por lo que se perdería la instrumentalidad del ordinal 723 *ibídem*.

Siempre bajo esta misma línea de pensamiento, resulta importante recordar que, en la exposición de motivos de la Ley de Garantías Mobiliarias y acorde al principio undécimo de la ley modelo, se expresa:

(...) De manera excepcional, si los procedimientos corresponde a un concurso preventivo, los bienes dados en garantía pueden pasar a integrar la masa de la quiebra, sujetos a la jurisdicción exclusiva del tribunal de quiebra, a efectos de con firmar el perfeccionamiento de las garantías mobiliarias así como su prioridad con respecto a los reclamos de otros acreedores, de determinar el alcance y el valor de las garantías y, en última instancia, para decidir si los bienes garantizadores son esenciales para el éxito de un concurso preventivo preventivo que habrá de proteger las garantías mobiliarias válidas.

Ahora bien, dicha paralización también implica que, de manera subsecuente, se paralice cualquier acción de apropiación o reposesión, contemplado en el numeral 58 de la ley 9246.

Si bien el artículo 723 ibídem no hace referencia de manera explícita a dicho procedimiento especial, lo cierto es que las acciones de apropiación y reposesión son acciones derivadas del incumplimiento por parte del deudor y preparatorias de la etapa de ejecución. Por consecuente, si la ejecución se va a ver paralizada, no tendría sentido el trámite de reposesión o apropiación, aunque hubiese sido pactada la ejecución extrajudicial.

Esto debe ser interpretado de dicha manera, porque, de lo contrario, el acreedor garantizado podría apropiarse en calidad de depositario de los bienes dados en garantía, con lo cual podría afectarse la operatividad comercial de la empresa, poniendo en riesgo el éxito del proceso concursal preventivo.

Cabe destacar que, en un proceso concursal y en especial preventivo, el interés individual tiene que ceder ante el interés de la colectividad, por lo que dicho trámite de apropiación y reposesión no puede contrariar el principio de la conservación de la empresa y la finalidad de salvamente que pretenda dicho proceso

concurzal. De permitirse dichos trámites especiales, el proceso concursal perdería su razón de ser y el deudor se vería compelido a la voluntad unilateral de un acreedor.

Siempre bajo esta misma línea de pensamiento, hay que destacar que el efecto paralizador empieza a surtir efectos a partir de que se da la apertura del proceso concursal preventivo; por ende, la sola interposición del proceso no implica el comienzo de los efectos formales.

Esto quiere decir que la manera en que están regulados los efectos formales de los procesos concursales preventivos no es la más idónea, para procurar una debida protección al deudor concursado. Lo anterior, por cuanto es sabido que cada día es fundamental para el salvamento de la empresa, por lo que cuanto más pronto surtan sus efectos los procesos preventivos, mayor oportunidad de salvamento tendrá el deudor.

Esta oportunidad sería mayor en caso de que sus efectos iniciaran de manera automática a partir de la interposición del proceso y no una vez que el juzgado declare su apertura, ya que en ese ínterin pueden ocurrir diversos escenarios que pongan en riesgo la viabilidad del proceso concursal preventivo.

Por otro lado, que los procesos concursales preventivos paraliquen la ejecución judicial o extrajudicial de las garantías mobiliarias no implica que dicha regla general no presente sus excepciones. Estas excepciones están contempladas dentro del párrafo segundo del mismo artículo 723.

Ahora bien, otro elemento por tomar en cuenta respecto a las garantías mobiliarias es el cuestionamiento externado por el jurista Torrealba (2014), en torno al fenómeno de la cristalización de los bienes del deudor como producto de la ejecución de una garantía mobiliaria.

Sobre este particular expresa Torrealba (2014) que:

Desde el momento en que el acreedor garantizado comunica al deudor garante su decisión de ejecutar la garantía, se produce lo que en el Derecho inglés se conoce como la cristalización. A partir de ese momento, de conformidad con el artículo 15, inciso 1, queda suspendido –congelado-- el

derecho del constituyente a “usar, transformar, vender, permutar, constituir otras garantías mobiliarias, arrendar y efectuar cobros de cuentas por cobrar en relación con los bienes dados en garantía y sus bienes derivados o atribuibles en el curso normal de sus negocios”. Por si quedara alguna duda, el artículo 67 de la LGM reitera: “El derecho del deudor garante de vender o de transferir bienes en garantía en el curso normal de sus negocios queda suspendido desde el momento de inscripción del formulario de ejecución y el aviso de comunicación de éste al deudor garante. Dicha suspensión continuará hasta que la ejecución haya terminado, salvo que el acreedor garantizado autorice lo contrario. (pp. 134-135)

Este aspecto resulta sumamente gravoso para el deudor, ya que limitaría el derecho de disposición y uso de los bienes dados en garantía.

Para recrear dicho escenario podemos reflejarlo a través de diversos ejemplo, como el caso de la materia prima de una empresa o los productos objeto de venta dentro del giro normal de los negocios; en ambos supuestos, de limitarse el derecho de disposición sobre estos bienes, implicaría de manera automática un grave perjuicio en la economía de la empresa, ya que prácticamente se le estaría imposibilitando el desarrollo normal de su actividad económica.

Por ende, es el efecto de la cristalización de los bienes tampoco puede operar una vez declarada la apertura de los procesos concursales preventivos, bajo los mismos argumentos analíticos esbozados para el trámite de apropiación y reposición.

El efecto de la cristalización se da en respuesta de procurar la ejecución de los bienes y si esta última no se va a ver paralizada, no tiene sentido su aplicabilidad, ya que esta solo atendería con el salvamento de la empresa en crisis.

Lo expuesto va de la mano con el principio undécimo de la ley modelo, del cual se desprende que los bienes dados en garantía mobiliaria se verán afectados y formarán parte del proceso concursal en tesis de principio.

Por otra parte, también hay que señalar que el acreedor afectado con la paralización de la ejecución de la garantía mobiliaria se verá obligado a hacer valer sus derechos dentro del proceso concursal preventivo.

Para tales efectos, en caso de que sea un proceso de administración y reorganización con intervención judicial deberá apersonarse únicamente al proceso a reclamar su derecho o, bien, presentar un incidente en caso de que no esté contemplado en la lista de pasivos presentada por el deudor concursado (artículo 727 Código Procesal Civil). En el caso del convenio preventivo, se verá siempre ante la necesidad de someterse al trámite de legalización del crédito (artículo 748 Código Procesal Civil).

Por otro lado y de conformidad con la línea de pensamiento desarrollada, si bien la regla general es que declarada la apertura de los procesos concursales preventivos se produce la paralización de las ejecuciones de las garantías mobiliarias y sus efectos derivados, como el caso del trámite de reposición, apropiación y cristalización, también hay que resaltar que dicha regla tiene sus excepciones, y estas se encuentran contempladas en el párrafo segundo del ordinal 723 del Código Procesal Civil, el cual dice:

Se exceptúan:

1. Aquellas en que hubiere remate ya debidamente notificado al solicitante.
2. Aquellas en que los bienes que se pretende vender o rematar no pertenezcan a la intervenida.
3. Las alimentarias.
4. Las laborales.
5. Aquellas en las que el bien le pertenezca al deudor, pero no sea indispensable para el funcionamiento normal de la empresa.

Los incisos 3 y 4 del ordinal 723 por abordar temas ajenos no son objeto de estudio dentro de esta investigación, por lo que se procederá al estudio de los incisos 1, 2 y 5 del citado numeral.

Siempre bajo esta misma óptica, habría que estudiar el inciso 1 del ordinal 723 del Código de rito Civil. Este inciso indica que, si el deudor presentara un proceso preventivo, no podría pretender que se paralice la ejecución de la garantía mobiliaria, si ya existe el remate debidamente notificado al solicitante.

Aquí surge otro cuestionamiento, pues el mencionado inciso utiliza la palabra “solicitante”, originando la duda de si se refiere al acreedor fideicomisario, quien puede solicitar el remate del patrimonio fideicometido o si se refiere al deudor solicitante del proceso preventivo.

Se debe entender que el inciso 1 del numeral 723 del Código Procesal Civil hace mención a que no se paralizarán aquellas ejecuciones en las que el remate sea debidamente notificado al solicitante del proceso preventivo. Lo anterior parece lógico, pues de esta manera se trata de reducir la mala fe del deudor, evitando que la parte obligada abuse de los procesos concursales preventivos. De lo contrario, los deudores se aprovecharían de esta figura para paralizar el remate de los bienes después de ser notificados y atrasarlo de manera injustificada.

Sin embargo, los cuestionamientos que surgen con dicho inciso no finalizan ahí; en caso de que la ejecución se dé en la vía judicial, se puede interpretar que dicha notificación al deudor se refiere a la resolución judicial que fija hora y fecha para los tres remates.

No obstante, en el caso de que la ejecución sea extrajudicial, el tema de la determinación de dicho acto de notificación resulta más complejo, ya que la Ley no establece la obligación de notificarle al deudor la fecha en que se van a efectuar la venta de los bienes garante. Por ende, es necesario aplicar principios analógicos para determinar cuál acto de notificación tendría una identidad de razón en el procedimiento de ejecución extrajudicial.

Para el abordaje de dicho cuestionamiento, es necesario traer a colación el canon 57 de la Ley de Garantías Mobiliarias, el cual señala en lo que interesa:

(...) La persona designada para la ejecución extrajudicial deberá dar audiencia por cinco días hábiles al deudor garante, para que demuestre pago liberatorio con documentación idónea al efecto.

(...) En caso de no demostrarse el pago total en el plazo de cinco días, se procederá a la venta forzosa conforme a las reglas pactadas por las partes.

La persona designada para la ejecución deberá publicar un aviso de venta o remate en un diario de circulación nacional, que deberá indicar la hora, el lugar, la fecha del remate, una breve pero suficiente descripción de los bienes, la base del remate, los señalamientos y la base para los subsiguientes remates, y si el remate se hace libre o soportando gravámenes y anotaciones. (sic)

Así las cosas, no sería correcto asimilar la notificación a la que hace mención el inciso 1 del ordinal 723 del Código Procesal Civil con la prevención efectuada al deudor para que en el plazo de cinco días proceda al pago, ya que en dicha prevención de pago no existe señalamiento a remates.

Por ende, siendo que los señalamientos para el remate se efectúan de manera posterior a dicho emplazamiento, sería oportuno indicar que, una vez publicado el aviso de venta o remate en un diario de circulación nacional, empezaría a operar el supuesto establecido en el inciso 1 del numeral 723 ibídem, con lo cual no se vería paralizada la ejecución de la garantía mobiliaria. Esa misma circunstancia es necesaria adaptarla, en caso de que el deudor haya señalado un medio para recibir notificaciones durante la ejecución extrajudicial, en cuyo caso esta notificación tendría prioridad.

En lo que concierne al inciso 2) del numeral 723 del citado cuerpo normativo, se puede inferir que los bienes pertenecientes al deudor no se verían afectados, lo cual a simple entrada no representa una complejidad. Sin embargo, es necesario destacar dos supuestos que pueden presentar complicaciones en la aplicabilidad práctica de dicha norma, como es el caso de los fideicomisos de garantía y el contrato de *leasing* financiero.

En el caso del fideicomiso de garantía, es necesario recordar que constituye un patrimonio autónomo, tal y como lo indica el jurista Boretto (2005), quien manifiesta:

El objetivo del legislador al desvincular el patrimonio fideicometido- con un sistema de administración y de responsabilidad autónomos- de las vicisitudes que pueden producirse en el peculio personal del fiduciante y del fiduciario, fue evitar que se frustrara el cumplimiento del fin determinado al cual estaban afectados los bienes transferidos en fideicomiso. (pág. 42)

El jurista Ton (2008) opina sobre los bienes fideicometidos: “Este patrimonio si bien figura en cabeza de una persona (fiduciario) en realidad no integra su activo, no puede ser agredido por sus acreedores, ni queda sujeto al proceso concursal mismo.” (pág. 187)

Por otro lado, el contrato de *leasing* operativo es explicado por el autor Monge (2014) de la siguiente manera:

Así entonces, en el leasing financiero, la sociedad leasing adquiere el dominio o titularidad del bien confiriendo al usuario o dador su uso a cambio del pago de un canon comúnmente mensual y a determinado plazo, y que comprende no solo la inversión de compra efectuada sino, los cargos financieros y utilidades del financista. (sic) (p.517)

En ambos supuestos reseñados, resulta evidente que el bien no le pertenece al deudor concursado, ya que en el supuesto del fideicomiso de garantía se conforma un patrimonio autónomo y, en el supuesto del *leasing* financiero, el bien es propiedad del dador. No obstante, también es necesario resaltar que, en la mayoría de los casos, los bienes fideicometidos y los dados en *leasing* resultan esenciales para la operatividad de la empresa.

Ante dicha disyuntiva, es necesario destacar que resulta inaplicable el inciso 2 del artículo 723 *ibídem*, por cuanto ninguno de dichos bienes le pertenece técnicamente al deudor concursado, por lo que la ejecución de dichas garantías

mobiliarias no podría ser afectada por los efectos formales de los procesos concursales preventivos.

Por ende, si se deseara paralizar su ejecución, sería necesario acudir a otros mecanismos concursales, como el caso del dictado de medidas cautelares que pretendan la paralización de dichas ejecuciones, lo cual quedaría a valoración del juez según cada caso en concreto.

Por otro lado, se encuentra el inciso 5 del artículo 723 ibídem, el cual indica que no procede la paralización de la ejecución de aquellos bienes que no sean necesarios para el funcionamiento normal del promovente. Esta norma va acorde con el párrafo final del principio undécimo, concerniente a la Ley Modelo de las Garantías Mobiliarias, citado dentro del Capítulo II. Consecuentemente, si los bienes muebles dados en garantía mobiliaria no afectan o inciden de manera sustancial en el salvamento de la empresa, no existe necesidad alguna de paralizar su ejecución.

También se encuentran los efectos sustantivos contemplados en el artículo 724 del Código Procesal Civil. Dichos efectos sólo rigen para el proceso de administración y reorganización con intervención judicial, el cual no es de aplicación para el convenio preventivo, valga decir como este último proceso no posee ninguna norma o que contemple dichos efectos.

Ahora bien, dentro del citado numeral, se regulan los efectos sustantivos producidos en los contratos y las obligaciones que haya suscrito el concursado, sin embargo, de sus incisos no se extrae ninguno relacionado directa o indirectamente con las garantías mobiliarias, exceptuando el inciso número 3) del numeral 724 ibídem, el cual establece que la apertura del procedimiento producirá la suspensión de pagos establecida en el proyecto del plan presentado y que se reducirán los intereses convencionales a una tasa de interés legal.

4.1.2 Garantías mobiliarias en los procesos concursales liquidatorios

Efectos formales y sustantivos

Es importante recordar que el objeto de la quiebra y del concurso civil de acreedores es la liquidación total de todos los activos embargables del quebrado o insolvente, por lo que no existe un fin preventivo.

Sin embargo, al igual que en los procesos preventivos, no existe norma alguna dentro de los procesos liquidatorios que regule el tratamiento jurídico de los acreedores con garantía mobiliaria.

No obstante, para empezar el abordaje de esta temática, es fundamental citar nuevamente el párrafo inicial del principio undécimo de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias, el cual reza así:

En la medida de lo posible- y hasta el momento en que rija un sistema moderno en materia de quiebras que proteja en forma adecuada los derechos de los acreedores y deudores- la garantía mobiliaria perfeccionada no deberá formar parte de los procedimientos de quiebra, y las leyes relativas a quiebra o a otras ramas del derecho no habrán de convertirse en un vehículo para retrasar, evitar y evadir el pago de las obligaciones garantizadas.

Dicho principio servirá como eje transversal para entender la ideología de las leyes objeto de estudio.

Ahora bien, de manera inicial, sería conveniente efectuar una analogía entre las garantías mobiliarias y los acreedores prendarios. Hay que recordar que, inclusive antes de la promulgación de la Ley 9246, existían muchas prendas que después pasaron a ser garantías mobiliarias. Así lo establece el artículo 78 de la Ley de Garantías Mobiliarias, la cual indica:

La presente ley aplica para todas las garantías mobiliarias, aun para aquellas que hayan sido constituidas previamente a la entrada en vigencia de esta ley, salvo las que se constituyan sobre los bienes descritos en el inciso 2) del artículo 4 de esta ley. Una garantía mobiliaria que haya sido debidamente constituida y sea efectiva según la legislación anterior a la entrada en vigencia de esta ley, continuará siendo efectiva y mantendrá su prelación bajo esta ley hasta por el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta ley, sin necesidad de estar inscrita en el Sistema de Garantías Mobiliarias. Si dichas garantías se inscriben en el Sistema de Garantías Mobiliarias dentro de dicho plazo de tres meses, la inscripción no generará costo alguno. Al vencimiento de dicho plazo de tres meses, esas garantías mobiliarias mantendrán su prelación solamente si cumplen los requisitos de constitución y publicidad establecidos en la presente ley. Transcurrido dicho plazo, las garantías mobiliarias serán efectivas y se establecerá su prelación a partir de la fecha en que se cumplan los requisitos de constitución y publicidad establecidos en la presente ley. Para efecto de la prelación establecida en la presente ley, las prendas que se encuentren debidamente otorgadas en documento privado y que no hayan sido presentadas al Registro Público, antes de la entrada en vigencia de esta ley, podrán ser inscritas en el Registro de Bienes Muebles, siempre y cuando se presenten dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia, con la respectiva razón de fecha cierta notarial consignada al documento dentro de ese mismo término. (sic)

Efectuar dicha aplicación analógica resulta conforme a derecho, ya que resguarda la identidad de derechos para aquellas prendas que sufrieron una transformación como producto de las garantías mobiliarias.

Ahora bien, al efectuarse un estudio de la normativa jurídica que vincule de manera directa los procesos concursales y las garantías mobiliarias, solamente encontraremos lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 9246, la cual dice así:

La prelación de la garantía mobiliaria publicitada es superior a la de una sentencia judicial sobre los mismos bienes dados en garantía que carezca de publicidad o cuya fecha de registro sea posterior a la de la garantía mobiliaria. Lo mismo se aplica a los gravámenes administrativos y a otras relaciones no contractuales publicitadas posteriormente. **En el caso de procesos concursales, la prelación de los acreedores singularmente privilegiados se establece conforme a la normativa especial sobre la materia concursal.** (La negrita no corresponde al original)

Del anterior artículo se desprende que el acreedor que posea una garantía mobiliaria a su favor es un acreedor singularmente privilegiado y su prelación se regirá por las normas dispuestas dentro de los procesos concursales.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por un “acreedor singularmente privilegiado”? A efectos de responder dicha interrogante, es necesario aclarar que dentro de los procesos concursales, existen diversos acreedores con distintos privilegios, por citar un ejemplo: la mayoría de instituciones estatales, como la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) (artículo 53 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social), son consideradas acreedoras con privilegio sobre los créditos comunes. También se cuenta con acreedores con privilegio sobre determinado bien, como en el caso de los hipotecarios o prendarios, entre otros señalados en el numeral 901 del Código de Comercio.

Bajo dicha premisa, queda claro que la terminología utilizada por el numeral 50 ibídem respecto a “acreedores singularmente privilegiados” no resulta del todo precisa o clara. Sin embargo, por analogía, se debe entender que los acreedores con garantías mobiliarias deben ser equiparados por identidad de razón con la prenda tradicional. Lo anterior significa que los acreedores con garantías mobiliarias a su favor deben ser clasificados dentro de la categoría de créditos con privilegio sobre determinado bien (artículos 886 del código mercantil) y esto implica interpretar, que los supuestos señalados en el ordinal 901 ibídem son *numerus apertus* y no *clausus*.

Con base en dicho tópico, se procederán a desarrollar las principales normas regulatorias en torno a los acreedores prendarios, dentro de los procesos

concursoales liquidatorios, que resultan aplicables o de interés para los acreedores con garantía mobiliaria.

En primera instancia, la declaratoria de quiebra o insolvencia produce efectos similares con respecto a los acreedores. Tanto el ordinal 885 del Código de Comercio para la quiebra como el artículo 917 del Código Civil para el concurso civil de acreedores disponen que, una vez declarada la quiebra o la insolvencia, se produce el vencimiento de todas las deudas, exceptuando el caso de la hipoteca y la prenda, con el objeto de que concurran los acreedores del deudor a reclamar sus derechos dentro del proceso concursal y no de manera individual.

Artículo 885 ibídem: “La declaratoria de quiebra (...) produce el vencimiento y exigibilidad de todas las obligaciones del deudor...”.

Artículo 917 ibídem: “En virtud de la declaratoria de insolvencia, se tienen por vencidas todas las deudas pasivas del insolvente. Cuando los acreedores hipotecarios o pignoratícios quisieren aprovecharse del vencimiento del plazo por el hecho del concurso, no podrán cobrar fuera de éste.”

En párrafos anteriores, se afirmó que todas las deudas se tienen por vencidas, con excepciones de la hipoteca y la prenda, para llegar a dicha deducción en la quiebra, se deben concatenar los artículos 885 y 891 del Código de Comercio, mientras que en el concurso civil de acreedores, se encuentra establecido de una manera más clara en el numeral 917 ibídem. Este instituto tendría que ser aplicado de igual manera para los acreedores con garantía mobiliaria a su favor.

Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que los acreedores prendarios no tienen la obligación legal de legalizar, sin embargo, si lo desean pueden someterse a dicho trámite en caso de que lo consideren conveniente. Esto ocurre por cuanto los acreedores con garantías reales son considerados con privilegio sobre determinado bien y, por ende, separatistas.

Lo anterior implica que dichos acreedores pueden presentar el proceso de ejecución de manera separada e independiente a los procesos concursales

liquidatorios; no obstante, se debe destacar que ambos procesos serían tramitados por el juzgado que conoce del concurso liquidatorio.

Lo anterior se extrae de los artículos 771 del Código Procesal Civil, 993 del Código Civil y 887, 888, 890,891 y 901 del Código de Comercio. Por ende, si la Ley 9246 cataloga a los acreedores con garantía mobiliaria como con singular privilegio dentro del concurso, estos tienen que recibir igual tratamiento.

Asimismo, se destaca que el acreedor con garantía real a su favor también tiene la posibilidad de ejecutar su garantía de manera extrajudicial; siempre que haya sido pactado de esta manera por las partes.

No obstante, resulta importante destacar que si bien el acreedor no se encuentra obligado a legalizar, dicha situación se modifica en caso de que exista un saldo en descubierto producto de dicha ejecución extrajudicial.

Bajo este escenario, el acreedor prendario debe someterse al trámite de legalización ordinario, para lo cual se utilizaría como documento base una certificación emitida por contador público, la cual tendrá carácter de título ejecutivo de conformidad con el artículo 72 inciso h) de la ley 9246. Asimismo, dicho crédito, en caso de ser aprobado, debería serlo como un crédito común o quirografario, por cuanto su privilegio versaba exclusivamente sobre los bienes ya rematados.

A su vez, hay que destacar que, si un acreedor con garantía mobiliaria desea solicitar la quiebra de su deudor, deberá agotar la vía de ejecución individual previamente. En caso de cumplirse con lo anterior, podrá solicitar la declaratoria de quiebra, con la particularidad de emitirse una prevención de pago o presentación de bienes en contra del deudor, tal y como es exigidos para el acreedor prendario, según lo dispuesto en el ordinal 861 del Código de Comercio.

Otro instituto importante es la figura del fuero atracción regulada en el numeral 767 del actual Código Civil, en el inciso primero de dicho numeral se establece que los procesos ejecutivos establecidos contra el fallido, antes de la declaratoria de concurso, serán atraídos al concurso, excepto que el proceso consista en una ejecución hipotecaria o prendario con remate señalado. Lo dispuesto en dicho inciso

en relación con la ejecución prendaria resultaría aplicable de igual manera al proceso judicial de ejecución mobiliaria.

Sobre este mismo tema, cabe cuestionarse si el fuero de atracción también resulta aplicable para aquellos casos de ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria. Se debe recordar que el fuero de atracción es una norma diseñada desde un punto de vista procesal, para determinar el juzgado competente que conocerá del trámite de las ejecuciones interpuestas anteriormente en contra del deudor. Por ende, dicha norma tiene un sentido práctico ante la existencia de procesos judiciales, sin embargo, pierde su finalidad en caso de ejecuciones extrajudiciales, por lo que no resulta aplicable el fuero de atracción para ese caso en concreto.

Ahora bien, con respecto al procedimiento para el remate de los bienes muebles dados en garantía, éste también sufre ciertas modificaciones, por cuanto no se efectúa con las bases pactadas por las partes o el monto que indique el acreedor en el formulario de ejecución. Así se desprende del ordinal 890 del Código de Comercio, donde se establece que los bienes prendados serán rematados con base en el avalúo fijado por un perito. Esta norma tiene un sentido lógico, por cuanto el legislador pretende que el bien sea liquidado por un precio real, para obtener la mayor cantidad de dinero posible, a efectos de que no solamente se sufraguen las deudas del acreedor privilegiado, sino que también existan posibilidades de un remanente, para su posterior distribución entre los demás acreedores.

Con base en dicha norma, resulta oportuno señalar que si bien la declaratoria de concurso o quiebra no restringe la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, sí es necesario que se ajuste a ciertos parámetros dispuestos para los procesos concursales, por lo que dicha subasta o venta extrajudicial se debe efectuar con base en el monto fijado por un perito, sin importar el acuerdo suscrito por las partes.

Efectuar una interpretación contraria implicaría perjuicios a la masa de acreedores, prevaleciendo el interés individual sobre el interés colectivo, lo que conculcaría la ideología de los procesos concursales.

En caso de ejecutarse extrajudicialmente la garantía y partiendo del supuesto de que exista un remanente a favor del deudor, el fiduciario o el notario encargado de ejecutar la garantía debe proceder al depósito de dicha suma de dinero en la cuenta automatizada del proceso concursal, ya que el deudor perdió la capacidad de administrar los bienes embargables. Precisamente, en estos casos resulta fundamental el rol del síndico propietario, a efectos de que supervise este tipo de ejecuciones y sus incidencias en el concurso.

Por último, resta un tema de suma importancia, que presenta grandes cuestionamientos: el grado de prelación de los créditos. Para tales efectos, es importante destacar el artículo 49 de la Ley 9246, la cual dice así:

Artículo 49.- La prelación de una garantía mobiliaria, incluyendo la de sus bienes derivados o atribuibles, constituida de conformidad con esta ley, así como los gravámenes judiciales y gravámenes administrativos, se determina por el momento de su publicidad, la cual puede preceder al otorgamiento del contrato de garantía. La garantía mobiliaria que se haya publicitado tiene prelación sobre aquella garantía no publicitada. Si la garantía mobiliaria no se publicitó, su prelación contra otros acreedores garantizados con garantías mobiliarias no publicitadas será determinada por la fecha cierta de celebración del contrato de garantía.

Se exceptúa de esta disposición los derechos de crédito especiales de los trabajadores y los derechos a pensiones alimentarias

Como aspecto innovador, se destaca que la Ley 9246 sobrepone a los acreedores alimentarios y trabajadores, por encima del acreedor con garantía mobiliaria. Esto implica todo un cambio paradigmático y, para retratarlo, hay que transcribir el ordinal 886 del Código de Comercio, el cual indica: “Para el reconocimiento y el pago, los créditos se clasifican así: crédito con privilegio sobre determinado bien, créditos de los trabajadores, créditos de los arrendadores y arrendatarios, créditos de la masa y créditos comunes.”

Este mismo orden de prelación se aplica analógicamente al concurso civil de acreedores, en relación con el numeral 993 del Código Civil. A su vez, se aplica

analógicamente para los procesos concursales preventivos, por no existir norma expresa en dicho sentido dentro del marco regulatorio del proceso de administración y reorganización con intervención judicial y del convenio preventivo.

Así las cosas, cabe destacar que existe un conflicto jurídico, ya que al inicio de este apartado se indicó que era necesario equiparar las garantías mobiliarias al acreedor prendario; no obstante, toda regla tiene su excepción, como este caso en concreto.

Para entender de una mejor manera la prelación de créditos dentro del proceso concursal y las reformas que plantea la Ley de Garantías Mobiliarias, el autor Torrealba (2014) manifiesta:

(...) La pregunta es: ¿Priman, los privilegios legales generales de acreedores alimentarios y laborales, sobre la garantía mobiliaria? La letra del artículo 49 *in fine* apunta en sentido afirmativo. Esta excepción no se encuentra en la Ley Modelo de la OEA. En el sistema vigente antes de la LGM, los privilegios generales de acreedores alimentarios y laborales ceden ante los privilegios especiales del acreedor pignoraticio y del acreedor hipotecario. En efecto, los artículos 993 del *Código Civil* – en materia de concursos de acreedores—y 901 del *Código de Comercio* –en materia de quiebras--estatuyen una escala descendente, iniciando con los siguientes privilegios *especiales*, de origen legal y contractual: 1. El privilegio especial del Fisco y los Municipios, respecto del valor de las cosas sujetas a los respectivos impuestos; 2. El privilegio especial del acreedor hipotecario, sobre el valor de la cosa hipotecada; 3. El privilegio especial de acreedor pignoraticio, sobre el precio de la cosa dada en prenda; 4. El privilegio especial del retenedor, sobre el valor de la cosa retenida; y 5. El privilegio especial del arrendador de finca rústica o urbana, sobre el valor de los frutos y los bienes muebles inmovilizados por destino (literalmente, en el art. 993 del *Código Civil*, “sobre el valor de todos los objetos con que el arrendatario la haya provisto”). (sic) (p.131)

Sobre esta misma temática, continúa expresando el autor Torrealba (2014):

Hay consenso general en que el derecho real *in re aliena* de los acreedores prendarios o hipotecarios es, como acreedores separatistas, inmune a reclamos de acreedores laborales o alimentarios. Salvo que existan otros privilegios especiales (*v.gr.*, impuestos, contribuciones a gastos del concurso, gastos y honorarios de ejecución) u otros gravámenes de grado superior, el acreedor hipotecario o prendario tiene un derecho indiscutible a ser pagado con preferencia.

Salvo que se ensayara, ya en el plano gramatical o exegético, alguna interpretación distinta a la que parece indicar su literalidad, parece claro que la prelación la garantía publicitada es inoponible a los acreedores alimentarios y laborales. Si es esa la interpretación prevaleciente, parece que la LGM introdujo un riesgo transaccional imposible de conjurar.

En el plano axiológico, la rivalidad entre los créditos alimentarios y laborales, por un lado, y los créditos con privilegio real, por otro, es un problema complejo. Los créditos alimentarios y laborales entrañan la realización de valores primarios: vida, techo, salud, alimentación de los acreedores. Son una cuestión de subsistencia. Por otra parte, los acreedores garantizados reclaman seguridad jurídica. No vaya a ser que, por decisiones del deudor garante, se vaya a frustrar la expectativa del acreedor garantizado, de asegurarse el pago preferencial accediendo a la reserva de valor representada por los bienes recibidos como garantía. (sic) (pp. 132- 133)

El señor Torrealba expresa muy bien la problemática: por un lado, son derechos personales *versus* de garantía real; por el otro, constituye un choque entre valores supremos con énfasis sociales *versus* la seguridad jurídica y la estabilidad económica del mercado.

Sin embargo, lo planteado carece de interés, por cuanto el artículo 49 *ibidem* es claro al indicar la prelación de los acreedores alimentarios y trabajadores por encima de las garantías mobiliarias, por lo que es una decisión legislativa que debe ser cumplida y acatada.

En tal inteligencia, es necesario indicar que el orden de prelación con respecto a las garantías mobiliarias dentro de los procesos concursales liquidatorios y preventivos, tiene que guardar relación y respetar la disposición del numeral 49 ibídem, por cuanto la Ley 9246 es una norma posterior que regula de manera diferenciada y especial dicho supuesto.

Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones

5.1 Conclusiones

Resulta evidente que existen grandes lagunas jurídicas con respecto al tratamiento jurídico de las garantías mobiliarias en el derecho concursal costarricense, lo cual produce una inseguridad jurídica. Lo anterior se acrecienta en el caso de las garantías mobiliarias, por cuanto estas últimas plantean cambios en la estructura tradicional de los derechos reales de garantía, representando una nueva generación de garantías.

De momento, no queda más que ejercer una ardua labor interpretativa a efectos de sistematizar la normativa concursal y los cambios que presenta la Ley de Garantías Mobiliarias. Para tales efectos, resulta vital efectuar dicho análisis partiendo de la ideología que representan las dos grandes ramas del derecho concursal, como en el caso de los procesos preventivos y, por otro lado, los procesos liquidatorios, tomando en cuenta los principios promulgados con la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias.

En caso de encontrarnos en el escenario de un proceso preventivo, es necesario prestar especial cuidado a los efectos formales que produce la apertura del proceso (artículo 723 del Código Procesal Civil) y extender sus efectos de paralización tanto a ejecuciones judiciales como extrajudiciales, y a todas las demás gestiones ligadas a la ejecución, como en el caso de los trámites de apropiación, reposición y cristalización de los bienes del deudor, como producto de la ejecución.

Cabe destacar que el pacto de ejecución extrajudicial de la garantía no implica una abstracción del proceso concursal preventivo

Dicha paralización resulta fundamental, toda vez que, en caso contrario, se pondría en riesgo el salvamento de la empresa o superación económica del deudor. No obstante, hay que destacar que existen excepciones contempladas en los incisos 1, 2 y 5 del artículo 723 del Código de rito Civil.

En lo que respecta a paralizar las ejecuciones con remate debidamente notificado al solicitante, se debe interpretar que dicha norma se refiere a la notificación del deudor concursado y que, en caso de que se exista una ejecución extrajudicial, dicha notificación debe ajustarse a la publicación del aviso de las subastas o de venta o, bien, al medio señalado contractualmente por el deudor para recibir notificaciones, en caso de que así lo hubiese pactado.

Con respecto a la paralización de la ejecución mobiliarias de bienes no pertenecientes al deudor, resulta fundamental destacar que existen casos como el fideicomiso de garantía sobre bienes muebles o el *leasing* financiero, catalogados por la Ley como garantías mobiliarias y que presentan la complejidad de que dichos bienes le pertenecen a un tercero, a pesar de que se encuentren en uso por el deudor concursado.

Ante tales supuestos, por aspectos técnicos y por no ser propiedad del deudor, no aplica la paralización contemplada en el numeral 723 del Código Procesal Civil, por lo que es viable valorar la interposición de medidas cautelares que sirvan como instrumento para superar la crisis económica pretendida por el proceso concursal preventivo.

En lo que concierne al inciso quinto del ordinal 723 citado, resulta esencial determinar a lo largo del proceso si los bienes dados en garantía mobiliaria resultan esenciales para el éxito del proceso y salvamento de la empresa, caso contrario, no existiría ningún interés en paralizar dicho proceso.

Asimismo, cabe reseñar que los efectos sustantivos contemplados en el artículo 724 del Código adjetivo Civil solamente son aplicables a las garantías mobiliarias inmersas dentro de un proceso de administración y reorganización con intervención judicial.

Al mismo tiempo, se arriba a la conclusión de que los acreedores con garantías mobiliarias a su favor y que se vean afectados por el proceso deben apersonarse al proceso de administración y reorganización con intervención judicial y reclamar sus derechos, de conformidad con lo establecido en el artículo 727 del

Código Procesal Civil. Solo en el caso de que no esté contemplado en la lista de pasivos presentado por el deudor, tendrá que proceder a la interposición del proceso incidental.

Por otro lado, en los convenios preventivos, los acreedores con garantía mobiliaria a su favor y que se vean afectados por el proceso deberán apersonarse a este último y reclamar sus derechos mediante el trámite de legalización, según lo dispuesto en el artículo 748 del Código Procesal Civil.

Ahora bien, en lo que respecta a los procesos concursales liquidatorios, resulta oportuno por identidad de razón aplicarles a los acreedores con garantías mobiliarias las normas dispuestas para los prendarios, exceptuando los grados de prelación con respecto a los acreedores alimentarios y trabajadores, ya que para el caso de los procesos concursales, los alimentarios y trabajadores tienen preferencia en el pago frente a aquellos con garantía mobiliaria. Dicho análisis de prelación aplica analógicamente de igual manera para los procesos concursales preventivos.

Asimismo, si bien las ejecuciones extrajudiciales de dichas garantías pueden efectuarse a pesar de la declaratoria de quiebra o concurso del deudor, también es cierto que tienen que ajustarse a ciertos parámetros concursales, como la fijación de la base para la venta o subasta de los bienes, la cual debe ser hecha por medio de un avalúo pericial.

En caso de existir un saldo en descubierto a favor del acreedor, dicho monto deberá ser certificado por un contador público (artículo 72 inciso h) de la Ley 9246), a efectos de que sirva como documento base para someterse al trámite de legalización de dichos saldos en descubierto, obligación que, en caso de ser aprobada, no tendría privilegio alguno, por lo que debería ser considerado como un crédito quirografario.

Por último, siempre hay que tener presente que la Ley de Garantías Mobiliarias regula intereses de ejecución individual que deben ajustarse e integrarse a la normativa concursal contemplada en Código de Comercio, Código Civil y al Código Procesal Civil, para que de esta manera se protejan los principios

concursoales y su finalidad, ya que la Ley 9246 no estableció ninguna distinción en dicho sentido.

5.2 Recomendaciones

A corto plazo, se recomienda propiciar espacios adecuados, donde las personas interesadas en este tema dialoguen y compartan ideas, para que de esta manera empiecen a surgir los primeros pasos a nivel nacional para unificar criterios sobre el problema objeto de estudio. Con esto, se incentivará a los abogados y estudiantes de Derecho a investigar estas figuras de manera conjunta y no como instrumentos jurídicos aislados entre sí.

Ahora bien, es evidente que hacer modificaciones o reformas parciales al Código de Comercio, Código Civil, Código Procesal Civil o a la Ley de Garantías Mobiliarias no sería suficiente para subsanar las deficiencias señaladas.

Por ende, lo más conveniente sería la emisión de una nueva legislación concursal costarricense, en la cual se armonicen los procesos concursales con las necesidades actuales que demandan nuevos institutos jurídicos, como es el caso de la Ley de Garantías Mobiliarias, a efectos de responder a las necesidades que demanda la economía moderna y las nuevas legislaciones, por lo que sería recomendable promulgar una ley concursal moderna que promueva una mayor seguridad jurídica y en la cual se cumpla con la protección íntegra de los principios concursales, en beneficio de la colectividad de interesados, por medio de la cual se cumpla con la finalidad de los procesos concursales preventivos o liquidatorios.

Para esto, se torna indispensable que, en el apartado de los procesos concursales preventivos, se establezca de manera expresa que, a partir de su apertura, se produce la paralización de cualquier tipo de ejecución judicial y extrajudicial y cualquier efecto derivado de esta última.

Asimismo, resulta necesario que, al abordarse temas concernientes a los acreedores hipotecarios y prendarios, se incluya a su vez, dentro de la misma categoría, a los acreedores con garantías mobiliarias a su favor, para homogenizar a aquellos con garantías reales a su favor.

VI. Bibliografía

- Álvarez Salas, Lizeth. (2016). *Ley de Garantías Mobiliarias y Reglamento Operativo del Sistema de Garantías Mobiliarias*. San José. Costa Rica: Guayacán.
- Aranda Rodríguez Remedio; Garcimartín Alférez, Francisco J.; Madrazo Meléndez, Belén; Paz-Ares Rodríguez, Belén; Picod, Yves; Pozo Carrasco, Pedro; Miquel González, José M. (2013). *Cuestiones Actuales de las Garantías Mobiliarias*. Madrid, España: La Ley Grupo WoltersKluwer.
- Barrantes Echavarría, Rodrigo. (2008). *Investigación: un camino al conocimiento, un enfoque cuantitativo y cualitativo* (1ª edición, 14ª reimpresión). San José, Costa Rica: EUNED
- Boretto, Mauricio (2005). *Concursos y fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
- Brescianni Quirós, Stella. (2010) *Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense*. San José, Costa Rica: Juritexto.
- Fassi, Santiago y Gebhardt, Marcelo. (1996). *Concursos y Quiebras* (5ª ed., 1º reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Goldstein, Mabel. (2008). *Diccionario Jurídico Consultor Magno*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Circuito Latino Austral.
- Hernández Aguilar, Álvaro; Vásquez Rodríguez, Alejandro; Tarabal Bosch, Jaume. (2016). *Garantías Mobiliarias*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental

- Monge Dobles, Ignacio. (2014). *Curso de Derecho Comercial*. San José, Costa Rica: Investigaciones jurídicas S.A.
- Montero Piña, Fernando. (1999). *Obligaciones* (5ª ed.). San José, Costa Rica: Ed Premia Editores.
- Ton, Walter. (2008). *La medida de no innovar en el fideicomiso de garantía, en la obra "Las medidas cautelares en las sociedades y los concursos* (2º ed.). Buenos Aires, Argentina: Legis.
- Zeledón Zeledón, Ricardo. (2013) *Maestros del Derecho Manuel Albaladejo, Derechos Reales Iura In Re Aliena III*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (2017). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*. Recuperado de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/ML_ST_S_ebook.pdf
- Antillón Montealegre, Walter. (1965). La insolvencia y el concurso civil de acreedores. *Revista de Ciencias Jurídicas, N°6*. San José, Costa Rica-. Recuperado de: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16988/16432>
- Torrealba Navas, Federico. (2014). Ley de Garantías Mobiliarias: Alcances y Perspectivas. *Revista Judicial N°114*. San José, Costa Rica. Recuperado de: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/Revista_114/PDFs/08_archivo.pdf
- Torrealba Navas, Federico. (2015). La Ley de Garantías Mobiliarias: Primeras Visiones. *Revista Judicial, N°116*. San José, Costa Rica. Recuperado de: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/Revista%20116/PDFs/02-garantias_mobiliarias.pdf
- National Law Center for Inter-American Free Trade. (2006). *Los 12 Principios del NLCIFT Para las Garantías Mobiliarias en las Américas*. Recuperado de: <http://www.natlaw.com/sites/default/files/NLCIFT-12-Principles-of-Secured-Transactions-Law-in-the-Americas.pdf>

Legislación y reglamentos nacionales:

Ley N°63, Código Civil, número 62. *Diario Oficial La Gaceta*, Costa Rica, 28 de setiembre de 1887.

Ley N°3284, Código de Comercio. *Diario Oficial La Gaceta*, Costa Rica, 26 de mayo de 1964.

Ley N°7130, Código Procesal Civil, número 7130. *Diario Oficial La Gaceta*, Costa Rica, 16 de agosto de 1989.

Ley N°9246, Garantías Mobiliarias, número 9246. *Diario Oficial La Gaceta*, Costa Rica, 20 de mayo de 2014.

Reglamento para la Calificación de Deudores, Acuerdo 1-05, Superintendencia General de Entidades Financieras. *Diario Oficial La Gaceta*, Costa Rica, 09 de diciembre de 2005.

Circulares e información del Poder Judicial

Poder Judicial, Corte Plena. (26/06/2017). *Circular 111-2017, sesión 20-17*. Recuperada de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJPJ/busqueda/CircularesAvisosSecretaria/avi_avisos.aspx?nAviso=5569&bGuardar=&palabras=

Poder Judicial, Departamento Dirección de Planificación. (2010). *Anuario Judicial*. Recuperado de: https://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/images/documentos/estadisticas/judiciales/Anuario_Judiciales_2010/index.htm.

Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. (17/11/2005). *Voto número 882*. Oscar González Camacho. San José.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (11/08/2006). *Voto número 776*. Julia Varela Araya. San José.

Tribunal Agrario. (16/09/14). *Voto número 655*. Enrique Ulate Chacón. San José.

Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera. (18/12/2007). *Voto número 443*. Javier Víquez Herrera. San José.

Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera. (28/08/2009). *Voto número 391*. Juan Carlos Brenes Vargas. San José.

Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Segunda. (19/11/2010). *Voto número 398*. José Rodolfo León Díaz. San José.

Tribunal Segundo Civil de San José, Sección Primera. (23/09/17). *Voto número 224*. Alejandra Vargas Montero. San José.