

LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS: ALCANCES Y PERSPECTIVAS

Lic. Federico Torrealba¹

Introducción:

La aprobación de la *Ley de Garantías Mobiliarias*, acaecida el último día de la legislatura 2000-2014, nos tomó por sorpresa. La Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, bajo la dirección del Dr. William Molinari Vilchez y luego de don Dr. Álvaro Hernández Aguilar, venía analizando el Proyecto de Ley, desde hacía varios meses, por encargo del entonces Presidente del Colegio, el Dr. Gary Amador. Se venía trabajando, podría decirse que a buen ritmo, pero con la laboriosidad que exigía una ley tan trascendental como esta. En la subcomisión conformada para el estudio, se encendían vivas discusiones sobre el *Proyecto*. Luego de las primeras lecturas, que resulta chocante por su complejidad técnica, y superadas algunas resistencias emocionales-ideológicas, nos dimos a la tarea de investigar, de analizar la ley objetivamente, con espíritu científico. Se dieron, es cierto, situaciones bastante *sui generis*, como la de que, durante los breves lapsos bisemanales que espaciaban una reunión de otra, se producían conversiones y reconversiones entre los miembros de la *Comisión*, que pendulaban a favor y en

contra de la ley. La bipolaridad no fue óbice para buscar con fruición todas las posibles fuentes, para intentar formar criterio objetivo y, sobre todo, para proyectar –anticipar, imaginar-- cómo sería la rara mezcla de verter una ley modelo apátrida concebida en un ambiente de laboratorio, en las aguas turbias de nuestro ordenamiento privado.

Seguidamente me permito ofrecer, de manera fragmentaria, algunas de las reflexiones y conclusiones –hasta ahora muy provisionales-- a que nos ha conducido esta búsqueda.

Reflexiones sobre las garantías mobiliarias sobre créditos.

Las garantías sobre créditos, al tenor de la LGM, pueden ser traslativas y no traslativas: 1. *Traslativas*: El crédito sale de la esfera jurídica del acreedor original, quien, constituido en deudor garante *vis-à-vis* a su propio acreedor, lo transfiere en propiedad a favor del propio acreedor o bien a favor de un tercero (*v.gr.*, un fiduciario). La propiedad recibida por *accipiens* es una propiedad especial, íntimamente ligada a su función de garantía. La finalidad de la transmisión en garantía del crédito otorgarle al acreedor una vía de

1 Conferencia dada el día 26 de agosto de 2014, en el marco del Simposio Internacional de Garantías Mobiliarias, organizado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

acceso directo –y, a menudo, exclusivo—al crédito que un tercero le adeude a su deudor. Pero allí no se agota: Una vez cobrado el crédito, una vez recogido su producto, éste se aplica al pago de la obligación garantizada en el plano de la relación jurídica entre el acreedor garantizado y el deudor garante, y de quedar un *superfluum*, éste debería ser restituido al segundo. 2. *No traslativas*: El crédito se conserva dentro del patrimonio del constituyente (el sujeto a quien la LGM denomina el deudor garante), pero afectado –gravado– a la satisfacción de *otro* crédito, el del acreedor-garantizado. Como el crédito sigue perteneciendo al constituyente de la garantía, el acreedor-garantizado adquiere, sobre el bien dado en garantía, un derecho real en cosa ajena. El acreedor garantizado queda habilitado para cobrarle directamente al deudor de su deudor² y para aplicar el producto de gestión cobratoria al pago del crédito garantizado. Hay, sin embargo, una diferencia muy notable entre ceder en garantía y gravar un crédito: En este último caso, como el constituyente sigue siendo el titular del crédito gravado, nada impediría, en principio, la constitución de garantías mobiliarias de grado inferior, sobre el mismo crédito en cuestión –salvo que el constituyente hubiere contraído, *vis-à-vis* al primer acreedor garantizado, la obligación de no constituir nuevas garantías sobre el bien en cuestión (lo que se conoce en el Derecho anglosajón como *negative pledge* o prenda negativa).

El artículo 25 de la LGM reconoce ambas modalidades –traslativa y no traslativa-- de garantías sobre créditos cuando alude “a/

crédito cedido o gravado”. Los sistemas modernos de garantías tienden a ser muy flexibles, dejando a libertad contractual la selección del tipo garantía que mejor convenga a sus necesidades e intereses. En el Derecho francés, luego de la reforma al régimen de las *sûretés reeles* operada en 2006 y la inserción de la figura del fideicomiso en 2008, se admiten, igualmente, ambas posibilidades: Tanto la cesión en garantía o fiduciaria de créditos, como la constitución de gravámenes no traslativos sobre créditos (bajo la figura del *nantissement de creance*).

La LGM instituye un régimen de publicidad registral de garantías mobiliarias sobre créditos, aplicable tanto a las cesiones de créditos en función de garantía, como a las garantías no traslativas sobre créditos. Sin embargo, surgen dudas sobre si dicho régimen es extensible a todo tipo de cesión de créditos, incluidas las cesiones en propiedad plena (no en función de garantía). La incertidumbre surge de cara al texto del artículo 19 de la LGM, conforme al cual “las disposiciones de esta ley referidas a garantías mobiliarias sobre créditos y cuentas por cobrar también se aplica a toda especie de cesión de créditos independientemente de su denominación o nomenclatura”. Se pregunta, entonces, si la LGM modifica el derecho común de la cesión de créditos –incluyendo las cesiones en plena propiedad de créditos–, o si únicamente se limita a la cesión fiduciaria o en garantía de créditos. Si nos atenemos a la letra, el artículo 19 extiende la aplicación de la LGM a toda especie de cesiones de créditos, es decir, al género de

2 En este caso, se producen, convencionalmente, algunos de los efectos que la acción oblicua o subrogatoria genera a favor del actor, fundamentalmente la posibilidad de ejercer, frente al deudor de su deudor, el cobro de un crédito.

la cesión de créditos. Sin embargo, es de observar que la LGM no deroga, al menos expresamente, la normativa sobre cesión de créditos, que en nuestro Derecho positivo aparece en dos sitios: en los artículos 490 a 494 del Código de Comercio y 1104 a 1116 del Código Civil.

El principal rasgo distintivo de la LGM es la organización de un sistema de publicidad de las garantías sobre créditos. La oponibilidad a terceros se alcanza por la inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, “*sin necesidad de notificación personal alguna al deudor del crédito cedido*”(art. 22). Este nuevo sistema de oponibilidad a terceros sin notificación al deudor viene a exceptuar (¿o a modificar?) el derecho común de la cesión de créditos. Cabe recordar que conforme al derecho común (ex arts. 1107 y 1108 del *Código Civil*), antes de la notificación al deudor el cesionario está expuesto al *riesgo de embargo del crédito*, por parte de los acreedores del cedente. En efecto, antes de la notificación al deudor, el cesionario puede verse constreñido a tener que compartir el producto del crédito a prorrata con el primer embargante del crédito. Si el crédito objeto del contrato ya existe y está determinado, el cesionario puede fácilmente conjurar el *riesgo de embargo* notificando al deudor-cedido. Sin embargo, si el crédito es futuro y eventual –como ocurre en los contratos marco de *factoring* comercial–, la posición del futuro cesionario es muy vulnerable. Bajo el nuevo régimen de publicidad instituido por la LGM, es perfectamente viable la transmisión en garantía de créditos futuros y eventuales. De conformidad con el artículo 21 *in fine* “*la cesión de uno o más créditos*

futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de cesión e inscripción para cada crédito”. Recordemos que el párrafo segundo del artículo 13, la garantía “*sobre bienes futuros o bienes para ser adquiridos posteriormente a la publicidad de la garantía sin desplazamiento gravará los derechos del deudor garante solo a partir del momento en que el deudor garante adquiera tales derechos...*”. Desde el instante en que el crédito se integra al patrimonio del deudor garante, ingresa gravado a favor del acreedor garantizado. Y si se trata de una cesión en garantía o de una cesión fiduciaria de créditos, el crédito se transfiere *ipso iure* al patrimonio del acreedor garantizado o, en su caso, del fiduciario.

Una de las finalidades de la creación de un registro público de garantías mobiliarias es la **eliminación de los gravámenes ocultos**. El sistema de derecho común de prelación de transmisiones de créditos, basado en la fecha cierta y en la notificación al cedido, no otorga, al adquirente potencial de un crédito –o de derechos de garantía sobre éste, una fuente oficial de información sobre la situación jurídica del crédito, que le permita conjurar el *riesgo de doble movilización* (es decir, el riesgo de que, previamente, el acreedor hubiere transferido o gravado el mismo bien incorporal).

La solución de la LGM sacrifica la privacidad por la seguridad. En el sistema francés instituido a partir de la reforma de marzo de 2006, el efecto de oponibilidad a terceros del *nantissement* –o gravamen no traslativo-- de créditos se alcanza inmediatamente, desde la fecha del acto³ y sin necesidad

3 Art. 2361 del Code.

de cumplir la formalidad de la fecha cierta. Ese sistema ofrece la ventaja –en contraste con el sistema anterior del *Code*, basado en la notificación al deudor–, de permitir la creación de garantías mobiliarias sobre créditos futuros. Pero ofrece la desventaja de que no ofrece protección contra los gravámenes ocultos, ni contra los riesgos de ante datación y de *double mobilisation*⁴. En el *Codice civile*, la oponibilidad a terceros se alcanza a partir de la fecha cierta del pago de la contrapartida por parte del cesionario –norma, que, de algún modo, pretende desincentivar la simulación–.

En las garantías sobre créditos constituidas por el mecanismo de control –el cual, para efectos de oponibilidad a terceros, no requiere inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias–, la LGM requiere fecha cierta. Dispone así el artículo 5, inciso 9 de la LGM: “*El control, con fecha cierta, se considerará efectivo durante su período de vigencia con prevalencia sobre el derecho a disponer de los depósitos o valores que haya retenido el deudor garante*”.

Acreeedor garantizado vs. pagador subrogatario:

Un problema que merece reflexión, es el de la confrontación entre acreedor garantizado y el pagador subrogatario del crédito. La primera hipótesis a analizar es la de la subrogación convencional, por el acreedor primigenio del crédito a favor del *solvens*. Dicha subrogación es fruto del acuerdo entre al acreedor original del crédito y el tercero pagador, el cual ha de ser coincidente con el pago (art. 786 del

Código Civil) y produce efectos respecto del deudor y terceros a partir de la notificación al deudor o la aceptación de éste (art. 787 *ibidem*). Sin embargo, la subrogación convencional puede verse obstaculizada si, para el momento en se produce el pago, ya el crédito es indisponible, por haber sido transferido o dado en garantía mobiliaria a un acreedor garantizado. Presuponiendo que el acreedor garantizado hubiere levantado la carga de la oponibilidad a terceros –v.gr., inscripción en el registro público de garantías mobiliarias– resulta clara la prevalencia de ésta, al ser, el *solvens*, un tercero quien le resulta oponible la garantía. Si la garantía mobiliaria ha implicado una cesión en garantía del crédito, resulta claro que el acreedor original, al ya no tener el crédito integrado a su patrimonio, carecería de legitimación para disponer del crédito por medio de un convenio de subrogación. Queda la pregunta en materia de garantías sobre créditos que no impliquen transferencia en garantía. La pregunta es si la pignoración de créditos implica su indisponibilidad.

La segunda hipótesis a encarar es la de la subrogación efectuada por el deudor, a favor del segundo prestamista que financia el pago al primer acreedor. Este tipo de subrogación, cabe recordar, acaece sin que sea requerido el consentimiento del primer acreedor. Ahora bien, si el primer acreedor constituye una garantía sobre su crédito a favor de un tercer acreedor garantizado, es natural que éste reciba el derecho al cobro del crédito. Si el deudor toma un préstamo para pagar la obligación, “*puede subrogar al prestamista en los derechos y acciones del acreedor*”

4 V. JULIENNE, *op.cit.*, pp. 30-35.

primigenio (art. 788 del *Código Civil*), pero, se pregunta: ¿Puede subrogar al acreedor-garantizado? La respuesta es negativa: No deben confundirse el vínculo obligacional entre el deudor del crédito y su acreedor original, con la relación obligacional entre el acreedor original —constituido en deudor garante— con el acreedor garantizado. El deudor que toma un préstamo para pagar la deuda puede subrogar al nuevo prestamista en los derechos que el primer prestamista tenía respecto de sí mismo, no en los derechos del acreedor garantizado *vis-à-vis* al primer prestamista (el deudor-garante). En virtud del principio estatuido en el artículo 24 de la LGM, el otorgamiento de una garantía mobiliaria sobre créditos no puede tornar más onerosas las obligaciones del deudor del crédito cedido o gravado. La *ratio legis* de la subrogación por el deudor a favor del segundo prestamista (ex art. 788 del *Código Civil*) es ofrecerle al deudor en crisis un salvavidas para evitar la ejecución o lograr mejores condiciones de financiamiento. El hecho de que el acreedor original ceda en garantía o grave su propio crédito, no debe obstaculizar el efecto de la subrogación. La única diferencia es que el pago se ha de realizar directamente a favor del acreedor garantizado, con la diferencia de que, en lugar de extinguirse el crédito, éste queda subrogado a favor del segundo prestamista.

La tercera hipótesis a analizar es la de la subrogación de pleno derecho. Este tipo de subrogación se disciplina, a nivel de Derecho común, en el artículo 790 del *Código Civil* y en ciertas normas fragmentarias, como el artículo 49 de la Ley 8956 *Reguladora del Contrato de Seguro*. La misma LGM,

en su artículo 66, contempla una hipótesis de subrogación a favor del acreedor garantizado de grado inferior que paga el crédito de un acreedor garantizado de grado superior (que en lo fundamental reitera el principio establecido en el inciso primero del artículo 790 del *Código Civil*). Se pregunta qué ocurre si, al momento en que el *solvens* realiza el pago que dispara la subrogación de pleno derecho, el crédito se encuentra gravado por una garantía mobiliaria a favor de un acreedor garantizado. Si el pago se realiza al sujeto legitimado para recibirlo —digamos, al acreedor garantizado—, nada impide la subrogación de pleno derecho a favor del *solvens*. En lugar de un pago extintivo del crédito, se produce un pago con subrogación. El *solvens* se subroga en el crédito, el cual queda liberado de su gravamen. Es de recalcar que el pagador lo que se subroga es el crédito del deudor-garante, es decir, el crédito dado en garantía, no el crédito del acreedor garantizado. Para que el *solvens* pudiera subrogarse el crédito el acreedor garantizado por vía del artículo 66 LGM, tendrían que reunirse las siguientes condiciones: 1. Que el *solvens* esté posicionado como un acreedor garantizado de grado inferior. 2. Que el pago realizado se impute, no al crédito del deudor garante, sino al crédito del acreedor garantizado.

Finalmente, resta analizar la hipótesis del pago al deudor-garante, realizado con posterioridad a la inscripción de la garantía mobiliaria. En tal caso, el pago no podría producir el efecto subrogatorio, por aplicación del *prior in tempore, potior iure*. El *solvens* vendría a ser un tercero más, al cual le resultaría oponible la garantía mobiliaria.

Garantías mobiliarias sobre créditos documentarios:

El *Capítulo IV del Título Tercero* de la LGM se dedica a las garantías mobiliarias sobre los denominados *créditos documentarios* o cartas de crédito. Conviene, en primer término —a fin de comprender a cabalidad las disposiciones— conocer qué es y cómo opera un *crédito documentario*.

Las cartas de crédito⁵ —también denominadas créditos documentarios⁶— son instrumentos de uso frecuente en el **comercio internacional**, en cuya virtud un banco se obliga, irrevocablemente, a: 1. Realizar un pago a un beneficiario, que es usualmente el vendedor o exportador, contra la presentación de ciertos documentos acreditativos del cumplimiento de las obligaciones del vendedor; 2. Aceptar, pagar y, en su caso, descontar letras de cambio emitidas por el beneficiario (especialmente si la venta subyacente es a plazo); 3. Adelantar sumas al vendedor (en la carta de crédito financiera); y/o a 4. Autorizar a otro banco a realizar las prestaciones indicadas.

Descompongamos en partes la definición.

“...de uso frecuente en el comercio internacional...”

En la compraventa internacional de mercaderías, es muy común que el vendedor, es decir, el exportador, condicione su consentimiento a la emisión de un crédito documentario o carta de crédito a su favor. Es ése el mecanismo usual a través del cual el vendedor (exportador) se garantiza que le será pagado oportunamente el precio, por un sujeto de notoria solvencia (el banco).

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), periódicamente revisa las UCP, que son los *Usos y Reglas Uniformes sobre Créditos Documentarios*.

“...un banco se obliga, irrevocablemente...”

Los créditos documentarios son **negocios jurídicos unilaterales recepticios**. El negocio jurídico que antecede a la emisión de la carta de crédito, es bilateral: el comprador negocia con el banco los términos, condiciones y contragarantías a los fines de la emisión de la carta de crédito. Sin embargo, una vez emitida —y comunicada la emisión al beneficiario— el banco no puede desobligarse aduciendo vicios del negocio antecedente concertado con el importador (el *ordenante*). Concluido el negocio con el comprador, el banco procede a emitir formalmente el crédito documentario, el cual asume algunos de los atributos del título valor

5 Sobre este tema, es muy didáctica la obra de José RIVERA VARELA: **Contratación y Medios de pago Internacionales**. IJSA Investigaciones Jurídicas, San José, 2006. Para un amplio estudio comparativo e histórico, ver la vigente obra de Boris KOZOLCHYK: **El Crédito Documentario en el Derecho Americano**. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1973. Ver los *Usos y Reglas Uniformes sobre Créditos Documentarios* de la Cámara Internacional de Comercio.

6 Históricamente, antes de la era informática, las cartas de crédito se expedían materialmente, lo cual daba pie a debates sobre si el documento en cuestión era, o no, un título valor. En la actualidad, los créditos documentarios se emiten electrónicamente.

—sin llegar a serlo—, en especial la literalidad y la abstracción.

La carta de crédito es, usualmente, irrevocable, tanto por el banco emisor como por el ordenante. El atributo de la **irrevocabilidad** es la fuente de seguridad jurídica para el vendedor, de que contra la presentación de determinados documentos, el banco procederá al pago sin traer a cuenta argumentos o excepciones externas al documento. De este modo, la carta de crédito funge como **instrumento de garantía** del pago al vendedor. En sí misma, se trata de una garantía *personal* —no real— cimentada en la solidez económica del garante, que es normalmente una institución financiera.

“1. Realizar un pago a un beneficiario, que es usualmente el vendedor o exportador, contra la presentación de ciertos documentos acreditativos del cumplimiento de las obligaciones del vendedor...”

Una de las funciones de la carta de crédito es la de fungir como mecanismo de pago en la compraventa internacional de mercaderías. El acreedor de dicho pago, que funge como beneficiario del crédito documentario, es el vendedor o exportador. La eficacia del crédito queda ligado a una carga —es decir a un deber jurídico en interés propio—: la presentación de ciertos documentos que demuestren el cumplimiento, por el vendedor, de las obligaciones del contrato de compraventa internacional. *Por ejemplo*: conocimientos de embarque (*bill of lading*) y otros documentos de transporte, facturas comerciales, pólizas de seguros, certificados de calidad e inspección, certificados de origen, etc. Dichos requisitos se enumeran *ex professo*, tanto en el contrato de compraventa como en la carta de crédito, para que no quede duda sobre los requisitos del pago.

“2. Aceptar, pagar y, en su caso, descontar letras de cambio emitidas por el beneficiario...”

En las compraventas internacionales a crédito, en las que el comprador goza de plazo para pagar (*ej.*, a 30, 60, 90 días), es común que el banco emisor del crédito documentario se obligue, a *aceptar*, y a *descontar*, durante el período de pendencia, letras de cambio libradas por el vendedor beneficiario de la carta de crédito. Estas letras se denominan **aceptaciones bancarias**: son títulos valores de deuda librados por el vendedor, aceptados por el banco librado, susceptibles de comercialización. De este modo, el vendedor (exportador) no tiene que esperar hasta el vencimiento del plazo de la letra —y de la exigibilidad del precio— para obtener liquidez. En la tasa de descuento está implícita una **operación de crédito**: el banco adelanta los recursos contra el pago de un rédito, representado por la tasa de descuento.

“3. Adelantar sumas al vendedor (en la carta de crédito financiera)...”

En algunas cartas de crédito, el banco emisor se obliga a realizar adelantos al vendedor, para que éste cuente con recursos líquidos suficientes para sufragar los costos de las materias primas y la manufactura de los bienes objeto del contrato. De esta manera, la carta de crédito funge como un instrumento de financiamiento de la actividad productiva del exportador. En las cartas de crédito con **cláusula roja**, el beneficiario puede requerir adelantos contra un simple recibo, o bien contra una contragarantía del reembolso en caso de incumplimiento. En las cartas de crédito con **cláusula verde**, el beneficiario puede pedir el adelanto contra la

prueba documental de estar ya en posesión de la mercadería vendida o de haber echado a andar el proceso de fabricación.

“y/o a 4. Autorizar a otro banco a realizar las prestaciones indicadas.”

Salvo que ambas partes trabajen con un mismo banco transnacional, es muy común la corresponsalía del banco local emisor del comprador con otro banco de confianza del vendedor. De este modo, en la emisión de créditos documentarios es usual que el banco corresponsal cumpla distintos roles, que pueden ir desde el simple *aviso* de la apertura de la carta de crédito –que es una función notificadora–, hasta la *confirmación* del crédito documentario –que es una función garantizadora–. El **banco confirmador** garantiza el pago *vis-à-vis* al beneficiario del crédito documentario. Desde luego, el escenario ideal, desde el ángulo visual del exportador, es que el importador emita un crédito documentario sujeto a la confirmación del banco con el cual el exportador mantiene relaciones comerciales, y que le inspira seguridad. Por demás está decir que el banco confirmador asume la obligación de pago, aun cuando el banco emisor entre en estado de quiebra, intervención o reestructuración judicial de pagos.

La LGM permite constituir garantías mobiliarias sobre los derechos personales conferidos por la carta de crédito. Dicha garantía puede recaer sobre dos posibles objetos: a) sobre la *cantidad incondicionalmente debida* por el banco, una vez que el beneficiario ha cumplido con la carga de presentar los documentos acreditativos del cumplimiento de sus obligaciones; y b) sobre la carta de crédito en sí misma considerada (o una parte de ella), como situación jurídica compleja, normalmente

estructurada bajo la forma de una *obligación condicional*, cuya eficacia queda sujeta a una carga correlativa, que es la presentación, por el beneficiario, de los referidos documentos acreditativos de su cumplimiento. Ciertas cartas de crédito, como vimos *supra*, pueden facultar al beneficiario con otras atribuciones, como la prerrogativa de emitir letras de cambio (aceptaciones bancarias) contra la carta de crédito, o el derecho de descontar tales letras con el propio banco. La diferencia entre uno u otro posible objeto de la garantía, es sutil, y amerita ser explicada con una analogía que al lector le puede resultar más familiar. Supóngase que una persona es dueña de diez acciones de una sociedad anónima, que generan, en promedio, dividendos anuales de un millón de colones por acción. Esta persona puede transferir a un tercero: a) Los dividendos de un año determinado, caso en el cual conserva en su patrimonio la acción; o b) Las diez acciones, sea como un paquete o una parte de ellas. En este caso, las acciones, como tales, dejan de pertenecer al *tradens*. Algo similar ocurre con las cartas de crédito: El titular, el acreedor de una carta de crédito puede transferir a un tercero (sea en propiedad o en garantía): a) la cantidad debida –caso en el cual él se mantiene como titular de la carta de crédito, pero transfiere el producto líquido. Jurídicamente, el banco pagador se desobliga pagándole al tercero designado por el acreedor de la carta de crédito; o b) La carta de crédito como tal, o una parte de ella. En tal caso, se produce una transferencia de dominio de la carta de crédito.

El artículo 31 de la LGM se refiere a la primera hipótesis planteada: la transferencia de la cantidad debida por una la carta de crédito. El 32 se refiere a la segunda hipótesis: la transferencia de la carta de crédito o de una parte de ella.

Tal como vimos supra, los créditos documentarios son, precisamente, créditos (derechos personales) vis-à-vis al banco emisor o confirmante. La primera pregunta que surge, de cara al texto del Capítulo IV del Título Tercero de la LGM, es si había, en realidad, necesidad de incluir una regulación especial para este tipo de créditos, o si bastaba, simplemente, con dejarlos comprendidos bajo el régimen general del Capítulo II del Título III, relativo a las garantías “sobre créditos y cuentas por cobrar”. La particularidad de los cartas de crédito –o créditos documentarios--, que los distingue de las garantías referidas en el Capítulo II es su abstracción. No se requiere, de parte del deudor del crédito –el banco emisor o confirmante--, una manifestación de renuncia a excepciones basadas en la relación subyacente, para producir el efecto de abstracción. Los créditos documentarios son naturalmente abstractos. La abstracción o separación de la relación sustantiva (el contrato de compraventa internacional con el cual están relacionados) forma parte de su esencia misma: el acreedor primigenio de la carta de crédito, que es el sujeto en posición vendedora (el exportador), busca una posición de seguridad. Sabe que si cumple los requisitos pactados, consistentes en la presentación de un grupo de documentos que acreditan el cumplimiento de su parte del convenio (el conocimiento de embarque, la póliza de seguros a su cargo en las ventas CIF, etc.), el banco emisor le pagará, sin excusas y sin tomar en cuenta las protestas y las eventuales contra-órdenes que pudiera plantear el comprador.

Los créditos documentarios se clasifican en transferibles y no transferibles. El artículo 31 de la LGM permite la constitución de garantías mobiliarias sobre derechos de

pago sobre ambos tipos de cartas de crédito. La norma habla sobre la cantidad debida al beneficiario, una vez presentados y aceptados los documentos requeridos por la carta de crédito. Si se toma en cuenta que la carta de crédito puede originar adelantos, desembolsos progresivos (por ejemplo en las cartas con cláusula roja o verde) al beneficiario y descuentos de aceptaciones bancarias, debe entenderse que la cantidad debida es la cantidad neta e incondicional: el saldo deudor de la carta de crédito una vez deducidos todos los montos y cargos debitados y recibidos los documentos probatorios del cumplimiento del vendedor. Para la constitución de una carta de crédito sobre la cantidad debida, es preciso que el previo levantamiento de las cargas correlativas a la carta de crédito, es decir, la presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Para evitar la formación de un mercado secundario de derechos de pago sobre cartas de crédito, la LGM exige, como requisito de validez, el consentimiento ex professo del deudor, el banco confirmante o emisor. Lo mismo dispone el artículo 32 de la LGM en lo concerniente a la constitución de garantías mobiliarias sobre créditos documentarios transferibles.

A diferencia de la cesión en garantía de créditos no cambiarios, que se perfecciona mediante acuerdo bilateral entre cedente y cesionario --sin que se requiera el consentimiento del deudor--, la cesión en garantía, tanto de los créditos documentarios transferibles, como de los de derechos de pago sobre créditos documentarios de todo tipo, exige el consentimiento previo del cedido, a nivel de validez. En efecto, de conformidad con el artículo 31, párrafo segundo de la LGM, la garantía mobiliaria

no se tiene por constituida, sino hasta el momento en que el banco cedido acepte la cesión: “Una vez que esta solicitud de cesión sea aceptada por uno de los anteriores bancos la garantía a favor del cesionario del pago se considerará constituida”. Lo mismo exige el artículo 32 en relación con la constitución de garantías sobre créditos documentarios transferibles: “La constitución de esta garantía ocurrirá en el momento en que el banco transferente (emisor o confirmante) apruebe la transferencia al segundo y siguientes beneficiarios...”.

La *ratio legis* de las restricciones al comercio jurídico de cartas de crédito y de derechos de pago sobre estas, es evitar el *riesgo de doble movilización* a través de la formación de un mercado secundario paralelo que pueda interferir con los derechos de otros sujetos, especialmente los derechos de los tenedores de *aceptaciones bancarias* libradas por el vendedor contra la carta de crédito, y los derechos de compensación del propio banco. Las aceptaciones bancarias --ver *supra*-- son letras de cambio emitidas por el vendedor contra la carta de crédito, las cuales constituyen instrumentos negociables transmisibles por endoso. Por tratarse de garantías personales, las aceptaciones no son inscribibles. Por otra parte, cabe tomar en cuenta que contra la carta de crédito se pueden generar notas de débito, en caso de que el propio banco acepte descontar las aceptaciones emitidas. También es común, en las cartas de crédito financieras, que el banco conceda adelantos al vendedor, a fin que éste pueda financiar los costos de manufactura y producción. En síntesis: las cartas de crédito constituyen la situación jurídica de base, en torno al cual se realizan diversas operaciones activas no inscribibles. En otras palabras: La carta de crédito, *per*

se, no refleja, en un momento dado, un crédito unidireccional a cargo del banco emisor o confirmante. Contra dicha carta de crédito bien pueden haberse generado adelantos, pagos descontados, etc., es decir, operaciones que generen débitos compensables contra la carta de crédito, y que deben ser objeto de un *neteo*. La única fuente de información sobre el estado jurídico y contable de una carta de crédito en un momento determinado, es el propio banco que ha emitido o confirmado la carta de crédito. Se hace necesario, por consiguiente, **centralizar** en el emisor o en confirmante todos los actos relativos a la carta de crédito, para evitar la concertación de operaciones incompatibles sobre la carta de crédito.

El artículo 31, párrafo segundo, exceptúa el **principio de libre comercio jurídico de créditos**, estatuido en el artículo 23 de la LGM. Este artículo, como vimos, instituye la inoponibilidad a terceros del pacto de no cesibilidad del crédito. En el caso de la cesión de derechos de pago sobre cartas de crédito, la propia ley estatuye un *ius singulare*, al exigir el consentimiento previo del deudor, en clave de validez. A diferencia de la cesión común de créditos, que no requiere el consentimiento del deudor, para la cesión en garantía de derechos de pago sobre créditos documentarios es precisa la aceptación del cedido. No sólo se requiere notificar al cedido --como formalidad de oponibilidad al deudor--, sino que requiere el consentimiento del cedido, a nivel de validez.

En lo concerniente a la oponibilidad a terceros, la LGM da un tratamiento distinto a las garantías sobre créditos documentarios. Si la garantía recae sobre la *cantidad incondicionalmente debida*, que el banco ha reconocido como adeudada, una vez

recibidos todos los documentos con los que el vendedor demuestra el cumplimiento de sus obligaciones, la garantía mobiliaria debe ser inscrita en el Sistema de Garantías Mobiliarias, para los efectos de su *efectividad* (eficacia frente a terceros) y su prelación. En cambio, la garantía mobiliaria traslativa sobre la carta de crédito transferible, o sobre parte de ella, se constituye y se torna oponibles a terceros simultáneamente, a partir del “*momento en que el banco transferente (emisor o confirmante) apruebe la transferencia al segundo y siguientes beneficiarios, y su efectividad y prelación también dependerán del momento de la transferencia estos beneficiarios acreedores*” (art.32). La ley deja en claro que, en estos casos, no es requerida la inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, a los fines prelación y efectividad. Cabe notar que la LGM no contempla, en este caso, la hipótesis de una garantía mobiliaria no traslativa (al estilo de *nantissement* francés). Esta laguna se suple por analogía, aplicando los mismos principios en uno u otro caso.

La garantía mobiliaria frente a los créditos alimentarios y laborales:

La Ley Modelo de la OEA incluye, como parte de los contenidos del derecho de prelación del acreedor garantizado, el *derecho de persecución* de los bienes garantizados, con la muy notable excepción de los derechos de los terceros adquirentes en el curso del giro normal de los negocios del deudor garante. El derecho de persecución es el atributo típico del derecho de garantía: el bien queda afectado al gravamen, aun cuando salga del patrimonio del constituyente de la garantía. El gravamen sigue al bien, y el acreedor puede

hacer valer su derecho contra quienquiera que ostente la posesión o la titularidad subsecuente de la cosa.

El artículo 49 in fine de la LGM preceptúa: “*Se exceptúan de esta disposición los derechos de crédito especiales de los trabajadores y los derechos a pensiones alimentarias*”. La disposición se refiere a la prelación de la garantía mobiliaria publicitada. 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–establecen 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*”). El artículo 786 del *Código Procesal Civil* la primacía del acreedor garantizado con privilegio especial: *Los acreedores hipotecarios, los*

pignoraticios y los que así se determinen por leyes especiales, sin perjuicio del derecho que les asiste de exigir el pago de sus créditos por separado, podrán presentarse en el concurso y solicitar la venta del bien que garantiza su crédito, y someterse, entonces, a lo dispuesto en la sección tercera, aunque en las votaciones carecerán de voto. Cabe recordar, sin embargo, que los titulares de privilegios especiales deben contribuir a los gastos judiciales y extrajudiciales incurridos a los fines de la comprobación y liquidación del activo y el pasivo del concurso, así como en la administración, conservación y realización de los bienes del deudor y en la distribución del producto de la liquidación⁷. Dicha contribución ha de ser plena en cuanto a los gastos vinculados a un beneficio especial de acreedor privilegiado y proporcional en cuanto a los gastos incurridos en interés común de los acreedores, a discreción del juez.

El artículo 171 del *Código de Familia* preceptúa: “*La deuda alimentaria tendrá prioridad sobre cualquier otra, sin excepción*”. A pesar de la rotundidad de esta disposición, siempre se ha entendido que dicha norma establece un privilegio general de primer rango, que, sin embargo, está por debajo de los privilegios especiales de los acreedores hipotecarios y prendarios.

En materia de créditos por prestaciones laborales, establece el artículo 33 del *Código de Trabajo*: “*Las indemnizaciones previstas en los artículos 28, 29 y 31 procederán también cuando el patrono liquide o cese*

en sus negocios, voluntariamente o no. En caso de insolvencia, concurso, quiebra, embargo, sucesión u otras similares, gozarán los créditos que por estos conceptos correspondan a los trabajadores de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto los alimentarios; y el curador, depositario, albacea o interventor, estarán obligados a pagarlos dentro de los treinta días siguientes al reconocimiento formal que ellos o los tribunales de Trabajo hagan de dichos créditos, o en el momento que haya fondos si al vencerse este plazo no los hubiere del todo”. El artículo 175 *ibídem* hace extensivo el mismo privilegio a “*los créditos por salarios devengados, sin limitación de suma ni de tiempo trabajado, ya sea que el trabajador continúe o no prestando sus servicios*”. Si bien el texto del artículo 33 habla de un *privilegio especialísimo*, que únicamente se inclina ante los créditos alimentarios, claramente se trata de un *privilegio general*, coercible contra el patrimonio no gravado del deudor y contra el *superfluum* resultante de la liquidación de los bienes gravados. 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 alimentarios⁸. 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,

⁷ *Cfr.*, los artículos 990, inciso 1, del *Código Civil* con el del 892 *Código de Comercio*.

⁸ El reconocido experto en Derecho concursal, don Alfredo Bolaños, entrevistado por este redactor confirma cómo en la práctica forense se reconoce la preferencia de los acreedores hipotecarios y prendarios, sobre el valor de los bienes pignorados o hipotecados, por encima de los privilegios generales de los acreedores alimentarios y laborales.

sea con el producto de la liquidación del bien dado en garantía, o con éste mismo⁹. La garantía real crea una reserva de valor con un destino específico: la satisfacción del crédito garantizado. Para que un acreedor común o con privilegio general pudiera prevalecer sobre el acreedor hipotecario o prendario, le hubiera sido necesario –bajo el Derecho vigente antes de la LGM—incoar una acción tendiente a lograr la nulidad o la ineficacia relativa (*v.gr.*, una acción pauliana o revocatoria) contra el mismo gravamen. Y es que, si bien la acción pauliana no ha producido mucha jurisprudencia en nuestro medio, lo cierto que es que, por tratarse, la constitución del gravamen, de un acto de disposición, es perfectamente pasible de una acción de este tipo, en caso de reunirse sus condiciones de aplicación¹⁰, a saber: si la constitución del gravamen fue a título oneroso, han de acreditarse dos condiciones: el *eventum damni* (la incobrabilidad del crédito) y el *consilium fraudis* (el conocimiento, por el deudor garante y el acreedor garantizado, del daño que el acto en cuestión le habría de causar al acreedor no garantizado del primero¹¹). Si la constitución del gravamen fue a título gratuito, *v.gr.*, para garantizar sin contraprestación una deuda ajena, únicamente es necesario probar la primera condición.

Hasta aquí la descripción del derecho vigente con anterioridad a la LGM. Tomando en consideración los fines y valores que

la inspiran –entre los cuales sobresale la seguridad jurídica del acreedor garantizado-- hubiera sido de esperar que la LGM mantuviera la prevalencia de la garantía mobiliaria sobre los créditos con privilegio general, como los alimentarios o los laborales. Sin embargo, el último párrafo agregado al artículo 49 produce cierta perplejidad, cuando estatuye: “*Se exceptúan de esta disposición los derechos de crédito especiales de los trabajadores y los derechos a pensiones alimentarias*”. 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

9 La *Ley de Cobro Judicial* estatuye una especie de pacto comisorio legal: El artículo 25 *in fine* preceptúa: “*Si para el tercer remate no hay postores, los bienes se tendrán por adjudicados al ejecutante, por el veinticinco por ciento (25%) de la base original*”.

10 *V. el art. 848 del Código Civil*.

11 En los préstamos bancarios, esta condición podría inferirse *in re ipsa* si la institución de crédito conoció o debió conocer, antes de otorgar el préstamo, que el deudor no tenía capacidad de pago, y que, por consiguiente, el único modo de honrar la obligación era incumplir con sus obligaciones alimentarias y patronales.

valor representada por los bienes recibidos como garantía. Bajo el sistema anterior a la LGM, ambos órdenes de intereses se habían acomodado reconociéndole al acreedor hipotecario o prendario su derecho indiscutiblemente prioritario sobre los bienes específicos hipotecados o pignorados. El principio de especialidad parecía acantonar el privilegio hipotecario o prendario dentro del perímetro de ciertos bienes concretos. Con todo, nada le garantizaba a los acreedores laborales y alimentarios la existencia de recursos adicionales o residuales suficientes para la satisfacción de sus créditos, una vez pagadas las prendas e hipotecas. La subordinación de estos créditos a los créditos con privilegio real se aceptaba con estoicismo. Nada impedía, por otra parte, que el deudor diera en prenda e hipoteca, mediante actos individuales, la totalidad de su patrimonio. La esperanza del acreedor común y del acreedor con privilegio general se centraba en que, por un lado, no todos los bienes del deudor eran susceptibles de ser dados en prenda o hipoteca. La LGM viene a ampliar sustancialmente los bienes dables como garantía. Se llega al extremo de admitir la constitución de una garantía mobiliaria universal, capaz de abarcar y absorber, de un trazo, todo el patrimonio mobiliario del deudor, presente y futuro. Frente a este tipo de garantía, los acreedores comunes no tienen más remedio que soportar con resignación la incobrabilidad de sus créditos¹². Pero ¿qué suerte habría de reservar a los acreedores con privilegio general alimentario y laboral? Esa preocupación parece haber tocado las fibras intuitivas de nuestros legisladores¹³,

y motivado la inserción –ciertamente sorpresiva, en el contexto y la lógica de la ley– del último párrafo del artículo 49 de la LGM. 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.

La cristalización y la necesidad de reformar la normativa sobre procedimientos concursales curativos:

La LGM es implacable con el deudor incumplido. 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

12 Los acreedores alimentarios siempre tienen acceso a otra forma de compulsión: la gestión del apremio corporal del deudor.

13 En las actas de la Asamblea Legislativa no quedó registrada ninguna discusión sobre el problema axiológico planteado.

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”. Cabe agregar que ambos actos –la inscripción del formulario de ejecución y el aviso de comunicación—pueden ocurrir en un santiamén: tardan lo que tardan en llegar sendos mensajes de correo electrónico: uno al Registro y otro al deudor, por el medio de comunicación señalado en el contrato. Para una empresa en marcha, la cristalización es un frenazo en raya del giro del negocio. Si lo que había ofrecido como garantía era su inventario, desde el momento en que recibe la comunicación de ejecución, debe clausurar la recepción de pedidos y cerrar la tienda –salvo que el acreedor autorice lo contrario—. Con la cristalización, devienen eficaces, ipso jure, los pactos de apropiación y de reposición extrajudicial. Al tenor del artículo 68, “los acreedores garantizados pueden ejercer sus derechos de ejecución y asumir el control de los bienes en garantía desde el momento en que el deudor garante incumpla sus obligaciones”. Y si el deudor opone resistencia, entonces entra en acción aparato coercitivo del Estado, en los términos del artículo 73 LGM: “Cuando no se haya pactado o no sea posible dar cumplimiento a los procedimientos especiales de apropiación o reposición pactados, el acreedor garantizado puede presentarse al juez y solicitarle que libere de inmediato mandato de apropiación o reposición, el que se ejecutará sin audiencia del deudor garante. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del

acreedor garantizado”. Llama la atención la función asignada al juez: de inmediato, sin previa audiencia a la contraparte, ha de librar un mandato de apropiación –es decir, de transferencia coactiva del derecho de propiedad, v.gr., en presencia de un pacto comisorio—y/o de reposición, haciendo valer el poder coercitivo del Estado. Si bien la LGM no lo dice, parece evidente que ese mandato puede implicar el uso de la fuerza, por ejemplo, de allanamientos. Esta norma contraviene frontalmente, en nuestra opinión, el principio constitucional del debido proceso, que en su forma más elemental implica que el juez, cuando menos, de previo a desencadenar las fuerzas heterónomas del Estado, se detenga a escuchar lo que a bien tenga que decir la contraparte (¿qué ocurre –se pregunta–, si el acreedor garantizado está pretendiendo hacer valer un pacto de anatocismo, o una cláusula penal descomunal, o un pacto comisorio leonino, o, peor aún, una garantía mobiliaria falsa?). Un juez que no escucha a la contraparte –rectius, un juez a quien el legislador le impone el deber de no escuchar a la contraparte–, antes que un juez es un verdugo. Los promotores de la LGM sostienen que no hay motivo para alarmarse. Que se trata de un simple sistema solve et repete, y que si algo tenía que decir, si algo tenía que alegar, para eso tiene los remedios judiciales ex post: que para eso está el juicio ordinario. Este argumento, puesto a contraluz del contexto presente de nuestro derecho procesal civil, donde el espectro del ordinario de los diez años tiene carne y hueso, es poco menos que un sarcasmo.

La LGM, como hemos visto, se inspira en el sistema de las *secured transactions* bajo el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos. Sin embargo, es de observar que allí

el deudor en crisis tiene acceso a otro tipo de remedios de cara a los procedimientos extrajudiciales y judiciales (*collection acts*) de ejecución de *security interests*: tales remedios se encuentran fuera del *Article 9*, en otro cuerpo normativo: el *Bankruptcy Code*, o código federal de quiebras y otros concursos de acreedores. Este cuerpo de reglas contiene, según veremos, una serie de remedios a favor del deudor en crisis, incluyendo, aunque no exclusivamente, la suspensión inmediata de los procedimientos individuales de ejecución. Cuando la Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica se avocó, por primera vez, al estudio del entonces *Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias*, algunos miembros de la Comisión, conocedores de la materia concursal –entre ellos los juzgadores civiles don José Rodolfo León Díaz don Alvaro Hernández Aguilar y don Christian Quesada Vargas--hicieron ver cómo la inserción de una ley como la propuesta debía venir acompañada de una reforma al Derecho costarricense del concursos de acreedores y quiebras. Y es que, según veremos, las figuras vigentes en nuestro país –*v.gr.*, la administración por intervención judicial y el convenio preventivo de acreedores--, no ofrecen remedios efectivos de salvamento para el deudor en crisis.

En Estados Unidos, un deudor en crisis puede lograr una inmediata suspensión de los procedimientos cobratorios acudiendo a los remedios que del *Bankruptcy Code*, en especial a través de los procedimientos de reorganización contemplados en los

Chapters 11, 12 y 13, de dicho cuerpo normativo federal. En Costa Rica, en contraste, los procedimientos colectivos de salvamento del deudor en crisis son sumamente limitados (ver *infra*). Conviene detenernos a analizar algunos aspectos del Derecho estadounidense de concursos, que en ese país operan como contrapeso de las prerrogativas que el *Article 9* le confiere al acreedor garantizado.

Existen, básicamente, dos tipos de procedimientos concursales: 1. Los procedimientos de *liquidación*, bajo el *Chapter 7* del *Bankruptcy Code*, en los que los activos del concursado (el *estate*) se venden a fin de pagar a los acreedores; y 2. Los procedimientos de *reorganización*, planteados bajo los *Chapters 11, 12 o 13*, en los que usualmente los activos permanecen bajo el control del deudor, bajo la supervisión de la Corte¹⁴.

En un caso planteado bajo el *Chapter 7*, los activos del deudor son administrados por una especie de curador designado por el juez, denominado el *bankruptcy trustee*, que normalmente dispone del *estate* en tres sentidos: Primero: Si un activo garantiza una deuda cuyo importe iguala o excede el valor económico del activo, el curador abandona el activo a la satisfacción del acreedor garantizado bajo el *Article 9*. En caso de existir un remanente de valor, corresponde al trustee reclamarlo para el *estate*. Segundo: El trustee abandona ciertos activos que el deudor reclama como exentos de la liquidación, los cuales le permiten subsistir y recomenzar (el llamado derecho al *fresh start*). Tercero: El

14 *Idem*.

trustee vende el resto de los activos, a fin de satisfacer los gastos administrativos y luego distribuir el remanente entre los acreedores quirografarios (denominados los general unsecured creditors). Como contrapartida, el deudor es liberado de la mayor parte de sus deudas, lo cual le permite seguir adelante.

En un caso tramitado bajo el *Chapter 11*, usualmente es el propio deudor quien asume las funciones del trustee. Él mismo actúa como *debtor-in-possession*, o “DIP”, lo cual explica por qué este procedimiento es el preferido por los deudores en crisis. El deudor puede conservar la posesión productiva de los bienes necesarios para ejecutar el *plan of reorganization* aprobado por la Corte. En los casos tramitados bajo los *Chapters 12 y 13*, normalmente es un trustee el encargado de recolectar los ingresos del deudor y de distribuirlos entre acreedores, conforme a lo proyectado en el plan de reorganización.

La presentación de una petición al amparo del Bankruptcy Code implica la automática suspensión (la stay) de los remedios que el acreedor garantizado tiene para el cobro (collection) de su crédito¹⁵. Si el deudor tiene un equity in the collateral, es decir, si el valor del bien dado en garantía sobrepasa el monto de la deuda, el acreedor garantizado no tiene derecho a liberar el bien de la orden de suspensión (stay) de los procedimientos de cobro. No obstante, en los procedimientos liquidatorios lo usual es que el trustee venda el bien, paga la deuda y conserva el excedente para su futura distribución entre los acreedores. En los procedimientos de reorganización, sin

embargo, el acreedor garantizado no puede liberar de la suspensión aquellos bienes dados en garantía que el deudor requiere para ejecutar el plan de reorganización. En contraste, tanto el trustee, como el DIP tienen la obligación de asegurar la conservación del valor del collateral (los bienes dados en garantía). En materia de intereses, operan las siguientes reglas: Si el bien dado en garantía vale más que el crédito (caso en el cual se dice que el acreedor garantizado está sobre-garantizado –oversecured–), el acreedor garantizado tiene derecho a cobrar intereses devengados con posterioridad a la presentación de la solicitud de inicio del procedimiento concursal, hasta el límite del valor del bien. Este margen de valor, del bien dado en garantía en comparación con el monto del crédito, es conocido como un equity cushion –que figurativamente evoca un colchón, es decir, una reserva de valor por encima del monto del crédito–. Dicho valor se emplea para satisfacer los postpetition interests del acreedor garantizado, es decir, los intereses devengados por la obligación con posterioridad de la presentación del procedimiento amparado al Bankruptcy Code. En contraste, si el acreedor está infra garantizado (undersecured), lo cual significa que el valor del bien es inferior al valor del crédito, el acreedor no tiene derecho a cobrar postpetition interests. En tal caso, a falta de una equity cushion que proteja al acreedor garantizado contra los riesgos de depreciación, puede levantarse la orden de suspensión (el stay), a menos que el deudor provea otros medios para salvaguardar la secured claim, por ejemplo, mediante pagos en efectivo u otra garantía adicional.

15 V. DEL DUCA *et al*, p. 207 y ss.

Es de observar que el ordenamiento costarricense es muy endeble en materia de remedios concursales a los deudores en crisis. Como alternativa a los procedimientos liquidatorios (quiebra y concurso de acreedores), se ofrecen la *administración por intervención judicial*¹⁶ y el *convenio preventivo de acreedores*¹⁷. Sin embargo, ninguna de dichas figuras podría ofrecer un remedio efectivo. La figura de la administración por intervención judicial presenta importantes restricciones en el plano subjetivo, pues únicamente pueden acogerse a ella “*las empresas cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidades de fácil sustitución*”¹⁸. A tal fin, el juez ha de considerar, entre otros aspectos, “... *el número de empleados cesantes, de proveedores y acreedores afectados y de clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora*”. Básicamente, se trata de un remedio fuera del alcance del deudor civil y de la pequeña empresa. Aparte de lo anterior, cabe agregar que, si bien puede lograrse, a través de este procedimiento, la “*paralización de las pretensiones ejecutivas individuales, comunes, hipotecarias, prendarias y de cualquier otro tipo*”¹⁹, dicho efecto no es inmediato ni automático. Por lo demás, la suspensión se exceptúa en los casos “*en que los bienes que se pretende vender o rematar no pertenezcan a la intervenida*”²⁰, como ocurre en los fideicomisos de garantía. Si nos atenemos a la interpretación literal de dicha

norma, parece claro que la excepción contenida en el inciso 2 del artículo 723 CPC permitiría la ejecución de fideicomisos de garantía; ya que, como se sabe, los bienes fideicometidos salen formalmente del patrimonio del fideicomitente para integrarse a la esfera jurídica del fiduciario –la cual se subdivide internamente en varios subpatrimonios–. Una interpretación teleológica, sin embargo, podría conducir a resultados diversos²¹. Si el fin de la norma es evitar la liquidación de activos productivos estratégicos necesarios para el “*funcionamiento normal de la empresa*”, parece claro que dicho fin se vería fácilmente burlado mediante la concertación de fideicomisos de garantía de tales activos. La excepción número 2, interpretada de manera coherente con la *ratio legis*, quedaría reducida a los bienes de los fiadores o de terceros garantes, cuya liquidación no es óbice para la continuación de la actividad económica del deudor. Cabe recordar que en los fideicomisos de garantía, la transmisión de la propiedad al fiduciario, lo es con función de garantía. Normalmente el fideicomitente-deudor se reserva el derecho de explotar productivamente los bienes en cuestión, lo cual lo consiente el acreedor. Por consiguiente: Si, por un lado, el valor preponderante de la figuras concursales curativas es la prosecución de la actividad económica del deudor durante la administración por intervención judicial o el convenio preventivo; y, si, por otro, el acreedor fideicomisario consintió que el deudor

16 Art. 709 a 742 del *Código Procesal Civil*.

17 Arts. 743 a 759 del *Código Procesal Civil*.

18 Art. 709, párrafo segundo del CPC.

19 Art. 723 del CPC.

20 Art. 723, inciso 2.

21 Debe repararse en que el artículo 10 del *Código Civil* no estatuye ningún orden jerárquico entre los diversos métodos legítimos de interpretación de las leyes.

conservara el derecho a explotar los bienes; entonces, lo razonable sería que se decrete la suspensión de la ejecución de activos productivos estratégicos fideicometidos en garantía. Efecto que podría alcanzarse, si no por el artículo 723, por medio de una medida cautelar *ex professo*²².

En conclusión: Se hace imperativo revisar y poner al día la legislación patria sobre procedimientos concursales curativos. Esa legislación es el complemento ideal que merece nuestra nueva Ley de Garantías Mobiliarias.

22 Cfr los arts 242 y 746 del *Código Procesal Civil*, en relación con los artículos 20, 21 y 22 y del *Código Civil*.