

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES

FACULTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TÉSIS

PARA OPTAR AL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO.

**“BASES LEGALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE
GARANTIAS PRENDARIAS E HIPOTECARIAS DE
NATURALEZA MOBILIARIA PARA CRÉDITOS DE INTERES
SOCIAL”**

POSTULANTE : MOYRA TATIANA VILLARROEL ZEGARRA

TUTOR : Dr. ALBERTO LUNA YAÑEZ

LA PAZ – BOLIVIA

2015

DEDICATORIA

Dar gracias a Dios y la Virgencita de Guadalupe.

A mi papi Gilberto, mi mamacita Nancy, y hermano Roby por apoyarme en toda las etapas de mi vida y estudio, y a mis dos amados hijos Angelito y Anita.

AGRADECIMIENTOS

A mi segunda casa, Facultad de Derecho UMSA. San Andrés

A mi Tutor Dr. Alberto Luna Yáñez, por ser un gran docente y ejemplo de persona.

A todos los profesionales docentes que me brindaron todos sus conocimientos.

RESUMEN ABSTRACT

El anteproyecto no contempla definiciones jurídicas, sino cómo deben entenderse estos términos a efectos de esta ley. Un artículo separado incluye la definición de garantía real, de allí que el término “garantía” o “garantizada” vuelva a emplearse como parte de las definiciones.

Utiliza términos del Código Civil y Comercial en general, siempre que estos no disminuyan o afecten de alguna manera el objetivo económico del proyecto. Por ejemplo, “acto jurídico” creemos que es un término definido en el derecho civil término, “registro” por “archivo” ya que el anteproyecto simplifica el sistema de inscripción y oponibilidad a terceros.

En nuestro país Bolivia, no es posible obtener préstamos garantizados por bienes muebles simplemente, ya que es legalmente difícil, costoso y arriesgado; su registro es lento, caro e incierto; su recuperación y venta es larga y costosa.

Por lo que siempre se solicita, la garantía hipotecaria de bienes inmuebles. Esto limita el crédito a aquellos que solo son propietarios de bienes inmuebles, sin embargo, los bienes muebles representan aproximadamente la mitad de los bienes del capital en Bolivia, alrededor de dos tercios de la inversión comercial neta. Aun así, no es posible obtener préstamos garantizados por bienes muebles, por lo que es injusto para la mayoría de las personas que solo cuentan con estos bienes.

El presente trabajo, trata de establecer las bases legales para la constitución de garantías prendarias e hipotecarias de naturaleza mobiliaria para créditos de interés social, ya que muchas personas no cuentan con los mismos.

Este inciso incluye una interpretación del término para incluir tanto, a bienes como a derechos.

BASES LEGALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE GARANTIAS PRENDARIAS E HIPOTECARIAS DE NATURALEZA MOBILIARIA PARA CRÉDITOS DE INTERES SOCIAL

INDICE

1	.- Agradecimiento			
2	.- Dedicatoria	:		2
3	.- Agradecimiento	:		3
4	.- Resumen Abstract	:		4
5	.- Índice	:		5-6-7-8
6	.- Diseño de investigación	:		9
1	.- Enunciado del problema	:		9
2	.- Identificación del Problema	:		9
2,1	.- Identificación	:		9
3	.- Problematización	:		10
3,1	.- Constitución	:		10
3,2	.- Cesiones de Crédito	:		10
3,3	.- Graduación de Prioridad	:		10
4	.- Delimitación	:		11
4,1	.- Delimitación Temática	:		11
4,1,1	.- Este Ante Proyecto se Aplica	:		11
4,1,2	.- Sobre Bienes Muebles (cc, Art. 76)	:		11
4,1,3	.- Sobre Derechos (CC. Art. 74,81)	:		12
4,2	.- Delimitación Temporal	:		12
4,3	.- Delimitación Espacial	:		12
5	.- Fundamentación e Importancia de la Investigación	:		12
5,1	.- Ejecución	:		12
5,2	.- Pertinencia	:		13
6	.- Objetivos	:		14
6,1	.- Objetivos Generales	:		14
6,2	.- Objetivos específicos	:		15
6,2,2	.- Beneficio Económico	:		15
7	.- Marco Teórico	:		16
7,1	.- Justificación Económica	:		17
7,2	.- Calidad de acreedor y deudor	:		18
7,3	.- Crédito Civil y Comercial	:		18
7,4	.- Derecho del Deudor a solicitar un estado de cuenta	:		18

8		- Hipótesis	: 18
8,1		- Variables	: 19
	8,1,1	- Independiente	: 19
	8,1,2	- Dependiente	: 19
9		- Métodos que fueron utilizados en la Investigación	: 20
10		- Técnica que se utilizó en la investigación	: 20
10		- Diseño de Investigación	: 20

INTRODUCCION

: 21

CAPITULO I MARCO HISTORICO

: 22

1		- Antecedentes Históricos de la Prenda en Roma	: 23
1,2		- La Hipoteca	: 23-24
1,3		- Origen de la Hipoteca en Roma	: 25
	1,3,1	- Garantía personal	: 25
	1,3,2	- Garantía real	: 25
2		- En la antigüedad, la Hipoteca en Grecia	: 26
3		- La Hipoteca en la Edad Media	: 26
4		- La Hipoteca en la actualidad	: 27
4,1		- Fuentes de origen de la Hipoteca	: 27
	4,1,1	- Voluntarias	: 27
5		- Objeto de la Hipoteca	: 27
5,1		- Efectos de la Hipoteca	: 28
	5,1,1	- Derechos del acreedor Hipotecario	: 28
	5,1,1,1	- La hipoteca es un Derecho Real	: 29
	5,1,1,2	- La hipoteca es indivisible	: 29
6		- Hipoteca Legal	: 29
6,1		- La Hipoteca Judicial	: 30
6,2		- Extinción de la Hipoteca	: 30
7		- La Hipoteca en Bolivia	: 31-32-33-34
7,2		- Objeto del Banco de Crédito Hipotecario	: 35-36-37
7,3		- Observaciones sobre el principio que dejamos consignado	: 38-39



7,4		.- Marco de referencia histórico de las PYME	: 39
7,5		.- Sociedad de capital de riesgo e inversión para la PYME	: 41
	7,5,1	.- Introducción concepto y orígenes	: 41-42
7,6		.- Las ventajas del capital inversión para la PYME	: 42
	7,6,1	.- Clasificación de los operadores del sector	: 43
7,7		.- Las PYME y el capital riesgo	: 44
7,8		.- La Hipoteca inversa, su futuro en la nueva Ley Hipotecaria	: 45

CAPITULO II MARCO TEORICO

Derechos Reales de Garantía

1		.- Origen y desarrollo de la propiedad inmueble en Roma	: 47
2		.- Concepto general de Derechos Reales	: 47
	2,1	.- Los Derechos Reales	: 48
	2,2	.- El Patrimonio	: 49
	2,3	.- Fases evolutivas de las Garantías Reales	: 49
3		.- Generalidades y elementos de la propiedad Romana	: 50
	3,1	.- El derecho de propiedad	: 51
	3,2	.- La Propiedad	: 51
	3,4	.- Organización de la propiedad Romana	: 52
	3,5	.- Extinción de la Propiedad	: 53
4		.- Derecho de las obligaciones	: 53
	4,1	.- El simple pacto	: 53
	4,2	.- Definición, origen, fuentes y evolución Histórica de la obligación	: 54
5		.- Conceptos Generales	: 54-55-56
6		.- Elementos de las Obligaciones	: 57
7		.- Criterio para clasificar las obligaciones	: 57
8		.- Por la fuerza y eficacia del vínculo	: 58
	8,1	.- Clasificación según el vínculo	: 58
	8,2	.- Clasificación según los sujetos	: 59
	8,3	.- Obligaciones de sujetos variables	: 59
	8,4	.- Obligaciones de sujetos fijos	: 59
9		.- Extinción de las obligaciones	: 60
10		.- Pago	: 61

ANTE PROYECTO DE LEY CAPITULO III MARCO JURIDICO

Art. 1, 2, 3	.-	: 63
Art. 4, 5, 6	.-	: 64
Art. 7	.-	: 65
Art. 8	.-	: 66



Art. 9,1	.-	:	67
Art. 11 12,13	.-	:	68
Art.14, 15	.-	:	69
Art. 16, 17,18,19	.-	:	70
Art. 20,21,22	.-	:	71
CAPITULO IV CONSTITUCION		:	72
Art. 23, 24	.-	:	72
Art. 25, 26	.-	:	73
Art. 27, 28, 29	.-	:	74
Art. 30, 31, 32	.-	:	75
Art. 33, 34, 35	.-	:	76
Art. 36	.-	:	77
CAPITULO V PRELACION Y PUBLICIDAD		:	78
Art. 37, 38	.-	:	78
Art. 39, 40	.-	:	79
Art. 41, 42, 43, 44	.-	:	80
Art. 45, 46, 47,48	.-	:	81
Art. 49, 50, 51	.-	:	82
Art. 52, 53	.-	:	83
Art. 54	.-	:	84
Art. 55, 56, 57, 58	.-	:	85
Art. 59	.-	:	86
CAPITULO VI EJECUCION		:	87
Art. 60, 61, 62	.-	:	87
Art. 63, 64, 65	.-	:	88
Art. 66, 67, 68	.-	:	89-90
Art. 69, 70, 71,72	.-	:	91
Art. 73, 74, 75	.-	:	92
Art. 76, 77, 78,79	.-	:	93
CAPITULO VII ADICIONALES		:	94
CAPITULO VIII MODIFICATORIAS		:	95-96-97-98
CAPITULO IX ABROGATORIAS Y DEROGATORIAS		:	99
CAPITULO X FINALES		:	100-101-102- 103
CONCLUSIONES		:	104-105

1.- ENUNCIADO DEL TEMA

Bases legales para la constitución de garantías prendarias e hipotecarias de naturaleza mobiliaria para créditos de interés social.

2.- IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Los bienes muebles representan aproximadamente la mitad de los bienes de capital en Bolivia alrededor de dos tercios de la inversión comercial neta. Aun así, no es posible en Bolivia obtener préstamos garantizados por bienes muebles sin la garantía adicional o la propiedad de bienes inmuebles. Esto limita el crédito abundante y barato a aquellos que no son propietarios de bienes inmuebles.

Las empresas que deberían expandirse en la medida en que incrementan sus inventarios y cuentas por cobrar, se encuentran con muy poco crédito para operar más eficientemente. .

2.1.- Identificación

El problema de identificación resulta importante ante la existencia de varios acreedores, a tal efecto, este proyecto contempla:

- a.- Permitir la descripción general y establecer un mecanismo de identificación posterior.
- b.- Dejar librado a las partes la posibilidad de una descripción específica en la contratación, ya que nada impide que las partes identifiquen el bien la garantía en forma específica si así lo desean.

En este último supuesto, los prestamistas deben recordar que le sería más difícil la recuperación si el bien específico no se encuentra, ya que no podrían secuestrar otros bienes. Muchos prestamistas, probablemente, opten en el mismo contrato por una descripción específica y un general sobre bienes muebles del deudor.

Asimismo, se puede constituir una **garantía real** sobre cualquier derecho, como los créditos, de forma tal de que los créditos de la cartera puedan cambiar, extinguiéndose algunos e incorporándose otros al patrimonio en garantía.

3.- PROBLEMATIZACION

Este problema no tiene una raíz económica, sino que tiene garantía y pueden comprarse a créditos en los Estados Unidos y Canadá, no son aceptados como garantía en Bolivia: constituir garantías reales muebles, típicamente la prenda en Bolivia, es legalmente difícil, costoso y arriesgado; su registro es lento, caro e incierto; y su recuperación y venta es larga y costosa. Este anteproyecto trata de atender cada uno de estos problemas.

Las soluciones marginales tendrán un impacto marginal. Por ejemplo, aún si los procedimientos se mejoraran hasta que la recuperación y venta de bienes en garantía tomara un año en vez de los dos y medio a tres años que demora actualmente, el impacto sería muy pequeño, ningún prestamista lógico aceptaría inventario o cuentas por cobrar a treinta días, si el marco legal determina un tiempo de ejecución de un año.

Las leyes y las instituciones imposibilitan la recuperación de los bienes

3.1.- Constitución:

Para servir su objetivo económico, toda persona debe poder constituir garantías reales muebles sobre cualquier bien, a menos que un principio de orden público claro indique lo contrario.

Las transacciones económicas modernas son complejas, requieren de muchas partes diferentes; requieren garantías flotantes de acuerdo al proceso de producción. Cuando la ley artificialmente restringe estas transacciones, los agricultores y las empresas encuentran dificultades en constituir contratos de garantía que sean legales y que tengan confianza de que sean ejecutables

3.2.- Cesiones de Crédito:

Estos artículos permiten gravar en garantía de préstamos a un crédito o a carteras créditos. Por ejemplo, la garantía real sobre carteras de crédito se inscribe en el Archivo de garantías. Las normas que permiten la garantía real contra bienes descritos en términos generales permiten que la garantía real sea flotante contra la cartera, y permitiría que los créditos de la cartera cambien.

3.2.- Graduación de prioridad:

Cualquiera sea el valor de un bien en garantía, un prestamista sólo puede determinar su valor cuando conoce el valor de cualquier otro gravamen anterior contra el mismo bien. Cuando es caro y difícil determinar esta información, los prestamistas no financiarán bienes baratos, cuando el registro mismo es incierto, o

cuando otros gravámenes que no se registren tengan prioridad contra garantías reales registradas, los prestamistas no darán valor alguno a los bienes muebles en garantía. El proceso de inscripción pública o registro representa un papel clave en el proceso de determinar el rango de prioridad contra el bien en garantía. El valor social del registro no surge de la verificación del contrato de garantía por parte del Estado. (1)

La verificación pública ofrece poco valor adicional para los usuarios del registro. Lo importante, es que exista un rango de prioridades claro, y un registro que funcione eficientemente con amplio acceso a la información registrada.

Para normar la Constitución, publicidad, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias.

4.- Delimitación

4.1.-. Delimitación Temática

El objeto de estudio comprende lo siguiente.

El presente instrumento legal establece una normativa especial de regulación de los derechos reales muebles de garantía y sustitutiva de la establecida por el Código Civil, Código de Comercio y otras disposiciones legales especiales

4.1.1.- Este anteproyecto se aplica:

Préstamos con garantía real:

4.1.2.- Sobre bienes muebles (CC, Art. 76)

Materiales e inmateriales:

Con desplazamiento de los bienes al acreedor o un depositario (al acreedor o una tercera persona toma posesión de los bienes en garantía)

Ejemplo: Prenda civil, warrant de almacenes generales de deposito

-Sin desplazamiento de los bienes (el deudor conserva la posesión de los bienes en garantía).

(1) Véase, por ejemplo, Curso de Derechos reales, Privilegios, y Derechos de Retención, Abeledo-perrot, Argentino,

Ejemplo: Prenda, hipoteca, leasing financiero, ventas condicionales de bienes muebles, garantía real sobre la empresa mercantil, hipoteca de la concesión minera como empresa mercantil.

4.1.3.- Sobre Derechos (CC, Art. 74 y 81).

-Con posesión del instrumento: .Ej.: Endoso en garantía de títulos valores

-Con registro. Ej.: Cesión de créditos, o cuentas por cobrar, garantía real sobre carteras de créditos, garantía real sobre carteras de contratos de garantías real o inmuebles;

Garantía real sobre derechos de autor, patentes y marcas;

4.2. - Delimitación Temporal

La investigación como delimitación temporal desde la promulgación de Código Civil, del 2 de Abril de 1976, que regula el régimen legal de los bienes muebles, y el Derecho Civil y Comercial, que conlleva y contempla las bases legales de naturaleza crediticia hasta el alcance de este al primer semestre del año 2011.

4.3.- Delimitación Espacial

La presente investigación abarca el estudio de los diferentes instrumentos de los organismos nacionales que se dedican al sistema de regulación, sistema Bancario, entre otras instituciones que puedan aportar con el desarrollo de la investigación en la ciudad de La Paz y la ciudad de El Alto.

5.- FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia radica en las Bases Legales para la Constitución de garantías prendarias de naturaleza mobiliaria para créditos de interés social, en el marco de la Ley.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad demostrar lo siguiente:

5.1.- Ejecución:

Los bienes no tienen impacto alguno para los prestamistas si no existe forma de recobrar y vender los bienes en forma rápida y barata. Los períodos de ejecución que demoran entre 6 meses a uno año o tres años no sirven para los préstamos garantizados por bienes muebles. Muchos bienes muebles tienen una vida económica corta: mercaderías en inventario, ganado, cosechas en pie, estos no tendrán valor como garantía bajo este régimen.

Aún para bienes de capital físico, como equipo industrial y maquinaria agrícola, estos perderían gran parte de su valor durante tal periodo. En vez de vender esta maquinaria con un 10 o 20 por ciento de descuento (depósito), como es común en los Estados Unidos y Canadá, los prestamistas requerirán 50 o 75 por ciento de descuento. Para que los prestamistas acepten estos bienes en garantía, los procesos de recuperación deben ser rápidos, baratos y ciertos. (2)

Esto es, trasladando gran parte de los juicios de cobro fuera de los tribunales judiciales. En contraste, en jurisdicciones de hecho, el préstamo garantizado por bienes muebles es extremadamente limitado.

El beneficio económico de esta ley, estimado para Bolivia, es del 8 a 10 por ciento de crecimiento de su producto bruto interno en el término de 10 años.

La presente tesis está dirigido a las Instituciones Bancarias ya que es muy difícil costoso y arriesgado, su registro es lento caro e incierto, su recuperación y venta es larga.

En Bolivia el que no tiene un bien inmueble se ve imposibilitado o limitado de acceder a un préstamo bancario garantizado, de manera que se debe implementar otras alternativas para los créditos de interés social.

Para normar la Constitución, publicidad, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias

5.2.-Pertinencia:

El anteproyecto se aplica a bienes muebles que constituyan instalaciones fijas a bienes inmuebles (pertenencias). Esta inclusión permite por ejemplo, el financiamiento de maquinaria pesada sin incurrir en los más altos costos de hipoteca la tierra a la cual se adhiera. La garantía real contra pertenencias inscritas en el registro de bienes inmuebles con posterioridad. El concepto de pertenencias se diferencia, además, con el concepto de Derecho Minero en el que "pertinencia" es unidad o medida superficial para las concesiones mineras.

Dado que es difícil diferenciar cuando una cesión de créditos es en garantía y cuando es una simple cesión, resulta necesario que asimismo las normas sobre perfeccionamiento y ejecución de esta ley se apliquen a toda cesión de créditos.

(2)Febrero 1992, por Beatriz Arean, Cap. VI "Institutos de Naturaleza Controvertida"

Esto impide el siguiente supuesto: que un prestatario ceda en garantía una cartera de crédito y que permaneciendo como agente de cobro de esa cartera, pueda cederla en garantía otra vez o darla en garantía bajo esta ley, sin registrar tal cesión. En tal caso, potenciales prestamistas no tendrían forma de conocer que las cuentas ya fueron cedidas en garantía.

Este sistema de financiamiento en el ante proyecto tiene ventajas frente al factoraje y descuento de títulos valores. Al constituirse una garantía real contra la cartera: el acreedor de la cartera puede mantener una relación directa con sus clientes, sin necesidad de hacerlos pagar en otro lugar, ya que los créditos no necesitan transferirse al prestamista, el prestamista no tiene que notificar a los deudores de la cartera, y el acreedor de la cartera puede cambiar las cuentas de créditos ya que la garantía real puede gravar una descripción general de la cartera, lo cual permite que la garantía real flote sobre la cartera.

Sin embargo, cuando los créditos de la cartera estén respaldados por títulos valores, no se aprovecharían estas ventajas, ya que la garantía real contra la cartera de títulos valores adquiere prelación desde el endoso de cada uno de los títulos valores.

6.- OBJETIVOS

6.1. Objetivos Generales

Objetivos básicos.

Demostrar la necesidad de establecer lo siguiente:

- a) Simplificar y facilitar la constitución, publicidad y ejecución de gravámenes constituidos sobre bienes muebles de cualquier naturaleza
- b) Sentar las bases jurídicas adecuadas para promover un creciente y masivo acceso al crédito productivo y de consumo, en condiciones de seguridad jurídica integral.

Garantías reales:

En estos Artículos resulta indispensable considerar los institutos jurídicos muy bien fundamentados en la legislación civil a través del Código Civil boliviano, en particular con el Libro Segundo “de los bienes, de la propiedad y de los Derechos Reales sobre la cosa ajena” y el Libro Quinto “Del ejercicio, protección y extinción de los derechos” Título II “De la garantía patrimonial de los derechos”.

6.2. Objetivos Específicos

6.2.1.- Bienes Futuros, y Desembolsos Futuros

Esta norma permite el uso en garantía de bienes que el deudor adquirirá o producirá en el futuro y permite garantizar obligaciones futuras (como en líneas de crédito)

La prenda civil y comercial, salvo el caso de cosecha futura, otorga rango de prioridad al acreedor sólo desde el momento en que se cumpla la condición, por ejemplo desde que se cumpla la condición de que el deudor sea propietario de los bienes en garantía, o desde el momento que exista una obligación principal con el desembolso del préstamo en caso de una obligación futura.

En este anteproyecto, en cambio, si bien la constitución de la garantía real queda convalidada con el cumplimiento de la condición, tiene tanto de prelación desde su perfeccionamiento, aunque sea anterior al cumplimiento de la condición es decir, anterior a que el deudor sea dueño, o anterior a que exista una obligación principal con el desembolso del préstamo.

6.2.2.- Beneficio Económico.

La garantía real pre constituida otorga grandes beneficios económicos, ya que ofrece bajos costos y mayor seguridad de la prioridad de un acreedor que garantiza líneas de créditos o inventario rotativo con garantía real. Por ejemplo, permite a una empresa textil garantizar un préstamo con productos que estén siendo empaquetados en otro lado, aun cuando la empresa no tiene posesión del inventario y puede considerarse como no dueña del inventario (CC art. 100 y 101)

Así mismo, las normas para emplear en garantía bienes a adquirirse en el futuro tienen gran importancia económica, porque permiten usar en garantía bienes sin estipular la naturaleza exacta del bien o el momento de su arribo. Estas posibilidades reducen los costos de transacción. Los cambios en la constitución de garantías sobre bienes que conforman cosecha o producción surgen sin necesidad de cambiar el contrato de garantía real. En consecuencia, es una calidad clave para el financiamiento de inventario. Tal contrato de garantía puede gravar bienes como automóviles y vestimenta, asimismo puede cubrir el inventario de materia prima, bienes sin terminar, o bienes cuya naturaleza cambie.

En países donde el financiamiento de inventario es flexible y barato, el financiamiento de inventario incluye típicamente una cláusula bajo la cual la garantía real contra el inventario también afecta las cuentas por cobrar y el inventario futuro del deudor.

Se hizo notar que los bienes muebles y la normativa de los bienes muebles se aplican a los derechos y acciones sobre bienes muebles o inmuebles (Código Civil, art. 81). Esta aclaración se debió a que comentarios recibidos indicaron que la utilización de la palabra “bienes” en otras partes del Código Civil se refiere solamente a cosas, sin incluir derechos.

La garantía real podrá ser flotante cuando el bien en garantía grave una universalidad de bienes, o sea, descrito en términos generales, como el inventario rotativo de un negocio o el ganado, sin que sea necesario identificar específicamente cada bien individual que forme parte del grupo, de bienes que se intenta financiar, y sin necesidad de que se trate de bienes fungibles. Ejemplo de cláusulas descriptivas generales son: “todas las cuentas por cobrar de Quimex S.A.”, “todo el contenido de bienes del restaurante El Chalan, incluyendo todos los bienes existentes, y aquellos que pueden ser usados o mezclados, agregados o adheridos, o sustituidos por cualquiera de los bienes presentes”, “todo ganado de José Deudor”, “toda bomba de agua instalada en el inmueble situado en ruta 1 kilómetro 23”, todo “producto agropecuario que se encuentre en el inmueble situado en x”, “todo saldo acreedor en cualquier cuenta bancaria de José Deudor”, “toda herramientas situadas en el local 43 de Avenida Cruz 2525”, o “las cuotas sociales de José Deudor en la cooperativa La Hermosura

7.-Marco Teórico

Pese a no ser quien la plantea por primera vez, Planiol es quien la expone de manera orgánica: Kant ya señalaba que todo derecho es, necesariamente, una relación entre personas, y que a todo derecho corresponde un deber. El derecho real, por lo tanto, es el que establece una relación jurídica entre una persona como sujeto activo, y todas las otras como sujetos pasivos, relación que tiene la misma naturaleza que la de las obligaciones propiamente dichas. (3)

Para esta concepción el lazo obligatorio erga omnes se hace visible cuando el derecho real es violado: el contraventor no podría ser condenado si no estuviera obligado con anterioridad, y por ello la concepción tradicional sería absurda, ya que equivaldría a imponer una obligación a cargo de una cosa ya a favor de una persona, lo que resulta inadmisibles.

(3)Concepciones no clásicas: obligación pasivamente universal (Planiol).

Se niega así la distinción entre derechos reales y personales: ambos son obligaciones, en el caso de los derechos reales la “obligación pasivamente universal”.

Desconoce ésta teoría dos aspectos: lo típico del derecho real que es el señorío del titular sobre la cosa, y señalar solo un aspecto que es común a todos los derechos: el deber a cargo de la sociedad de respetar los derechos ajenos.

Según Mesineo dice que “la prenda y la hipoteca, además de ser garantías específicas, están consideradas generalmente también como garantías reales, o sea, como derechos reales de garantía, lo que quiere decir: institutos del derecho sustancial (material).⁽⁴⁾

Según los hermanos Mazeaud, dicen que “la garantía real resulta de la afectación de ciertos bienes del deudor como seguridad del crédito, ya sea de todos los bienes o de todos los muebles o de todos los inmuebles, presentes y futuros del deudor (garantías generales); ya sea de tales o cuales bienes determinados del deudor (garantías especiales).⁽⁵⁾

7.1.- Justificación económica

Este anteproyecto se inspira en el deseo de dar a los bienes en garantía la máxima utilización económica posible, principalmente, permitiendo la disposición de inventario.

Aun cuando el deudor puede vender los bienes en garantía, el anteproyecto logra proteger los derechos del acreedor permitiendo:

- a) La continuación de la garantía real sobre los “productos” que perciba el deudor (Ej. En caso de incumplimiento, descontando directamente de una cuenta bancaria el dinero recibido de la disposición del bien
- b) Que los bienes en garantía fluctúen o “floten” en la medida en que algunos objetos sean sustituido por otros sin que sea alterado el rango del acreedor.
- c) Que la obligación garantizada se constituya sobre bienes que el deudor adquiera en el futuro.
- d) Que haya incluido una cláusula de aceleración en el contrato de mutuo y requiera el pago total de la obligación garantizada, y en caso de no pago, ejecute el bien en garantía.

(4)Mesineo, la prenda y la hipoteca.

(5) Mazeaud, en su libro la garantía.

7.2.- Calidad de acreedor y deudor

Este artículo parecería redundante, sin embargo, muchos instrumentos financieros del Derecho Boliviano limitan las partes que pueden utilizar dichos instrumentos (Ej., en el artículo 1409 del Código de Comercio), el fideicomiso está limitado en su uso a instituciones financieras que actúen como fiduciarios). Por consiguiente, resulta necesario aclarar que el anteproyecto permite que toda clase de personas constituya una garantía real sobre bienes muebles, ya sean éstas personas físicas o jurídicas, comerciantes o instituciones financieras. El objetivo perseguido es el de facilitar el desarrollo del crédito mobiliario a través de todos los entes económicos de la cadena crediticia.

7.3.- Crédito civil y comercial:

Asimismo, este anteproyecto tampoco discrimina respecto al tipo de operación que se garantiza, o respecto a la calidad comercial o no del acreedor garantizado. La necesidad de abarcar tanto el crédito al consumidor como el crédito comercial, hace necesario no sólo esta norma, sino que justificar la necesidad de introducir este anteproyecto como ley especial, y no un capítulo en el Código Civil o en el Código Comercial. Por otra parte, se resalta asimismo la importancia de una ley especial que puede ir acomodándose, actualizándose, modernizándose, de haciéndose de mejor y más rápido manejo legislativo.

7.4.- Derecho del deudor a solicitar un estado de cuenta

Este artículo limita los derechos de acreedores sobre bienes descritos en términos generales.

El artículo permite que el deudor libere bienes de la garantía, y puede serle útil cuando celebre un contrato demasiado amplio que le impida financiarse con otros acreedores.

8.- HIPÓTESIS

Revisar la actual normativa civil comercial posibilita el acceso a créditos hipotecarios de interés social.

La implementación de la norma a las Bases legales socio jurídicas en los derechos hipotecarios, permitirá que se aplique a todos los actos jurídicos, realizados por cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, destinados a garantizar el cumplimiento de obligaciones mediante la constitución de garantías reales sobre los bienes incluidos.

8.1. Variables

Analizar la actual normativa civil comercial posibilita el acceso a créditos hipotecarios de interés social.

Describir que en Bolivia es legalmente difícil costoso y arriesgado, su registro es lento y caro su recuperación es lenta y larga.

Proponer una normativa que haga el acceso al crédito de interés social tomando en cuenta los Artículos de la Constitución Política del Estado, Art. 47-11, Art. 316,4 y 7.

8.1.1. Independiente

Las restricciones Legales a las Garantías Reales limitan el acceso a créditos por este hecho la gente ya no confía pero la necesidad hace que sigan arriesgándose sus bienes, pero hay una gran mayoría que no solicita préstamos y como no hay solicitudes de préstamos, las empresas que deberían expandirse, se encuentran con muy poco crédito para operar más eficientemente.

8.1.2. Dependiente

Justificación económica

Este anteproyecto se inspira en el deseo de dar a los bienes en garantía la máxima utilización económica posible, principalmente, permitiendo la disposición de inventario.

Aun cuando el deudor puede vender los bienes en garantía, el anteproyecto logra proteger los derechos del acreedor permitiendo:

- a) La continuación de la garantía real sobre los “productos” que perciba el deudor (p. Ej. En caso de incumplimiento, descontando directamente de una cuenta bancaria el dinero recibido de la disposición del bien
- b) Que los bienes en garantía fluctúen o “floten” en la medida en que algunos objetos sean sustituido por otros sin que sea alterado el rango del acreedor.
- c) Que la obligación garantizada se constituya sobre bienes que el deudor adquiera en el futuro.
- d) Que haya incluido una cláusula de aceleración en el contrato de mutuo y requiera el pago total de la obligación garantizada, y en caso de no pago, ejecute el bien en garantía.

9.- MÉTODOS QUE FUERON UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN

Los métodos que fueron utilizados en esta tesis son los siguientes:

MÉTODO PROPOSITIVO

MÉTODO INDUCTIVO

Este método tiene la finalidad de encuadrar un determinado hecho social dentro de las normas jurídicas establecidas, respetando la jerarquía de la norma y su estructura jurídicamente.

En el proceso de conocimiento de todo lo particular a lo general, sirve para estudiar fenómenos jurídicos particulares y de escasa información teórica, para llegar a conclusiones generales en este caso se investigara la implementación de la norma a las bases legales socio jurídico.

10.- TÉCNICAS QUE FUERON UNILIZADAS EN LA INVESTIGACIÓN

Las técnicas que utilicé son:

10.1.- Diseño de Investigación.- Nos permite recolectar información bibliográfica respecto al tema, esta información se recolecta de:

Tesis, libros especializados, leyes etc. Bibliotecas. Los cuales fueron debidamente ordenados y clasificados con las fichas de trabajo.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

MARCO

HISTÓRICO

CAPÍTULO I

Marco Histórico

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA HIPOTECA



La hipoteca

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRENDA EN ROMA

La prenda e hipoteca se configuraron en el derecho romano como verdaderos derechos reales de garantía que el acreedor podía hacer valer erga omnes. Constituyeron un mismo instituto jurídico, al punto que, al decir del jurisconsulto Marciano “hay tan sólo entre ambos la diferencia del sonido de la palabra. De tal identidad derivó que los efectos jurídicos de prenda e hipoteca y las acciones que los protegían fueran los mismos. Sin embargo, dichas instituciones presentaron rasgos propios que les dieron algunos matices diferenciales, no en relación al bien que constituía la garantía, sino en orden a la posesión de la cosa objeto de ella. En efecto, en el pignus la posesión del bien pignorado era transmitida al acreedor pignoraticio en el acto mismo de celebrarse la convención, en tanto que en la hipoteca la cosa quedaba en poder del deudor, y no pasaba la posesión al acreedor hipotecario. Ulpiano resume esta característica diferencial diciendo “propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa, ni aun la posesión, a éste” (Pproprie pignus dicimus, quod ad creditorem)

1.2.- La Hipoteca

(hypotheca) nació en Roma como accesorio de una obligación y como garantía real, que se desarrolló fundamentalmente al amparo del derecho pretorio, habiendo conocido la legislación romana en la evolución de las garantías reales des formas anteriores a esta institución la fiducia la forma más antigua de garantía real y el pignus se aplicaba a cosas muebles.

En el Derecho Romano había el pignus y la hipoteca en seguridad de las deudas. El pignus o prenda era cuando alguna cosa se empeñaba en seguridad del dinero

prestado, y la posesión de ella pasaba al acreedor con la condición de devolverla al propietario cuando la deuda fuese pagada.

Había dos clases de acciones aplicables a la prenda y a las hipotecas; la acción pignoraticia y la acción hipotecaria. La primera era divisible en dos clases: La acción directa que correspondía al deudor contra el acreedor, para que le volviese la prenda cuando la deuda estuviese pagada; y la acción contraria, que correspondía al acreedor cuando el título del deudor era insuficiente, o cuando hubiese hecho impresas necesarias en la cosa

La Hipoteca.- Al cabo de esta evolución de las garantías reales, el derecho real de hipoteca alcanza el más alto nivel entre las garantías reales de que podía valerse el acreedor, para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Los sujetos de la relación obligacional encuentran en la hipoteca sus entérese perfectamente conciliados.⁽¹⁾

En sus comienzos la hipoteca no confiere al acreedor más que el derecho de hacerse dar la posesión de la cosa y de retenerla hasta que se le pague. Se hace sentir la necesidad de dar al acreedor una seguridad más eficaz que un simple derecho de retención. La facultad de vender la cosa y pagarse del precio le fue acordada por tiempos. Permaneciendo indefinidamente y sin utilidad en manos del acreedor, desmintiendo las funciones para las que fue creada, la propiedad sólo hace el papel de un deudor secundario, Como ella misma responde al pago, ella misma debe procurarlo al acreedor

Ella es como significa un dicho de Gayo:”La hipoteca está obligada por su condición de prenda, pudiera asegurar varios pagos.

A pesar de sus progresos la hipoteca no hizo desaparecer la prenda. Los dos géneros de seguridad subsistían sin influenciarse recíprocamente. Pero entre estas dos clases de garantías hay varios puntos esenciales de diferencia:

Ella es como significa un dicho de Gayo:”La hipoteca está obligada por su condición de prenda, pudiera asegurar varios pagos.

1 La hipoteca era cuando la cosa empeñada no se entregaba al acreedor sino que permanecía en poder del deudor (instituta, Lib 4,tit, 6 y7. En digestos se halla establecido lo mismo en términos más breves proprie pignus dicimus quod ad creditorrem transit, hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem.

A pesar de sus progresos la hipoteca no hizo desaparecer la prenda. Los dos géneros de seguridad subsistían sin influenciarse recíprocamente. Pero entre estas dos clases de garantías hay varios puntos esenciales de diferencia:

- a) La prenda exige la remisión de la propiedad, y la hipoteca. La posesión es la mejor garantía del derecho de crédito y más aún mediante los interdictos.
- b) La prenda no puede dar en garantía de otro crédito; y la hipoteca por su naturaleza acepta varios acreedores.
- c) El acreedor prendario puesto en posesión de la cosa puede ser reclamado por sus actos de destrucción o por su negligencia; el acreedor hipotecario que no tiene la cosa en sus manos, no puede ser culpable de la negligencia.⁽²⁾

1.3- ORIGEN DE LA HIPOTECA EN ROMA

Es un derecho real, y se diferencia de los demás derechos reales incorporales, en que es necesariamente el accesorio de un derecho real y que constituye una garantía.⁽²⁾

El desarrollo de la hipoteca desde su origen es el siguiente:

1.3.1.- LA GARANTÍA PERSONAL.

Significa el compromiso de una o varias personas que se obligan junto con el deudor personal a pagar la deuda, de modo que el acreedor pueda dirigirse a cualesquiera de ellas en demanda del pago.

1.3.2.- LA GARANTÍA REAL.-

Es el afectar una cosa al pago de una deuda de manera que la cosa pase a manos del acreedor en caso de no hacerse efectivo el pago.

(2) Luis Rodolfo Arguello Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones 3ra. Edición corregida. Título V Derechos Reales de Garantía. La acción hipotecaria era dada al acreedor para obtener la posesión de la cosa en cualquier mano que se encontrase instituta lib.3 tit 15 y 4 y vinnio sobre dicho párrafo prothier pand lib.13 tit 24^a29

En los primeros tiempos la garantía personal, podía ser reducida a la esclavitud y conducida a casa de su acreedor en calidad de siervo o vendida por el precio de la deuda en mercado público.

El acreedor se encuentra siempre en peligro de que su deudor sea insolvente

2.- EN LA ANTIGÜEDAD LA HIPOTECA EN GRECIA

En principio el término hipoteca ya era usado en la **Antigua Grecia**, aunque adquirió su significado actual en **Roma**. En el marco de la civilización romana se lo denominó prenda, y constituía una garantía de pago en la compra de tierras.

Podemos decir en consecuencia que la idea de la hipoteca es heredada del derecho romano. Concretamente, en la Antigua Roma había dos formas básicas de garantizar una deuda. La ya mencionada **prenda o pignus**, con una regulación muy parecida a la actual, y la **fiducia**.

La fiducia consistía en que el deudor traspasaba la propiedad de un bien al acreedor para garantizar la deuda. Aunque generaba una gran desprotección para el acreedor, era utilizada en ese contexto. Asimismo, como en ocasiones el deudor necesitaba sus bienes para poder abonar la deuda, surgió la **prenda sin desplazamiento**.

La misma se utilizaba para que los arrendadores de la tierra garantizaran el pago al arrendador, y puede decirse que esta figura es el **germen de la hipoteca actual**. Sin embargo, sólo se comenzaron a emplear de forma generalizada cuando se inició la actividad de los **Registros**, ya que de lo contrario no eran operaciones con seguridad jurídica.

3.- LA HIPOTECA EN LA EDAD MEDIA

Avanzando en el tiempo, en la **Edad Media** las hipotecas sirvieron como **pagos feudales**. Los granjeros solicitaban dinero a los señores feudales para adquirir tierras, hipotecando al mismo tiempo el terreno. El pago podía concretarse con lo cosechado, con dinero o con animales.

Mucho tiempo después, la evolución de la **securitización** sobre 1970 y el nacimiento de los títulos de deudas respaldados, o sea **garantizados por un activo real**, como por ejemplo prendas de automotores o hipotecas sobre viviendas, permitió un mayor auge del mercado hipotecario, sobretudo en su versión inmobiliaria.

4.- LA HIPOTECA EN LA ACTUALIDAD

Estados Unidos fue el país iniciador del “boom” de las hipotecas, donde se creó un organismo que impulsó el mercado de securitización, desarrollando un título garantizado por préstamos hipotecarios para viviendas, a lo que luego se sumaron los bancos comerciales y las sociedades de ahorro. Inglaterra, Francia y otras naciones europeas siguieron este camino, que actualmente está ampliamente difundido en todo el mundo.

4.1.- Fuentes de origen de la hipoteca.

La hipoteca puede devenir de la voluntad de las partes o de la ley o de la decisión de un magistrado.

4.1.1.- Voluntarias

Las hipotecas voluntarias pueden ser convencionales y testamentarias.

4.1.1.1- Convencionales.- Cuando resultan y forman la generalidad de los casos del convenio de dos personas, entre el acreedor y el deudor o un tercero que garantiza el pago.

4.1.1.2- Testamentarias.- Las que se establecen por un testador sobre los bienes de la testamentaria a beneficio de un legatario o de un acreedor.

Para consentir en la hipoteca voluntaria, es suficiente con tener la cosa in bonis, no es necesario ser propietario quirritario. Pero debe tenerse capacidad civil de dueño para poder enajenar, pues la hipoteca supone siempre la capacidad de vender.

5.1.- Objeto de la hipoteca

Objeto de la hipoteca podía ser toda res in comercio, es decir, toda cosa susceptible de enajenación, por cuanto la falta de cumplimiento de la obligación conducía a la venta del bien hipotecado para posibilitar al acreedor el cobro de su crédito.

En sus orígenes sólo pudo constituirse hipoteca sobre bienes corporales, muebles o inmuebles, pero se llegó a admitir que pudiera tener por objeto cosas incorpóreas, como el usufructo, las servidumbres y la superficie, entendiéndose que lo que se gravaba era el derecho real, no el objeto sobre el cual recaía. Incluso estuvo permitido preñar un crédito (pignus nominis) y el mismo derecho de hipoteca (pignus pignori datum). Asimismo, el derecho real de hipoteca podía

recaer sobre una universalidad de cosas, como por ejemplo, un rebaño, y sobre la totalidad de un patrimonio, en cuyo supuesto la garantía se hacía extensiva a todos los bienes que de cualquier manera se incorporaran al mismo.

Por lo que respecta a la constitución de la hipoteca, ésta podía nacer por voluntad privada, por resolución de autoridad jurídica y por imperio de la ley. La voluntad de los particulares podía materializarse en un simple pacto, sin formalidad alguna y sin siquiera la exigencia de la tradición

5.2.- Efectos de la hipoteca

La relación jurídica que nacía a consecuencia del derecho de prenda o hipoteca entre el deudor y el acreedor hipotecario, fue regulada de manera especial en el derecho romano, atribuyéndole importantes efectos para cada una de la partes.

En lo referente al deudor, conservaba los más amplios poderes sobre la cosa afectada a la garantía, pues en su carácter de propietario y a la vez de poseedor del bien hipotecado, estaba autorizado para percibir los frutos naturales o civiles que la cosa produjera, reivindicarla contra terceros, gravarla con servidumbres y otras hipotecas y hasta enajenarla, a condición de no violar los derechos del acreedor.

Satisfecha la obligación el deudor podía interponer una actio pignoratitia in personam, cuando estando la cosa en poder del acreedor, se negara a restituirla. No jugaba la acción si el acreedor ejercitaba un derecho de retención (ius retentionis) hasta tanto se le cancelaran otros créditos no garantizados con hipoteca. Este derecho a retener el bien del deudor se denominó pignus Gordianum, por haberlo creado el emperador Gordiano.

La hipoteca no le da al hipotecario ni el uso de la cosa ni el derecho a sus frutos ni la posesión.

El hipotecante conserva igualmente el derecho de vender la cosa o de enajenarla o de gravar la cosa con derechos reales de servidumbre y más aún de constituir nuevas hipotecas, pero reservando encima el derecho concedido al primer acreedor hipotecario.

5.2.1- Derechos del acreedor hipotecario

En cuanto al acreedor hipotecario, el derecho de hipoteca producía tres importantes consecuencias jurídicas:

- el derecho a ejercitar contra cualquiera detentador de la cosa hipotecada la actio hypothecaria o quasi Serviana para hacerse

poner en posesión de ella (ius possidendi); el derecho a vender la cosa hipotecada ante la falta de cumplimiento de la obligación a su debido tiempo (ius possidendi),

- El derecho a vender la cosa hipotecada, ante la falta de cumplimiento de la obligación a su debido tiempo (ius distrhendi pignus)
- El derecho a pagarse con el precio de la venta, con preferencia a otros acreedores comunes, desprovistos de garantía hipotecaria (ius praeferendi).

5.2.1.1.- La hipoteca es un derecho real.

Pues supone una deuda: civil, pretoriana o natural cuyo pago garantiza, y supone también la existencia de una cosa, mueble o inmueble que se pueda vender cuando no se pudo lograr el pago de la deuda

5.2.1.2.- La hipoteca es indivisible.

Al contrario de las servidumbres prediales no se refiere a las partes y el dueño indiviso puede hipotecar su parte pro indivisa. La indivisibilidad consiste en que el derecho de hipoteca subsiste todo entero, aunque una parte de la deuda haya sido pagada.

6.- HIPOTECA LEGAL.

Es aquella que la ley misma establece a favor de algunos acreedores. Frecuentemente la ley, no hace otra cosa que sancionar la voluntad presunta de las partes. Esta es la hipoteca que los jurisconsultos llaman hipoteca tácita.

Pero hay otras hipotecas legales que no pueden arrancarse de una convención tácita. Son de aquellas que la ley voluntariamente otorga a algunos acreedores y los favorece, dándoles una seguridad que ellos mismos no conseguirían tratando directamente con el deudor.

Estas hipotecas legales son:

- a) La del arrendador de una casa, sobre los inmuebles que el inquilino aporto a ella.
- b) El arrendador de un fundo rural sobre los bienes recolectados. Existen algunas hipotecas legales no tácitas y son:
 - 1) La de los pupilos menores de 25 años sobre los bienes de sus tutores y curadores.
 - 2) La de la mujer sobre los bienes del marido para garantizar la devolución de la dote.

- 3) La de los legatarios sobre los bienes de la herencia para asegurar el cumplimiento del legado.
- 4) **6.1.- Hipoteca judicial.**

La hipoteca que resulta de la decisión de un magistrado *Pignus ex causa judicial captum* fue establecida por un rescripto de Antonio el Píadoso, a favor del acreedor cuyo crédito estuviese reconocido en justicia sobre los muebles bienes del deudor.

Luego que el deudor es condenado y ha reconocido su deuda se le da un plazo para que ejecute su pago; pasado en cual el magistrado puede mandar entregar por embargo los bienes en calidad de prenda.

Después de un nuevo plazo los bienes embargados son vendidos y su precio atribuido al acreedor cuyo crédito se ha reconocido como preferente a todos los demás.⁽³⁾

6.2.- Extinción de la hipoteca

El carácter accesorio de la hipoteca respecto a la deuda que garantizaba, que cesará con la total extinción de la obligación.

Igual que los demás derechos sobre la cosa ajena, 1ra hipoteca también se extinguía por destrucción de la cosa, por su exclusión del *comercium* y por confusión, cuando en una misma persona se daba la condición de acreedor hipotecario y de propietario de la cosa empeñada.

Teniendo por finalidad garantizar un crédito, la renuncia tanto expresa como tácita del titular-acreedor hipotecario-hacía asimismo cesar el derecho de hipoteca.

También la hipoteca se extinguía por la *praescriptio longi temporis*. Cuando la cosa hipotecada había pasado a manos de un tercero que poseía con justo título y buena fe durante diez años entre presentes y veinte entre ausente, tal prescripción, de efectos adquisitivos.

Podía oponerla respecto del acreedor hipotecario y del antiguo propietario. Incluso el poseedor de buena fe aún sin justo título, adquiriría la propiedad de la cosa hipotecada libre de gravamen, por el transcurso de treinta o cuarenta años.⁽⁴⁾

(3) Manual de Derecho Romano, María Josefa Saavedra

4) María Josefa Saavedra, ex Catedrática de Derecho romano Universidad Mayor de San Andrés Universidad de Mendoza Argentina, Manual de Derecho Romano.

7.- LA HIPOTECA EN BOLIVIA

7.1.- Privilegios del banco para la efectividad y pronta realización de sus créditos.

Siendo tan benéficas para un país las instituciones bancarias de crédito, y no pudiendo ellas subsistir sin la concesión de privilegios especiales, que las ponga a cubierto de los dispendiosos y prolongados pleitos, que la mala fe de los deudores y la chicana forense de los doctores emplean ordinariamente para elegir las obligaciones más sagradas, en los contratos comunes, se ha consagrado como un principio inamovible, que todo banco de crédito, sea hipotecario, mercantil, o de la clase que fuere, debe tener sus leyes peculiares, propias, privativas e independientes de la Legislación, como tanto con respecto a la manera rápida de proceder para realizarlos. Sin entrar en detalles minuciosos sobre esta materia, que es más propia de la Jurisprudencia que las Finanzas, solo tocaremos los puntos cardinales de ella.

Aquí no se trata del gran todo llamado: Código Civil, sino solo de una de sus partes llamada: Régimen hipotecario y en la cual encontramos defectos tan monstruosos, que no es posible conservarlos por más tiempo, sin renunciar a la ley natural del progreso humano. Por más que meditamos, no alcanzamos a comprender las razones que hayan tenido los legisladores de Bolivia, para establecer a favor de cierta clase de personas y con el nombre de hipoteca legal, una especie de acción real o tácita, acción real sobre, o contra los inmuebles de los que manejan los intereses, sin prescribir al mismo tiempo la designación expresa del inmueble reatado a la responsabilidad y su consiguiente anotación en el registro hipotecario.

A mi humilde juicio, las calidades esenciales que constituyen la naturaleza íntima de esa entidad moral llamada hipoteca, son la designación del mueble o inmueble responsables por instrumento público y la toma de razón de su responsabilidad, así como la extensión, la figura y el peso constituyen la naturaleza de un cuerpo material. Por lo mismo, me parece tan absurda, en los labios de un jurisconsulto, las expresiones de hipoteca general sobre inmuebles, hipoteca legal o tacitas- como absurdos serían en los labios de un profesor de física las expresiones de “cuerpo sin extensión ni figura”, que equivalen a decir: “extensión no extensa y figurabilidad no figurada” que son los enunciados lógicos de un contraprinipio.

Que en hora buena el Legislador despliegue todo, sin celo en proteger los intereses del Estado, de las corporaciones y establecimientos públicos- que agote su paternal solicitud a favor de la mujer débil por su sexo, del niño débil por su edad, del anciano, del inhabilitado física o moralmente y en fin, que en vista a los

derechos de todos estos seres de privilegios que los hagan de mejor condición, cuando lleguen a ponerse en pugna con los derechos comunes de los demás ciudadanos; todo esto es demasiado justo, demasiado plausible, pero que sea pues consecuente con los principios filosóficos de que ha partido al hacer la clasificación de esos derechos según sus categorías de preferencia; que los resguarde con la verdadera hipoteca esto es con la especial, escritura y registrado, para que esos derechos no pongan en conflictos los de otros acreedores con hipoteca convencional, y para que además sean reales y efectivos y no ficticios é ilusorios.

Lejos de hacerlo así, nuestros Legisladores, han creado un conflicto fatal entre ambas clases de derechos. Los ciudadanos capitalistas, para fiar su dinero sobre un inmueble, tienen necesidad no solo de informarse del título de dominio, del valor y la libertad del inmueble, lo cual les es fácil, sino también de enfangarse en el intrincado laberinto de averiguar toda la vida del propietario, para saber si alguna vez manejó, sin fianza, intereses fiscales, si fue tutor, ó curador, si rindió cuentas y si estas se hallan, ó no aprobadas. Si su mujer mello, ó no dote al matrimonio, etc., ¿y cómo es posible compulsar tantos datos de la vida privada de las personas? ¿Ni cómo un rentista, que en el mero hecho de poner en giro su capital, contrae ante el público la obligación de servir con oportunidad al que ocurre por un empréstito, como le ha de decir: “aguarde uno dos ó tres meses hasta que yo averigüe su vida?”

Las funestas consecuencias de semejantes leyes son: el encarecimiento de los capitales, la tasa excesiva del interés, en que se incluye implícitamente la prima de seguro por los riesgos a que expone el préstamo, la restricción de los contratos y por consiguiente la paralización del trabajo y la ruina de las escasas industrias del país. Si se agrega a todo esto la lentitud de los procedimientos judiciales para la decisión de los pleitos, nacidos de los defectos de la misma ley. ¿Qué desarrollo industrial se puede concebir en un país donde se ve el escándalo inaudito de que los juicios más sencillos por su naturaleza, que deberían terminar en 10 a 15 días, duran 10 a 15 años.

Se nos dará tal vez, que los defectos de las disposiciones hipotecarias que impugnamos y que se ven consignadas en los 12 capítulos del título 20, libro 3 del Código Civil, están ya modificados por otras leyes y decretos posteriores, que exigen la formalidad de las fianzas para la mayor parte de las obligaciones privilegiadas. Lo sabemos, y conocemos varias de esas modificaciones; pero á nuestro humilde juicio, no bastan á remediar el mal, esos remiendos de la cortina vieja y apolillada de nuestra legislación. Hay necesidad de cambiar completamente su régimen hipotecario para que guarde armonía con los últimos progresos de la

Ciencia económica a cuyo pujante impulso tienen que ceder las antiguas ideas de Jurisprudencia.

No hay reforma que deje de encontrar resistencias más o menos tercas, porque hiere los intereses bastardos de algunas clases sociales, que viven de los abusos, a semejanza de las sabandijas, que encuentran en la podredumbre su elemento de vida. El Decreto complementario ha herido de muerte muchos abusos. Si se cumplen fielmente sus disposiciones, ya no se verán empleados concesionarios, que abusando del favor de los gobiernos, manejen sin fianzas los dineros públicos. Ni tutores y curadores, que abusando de los sagrados vínculos de la sangre y la amistad, dejen de caucionar sus cargos, para labrar su fortuna con la orfandad y el llanto de sus pupilos, ni maridos infieles que derrochen a mansalva la dote de sus esposas; pues que ningún derecho privilegiado por la ley, quedará sin la garantía de una hipoteca especial.

Todos esos hombres de favoritismos, intrigas y cábala maldecirán el Decreto, pero lo bendecirán todos los hombres de conciencia y probidad, porque verán en él la salvaguarda de los derechos más sagrados de la sociedad. Los establecimientos de Instrucción y beneficencia, los conventos y monasterios, lo mismo que las esposas con dote, los pupilos e inhábiles, no tienen por qué murmurar la obligación que se les impone de asegurar con hipotecas, sus derechos legales, dentro del término fijado por Decreto; porque a más de consultarse en ello sus propios intereses, se les facilita ampliamente los medios más expeditivos y eficaces de asegurarlos.

La promulgación del Decreto es un toque de alerta para todos ellos; es un heraldo que llama a las puertas de cada interesado y le grita que se ponga en guardia; del Decreto para salvar aquellos derechos, habrá vastos horizontes, pone en juego la acción oficial del ministerio público, la acción judicial de los juzgados, tribunales y notariados, la acción de todas las autoridades eclesiásticas y civiles; el decreto pone en juego el resorte poderoso de las conveniencias, pues no solo, compele a los obligados a caucionar esos derechos, sino que obliga a exigirlos, sin gravamen, ni molestia a los mismos interesados y sus círculos de parientes y relacionados; aún pone en acción los sentimientos de amistad, humanista de toda clase de personas, y si es lícito decirlo, hace concurrir su noble fin hasta a las pobres pasiones del odio, la envidia y las rivalidades, facilitando para todo el mundo la denuncia de las responsabilidades no caucionadas.

¿Qué más se podía hacer en tuición de los derechos de todas las clases sociales?
¿Qué más para conciliar esos derechos con la adquisición de las grandes mejoras económicas que el país reclama? Y si después de tantas precauciones hubieran todavía quienes por negligencia o ignorancia (disculpa que la ley rechaza), o por

egoísmo, o por lo que se fuese, dejaran tras cursar el plazo fijado sin asegurar sus derechos, ya no sería la culpa del Gobierno, ni del Banco, sino de ellos mismos, y nada más justo entonces que el que sufran las consecuencias de sus descuidos, dado caso que las fincas, contra las cuales pudieran alegar aún derecho, lleguen pasado dicho término a ser deudores del Banco.

Ya dijimos, que el Banco solo fía sobre primera hipoteca, salvo que quiera asumir otra anterior, lo que equivale a lo mismo. A hora añadimos que tampoco puede reconocer ningún derecho privilegiado que motive competencia al suyo, y mucho menos reconocer hipotecas generales y tácitas, que por una contradicción inexplicable, reconoce nuestro Código Civil, y decimos contradicción, porque siendo la especialidad y el registro, los caracteres esenciales que constituyen lo que propiamente se llama hipoteca, mal se puede aplicar este nombre a una obligación no garantizada con un inmueble determinado, y sin que en el registro de hipotecas se tome razón de esa garantía, que dé al acreedor un derecho sobre el inmueble para el caso del no pago. Más claro, y para definir con toda precisión la índole de los derechos de un banco, decimos que nunca, jamás deben entrar ellos en concurso con los derechos de otros acreedores, es decir, que esos derechos deben ser incuestionables, sin ser lícita ni aún la tentativa de atacarlos en juicio.

Los juicios, de concurso de acreedores son indispensables en los fueros común y mercantil; pero son de todo punto incompatibles, con la Institución bancaria, para la cual el privilegio de no reconocer, a excepción de la hipoteca registrada, ningún otro crédito superior al suyo, es su elemento de vida, y privarle de él, sería lo mismo que privar a un individuo de la respiración y matarlo por asfixia.

Para convencerse de esta gran verdad, basta considerar, por una parte la duración de los juicios de concurso que se demoran años, y por otra la delicada misión que tiene el banco de prestar sin retardo, de prestar en el día, sus capitales a los propietarios que los necesitan, y de pagar con la más religiosa puntualidad los intereses semestrales a los portadores de sus cedulas y amortizar las sorteadas.

Preguntamos ahora ¿cómo podría atender a estos servicios sin demora ni de un día, si por su parte no estuviera investido de la alta prerrogativa de hacerse pagar rápida y coactivamente con sus deudores?. El Banco para llenar sus compromisos, a nadie puede decir: “vuelva Usted. mañana”, si tal dijera, en el acto caería su crédito. Esas palabras de “vuelva usted mañana, serían el toque de su agonía.

Pues bien, la opinión pública, así como es inexorable en exigir del banco una delicadeza extremada en el desempeño de su cometido, y así como solo bajo esta condición le otorga su confianza, y esta lista a retirársela por la más leve falta de exactitud, así también debe reconocer la justa reciprocidad con que el banco exige de su lado las ya referidas prerrogativas.

Estas prerrogativas son de dos especies: unas referentes a la parte dispositiva de las leyes, y otras referentes a la tramitación. Las primeras tienen por objeto alejar la competencia de todo crédito que pretenda entrar que pugna con el suyo, y las segundas tienen por objeto impedir moratorias y desperdicio de tiempo en realización de sus privilegiados créditos.⁽⁵⁾

7.2.- Objeto del Banco de Crédito Hipotecario

Naturaleza de sus préstamos y obligaciones ventajas de la institución para la propiedad territorial

Un banco no es otra cosa que un establecimiento fundado y sostenida por unos cuantos capitalistas, que haciendo una primera provisión de fondos que sirva de base para hacer frente a los gastos de establecimiento y primeras operaciones del giro, constituyen una sociedad anónima, a la cual pueden suscribirse los que gusten, tomando acciones hasta completar el número para el cual se abre la suscripción.

Las acciones por lo regular son de a 1000 pesos fuertes, y bastan mil de ellas, o lo que esto mismo 1.000,000 pesos fuertes de responsabilidad par que el banco quede fundado y de principio al giro. Si quieren tomar una acción entre dos o más individuos, deben ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos hade encabezarla, para que este inscrito su nombre en el registro del establecimiento y reconocido por él como accionista.

A cada accionista se le da su título de tal, cortado de un registro con talón. La obligación del accionista es dar por cuotas y a periodos convenientes de tiempo la total suma a que alcanza sus acciones, quedado libre de contribuir ni con un céntimo más desde que haya llenado esa suma. ⁽⁶⁾

El principal objeto del Baco es prestar sus capitales a los propietarios de fincas urbanas y rurales, pero principalmente a estos últimos, sobre la hipoteca de sus fincas, y no de otra manera; pero los préstamos del banco se distinguen de los préstamos hipotecarios comunes por las siguientes condiciones:

(5) Medina Celi, Análisis de la Institución bancaria del crédito predial, Biblioteca del Banco Central de Bolivia

(6) Medina Celi, Análisis de la Institución bancaria del crédito predial, Banco Central de Bolivia

Que el préstamo no podrá en ningún caso exceder de la mitad del valor intrínseco del fundo, excluyendo de él el de los planteles, cercos y edificios

- Que se ha de dar siempre e sobre primera hipoteca salvo el caso de que el banco quiera aceptar un fundo ya gravado, dando el saldo del valor libre, entendiéndose por libre solamente la suma que falta
- Que el empréstito no se ha de hacer precisamente en dinero metálico, sino en letras o cédulas hipotecarias, verdadera moneda fiduciaria que el banco crea y emite a la circulación, y para cuya creación y emisión le autoriza suficientemente el Estado
- Que esas cédulas han de ser letras al portador ganando para este el mismo interés que cobra el banco por el préstamo que origina la emisión de ellas, emisión que por lo mismo no ha de exceder, en ningún caso del valor emprestado, que como queda dicho, tiene por límite máximo la mitad del valor el fundo hipotecado.
- Que esas cédulas no han de ser pagaderas a la vista o presentación, como los billetes de los bancos de emisión, sino amortizables al sorteo y a la par, en periodos determinados que regularmente son semestrales.
- Que esas cédulas no han de ser pagaderas a la vista o presentación, como los billetes de los bancos de emisión, sino amortizables al sorteo y a la par, en periodos determinados que regularmente son semestrales.
- Que el interés que cobra el banco ha de ser el más bajo posible y por lo mismo menor que el corriente de plaza.
- Que el deudor se ha de libertar de su deuda en un largo decurso de tiempo, que varía de diez a cincuenta años amortizándola paulatinamente, mediante el pago de unas armadas semestrales que se llaman anualidades, que forman una suma fija e invariable compuesta de tres sumandos, a saber: el interés, la amortización y la comisión, calculadas en un tanto 0%, que por lo ordinario es: del 8 al 10 % para lo primero, del 1 al 2 para lo segundo, y del 1,2 al 1% para lo tercero.- Estas anualidades por lo mismo de ser invariables, disminuyendo no solo sucesiva sino progresivamente, con el curso de los años, el capital, hasta extinguirlo por el método del interés compuesto que producen a favor del deudor amortizan te.

Tales son en resumen las condiciones peculiares y características por las cuales se distingue un empréstito de banco de otro empréstito particular cualquiera.

Una vez fijada esta distinción, veamos las ventajas de los empréstitos bancarios. Ellas no tanto consisten en la baja tasa del interés, cuanto en el sistema de la

amortización, verdadera potencia económica que ha producido portentosos resultados en el desarrollo de la riqueza y que se puede dividir en dos ventajas, a saber:

1. La del tiempo tan largo que tiene el deudor para pagar
2. La liberación insensible de su deuda por pequeñas cuotas que con facilidad suministra para extinguir su deuda completamente al fenecimiento del periodo de tiempo estipulado.

Esta segunda ventaja se puede subdividir en otras dos, de las cuales la principal consiste en que el deudor queda exento de la obligación de devolver el capital al vencimiento del plazo, lo que nunca sucede en los empréstitos comunes, y la accesoria consiste en que para operar esa lenta e insensible extinción de su deuda, no tiene necesidad el deudor de someterse a grandes privaciones, pues le basta adoptar una vida medianamente arreglada y económica para operar la extinción con desahogo, sin restringir, no fijamos la satisfacción de las urgentes necesidades de la vida para sí y su familia, pero ni de los goces que hacen grata la existencia, con tal que sean moderados y no rayen en el lujo y la vanidad. Para precisar más este punto y tener una idea clara y completa del hermoso sistema de la amortización, es preciso saber, que el principal resorte de su admirable mecanismo, consiste en que la deuda se pague con los mismos ingresos, con la misma renta nueva que el deudor se proporciona, mediante el empréstito. Un ejemplo dará la última claridad a esta materia. Supongamos que el propietario de una hacienda de valor de 10.000 Bs. sacaba de ella 6000 Bs. De renta anual líquida, es decir, deducidos los gastos íntegros del cultivo, y que para mejorarla, ha tomado del banco hipotecario el empréstito de 5.000 Bs. Mitad de su valor, que es siempre el máximo que el banco fía. Que esta suma la ha empleado en dar riego a la parte de la finca que carecía de él, y en construir unas paradas de molinos; y que con estas mejoras su renta territorial ha subido proporcionalmente al capital empleado, es decir en un tercio, o lo que es lo mismo, en 300 Bs.

Pues bien, la anualidad o cuota semestral con que debe extinguir su deuda de los 5.000 Bs., en ningún caso puede exceder de 150 Bs. Esto quiere decir que el hacendado, que antes de contraer la deuda contaba para la cómoda subsistencia de su familia y suya, con el ingreso anual de 600 Bs., y que al presente se encuentra ya con un ingreso de 900, abandona sin pena el aumento de los 300 a la liberación de su deuda.

Poco le importa aprovechar alguna parte de ese aumento de renta o destinarlo en su totalidad a la amortización, puesto que jamás contaba con él; es una suma como caída del Cielo; la aprovechará íntegra a la expiración del periodo de sus empréstitos; entretanto, resulta que de propietario de una hacienda de valor de

15.000 sobre cuyo calor podrá, al fin de la amortización tomar un segundo empréstito ya de 7.500 Bs. Emplearlos en nuevas mejoras, elevar su renta anual a 1.150 Bs. Y seguir por este método una escala ascendente de enriquecimiento.

Lo que se acaba de decir de la agricultura, es igualmente aplicable a cualquier otra industria, para cuyo fomento se destinase la institución bancaria, pues el sistema de amortización está llamado a operar y va operando en Europa verdaderos milagros en beneficio de las industrias. (7)

7.3.- Observaciones sobre el principio que dejamos consignado un banco en origen, tiene que seguir la condición económica del país en que se fundó.

Hemos dicho que el principal resorte del ingenioso mecanismo, de la amortización, está en que la extinción de la deuda se opere con el acrecimiento de la renta que el deudor ha procurado, mediante la buena aplicación del empréstito, y para confirmar nuestro aserio hemos puesto el ejemplo que se lee en la sección anterior.

Esta opinión, a primera vista, va a parecer exagerada a los que conocen por una parte las actuales condiciones de la agricultura boliviana, y ven por otra parte las bases que el Banco Hipotecario ha fijado para sus préstamos. Conocidos y comparados estos dos antecedentes, resulta de golpe una consecuencia lógica que parece desmentir el principio que dejamos establecido.

Para terminar la operación del Balance general, se lleva esa diferencia al crédito de "Balance de salida", y al débito de "Capital pro saldo", es decir, que se salda Balance de salida por capital.

Entonces queda cerrada la contabilidad, las sumas de todos los débitos de las cuentas con exactamente iguales a las sumas de los créditos de las mismas y la cuenta de "Capital" comprobada por el Inventario, presenta en su Haber la suma de los saldos activos y en su débito la de los pasivos; la diferencia entre ambos saldos se distribuye entre todos los socios accionistas proporcionalmente al número de sus respectivas acciones, advirtiéndose que esos dividendos ser activos, o pasivos, según se haya ganado, o perdido en el giro del Banco.

(7) Medina Celi, Análisis de la Institución bancaria del crédito predial, biblioteca Banco Central de Bolivia Este sistema es la obra maestra del ingenio humano en el orden económico, es la palanca que pedía Arquímedes para levantar el mundo.

Ved ahí a todo lo que se recude la liquidación de las cuentas de la sociedad bancaria. Mas como hay necesidad de terminar los contratos pendientes, puesto que los deudores del Banco, que aún no han redimido sus deudas, tiene pendientes los plazos de amortización, y como por otra parte el Banco tiene que recoger las cédulas que por aquellos préstamos están aún en circulación, los gestores que se hagan cargo de la conclusión de esos negocios pendientes, después de suspendidos los préstamos y disuelta la sociedad, tienen que abrir de nuevo la contabilidad, y lo harán abriendo lo mismo que en el comercio por la cuenta imaginaria, llamada "Balance de entrada" las cuentas que fueron cerradas por la otra de igual naturaleza, llamada "Balance de salida", lo cual es ya muy fácil, puesto que se practicó para cerrar las cuentas.

En efecto, así como para la clausura de libros, "Balance de salida", convirtió en sus acreedoras a todas las cuentas deudoras, así también para la apertura, "Balance de entrada", las vuelve a restablecer en deudoras, acreditándose ella; y así como para la clausura "Balance de salida", convirtió en deudoras suyas a todas las cuentas acreedoras, así también, para la apertura "Balance de entrada", las vuelve a restablecer en acreedores, adeudándose ella, bien entendido que este procedimiento solo tiene lugar con las cuentas balanceadas; pero de ningún modo con las que fueron saldadas pro "Ganancias y pérdidas", porque estas ya pasaron de esta última cuenta a refundirse en la de "Capital", de donde se distribuyeron los dividendos, acto último y definitivo de la liquidación.⁽⁸⁾

7.4.- Marco de referencia histórico de las PYME

Las Pyme en general y las dedicadas al sector industrial en particular, comenzaron a adquirir importancia dentro de la economía Argentina en los años 50 y 60 durante la vigencia del modelo de sustitución de importaciones.

Es aquí cuando comienza el proceso de industrialización en nuestro país, constituyéndose la metalurgia y textiles en las locomotoras de este crecimiento, asentándose pequeños talleres en el Conurbano Bonaerense.

Para el caso que se hace referencia el modelo exhibió gran dinamismo lo que les permitió, en un contexto de economía cerrada y mercado interno reducido realizar un "proceso de aprendizaje" con importantes logros aunque con algunas limitaciones en materia de equipamiento, organización, escala, capacitación, información, etc. En el plano económico estricto esas unidades productivas artesanales y pequeñas no desarrollaron, en general y salvo casos muy aislados, tecnologías innovadoras o procesos novedosos.

(8) Medina Celi, Análisis de la Institución bancaria predial, biblioteca Banco Central de Bolivia

Simplemente se, limitaron a reproducir los productos que el cierre de la economía media, sin analizar acá las variadas razones de ese impedimento, adquirir en el mercado externo.

Estas limitaciones antes comentadas fueron adquiriendo un aspecto los suficientemente negativos como para afectar tanto la productividad como la calidad de estas empresas, alejándola de los niveles internacionales y provocando que las mismas durante los 70 supervivencia que las sumió en una profunda crisis que continuó en la década del 80.

Más tarde, en la década de los 90, las Pyme han sido sometidas a un proceso de fuerte desaparición, que fue signado por un modelo único de destrucción del tejido productivo nacional.

7.4.1.- Concepto de pequeña y mediana empresa (PYME)

El concepto de Pequeña y Mediana Empresa es tomada en los diferentes países según diversos parámetros para su definición.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT) ha realizado un trabajo en setenta y cinco países encontraron más de cincuenta definiciones distintas sobre Pequeña Empresa. Los criterios utilizados son muy variados, desde considerar la cantidad de trabajadores o el tipo de gestión el volumen de ventas o los índices de consumo de energía, hasta incluso el nivel tecnológico, por citar los más usuales.

Se puede definir a las Pyme de dos formas diferentes:

- a) De manera Cualitativa:
 - Tamaño relativamente pequeño dentro del sector industrial en que actúa. Según lo expresado por Javier Gonzalo Fraga ⁽⁹⁾
- b) De manera Cuantitativa:

Que tiene en cuenta a cantidad de personal, facturación y capital invertido. De acuerdo a un trabajo realizado por el Dr. Carlos Cleri ⁽¹⁰⁾

(9) Sostenemos que las Pymes no sólo no son un problema, sino que forman parte importante de la solución a alguno de los problemas reales de nuestra economía, y en particular en esta etapa que debe garantizar simultáneamente crecimiento y equidad. JGF-Políticas para las Pequeñas y Medianas Empresas: Evaluación y Propuestas” Informe elaborado por el Instituto Argentino de Mercado de Capitales-Noviembre 1999.

(10) En Argentina, el Ministerio de Economía fija los límites entre grandes Empresas (Ges) y PyMess a partir de tres variables: Personas ocupadas, Ventas Anuales y Activos Netos. La resolución también establece diferencias de acuerdo al tiempo de actividad económica

El C.E.D. (Comité for Economic Development) indica que la empresa es una Pyme si cumple con dos o más de las siguientes características:

- Administración independiente (generalmente los gerentes son también propietarios)
- Capital suministrado por los propietarios
- Fundamentalmente área local de operaciones

7.5.- Sociedad de capital de riesgo e inversión para la Pyme: la payme ante el marco institucional del capital de riesgo en España

7.5.1.- Introducción: concepto y orígenes

El Capital Riesgo está considerado, como ocurre con los créditos participativos, una modalidad de “(...) formulas financieras relativamente recientes en el mercado español, pero ya experimentadas en países de nuestro entorno económico, donde se han mostrado especialmente útiles para la creación, regeneración y mantenimiento del tejido empresarial” (11) (12).

El origen de este tipo de instituciones se remonta a la década de los cuarenta, durante la cual, contribuyeron a favorecer las innovaciones en el mercado estadounidense. En Europa, la implantación y el éxito de estas instituciones han sido muy desiguales. En el Reino Unido, la experiencia ha resultado muy favorable y el sector del Capital Riesgo puede calificarse de maduro. Le siguen en importancia el mercado francés y el holandés.

La primera Sociedad de Capital Riesgo privada que nace en España fue “Sefinnova”, en 1978. Le siguió Banca ya de promoción Empresarial, en 1983. El Real Decreto-Ley 1/1986 inició la legislación específica a este Tipo de sociedades y fondos. Continuó con la D.A. 3º de la Ley 33/87 y Real Decreto-Ley 5/92, todos ellos, reformados parcialmente por la Ley 28/1992. Con la promulgación de la Ley 3/1994, se desarrolla un marco legal muy favorable a este tipo de iniciativas, que continúa con el Real D-L 7/1996, ya mencionado. Actualmente, operan, en España, 48 ICR (cifra de entidades establecidas a final de 1995), de las más de 500 que existen en Europa.

(11)Las Entidades de Capital Riesgo (ecr) nacieron con la finalidad de aportar fondos propios a las iniciativas innovadoras de las PYME, las mismas, generalmente, en forma minoritaria y con carácter temporal”

(12)Este tipo de inversor institucional tiene la ventaja de disminuir el riesgo, mediante su diversificación. Por eso, para él, la inversión resultará mucho más atractiva que para cada una de las empresas en las que participa.

La definición que contenía el Real Decreto Ley N° 7, de 7 de Junio de 1996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y de liberalización de la actividad económica, imponía ciertas condiciones que han desaparecido: aparte de que las empresas participadas no cotizaran en bolsa, se exigía que dichas empresas no fueran entidades financieras y que tampoco cotizaran “(...)”, que ningún mercado secundario organizado y no estén participadas en más de un 25% por entidades financieras o por empresas que coticen en dichos mercados.

Las ECR no están interesadas en hacer con el control de la sociedad participada y, corrientemente, pactan con los vendedores de las acciones, la conservación del equipo gestor. “Es práctica muy corriente su incorporación al consejo de administración (...), pero no la asunción de responsabilidades de gestión” Suelen comprometerse a vender sus participaciones, una vez rentabilizado el proyecto. En muchas ocasiones, la única retribución que obtienen es la plusvalía generada por la venta de unas acciones que han comprado a buen precio. En este caso, a la empresa participada le sale gratis la financiación, a menos que decida adquirir sus propias acciones a la Institución inversora. Habitualmente, son los gestores o promotores de estas empresas quienes vuelven a adquirir, al término de la operación, la participación de la ECR.

Otros medios para salir de la empresa son la recompra por sus propios accionistas promotores, la compra por un tercer grupo, por medio de fusión o adquisición o la venta en el Segundo Mercado Bursátil. El hecho de que esta opción no sea muy utilizada denota una cierta falta de integración del capital riesgo en los mercados secundarios Europeos. La desinversión se erige, por tanto en “el principal obstáculo para el desarrollo de esta fórmula financiera en nuestro país”.

7.6.- Las ventajas del capital inversión para la PYME

La ventaja más inmediata que se puede atribuir al Capital Riesgo es el aporte de financiación que supone a la empresa financiada la toma de participación por la entidad, en forma de acciones u otros títulos, en unas condiciones de riesgo que otras entidades financieras no estarían dispuestas a asumir.

Sin embargo, no es ésta la principal fuente de fondos financieros que el Capital Inversión confiere a su protegida. De hecho, los fondos allegados desde la ECR son escasos, en comparación con la financiación adicional que se puede llegar a obtener: Las ampliaciones de capital o emisiones de deuda subordinada que se hacen necesarias para que entre la ECR en la sociedad financiada implican automáticamente una disminución considerable del ratio de endeudamiento, de forma que otros inversores, tales como entidades crediticias, vuelven a tener oportunidades de negocio en la empresa, por ejemplo, en forma de préstamos.

La garantía que supone la entrada de la ECR en la empresa disminuye no sólo el riesgo financiero, sin que se afirme, que da “mayor seguridad a sus trabajadores, proveedores y clientes”. Esto es debido a que si una entidad financiera decide permanecer en la empresa como socio protector por un largo periodo, es de suponer que tiene fundadas razones para creer en el éxito a largo plazo de dicha empresa y ello confiere mayor valor a su imagen.

En España, el apoyo público constituye un importante elemento de estabilidad al sistema de Capital Riesgo, mediante la participación o incluso la constitución de ECR, por parte de una o varias administraciones públicas.

La supresión del límite de participación máxima del 25% viene a significar que la PYME española ahora puede beneficiarse, al mismo tiempo, de varias formas de financiación compartibles entre sí. La pertenencia a grupos de sociedades, el aporte financiero de una ICR, por ejemplo, en forma de créditos participativos y además puede conseguir la colocación de sus títulos en el Segundo Mercado de la Bolsa de Valores.

7.6.1.- Clasificación de los operadores del sector

Existen dos tipos básicos de Instituciones, denominadas legalmente “Entidades de Capital Riesgo”, más un tercer tipo de entidades de ICR denominadas “Gestoras” y un fenómeno de financiación conjunta denominado “consorcio”.

a) Entidades de Capital Riesgo:

Sociedades de Capital Riesgo (SCR): Son sociedades mercantiles, de carácter financiero, con forma de Sociedad Anónima, especializadas en la adquisición temporal de participaciones en capital de empresas no financieras cuyos valores no coticen en el primer mercado de las Bolsas de Valores. La reciente Ley les permite también facilitar préstamos participativos a dichas empresas y realizar actividades de asesoramiento. De igual modo, pueden conceder otras formas de financiación, pero únicamente a sociedades participadas, a diferencia de lo que sucede con la concesión de préstamos participativos.

Fondos de Capital Riesgo (FCR): Son entidades no consideradas personas jurídicas, sino una mera sindicación de aportaciones de particulares en inversiones temporales en capital. Son gestionados por entidades especializadas, denominadas Sociedades gestoras de fondos de Capital Riesgo o bien por Instituciones de Inversión Colectiva. El inversor recibe de la empresa participada un dividendo, y del mercado, la plusvalía generada por la venta del paquete. La Sociedad gestora

detrae una comisión fija por sus servicios, más una participación en el rendimiento implícito.

- b) Sociedades Gestoras de Entidades de Capital Riesgo (SGECR):** Además de gestionar los FCR, pueden dedicarse a administrar los bienes de la SCR, de ahí que haya cambiado su denominación legal, que era la de Sociedades Gestoras de Fondos de G-R. Además, se les permite realizar las labores de asesoramiento previstas para las SCR.
- c) Consorcios de Capital Riesgo:** Es la cofinanciación de un determinado proyecto de inversión, por parte de varias sociedades de Capital Riesgo, es decir la participación, de forma conjunta, de varias SCR en empresas que soliciten su apoyo. Carecen de personalidad jurídica independiente, pero su entidad es reconocida en el Derecho comunitario a efectos de ayuda a su actividad. “La Unión Europea decidió fomentar este sistema de financiación por medio del programa Venture Consort (para) prestar apoyo financiero a aquellos consorcios de Capital Riesgo que vayan a invertir en proyectos PYME, siempre que la inversión cumpla determinadas características (...).

7.7.- Las PYME y el capital riesgo

El capital Riesgo ha sido definido, como una actividad especializada en pequeñas y medianas empresas. Suele ocurrir que las empresas nacientes se constituyen en torno a una innovación tecnológica o productiva, con la finalidad de desarrollarla. “Es el colectivo más flexible en momentos de crisis y el de mejor adaptación al reto tecnológico. Este tipo de negocios es considerado de máximo riesgo empresarial, lo que origina repercusiones en el costo de los pasivos. El riesgo inherente de las innovaciones empresariales unido al de las empresas nacientes es considerado por las entidades financieras como un elemento que les disuade de convertirse en colaboradores empresariales o bien los conceden incluyendo una alta prima de riesgo en los intereses. Para evitar esta fuente prohibitiva, “la financiación pública ha sido una fuente habitual, pero (...) insuficiente”. Así pues, la única forma de financiar proyectos innovadores parece ser la generación de reservas.

Las reservas que generan las PYMES suelen ser insuficientes para financiar innovaciones tecnológicas y productivas. Paradójicamente, éstos son afrontados por empresas de mayor tamaño, a las que se les supone una menor flexibilidad organizativa. Ante la escasez de autofinanciación, la apelación a otros tipos de recursos propios de procedencia externa parece ser una solución bastante deseable, siempre que exista algún ente dispuesto a suscribirlos.

(12) (Artículos SC #318162)

7.8.- La hipoteca inversa, su futuro en la nueva ley hipotecaria

La hipoteca inversa es un nuevo producto financiero, un crédito para mayores de 65 años, en su mayoría, propietarios de una vivienda que desean convertir el valor de su inmueble en una renta mensual de por vida.

Según el texto, la hipoteca inversa es un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan una serie de requisitos. Como se ha comentado anteriormente, también tienen cabida en esta definición las viviendas no habituales.

Los requisitos que deben cumplir el interesado son los siguientes:

- Tener 65 o más años o estar afectado de dependencia severa.
- El deudor dispondrá del importe del préstamo mediante disposiciones periódicas.
 - La deuda será solo será exigible solo por el acreedor
- La vivienda tendrá que ser tasada y asegurada contra daños.

El importe del préstamo dependerá de dos factores: la edad del solicitante y el valor de tasación de la vivienda. Además, esta no cambiará de propiedad cuando fallezca el dueño.

Entonces, los herederos, por su parte, podrán, sí así lo estipula el contrato, cancelar el préstamo y abonar a la entidad la deuda vencida con sus intereses, hacer frente al crédito que han dejado sus familiares con el fin de quedarse con la casa, negociar con el banco otro tipo de refinanciación para el inmueble o ejecutar el crédito y recuperar la cantidad que reste sobre el precio tasado, en el caso de que hayan negociado una renta vitalicia.

Actualmente, las entidades financieras que ofrecen esta hipoteca distinguen varias opciones, dependiendo de los plazos de vencimiento, ya sea éste limitado o vitalicio. Este último supone percibir una mensualidad menor pero con la ventaja de que el beneficiario seguirá recibéndola mientras el titular de la hipoteca viva. Algunas de ellas son Caja Vital, el BVA, La Caixa, BBK, Ibercaja o Caja Duero.

Por último, las hipotecas inversas, de acuerdo con lo establecido en el texto, estarán exentas del pago del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, no solo en la constitución, también en la subrogación, novación y cancelación. De igual forma, los costos notariales se verán reducidos con respecto a su situación inicial. Se utilizarán los llamados “Documentos sin cuantía” y los conocidos por “Inscripciones”, para el caso de honorarios registrales.⁽¹³⁾

(13) Autor Luis Lucena Gonzales, Banco Central Biblioteca.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Análisis de la teoría de los derechos reales mobiliarios y los conceptos del derecho de las obligaciones

1.- Origen y desarrollo de la propiedad inmueble en Roma.

Entre todas las cosas que son susceptibles de figurar en el patrimonio de los particulares, los llamados inmuebles tuvieron durante mucho tiempo una grava excepción.

Era necesario distinguir ante todo, los que se llamaban fundos provinciales y fundos itálicos y remontarse por tanto a los orígenes de la propiedad inmueble.

Los textos al hablar de la primitiva fase de la propiedad en Roma, son poco claros, conforme a la teoría general de la formación de las sociedades, Roma después de su fundación debió pasar por tres fases:

- 1) La comunidad agraria o sea cuando la tierra pertenece en común a todo el clan.
- 2) La propiedad familiar
- 3) La propiedad individual

Aunque las huellas de la propiedad familiar son relativamente recientes, se cree que primeramente la tierra o ager, fue propiedad del Estado, que la dio a los pueblos por concesión especial.

Según Dionisio, el historiador de Halicarnaso; Rómulo dividió la tierra entre las treinta curias, por partes iguales, y bajo el gobierno de Numa se dio a cada familia, 2 fanegadas de tierra, es decir el equivalente de 50 aéreas o sean 5.000 mts. Cuadrados de hoy, aproximadamente. Este lote es llamado heredium o predium.

A medida que las conquistas de Roma aumentaban, las tierras vencidas integraban el ager publicus. Pero hubo que hacer la distinción entre tierras cultivadas y tierras incultas.

2.- CONCEPTO GENERAL DE DERECHOS REALES

Se habla en la sistemática moderna, con terminología desconocida para los romanos, de una categoría especial de derechos: los derechos patrimoniales.

Son aquellos que se reflejan sobre el patrimonio y tienen como característica la de ser aptos para “satisfacer necesidades económicas” y, a la vez, ser

“valorables”, en base a un común denominador de los valores económicos que es el dinero. Integran la categoría de los derechos patrimoniales los derechos reales y los de obligaciones, los que también se denominan, inadecuadamente. En esta parte estudiaremos los derechos reales pero antes de establecer sus diferencias con los derechos de obligaciones, y señalar sus distintas especies, creemos necesario explicar el particular concepto romano del patrimonio que no coincide con la idea moderna del mismo.

2.1.- LOS DERECHOS REALES.

Los jurisconsultos romanos no se ocuparon de formular una definición de los derechos reales, ni los distinguieron los derechos de obligación.

Los derechos reales sobre cosa ajena, que incluíamos entre ellos a la hipoteca, aunque más propiamente esta institución debemos caracterizarla como derecho real de garantía, porque tal era la finalidad que cumplía en las relaciones jurídicas entre particulares.

En Roma, la idea de que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, la insolvencia de aquél podía tornar ilusorios los derechos de éstos. Para evitar esta situación se admitió que una deuda pudiera garantizarse ya por medio de un tercero que en carácter de fiador asumía el compromiso de cumplir la obligación en caso de que el deudor principal no pagara (garantía personal), ya por afectación de una cosa del deudor al cumplimiento de la deuda (garantía real).

Designaba esta segunda forma de garantía con la expresión figurada de obligatio rei o res obligata.⁽¹⁴⁾

Se ha optado por emplear el término “garantía real” en vez de “hipoteca mueble” o “prenda”.

Puede emplearse el adjetivo “mueble” o “mobiliario” (Diccionario de la Real Academia Española, pág. 979 y 999). La decisión por “garantía real”, se apoya en el deseo de ampliar los bienes que pueden servir de garantía, más allá de los bienes que la legislación en vigor permite usar para garantizar préstamos con la prenda o la hipoteca muebles.

(14)Manual de Derecho Romano Luis Arguello

Asimismo, este anteproyecto otorga a la prenda o la hipoteca. Por ejemplo: conforme a este anteproyecto de garantía real, o sobre un inventario flotante de bienes no fungibles, Los términos “prenda” o “hipoteca”.

2.2.- El patrimonio

En su acepción más amplia, se entiende por patrimonio el conjunto de derechos de que puede ser titular una persona, así como las obligaciones o cargas que lo grava, Etimológicamente deriva de la voz patrimonium, que significaba lo recibido del padre o pater.

Los romanos no elaboraron como los modernos una teoría del patrimonio, que desde antiguo consideraron compuesto sólo por cosas corporales que se transmitían de generación en generación, como propiedad de la familia o más propiamente de su jefe o pater. Con el derecho clásico el patrimonio constituyó un ente o universalidad jurídica tutelada por la ley, que se integraba, no sólo ya con las cosas corpóreas, sino con todos los bienes, créditos, derechos y acciones de que fuera titular una persona, con deducción de las deudas y cargas que la gravaran. Comprendía, pues, valores positivos, todo lo que actualmente se llama genéricamente bienes, es decir, las cosas colocadas bajo el dominio del hombre y los derechos que se pueden ejercer contra determinada persona para exigirle el cumplimiento de una prestación o el pago de una deuda.

Los modernos se apartaron en la materia de la concepción romana y, siguiendo la doctrina de dos juristas franceses, Aubry y Rau, consideraron el patrimonio como un tributo de la personalidad, algo inherente a la persona humana, que constituye una unidad abstracta y universal de derecho integrada por todos los bienes y derecho susceptibles de apreciación pecuniaria y de las cargas que le están impuestas. Como consecuencia de esta doctrina no es admitido transmitir el patrimonio por negocios inter vivos, operándose su transmisión sólo por causa de muerte, porque no se concibe persona sin patrimonio, aunque las deudas y las cargas superen los bienes o derechos. Tampoco puede existir un patrimonio sin la persona de un titular. Vemos así como la teoría moderna llega a conclusiones opuestas a las que se infieren de la particular concepción, romana.

2.3.- Fases Evolutivas de las Garantías Reales

“Fiducia”, “Pignus” E “Hypotheca”.- son: tres modalidades de garantías reales a la par que distintas las dos últimas instituciones llegaron a configurarse como tipos particulares de derechos reales, pues la fiducia, negocio de vasta aplicación, permaneció en el ámbito de los derechos obligacionales.

La forma más antigua de garantía real iure civil fue la fiducia cum creditore, que consistía en la entrega en propiedad al acreedor de una cosa que pertenecía al deudor, mediante el empleo de la mansipatio o la iniure cesse concertándose al mismo tiempo un pacto (pactum fiduciae) a devolver la cosa al deudor o fiduciante cuando fuera satisfecha la deuda. Disponía el obligado de una acción personal, la actio fiduciae, para reclamar del acreedor la restitución del bien dado en garantía. La enajenación cum fiducia, que desapareció sin duda con la mancipación, constituyó una sólida y eficaz garantía para el acreedor, ya que tenía la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa y, consecuentemente, el ejercicio de la reivindicatio.

Pero para el deudor no dejaba de presentar evidentes desventajas. Así, cuando el acreedor hubiera enajenado la cosa, el deudor que satisfacía la deuda no estaba seguro de recuperarla, por carecer de una actio in rem para perseguir a terceros adquirentes, pues sólo contaba con una acción personal, la actio fiduciae, contrae el acreedor. Se veía privado, además, de la propiedad del bien y de la posibilidad de servirse de ella para asegurar otras obligaciones que pudiera contraer.

Los inconvenientes señalados fueron haciendo perder aplicación a la fiducia hasta que el propio ius civile admitió un procedimiento más simple y menos ventajoso para el obligándose éste a restituirla una vez cobrado su crédito. De esta manera la prenda consistió en la transferencia material (datio pignoris) de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor, con el derecho de éste a mantener su posesión hasta que su crédito fuera satisfecho.⁽¹⁴⁾

3.- Generalidades y elementos de la propiedad Romana

Los derechos reales o sean los beneficios que una cosa pueda reportar a una persona son limitados. Actualmente se conservan casi en igual número que en Derecho Romano. Unos fueron creados por el antiguo Derecho Civil y los otros sancionados por los Pretores, de donde toman el nombre de Derechos Reales Pretorianos.

14) Manual de Derecho Romano, Luis Adolfo Arguello

3.1.- El derecho de propiedad.-

El Derecho Civil reconoce este derecho como el más completo que puede tenerse al uso de una cosa; y como su derivado, el derecho de servidumbre, o sea ciertas limitaciones a la propiedad particular en beneficio del Estado o de otros propietarios.

El Derecho Pretoriano, sancionó el derecho a la superficie, el derecho al agro vertical o de los colonos, el de enphiteusis y la hipoteca.

3.2.- La propiedad.-

Los jurisconsultos romanos no definieron la propiedad por la razón sencilla de ser tan simple, y se limitaron a enumerar los beneficios que una cosa puede reportar a su dueño.

Estos beneficios son tres:

- 1.) El usus, o la facultad de usar una cosa en beneficio de una sola persona con exclusión de otra
- 2.) El fructus o usufructus, el derecho de usar y consumir los frutos de la cosa.
- 3.) El abusus, o sea el derecho de usar de la cosa misma aún a riesgo de disminuirla y consumirla un carácter absoluto pudiendo el propietario hacer de la propiedad el mejor uso que le parezca. Por tanto el derecho como la ley, le imponen ciertas restricciones, como por ejemplo:
 - a.) La Ley de las Doce Tablas, prohibía al propietario cultivar o edificar hasta 2 pies y medio de la división del otro fundo, es decir que entre dos terrenos había que dejar un límite de 5 pies llamado *confinium*; o entre dos casas en cuyo caso se llama *ámbito* en el cual espacio no podía edificarse, cultivar ni aún *usucapir*.⁽¹⁵⁾
 - b.) El propietario de in fundo debe abstenerse de hacer trabajos que cambien el curso de las aguas en perjuicio de los fundos inferiores, La Ley de las Doce Tablas, acordó una acción especial para hacer restablecer el primitivo curso de las aguas desviadas.
 - c.) Los romanos aunque no conocieron como derecho el de expropiación, sin embargo sus propiedades podían sufrir menoscabo cuando se trataba de reparar acueductos o abrir nuevas vías pretorianas.

15) Manual de Derecho Romano, María Josefa Saavedra

Por otra parte y por la misma razón de su carácter absoluto, el propietario podría restringir voluntariamente su derecho, concediendo a otras personas parte de los beneficios o de los derechos de la propiedad.

Estos derechos sobre la cosa ajena-jura in re aliena podían ser concedidos ya sobre el usus ya sobre el usufructus, pero no sobre el abuso, pues sería simplemente la cesión total de la cosa.

El derecho mismo de propiedad puede estar limitado de otra manera, por ejemplo; cuando dos poseen pro indiviso una propiedad, son co-propietarios pero no pueden ejercer amplio derecho de propiedad uno sin el permiso o voluntad del otro. La solución equitativa es la división en partes iguales, desde cuyo momento, puede ejercer sobre su porción, todos los derechos emergentes de propiedad.

3.4.- Organización de la propiedad Romana

En principio la propiedad romana está constituida, como un todo indivisible, no conoce sino una manera de ser propietario y es la *ex jure quiritum*. Es decir con todas las formalidades requeridas desde el antiguo derecho de los *quirites*. Esto significa que no se es propietario cuando no se ha adquirido la propiedad conforme a estas reglas.

El que es propietario *quiritario* posee para defender su derecho una acción completa y eficaz, que es una acción llamada real o *in rem* que es la reivindicación o sea el derecho de hacérsela devolver de mano de quien la de detenta.

En una época difícil de precisar y por razón de la distinción entre cosas *mancipi* y *nec mancipi*, hubo una especie de desdoblamiento de la propiedad. Las cosas *mancipi* debían ser transmitidas precisamente *pro macipatio* o al *in jure cessio* en presencia del magistrado, y no por simple tradición.

Las tierras conquistadas cultivadas.- Se dieron de tres modos.

- A) Cuando Tulio Hostilio, se dieron a los pobres en, una cantidad de 7 fanegadas
- B) Durante la República, fueron los *questores* los encargados de vender estas tierras y se llamaban *ager questiu*. Se daba en pública subasta
- C) Se asignaron tierras a los veteranos que querían premiarse o a los veteranos que deseaban fundar colonias dejando Roma por la provincia; y estos fundos se llamaban asignaciones.

Estos terrenos se entregaban exactamente delimitados por funcionarios especiales que tenían función pública y que se llamaban *agrimensores*. La prueba

de la propiedad se llevaba en un plano y los pedazos que quedaban entre uno y otro terreno se llamaban sub-cesivas.

- 1) **Las tierras conquistadas incultas.-** El Estado permitía que ocupasen los ciudadanos toda la cantidad que quisieran cultivar pagando solamente un censo o patente, y los terrenos así entregados se llamaban agri occupatorii. El ocupante sólo tenía la posesión y no la propiedad pero esta posesión fue respetada por el Pretor y luego se podía transmitir por herencia pagando siempre el canon anual.

Al final del Imperio se concedió a varias provincias el jus italicum y desde entonces la propiedad gozó de los privilegios del jus quiritarium y las tierras eran Mancipi, y por último ya no pagaban impuesto territorial.

3.5.- Extinción de la propiedad.

Tratándose de inmuebles, se pierde la propiedad por la muerte del dueño o por la pérdida total de la cosa. Si una parte de la cosa subsiste, se ejerce el derecho de propiedad sobre esa parte.

Disminuye la propiedad por la servidumbre.

En materia de muebles, 1º, por la pérdida total de la cosa, 2º, por salir de la propiedad privada un objeto, como un esclavo libertado o un animal salvaje que huye del domesticidad, 3º, cuando un lugar se hace religioso.

4.- Derecho de las obligaciones

Fuente principal de las obligaciones

4.1.- EL SIMPLE PACTO.-

Cuando el convenio personal está revestido de solemnidades civiles, éstas tienen toda la validez de las obligaciones civiles. Se establece pro el nudum pactum. La mayor parte de las obligaciones naturales nacen de las prestaciones o sea de acuerdo para intercambiar servicios.

La capacidad natural del menor, (del alieni juris) desde los 14 años bajo potestad paterna se reconoce en algunos actos que acomete el menor, pero como está tutelado, el tutor puede desconocer la acción civil. Los tutores suponen que hay que examinar caso por caso e impedir el enriquecimiento ilícito, pero que por otros actos naturales, morales y familiares, el pupilo puede pactar de modo natural con efectos civiles.

Un caso de evidente pugna es el de que, cuando una cosa ha sido sometida a juicio y ha sido sentencia, la cosa juzgada debe ocupar el lugar de la verdad y no habiendo ya más acción civil, queda natural resarcir los daños por una sentencia manifiestamente injusta “para el caso que, el perdedor del juicio con sentencia injusta pagare espontáneamente”.

Por último la capitis deminutio como en el caso de la arrogación, extinguía la acción civil contra el arrogado pero subsistía la natural que asumía de nuevo el padre de familia. Si el padre de familia pagaba no podía repetirse el pago (devolverse).

Suele llamarse obligaciones naturales impropias, las generadas en vínculos no podría reclamarse lo entregado, como los obsequios portar nupcias, las obligaciones del liberto con el patrón, o las obligaciones de pagar intereses por un préstamo.

4.2.- Definición, Origen, fuentes y evolución Histórica de la obligación

El concepto clásico de la obligación, la técnica del derecho de las obligaciones, es producto de una larga evolución histórica. Discutir sobre el origen de la obligatio, señalar su trayectoria, establecer los momentos culminantes de su recorrido temporal, ha sido tarea ardua para los más reputados estudiosos del derecho romano.

5.- Conceptos generales.

La variedad de relaciones obligacionales que pueden existir en el mundo jurídico, especialmente aquellas que tienen por causa generadora el contrato, hace necesario su agrupamiento en distintas categorías. El derecho romano no nos presenta una clasificación de las obligaciones, ya que se limitó a reconocer diversas categorías a las que dotaba de una actio para que fuera exigible su cumplimiento.

Los derechos que componen el patrimonio se clasifican en derechos reales y derechos de obligaciones. Terminado el estudio de los primeros, nos toca ocuparnos de los segundos, o sea, aquellos resultantes de una relación entre dos sujetos, uno de los cuales puede exigir del otro una determinada conducta. Esa relación, por tanto importa para el sujeto activo o acreedor, un derecho de crédito que entra en su patrimonio, y para el sujeto pasivo o deudor una obligación, una deuda, que debe satisfacer a favor del primero.

Los jurisconsultos romanos se valieron de la palabra obligatio para designar tanto el crédito como la deuda. Cuando se opone la obligación al derecho real, debe

ser considerada como elemento del activo, por lo tanto es, en este sentido, sinónimo de crédito.

A la inversa, en el lenguaje corriente obligación equivale a “ligado”, que aparece su acepción restringida, ya que desde este punto de vista importa una deuda. De esto se sigue que para el acreedor es un elemento del activo de su patrimonio, en tanto que para el deudor es integrante del pasivo.

El estudio del derecho de obligaciones reviste particular importancia, pues los ordenamientos jurídicos de los países occidentales se han inspirado en las sabias construcciones de la Jurisprudencia romana clásica, recogida en el Corpus Iuris Civilis. Con razón se ha sostenido que los jurisconsultos romanos llegaron a ser maestros en esta esfera de los derechos patrimoniales, porque supieron crear, al hacer abstracción tanto del objeto particular de cada obligación como de la personalidad de los obligados, una verdadera aritmética del derecho de las obligaciones.

La idea de obligación surgió en materia contractual mucho tiempo después. Los pueblos de la antigüedad vivieron dentro de una economía cerrada en la que sus transacciones se realizaban en forma de trueque, valiéndose de medios que operaban la transmisión inmediata de la propiedad, sin generar obligación alguna.

- 1) A partir del gran impulso que tuvo Roma al final de la República, se creó un completo y perfecto sistema de obligaciones a tal punto que las legislaciones modernas no han podido variarlas.
- 2) De este modo conocemos el derecho real y el derecho de crédito.
El derecho a una cosa y el derecho de exigir a una persona el cumplimiento de una promesa.
En defensa del patrimonio, la acción real o in rem es la persecución de una, mientras que el derecho de crédito basado en la cual tiene derecho una cosa corporal palpable, actual sobre la cual tiene derecho una persona; mientras que el derecho de crédito basado en la confianza que se tiene en una persona, versa sobre el cumplimiento de algo prometido que puede no existir en el momento de hacerse el compromiso (promesa mutua).
- 3) El derecho real es la relación inmediata y directa de un dueño y un bien patrimonial y puede perseguirse la cosa pasando por encima de toda persona que impida el libre ejercicio del derecho de propiedad; mientras que el derecho de crédito se relaciona de un modo mediato con la cosa no siendo el objeto el tener la cosa, sino el compeler a alguien, o hacer o no hacer algo que se nos ha prometido. De este modo en el derecho real hay una PERSONA y una COSA; mientras en el derecho de crédito hay una PERSONA que exige y otra PERSONA que debe y este derecho de exigir

algo a otra, se basa en una promesa y ha creado una obligación. Esta obligación en términos generales se llama prestación y cada exigencia tiene diferente modo de realizarse.

- 4) De este modo en el derecho de crédito hay dos personas una frente a otra que exige créditor y el exigido u obligado de bitor. La relación que se ha establecido entre ellos en la base a la promesa ofrecida por uno y aceptada por el otro, crea un nexum una atadura o vínculo o ligazón que es la obligación, y el creditor compele al de bitor a realizar algo: La entrega de una cosa o la ejecución de un trabajo (prestación). Al final el resultado es la responsabilidad del de bitor con lo que posee, que es su patrimonio.

Dentro del proceso histórico y de las investigaciones hechas por jurisconsultos modernos especialmente alemanes como Ihering, Kahl y Nieburth se ha logrado lo siguiente: La obligación primitiva era la proyección del tipo de economía romana, agrícola ganadera y era para los negocios, primitivos y pequeños de entonces, suficiente garantía la mancipatio y la in jure cessio que servía para asegurar todas las operaciones al contado de entonces; pero al extenderse Roma a otros territorios y especialmente el incremento de negocios con los cartagineses, necesitó crear un sistema de crédito y de pagos diferidos dando nacimiento a la obligación contractual de crédito.

La definición supone lo siguiente: Daré: transmisión del dominio de una cosa corporal: facere abarca los hechos positivos (hacer) o negativos (no hacer) y prestare la entrega de una cosa para su disfrute y uso pero sin constituir un derecho real (posesión pero no propiedad).

La frase “prestare” se encuentra en los textos para expresar el carácter accesorio como el resarcimiento de daños y perjuicios.

Con esos elementos podemos intentar construir una definición: Es el vínculo jurídico entre personas determinadas, por el cual una de ellas se halla constreñida a realizar una prestación, siendo responsable si incumple su compromiso, a responder con su patrimonio. Así distinguimos primero el vínculo jurídico, segundo el sujeto activo y el sujeto pasivo, tercero la prestación o tipo de obligación que ha creado este vínculo o atadura: hacer, no hacer, dar.

Las obligaciones jurídicas o civiles son distintas de las otras y merecen un tratamiento especial: Las jurídicas o civiles devenidas de un compromiso solemne son personalísimas deben ser cumplidas precisamente por el que se comprometió teniendo en cuenta las cualidades del deudor y su capacidad para contratar y cumplir. Las naturales como no son fruto de un pacto directo, sólo pueden resarcirse con dinero en calidad de daño: por ejemplo el padre debe responder por

los daños hechos por su hijo, esclavos o ganado y esto sólo puede resolverse con pagos pecuniarios.

6.- Elementos de las obligaciones.-

La obligación como el vínculo jurídico en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor al cumplimiento de una determinada prestación, que puede consistir, en un daré, un facere (non facere) o un praestare.). Surgen de ella sus elementos integrantes: el vínculo jurídico, los sujetos y el objeto o prestación.

Los sujetos de la relación, que pueden o no estar individualmente determinados desde el momento en que nace la obligación, son un sujeto activo o acreedor

(Creditor) y un sujeto pasivo o deudor (de bitor), que tanto puede ser una persona física como una persona jurídica.

El primero está facultado para constreñir al segundo, al cumplimiento de la obligación; éste tiene responsabilidad en caso de incumplimiento que se traducirá en el pago de daños y perjuicios.

Las figuras singulares que podían dar nacimiento a las obligaciones fueron reconocidas en una primera clasificación que formuló Gayo en sus Institutas. En ella se decía que “las obligaciones nacían de un contrato o de un delito”

El jurisconsulto, reconoce solamente dos términos en materia de fuentes de las obligaciones, porque ellas nacen en contrato, es decir, del acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, cuya fuerza obligatoria se hacía depender de la entrega de la cosa, de las partes, esto es un hecho ilícito que colocaba al culpable

7.- Criterio para clasificar las obligaciones.

- 1)) Atendiendo a la fuerza y eficacia del vínculo contraído puede ser.
 - a) de buena fe,
 - b) en la obligación de pagar una pena pecuniaria a quien hubiera lesionado (16)

(16) Manual de Derecho Romano,
Teoría de la Propiedad, María Josefa Saavedra

- 2)) Atendiendo a la fuerza y eficacia del vínculo contraído puede ser.
 - a) de buena fe,
 - b) civiles y naturales
 - c) de derecho estricto
- 3) Por razón de los sujetos de la obligación
 - a) Ambulatorias o de sujeto variable
 - b) Mancomunadas, solidarias, correales
- 4) Por el objeto de la obligación en:
 - a) Genéricas y específicas
 - b) Conjuntivas, alternativas y facultativas.
 - c) En divisibles e indivisibles.

8.- Por la fuerza y eficacia del vínculo

- a) Obligaciones de buena fe de derecho estricto o civiles.- El derecho civil estricto solo favorecía al ciudadano romano, el edicto de pretor favorecía al extranjero en Roma, creándose lo que se llamó el derecho de gentes. Al incidir el derecho civil sobre el pretoriano (derecho de gentes) se produce un notable cambio en el sistema de obligaciones:
- b) Las obligaciones del derecho estricto reflejan todo el formalismo y la rigidez de derecho antiguo tal como era la vida de los primeros tiempos de Roma; y las segundas inspiradas en la equidad reflejan el elemento de buena fe que se introduce necesariamente al tratarse con personas que no están amparadas por el cuadro del derecho civil estricto.

8.1.- Clasificación según el vínculo.-

Se clasifican en dos:

- a) **Obligaciones y naturales.**- Toda obligación a la que el ordenamiento jurídico dotaba de una actio como medio para que el acreedor pudiera exigir del deudor el cumplimiento de la prestación debida, se llamaba obligación civil.

El Derecho Romano de la época justiniana reconoció, junto a las obligaciones naturales, otras relaciones fundadas en razones religiosas, de moral, de piedad o de buenas costumbres, y que los compiladores llamaron deudas naturales, a la solutio retentio, porque si eran cumplidas espontáneamente por el deudor éste no

podía perseguir la repetición de lo pagado. Entre los supuestos más importantes se cuenta los siguiente: La prestación de alimentos a ciertos parientes, cuando no se estaba obligado a ello civilmente; la prestación de las operare al patrono, sin que hubiera mediado promesa, el pago de los gastos hechos para el funeral de un pariente y el realizado por la madre para rescatar a un hijo de la esclavitud.

- b) **Obligaciones civiles y honorarias.**- Ateniéndose al derecho del cual provienen, pueden clasificarse las obligaciones en civiles y en honorarias o pretorianas. Las primeras eran las obligaciones sancionadas por una acción nacida del ius civile; en cambio, las segundas contaban con una actio reada por el pretor. Como vimos, las obligaciones del derecho honorario ni siquiera se llamaron obligaciones, al menos en el derecho clásico. Superada la distinción entre ius civile e ius honorarium en época de Justiniano, carece de sentido práctico hablar de estos dos tipos de obligaciones, Sin embargo, los compiladores justinianeos mantienen para las relaciones obligatorias de creación pretoria la denominación de obligaciones ya que de hecho no se diferenciaban de las designadas con ese nombre por el ius civile..

8.2.-- Clasificación según los sujetos.-

En atención a los sujetos de la relación las obligaciones pueden agruparse en tres distintas especies; obligaciones de sujetos fijos y determinados; de sujetos variables o indeterminados y de sujetos múltiples.

8.3.- Obligaciones de sujetos variables.

Si de ordinario en el tráfico jurídico los negocios obligacionales se dan entre sujetos fijos y determinados, hay supuestos, si bien excepcionales, en los que el acreedor o el deudor, o ambos a la vez, ni son conocidos individualmente en el momento de constituirse la obligación, ni son invariablemente los mismos desde que la obligación nace hasta que se extingue.

8.4.- Obligaciones de sujetos fijos.

Es el caso normal que se presenta en las relaciones obligacionales en que los sujetos están determinados desde que la obligación se genera hasta que cesa, de manera que el vínculo jurídico unirá a un acreedor y a un deudor fijo individualmente determinado, que no variará mientras la relación se extinga.

9.- EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

La obligación se extingue cuando el deudor paga lo que debe, esto es, cuando el acreedor recibe aquello a que tenía derecho, o también, cuando el obligado es por otra causa liberado de su débito. En otros términos hay extinción de la obligación cuando cesa la relación a los sujetos con las consecuencias jurídicas que de ella se siguen. En el derecho Romano las causas de extinción producían distintos efectos. Unas veces el deudor quedaba liberado de pleno derecho (ipso iure) por lo que se consideraba extinguida sin más la relación obligacional, desaparecida total y definitivamente el vínculo que ella entrañaba.

Algunos modos de extinguir las obligaciones proceden del Derecho Civil y otros del pretoriano.

El Derecho Romano estricto y primitivo que estipula que cualesquiera que sean los modos como nos obligamos, nos libramos por los mismos actos contrarios.

El principio de “contrarius actus” o acto contrario es la forma ceremoniosa y visible de “desatar” una obligación. El deudor que pretendía disolver o desatar una obligación utilizar las mismas formalidades que uso para darle vida.

La responsabilidad contraída por el nexum por aes et libram no podía disolverse por el simple pago directo, pago que debía darse una solutio per aes et libram cinco testigos, y expresando verbalmente la nuncupatio para la disolución del vínculo.

Solutio per aes et libram es la disolución del nexo por las formas solemnes aparentes verbales. En el fondo se supone que se ha pagado, pero lo único que se ve es la liquidación per aes et libram o el librepens. La solemnidad que se le dio al contrato correspondía la misma solemnidad para disolverlo, pero en sentido contrario o negativo; el simple pago no era suficiente y era menester simbolizar este pago mediante el cobre y la balanza.

Del Derecho civil, la extinción ipsojure que significa cancelación o extinción absoluta de la obligación cuando conforme al contrato se ha vencido el término o paga la deuda que es el modo tipo de extinción de una obligación ipsojure.

Existe la novación, la confusión, la unión de dos causas lucrativas, la pérdida de la cosa debida y el mutuo disenso o el acuerdo mutuo para dar por fenecido un contrato (la transacción).

10.- Pago.

El modo natural de extinguir las obligaciones con todos sus accesorios lo constituye el pago (solutio). En su acepción más amplia significa la disolución del nexo obligatorio y, en consecuencia, comprende todos los modos de extinción de las obligaciones.

Para que el pago produzca ipso iure sus efectos liberatorios, tiene que reunir ciertos requisitos en lo que atañe a los sujetos de la relación, al objeto o prestación y al lugar y tiempo en que la deuda debe ser satisfecha.

Se exigía en el deudor capacidad para obligarse, esto es, aptitud legal para pagar. El mismo deudor debía efectuar el pago o un representante legítimo. Nada costaba que pagara por el deudor un tercero, salvo que se tratara del cumplimiento de una prestación personalísima asumida en atención a las calidades especiales del deudor, como podía ocurrir en la locación de obra.

También era requisito necesario, que el acreedor fuera capaz de percibir el pago, caso contrario, debía pagarse a un representante legal, tutor o curador. Estaba admitido que el acreedor designará a un mandatario para recibir lo debido por el deudor y debe pagar válidamente al adstipulator y al adiectus solutionis causa. El primero era un acreedor adjunto autorizado para reclamar la deuda con igual eficacia que el acreedor principal, en tanto que el segundo era un simple ejecutor dotado de aptitud para recibir el pago.⁽¹⁷⁾

17) Manual de Derecho Romano, Teoría de la Propiedad, María Josefa Saavedra

ANTE PROYECTO DE LEY

CAPÍTULO III MARCO JURÍDICO

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1º (objeto)

Esta Ley tiene por objeto normar la constitución, publicidad, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias previstas en esta ley.

Artículo 2º (Significados)

A efectos de esta ley los siguientes términos tienen el siguiente significado:

- **Garantía Híbrida:** es una operación jurídica que si bien no es una garantía real, tiene como fin afectar bienes definidos en esta ley al pago de una obligación, sin importar su forma o denominación, o su carácter de actos simulados; como ser, el arrendamiento con opción de compra, el arrendamiento financiero, el fideicomiso en garantía, la venta con reserva de propiedad, y la venta con pacto de rescate, cuando, en todos estos casos, afecten bienes incluidos en esta ley al pago de una obligación.
- **Garantía flotante:** Es aquella que describe los bienes en garantía de manera genérica, que puede comprender en garantía el inventario rotativo de bienes presentes y la transformación de éstos, bienes futuros adquiridos después de la constitución de la garantía real, créditos o cuentas por cobrar, o cualquier combinación de todos estos, según establezca el contrato de garantía.
- **Bienes:** A efectos de esta ley, toda referencia a “bienes” se deberá entender también a derechos.
- **Carteras de créditos:** Se refiere al conjunto de acreencias que pertenecen a una persona.
- **Archivo de Garantías:** Se refiere a la base de datos electrónica y pública de los avisos de garantía mobiliaria.
- **Registro de Comercio:** Se refiere a la institución pública que tiene las funciones de inscripción establecidas en el Código de Comercio, así como la administración del Archivo de Garantías que le es asignada por esta ley.
- **Tenencia:** A efectos de esta ley, se refiere a la ocupación o posesión física de un bien sin intención de ser su dueño.

ARTICULO 3º (Ámbito de aplicación a las garantías mobiliarias)

- I. Esta ley se aplicará a todos los actos jurídicos, realizados por cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, destinados a garantizar el cumplimiento de obligaciones mediante la constitución de garantías reales sobre los bienes incluidos en esta ley.
- II. Los bienes muebles sujetos a registro, sol en lo referente a su derecho real de dominio, continuarán rigiéndose por las normas que sean aplicables.

ARTICULO 4º (Actos jurídicos comprendidos dentro del campo de aplicación de esta ley)

- I. Los actos jurídicos señalados a continuación, quedan sujetos a las normas sobre disposiciones generales, publicidad, preferencia y ejecución de esta ley.
 - A. La cesión de créditos
 - B. Los certificados de depósito de mercaderías
 - C. La consignación, el depósito, u otra entrega de la tenencia de bienes
 - D. Todo arrendamiento con duración mayor a un año
 - E. Las garantías híbridas
- II. Para fines de esta ley, “acreedor”, incluirá al arrendador, al cesionario de créditos, al consignante de los bienes, al depositante de mercaderías de un certificado de depósito, al vendedor, y a cualquier otra persona a quien la obligación principal garantizada le es debida. “deudor”, incluirá al cedente en cuanto a la obligación de entregar los créditos, al receptor de la consignación, al depositario de mercaderías amparadas por un certificado de depósito, al comprador, y a cualquier obligado de un acto jurídico dentro del ámbito de aplicación de esta ley.

ARTÍCULO 5º (Ámbito de aplicación a los gravámenes y privilegios)

Las normas sobre preferencia y publicidad de esta ley se aplican también a los gravámenes judiciales y a los privilegios creados por ministerio de la propia ley, cuando estos afecten bienes dentro del campo de aplicación de esta ley.

ARTÍCULO 6º (Ámbito de aplicación a las carteras de crédito en garantía)

- I. Las normas de esta ley se aplican también a la garantía real que grave carteras de créditos como objeto de garantía de un préstamo, o como caución de un título valor u otro instrumento de deuda en una titulación pública o privada.

Se incluyen aquí, como objeto de garantía mobiliaria, a las carteras de créditos hipotecarios garantizados con bienes inmuebles, a las carteras de créditos garantizados con garantía real sobre vehículos, a las carteras de crédito quirografario, incluyendo entre otros a las planillas de avance de obras aprobadas y a cualesquiera otras clases de carteras

- II. de créditos que, en sí mismas, sean objeto de garantía real de un préstamo, título valor, o cualquier otro instrumento de deuda.
- III. En los casos indicados en los párrafos anteriores, esta ley se aplicará a la garantía real sobre carteras de créditos, aun cuando no se aplique a uno o más de los créditos individuales de la cartera

ARTÍCULO 7º (Ámbito de aplicación, bienes)

- I. Podrán ser otorgados en garantía, bajo esta ley, todos los bienes, excepto las edificaciones y el suelo. En forma adicional, se podrá también otorgar en garantía bajo esta ley a las edificaciones y el suelo, cuando los mismos sean elementos integrantes de la empresa.
- II. De conformidad con el párrafo anterior, se consideran bienes que pueden ser objeto de garantía real bajo esta ley, entre otros:
 - A. Las pertenencias o bienes inmuebles por su destino, incluyen la maquinaria adherida al suelo.
 - B. Los derechos de concesione minera, forestal, el inventario de madera, árboles en pie, bosques, y petróleo.
 - C. Los cultivos, las cosechas a futuro, los semovientes, los productos agropecuarios y agroindustriales, u la maquinaria agrícola.
 - D. Los créditos hipotecarios, individualmente o en cartera, incluyendo las hipotecas de tierra o edificaciones, aún cuando esta ley no se aplique al crédito o hipoteca original.
 - E. El inventario de bienes fungibles o no fungibles.
 - F. Los saldos acreedores de dinero en cuentas corrientes, cajas de ahorro, o depósito a plazo fijo, en entidades bancarias y financieras.
 - G. Los instrumentos representativos del dominio de mercaderías como los certificados de depósito de mercaderías, las guías de transporte o conocimientos de embarque y otros similares.
 - H. El derecho de alquiler y de usufructo de un bien inmueble.
 - I. Las acciones, las cuotas de participación en sociedades y los certificados de participación asociada, sin perjuicio de otros registros establecidos por ley.
 - J. Los derechos de explotación de recursos naturales y de operación de servicios públicos, excepto aquellos de áreas protegidas.

- K. Los derechos de patentes, marcas de fábrica y todo tipo de derechos intelectuales o industriales.
- L. Los derechos de crédito o cuentas por cobrar, y las carteras de créditos, salvo aquellas que por disposiciones bancarias aplicados por una garantía real.
- M. Todos los valores, e inclusive los valores garantizados por una hipoteca o fideicomiso financiero sobre un bien inmueble, o garantizados por una garantía real.
- N. La empresa, incluyendo todos sus elementos integrantes muebles o inmuebles, sin necesidad de descripción específica.
- O. Las universalidades de bienes muebles del deudor, que puede comprender en garantía el inventario flotante y rotativo de bienes presentes y la transformación de estos, bienes futuros adquiridos después de la constitución de la garantía real, créditos o cuentas por cobrar. O cualquier combinación de todos estos.
- P. Las planillas de avance de obra aprobadas.
- Q. Cualquier otro bien de las partes describan en el contrato de garantía comprendido en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 8º (Garantía mobiliaria concepto y derechos que concede)

- I. Para fines de esta ley, la “garantía real mobiliaria”, o simplemente “garantía mobiliaria” es un derecho real de disposición de la propiedad de bienes, otorgado con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, amparado por el principio de la libertad de contratación de la propiedad privada contenido en la Constitución Política del Estado. En caso de incumplimiento, la garantía mobiliaria otorga al acreedor, de pleno derecho, la tenencia legítima del bien constituido en garantía, así como su retención, persecución y venta según hayan acordado las partes, con la finalidad de pagar la obligación garantizada.
- II. El derecho del acreedor garantizado a hacerse pagar con el bien en garantía es preferente con respecto a los demás acreedores según el grado de prelación establecido en el Capítulo tercero de esta ley.
- III. El momento en que el deudor constituye una garantía mobiliaria, o consiste a la celebración de un acto jurídico dentro del campo de aplicación de esta ley, se somete a la manera de toma de posesión y venta de la garantía, que hayan acordado las partes.
- IV. Cuando el acreedor no tenga la posesión del bien en garantía, y el acuerdo de partes otorgue al acreedor garantizado su tenencia, el acreedor queda autorizado a tomar la tenencia del bien de manera pacífica o a

reclamarla de cualquier detentador o depositario, incluyendo el síndico, representante, o juez en caso de quiebra.

- V. La garantía mobiliaria permite que el acuerdo de las partes autorice al acreedor a desactivar el funcionamiento de la maquinaria otorgada en garantía cuando el deudor detente sus tenencias, a excepción de las protecciones previstas por ley.
- VI. La garantía mobiliaria se extiende a los intereses y gastos del crédito garantizado, a sus productos,. Y a los costos judiciales derivados de su ejecución, a menos que las partes acuerden de otra manera.
- VII. Cuando el acuerdo de partes autorice la venta del bien por el acreedor o un tercero, éstos se encontrarán autorizados para vender en nombre y representación del deudor, trasladando el dominio y firmando por cuenta del deudor las escrituras u otros documentos traslativos de derechos sobre los bienes en garantía que fueren necesarios.

ARTÍCULO 9º (Derechos del acreedor de primer grado)

- I. Para los acreedores de segundos y siguientes grados, en caso de incumplimiento, las obligaciones garantizadas en primer grado se reputan vencidas.
- II. A su solo solicitud, el acreedor garantizado en primer grado de prelación e s preferente en la tenencia de bienes o el cobro de cuantas por cobrar que hayan acordado las partes, con preferencia a cualquier otro acreedor.
- III. El acreedor garantizado debe imputar todo producido de los bienes o cuentas percibidas de conformidad con el grado de prelación de los acreedores establecido en el Capítulo tercero.

ARTÍCULO 10º (Acción real posesoria para la tenencia de los bienes)

- I. Cuando las partes hayan acordado la tenencia del bien en garantía por el acreedor, si no fuese posible su toma pacífica, el acreedor debe cursar al deudor una notificación de incumplimiento de sus derechos de tenencia, Asimismo, puede solicitar a la autoridad judicial la protección de sus derechos reales a través de la solicitud de expedición de una orden de secuestro para obtener la tenencia inmediata. Para esto, debe presentar al juez un ejemplar del contrato de garantía, aún cuando el mismo carezca de reconocimiento de firmas, una descripción de los bienes, y una copia de la notificación de incumplimiento y prueba de su envío.
- II. Sin necesidad de formalidad previa alguna, sin correr traslado, ni solicitar opinión del Ministerio Público, y en el mismo día de haber recibido la solicitud, el juez deberá emitir la respectiva orden para su ejecución por

la policía u otra autoridad pública del lugar donde se encuentran los bienes, sin perjuicio de los derechos establecidos en el Artículo 16 de esta ley, los cuales no suspenderán la ejecución de la orden judicial.

- III. A fines de esta ley, esta orden judicial desde su emisión, autoriza el allanamiento de domicilio, la apertura de cerraduras y todos los actos similares de empleo de la fuerza pública y la asistencia policial que fueren necesarios.
- IV. La autoridad pública deberá ejecutar la orden dentro de las seis horas de recibida, El bien deberá entregarse al acreedor o a la persona que este designe, quien dispondrá por su cuenta y riesgo las gestiones necesarias para el transporte o almacenamiento de los mismos según el acuerdo de partes.

ARTÍCULO 11º (Concurso de acreedores o quiebra del deudor)

- I. En caso de insolvencia del deudor, el acreedor podrá ejercer su derecho a satisfacer su crédito con el bien dado en garantía según el acuerdo de las partes. El acreedor podrá ejercer sus derechos sobre el bien en garantía sin intervenciones representante de la quiebra o concurso, salvo por las notificaciones establecidas en esta ley. Una vez liquidados los bienes, el acreedor deberá entregar el remanente al representante, síndico de la quiebra o al depositario en su caso.

ARTÍCULO 12º (Falta de venta)

En caso de no ser posible la venta del bien acordada en el contrato de garantía, el acreedor podrá optar por:

- a. Devolver el bien al deudor o al propietario, quedando a salvo su derecho a perseguir la ejecución de la obligación como acreedor quirografario; o
- b. Acordar con el deudor la dación del bien en pago total de la obligación garantizada. En este caso, queda extinguida la obligación principal garantizada y las garantías reales de segundos y posteriores grados. De lo contrario, el acreedor deberá intentar nuevas ventas o devolver la garantía al deudor salvando sus derechos por la vía que crea conveniente.

ARTÍCULO 13º (Saldo acreedor en cuentas bancarias)

- I. En caso de recaer la garantía o sus productos sobre saldos acreedores en cuentas de entidades financieras, se procederá de la siguiente manera:
- II. El acreedor comunicará a la entidad financiera sobre el incumplimiento incluyendo un ejemplar o copia certificada del contrato de garantía y una copia simple de la inscripción del aviso de garantía.

- III. La entidad bancaria o financiera deberá verificar la inscripción en el Archivo de Garantías, y dejará de hacer efectivas las órdenes de pago recibidas con posterioridad a la comunicación y procederá a la retención de los fondos correspondientes del deudor hasta cubrir la liquidación total.
- IV. La retención de fondos bajo este proceso no estará condicionada a ningún otro proceso o notificación previa.
- V. Una vez efectuada la retención referida, la entidad bancaria o financiera debe proceder directamente al pago de la obligación a favor del acreedor, sin responsabilidad alguna y en estricto cumplimiento de la instrucción recibida. Asimismo, deberá comunicar al deudor sobre el procedimiento efectuado con relación a la cuenta dentro de los diez días siguientes.
- VI. Estas mismas disposiciones se aplican cuando la garantía real recaiga sobre dinero depositado que constituya producto del bien en garantía originariamente gravado siempre que se halle así pactado en el contrato o pueda demostrarse fehacientemente.

ARTÍCULO 14º (Cuentas por cobrar)

- I. Cuando la garantía grave cuentas por cobrar. Las partes podrán acordar la cesión del derecho de cobro de las cuentas al acreedor garantizado bajo las circunstancias contractualmente pactadas. En caso de ocurrir las circunstancias contractualmente pactadas, el acreedor deberá inscribir su cesión en el Archivo y deberá notificar a cualquier otro acreedor garantizado contra el mismo deudor que conste en el Archivo. En este supuesto, el acreedor garantizado podrá:
 - A. Tomar posesión pacífica de la documentación en la que consten las cuentas por cobrar gravadas, siempre que dicha documentación sea necesaria para el cobro.
 - B. Notificar a cada uno de los deudores de las cuentas por cobrar gravadas a su favor para que le paguen. Esta notificación deberá ser cursada por cualquier medio legalmente válido y deberá acompañar una copia simple del aviso de garantía inscrito.

ARTÍCULO 15º (Derecho de redención del deudor)

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, y en cualquier momento, antes de la venta del bien en garantía, el deudor puede pagar al acreedor la totalidad del monto debido, con más los gastos e intereses devengados y recuperar la tenencia del bien gravado. El acreedor o juez en su caso, estará obligado a aceptar dicho pago y a suspender inmediatamente cualquier medida de ejecución.

ARTÍCULO 16º (Protección al deudor)

- I. Cualquier acuerdo para la venta de un bien en garantía bajo esta ley, deberá adecuarse a los usos y costumbres para el tipo de bienes de que se trate.
- II. Si un acreedor garantizado tomará la tenencia y vendiera el bien en garantía en violación a lo dispuesto por esta ley, debe devolver el bien en garantía al deudor y será pasible de una penalidad a favor del deudor equivalente al 30 por ciento del monto de la deuda, debiendo devolver el bien o su valor, e indemnizar los daños y perjuicios que fueren procedente.
- III. En la toma de tenencia, el acreedor no podrá alterar el orden público, o hacer uso de la fuerza o la intimidación, ni utilizar otro medio contrario a la voluntad del deudor expresada en ese momento. Asimismo, no podrá encontrarse presente en funcionario público sin orden judicial que le autorice.

ARTÍCULO 17º (Derechos del dueño de los bienes en garantía)

Cuando la garantía sea de propiedad de tercero, éste tendrá los mismos derechos establecidos en esta ley con referencia al deudor de la obligación garantizada.

ARTÍCULO 18º (Nulidad de la garantía constituida durante el concurso o quiebra)

Será nula la garantía mobiliaria constituida con posterioridad al concurso preventivo, quiebra o concurso de acreedores del deudor sin mediar autorización del juez, síndico, u otro representante de la quiebra o concurso

ARTÍCULO 19º (Obligaciones que pueden ser garantizadas)

La garantía mobiliaria puede garantizar una o más obligaciones de toda clase; sean estas, presentes o futuras; simples, condicionales o aleatorias; determinadas o determinables, de hacer o no hacer. La garantía mobiliaria puede asimismo garantizar obligaciones incorporadas en toda clase de valores.

ARTÍCULO 20º (Productos)

A los efectos de esta ley, se entiende por producto del bien en garantía a los frutos, así como también, a todo beneficio, bien o retribución, que se reciba por la venta, permuta, cobranza, indemnización, transformación, u otra forma de administración o disposición de los mismos, así como también a los productos de los productos percibidos anteriormente.

ARTÍCULO 21º (Derecho de persecución y continuación de la garantía real sobre sus productos)

- I. La garantía real mantiene su existencia, vigencia y validez legal sobre el bien en garantía, aún en caso de disponerse del mismo en cualquier forma por del deudor o el propietario, salvo cuando su transferencia haya sido autorizada por el acreedor. La garantía real continuará sobre el bien en garantía aunque éste cambien de naturaleza mueble a inmueble y viceversa.
- II. Asimismo, si el deudor dispone o transfiere el bien dado en garantía a otra persona, la garantía real continuará sobre el producto percibido cuando pueda establecerse que dicho producto resultó de la disposición o transferencia del bien dado en garantía. Se presumirá que el producto resultó de la disposición o transferencia del bien en garantía, salvo que el deudor pruebe lo contrario.
- III. En los supuestos anteriores, el acreedor tiene la opción de ejercer su derecho de persecución sobre el bien gravado o a los productos generados por el mismo o a ambos, conforme a su propia elección y hasta alcanzar al pago total de la obligación garantizada.
- IV. El contrato de garantía podrá incluir el compromiso irrevocable del deudor de sustituir los bienes dados en garantía por otros.

ARTÍCULO 22º (Titularidad y posesión del bien gravado)

En los casos de garantías sujetas a condición o sobre bienes futuros, las disposiciones de esta ley con respecto a los derechos, obligaciones y acciones de las partes se aplicarán independientemente de si el acreedor o el deudor tienen título de dominio o la posesión del bien en garantía.

ANTE PROYECTO DE LEY

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 23º (Constitución de una garantía mobiliaria mediante contrato, sus efectos)

La garantía mobiliaria surte efecto entre las partes a partir del momento en que el deudor haya suscrito el respectivo contrato de garantía, salvo que las mismas hayan acordado en forma expresa otro momento, Surte efectos frente a terceros desde su publicidad según establece el capítulo tercero de esta ley.

ARTÍCULO 24º (Bienes futuros, y desembolsos futuros)

- I. Es posible otorgar garantía sobre bienes futuros y garantías reales sujetas a plazo o condición. También sobre bienes sujetos a modalidades especiales de venta, importación o exportación, y transferencia a futuro.
- II. La garantía sobre bienes futuros se extiende hasta el valor de la obligación garantizada, aún cuando grave a totalidad del bien futuro en garantía.
- III. En todos los casos mencionados en el parágrafo I anterior, es nula la constitución fraudulenta de una garantía mobiliaria sobre los derechos del propietario de los bienes, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 549 al 553 del Código Civil.
- IV. La garantía mobiliaria sobre bienes futuros de acuerdo a las ventas de cosa futura y ajena de los artículos 594 y 595 del Código Civil, prevalecerá desde la inscripción de un aviso de derecho preferente en el orden de prelación, aunque este momento sea anterior al momento en que se obtenga el consentimiento del propietario de los bienes o el deudor adquiera derechos sobre los mismos. Este aviso debe perfeccionarse con la inscripción de un aviso definitivo cuando cuente con el consentimiento del propietario, en el plazo acordado por las partes.
- V. La garantía mobiliaria puede constituirse antes de que se desembolse el crédito o exista la obligación que se garantiza. La validez de dicha garantía queda sujeta a la condición de que resulte la existencia de dicha obligación principal. En este supuesto, la garantía real

prevalecerá desde su publicidad, según lo previsto en el capítulo tercero de esta ley, aunque este momento sea anterior a la existencia de la obligación principal.

ASRTÍCULO 25º (Contrato constitutivo de la garantía real)

- I. A efectos de esta ley, el contrato constitutivo de una garantía real se reviere al acuerdo de partes, celebrado por escrito, por medio del cual se constituye una garantía real sobre bienes o derechos a favor de uno o más acreedores, con la finalidad de otorgarles los derechos reconocidos por esta ley y otras disposiciones legales.
- II. Instrumentado en forma autónoma o como parte de un contrato principal, dicho contrato constitutivo establece y da lugar siempre a un derecho real accesorio y subordinado a una obligación.

ARTÍCULO 26º (Contenido e instrumentación del contrato de garantía)

- I. Para surtir efectos jurídico, el contrato de garantía real deberá contener una clara y precisa referencia a las obligaciones garantizadas.
- II. El contrato de garantía real deberá manifestar el monto de la obligación garantizada, o el modo de determinarlo, o deberá hacer referencia a los contratos donde surja esta información, pero el monto total de la obligación u obligaciones garantizadas no se incluirán en el aviso de garantías.
- III. El contrato de garantía real deberá contener la descripción de los bienes en garantía que hayan acordado las parte, Esta descripción podrá ser genérica o individualizada. La individualizada comprende la relación pormenorizada de los bienes con indicación de su cantidad y de todas las demás circunstancias para individualizarlos, tales, como: si se tratara de maquinaria, vehículos o implementos, marca, modelo, número de serie o de fábrica y cantidad; si se tratara de animales, cantidad, clase, sexo, raza, color, edad aproximada y número de identificación, si corresponde; si se tratara de frutos o cosechas, calidad, cantidad de matas o semillas sembradas y tiempo de producción y cosecha, y si se tratar de productos industriales, la industria, clase, marca y cantidad de los productos, etc. La descripción genérica es aquella que describa categorías, grupos o universalidades aplicables a bienes que pueda ser substituidos por otros de igual o distinta naturaleza. Asimismo, la descripción genérica podrá comprender la empresa en su totalidad. En este caso, se entenderán comprendidos todos sus elementos integrantes, sin necesidad de descripción individualizada.

- IV. Salvo los casos de constitución por posesión previstos en el artículo siguiente, el contrato de garantía real debe otorgarse por escrito. El contrato de garantía requiere el consentimiento de ambas partes.
- V. El medio escrito y las firmas electrónicas en el contrato de garantía, incluyen cualquier medio de comunicación que deje constancia atribuible legítima de la información que contiene. Asimismo, que no pueda ser modificado por el receptor ni por el remitente, o que de ser así, esta adulteración sea detectable.
- VI. El referido contrato constitutivo debe ser expreso respecto a la voluntad de las partes de constituir un gravamen privilegiado sobre los bienes mencionados en el capítulo primero, y sujeto a las demás normas de la presente ley.
- VII. El contrato de garantía real puede instrumentarse mediante documento privado u otro documento según acuerdo de partes.
- VIII. El contrato de garantía debe contener necesariamente el pacto sobre el modo de venta o liquidación de garantía y del domicilio especial de las partes.

ARTÍCULO 27º (Usos y costumbres comerciales)

En caso de incertidumbre con relación a la voluntad de las partes en el contrato de garantía real, se aplicarán los usos y costumbres civiles o comerciales conforme al tipo de bienes y negocio u operación garantizada de que se trate.

ARTÍCULO 28º (Constitución de una garantía real sobre valores, sus efectos)

- I. La garantía mobiliaria sobre valores, o títulos-valores futuros o extranjeros, se constituirá de conformidad con la normativa de circulación de los mismos.

ARTÍCULO 29º (Prueba de la existencia del contrato de garantía real)

- I. La existencia del contrato de garantía debe probarse o acreditarse por cualquier medio de prueba previsto por ley.
- II. Cuando la garantía real sea constituida mediante tenencia según dispone el Capítulo Tercero, el contrato de garantía también puede probarse por la tenencia física, presente y visualmente verificable de los bienes.

ARTÍCULO 30° (Gravámenes sucesivos sobre el mismo bien y disposición del mismo)

- I. Durante la vigencia de un contrato de garantía regulado por la presente ley, el deudor puede constituir sucesivos gravámenes sobre el mismo, aún sin la autorización de anteriores acreedores garantizados, En dicho supuesto, el acreedor deberá cursar una comunicación a los otros acreedores de avisos inscritos contra el mismo deudor o bien, al domicilio físico o electrónico inscrito en el aviso y según establezca el reglamento.
- II. Serán nulas todas las cláusulas contractuales que de manera directa o indirecta exijan el pago total de la obligación garantizada cuando se constituyan garantías de segundo o posteriores grados sin el consentimiento del acreedor de primer grado; o que, de alguna otra manera, limiten la constitución de garantías reales de segundo o posteriores grados.
- III. El deudor puede disponer del bien gravado y de sus productos si este es de su propiedad o con el consentimiento de su propietario, salvando los derechos establecidos en esta ley a favor del acreedor garantizado, y avisando a sus acreedores garantizados, salvo que se acuerde de otra manera.

ARTÍCULO 31° (Calidad de acreedor y deudor)

Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país puede ser acreedora o deudora de una garantía mobiliaria bajo esta ley, según el acuerdo de las partes.

ARTÍCULO 32° (Garantía de bienes muebles adheridos a bienes inmuebles)

- I. Dentro de las excepciones previstas por el artículo 1365 del Código Civil, la hipoteca constituida sobre un bien inmueble principal, no incluye necesariamente los bienes muebles, inmuebles o pertenencias incorporados o adheridos al bien inmueble principal, salvo acuerdo en contrario. Puede, por tanto, constituirse una garantía real sobre bienes incluidos en el alcance de esta ley, que sea diferente a cualquier gravamen sobre el bien inmueble al que están adheridos por el bien inmueble principal, estará dado por lo dispuesto en el Capítulo Tercero de esta ley.
- II. Dichos bienes muebles, inmuebles o pertenencias podrán ser descritos genéricamente para fines de la constitución de la garantía.

ARTÍCULO 33º (Derecho del deudor a solicitar un estado de cuenta)

- I. El acreedor está obligado a informar, a simple solicitud del deudor el saldo de su deuda. En caso de que esta información sea negada el deudor deberá enviar al acreedor una comunicación fehaciente con una declaración estimativa firmada, para su aprobación o rectificación, que el acreedor responderá fehacientemente al deudor dentro de los siete días calendarios siguientes.
- II. Si el acreedor no respondiere en ese plazo, se estará a la declaración firmada por el deudor. Esta disposición no será aplicable a las entidades reguladas cuya obligación de suministrar la información solicitada por el deudor se encuentre reglamentada.
- III. La reglamentación de esta ley establecerá la manera de comunicación bajo este artículo.

ARTÍCULO 34º (Gravamen legal sobre bienes muebles sujetos a registro)

- I. Pueden ser objeto de gravamen legal y judicial todos los bienes muebles sujetos a registro.
- II. Su prelación u publicidad se establece por inscripción de un aviso conforme establece el Capítulo Tercero de esta ley.

ARTÍCULO 35º (Extinción de la garantía mobiliaria)

- I. La extinción de la obligación principal garantizada tendrá por efecto la extinción de la garantía mobiliaria. La garantía mobiliaria puede extinguirse, también, por un acto liberatorio expreso del acreedor que haga específica referencia al levantamiento de la garantía constituida, por orden judicial.
- II. Cualquier garantía mobiliaria o gravamen inscrito bajo esta ley, conservará su rango de prelación hasta la extinción de la obligación principal.
- III. La garantía mobiliaria, y cualesquiera otros gravámenes sobre el bien en garantía, quedan asimismo extinguidos luego de la disposición del bien por incumpliendo.
- IV. Cualquier persona que acredite interés legítimo o esté debidamente facultada y que justifique la extinción de la obligación principal garantizada o que evidencie la liberación expresa por parte del acreedor, puede inscribir un aviso sobre la extinción de una garantía mobiliaria. La reglamentación de esta ley deberá establecer el procedimiento a seguir. Este aviso de extinción de una garantía mobiliaria no cancelará el aviso originario, sino que se relacionará a este. Sin embargo, de acuerdo a la prescripción legal de las

obligaciones garantizadas, la reglamentación podrá establecer un periodo después del cual se cancelarán las inscripciones de avisos de garantías extinguidas.



ARTÍCULO 36º (Obligación sobre el cuidado de los bienes en garantía)

- I. El acreedor o el deudor que tenga la tenencia del bien otorgado en garantía está obligado a cuidar del mismo como si fuera un bien propio y responde por su pérdida y deterioro.
- II. El deudor está obligado al reembolso del gasto realizado para la conservación del bien otorgado en garantía, salvo pacto en contrario.

CAPÍTULO V

PRELACIÓN Y PUBLICIDAD

ARTÍCULO 37º (Prelación y publicidad)

- I. La prelación o preferencia para el pago de las obligaciones garantizadas con una garantía real u otro acto jurídico dentro del campo de aplicación de esta ley, se determina por el orden de su publicidad mediante la inscripción en el Archivo de Garantías
- II. Esta inscripción caduca cuando se extingue la obligación principal garantizada conforme a esta ley. También caduca concluido el plazo indicado en el aviso, si este fuera menor. Las partes podrán acordar renovar la inscripción antes de que caduque.
- III. La prelación emergente de la inscripción de un aviso en el Archivo de Garantías se puede probar por medio visual, mostrando o verificando la inscripción directamente y de manera electrónica, en la forma prevista en el Reglamento de esta ley, Podrá también ser probada por documento de la impresión de la pantalla de búsqueda certificando por un operador, agente autorizado o notario, bajo responsabilidad.
- IV. Las garantías previstas en esta ley adquieren publicidad y son oponibles frente a terceros a partir de su inscripción en el Archivo de Garantías o a través de aquellos otros actos de publicidad establecidos en este Capítulo.

ARTÍCULO 38º (Cesión de créditos y otros derechos)

- I. De conformidad con el principio anterior, la cesión de créditos y de otros derechos surte efectos frente a terceros sólo desde la anotación e un aviso de la cesión en el Archivo de Garantías.
- II. Entre una cesión de crédito notificada al deudor cedido, o de la cual el deudor cedido se muestra sabedor, y una cesión de crédito inscrita en el Archivo de garantías, prevalecerá esta última. Sin embargo, el deudor queda liberado se paga de buena fe al cedente.
- III. Las mismas disposiciones son aplicables al usufructo o arrendamiento de la empresa en caso de ser extensivo a sus créditos. (Art. 215 Código de Comercio).
- IV. Una garantía real sobre valores o títulos-valores nominativos o cheques, adquieren orden de prelación solo desde la inscripción de un aviso en el

Archivo de Garantías si, asimismo, el o los instrumentos han sido endosados en garantía de conformidad con las normas aplicables a su circulación.

- V. La garantía real que grave valores o título-valores desmaterializados representados mediante anotación en cuenta, adquiere orden de prelación solo desde la inscripción de un aviso en el Archivo de Garantías, si asimismo, han sido endosados en garantía de conformidad con las normas aplicables a su circulación.
- VI. En los casos de los incisos anteriores, cuando el endoso sea anterior a la inscripción del aviso, la graduación de prelación corresponde al momento de inscripción del aviso.
- VII. Todos estos principios enunciados aquí, se aplican a las acciones y cuotas de participación de sociedades, cooperativas y otras personas colectivas, sin perjuicio de su registro en los libros de la sociedad.

ARTÍCULO 39º (Excepciones a la publicidad mediante la inscripción de un aviso)

No obstante lo previsto en el artículo precedente, se exceptúan los siguientes actos:

- A. Toda garantía mobiliaria sobre valores o títulos-valores a la orden y al portador adquiere publicidad y orden de prelación desde la constitución de la misma.
- B. Toda garantía mobiliaria sobre cosas materiales destinada a garantizar una obligación menor a mil unidades de Fomento de Vivienda (UFV), adquiere publicidad y orden de prelación desde el recibo de entrega de cosas al acreedor garantizado.

ARTÍCULO 40º (Excepción al orden de prelación)

Los siguientes actos se exceptúan del orden de prelación de las disposiciones precedentes:

- I. Toda garantía mobiliaria que garantice el saldo del pago debido de una compraventa a plazos, prevalece sobre cualquier otra garantía. Para ello, antes de que el comprador adquiriera la posesión de los bienes, el acreedor debe inscribir un aviso de la garantía en el Archivo de Garantías. Esta preferencia se extiende, con relacional bien mueble otorgado en garantía, inclusive frente al acreedor hipotecario sobre el bien inmueble principal.
- II. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1368 del Código Civil y para fines de disponibilidad de información, las hipotecas legales de los incisos 6 y

7 del artículo 1368 del Código Civil son preferidas a cualquier garantía real bajo esta ley siempre y cuando los acreedores inscriban un aviso de su hipoteca legal en el Archivo de Garantías dentro de los 60 días en la fecha en la que la deuda sea exigible, Si la inscripción fuera posterior a los 60 días de concluida la obra, mantiene su prelación desde su inscripción en el Archivo de Garantías.

ARTÍCULO 41º (Prioridad del acreedor garantizado)

Entre una garantía real sobre el inventario de un negocio y otra sobre los bienes específicos de tal inventario, prevalece la que haya adquirido publicidad con anterioridad.

ARTÍCULO 42º (Acreedor hipotecario)

Dentro de las excepciones previstas por el artículo 1365 del Código Civil, la hipoteca constituida sobre un bien inmueble principal, no incluye necesariamente los bienes muebles, inmuebles o pertenencias incorporados o adheridos al bien inmueble principal, salvo acuerdo en contrario. El acreedor hipotecario que desee adquirir prelación sobre los bienes muebles accesorios o inmuebles por su destino adheridos al inmueble principal, deberá inscribir un aviso de su gravamen sobre dichos bienes en el Archivo de Garantías.

ARTÍCULO 43º (Identificación del inmueble principal)

Cuando el Archivo de Garantías inscriba una garantía real sobre bienes adheridos a un bien inmueble principal se deberá anotar, en dicha inscripción, la dirección, la partida o matrícula de propiedad del Registro de los Derechos Reales si tuviera, número de catastro municipal si tuviera, y una descripción de la ubicación física del bien inmueble principal al que estén adheridos.

ARTÍCULO 44º (Concurrencia con la hipoteca)

- I. Entre una garantía real sobre bienes que regula esta ley y cualquier otra garantía real o gravamen contra el inmueble principal al que se encuentren adheridos, prevalecerá aquella que haya sido inscrita con anterioridad en el Archivo de Garantía.
- II. La prioridad, referida a los bienes muebles adheridos a un inmueble, derivada de la inscripción en el Archivo de Garantías referida en el párrafo anterior, prevalece, en cuanto a los bienes muebles inscritos en el Archivo de Garantías, aun cuando se haya inscrito en el registro de los Derechos Reales una garantía hipotecaria sobre el bien inmueble principal y sus accesorios.

- III. La garantía mobiliaria que grave la empresa mercantil tendrá prelación respecto a las edificaciones y el duelo desde su inscripción en Derechos Reales, pero deberá asimismo inscribirse en el Archivo de Garantías dentro de los tres días.

ARTÍCULO 45° (privilegios creados por ministerio de la propia ley)

El acreedor tiene privilegio sobre el producto de la venta de los bienes otorgados en garantía con aviso debidamente inscrito excepto ante el privilegio por los gastos realizados en la conservación del bien, con exclusión de cualquier otro privilegio.

ARTÍCULO 46° (Embargos y otros judiciales)

- I. Todo embargo o secuestro judicial debe inscribirse un aviso de su gravamen en el Archivo de Garantías para ser oponibles frente a terceros.
- II. La parte interesada es responsable de inscribir un aviso de cualquier orden judicial en el Archivo de Garantías.

ARTÍCULO 47° (Certificado de depósito)

- I. Para alcanzar pleno efecto y validez entre partes y frente a terceros, la emisión de un certificado de depósito de mercadería y cualquier emisión de su duplicado por pérdida o destrucción del instrumento, deberá inscribirse en el Archivo de Garantías mediante la inscripción de un aviso del certificado.
- II. No puede emitirse un certificado de depósito de mercaderías o inscribirse su aviso, cuando exista una garantía mobiliaria anterior inscrita en el Archivo de garantías mediante la inscripción de un aviso del certificado.
- III. Expedidos los certificados de depósitos, los respectivos bienes no podrán sufrir embargo, secuestro ni cualquier gravamen o garantía, sino a través del certificado de depósito que los represente. Tales embargos, secuestros o cualquier gravamen o garantía sobre certificados de depósito tienen el orden de prelación que establecen las disposiciones de este capítulo.

ARTÍCULO 48° (Adquisición libre de gravamen)

- I. Cuando la garantía mobiliaria es flotante, el comprador de un bien en el curso ordinario del negocio de venta al público adquiere el mismo libre de garantía.
- II. Cuando la garantía mobiliaria identifica los bienes, el comprador de un bien en el curso ordinario del negocio de venta al público adquiere el mismo libre de garantía cuando su valor no exceda 1000 Unidades de Fomento de Vivienda (UFV).

ARTÍCULO 49º (Reglas sobre posesión)

- I. Cuando el bien gravado se encuentre en posesión del acreedor garantizado o de un tercero, estos asumirán los derechos y obligaciones establecidos por el Código Civil referidos al depósito voluntario, en lo aplicable.
- II. El acreedor o tercero depositario percibirá los futuros o intereses del bien gravado por cuenta del deudor, y salvo pacto en contrario, los imputará a los gastos de conservaciones normales y razonables, a los intereses y luego a capital de la obligación garantizada, conforme a las normas del Código Civil.
- III. El acreedor o tercero depositario está obligado a devolver el bien gravado el dominio de su propietario a tiempo de satisfacerse la obligación garantizada, salvo que las partes dispongan de otra manera.
- IV. El acreedor o tercero depositario es responsable por los daños causados en caso de pérdida, demora injustificada en la devolución o resistencia injustificada en la recepción del pago de la obligación garantizada y consiguiente liberación del gravamen constituido, no se admitirá que las partes dispongan de otra manera.

ARTÍCULO 50º (Cesión del contrato de garantía)

- I. El acreedor de una obligación garantizada por garantía real bajo esta ley (el cedente) puede ceder su crédito garantizado a otra persona (el cesionario) total o parcialmente. Esta cesión será válida sólo si: es efectuada por escrito y permite la identificación de la garantía y del bien a los cuales está referida.
- II. Para que la cesión sea oponible frente a terceros debe inscribirse un aviso de la cesión en el Archivo de Garantías. Para su validez no se requiere la notificación al deudor cedido, ni queda liberado si paga de buena fe al cedente.
- III. La inscripción de avisos de cesiones en el Archivo de Garantía se regirá por las regulaciones del Archivo aplicables a la inscripción de modificaciones de avisos originarios.

ARTÍCULO 51º (Archivo de garantías)

- I. Conforme al reglamento de la presente ley, el Registro de Comercio, organizará y pondrá en funcionamiento el Archivo de Garantías en el plazo de ciento ochenta días de publicarse la presente ley.
- II. Las siguientes materias, relativas a la organización y funcionamiento del Archivo de Garantías quedan sujetas a la respectiva reglamentación referente a :
 - A. Sistemas y procedimientos de inscripción de avisos de garantías, con base de datos centralizada y unificada, con carácter nacional. Esta debe, mínimamente, proveer en tiempo real pleno acceso público por medio del Internet, y permitir inscripciones por medio del Internet.
 - B. Sistemas y procedimiento de información para los usuarios de sus servicios y las autoridades competentes.
 - C. Procedimientos para otorgar autorizaciones a operadores privados para que éstos realicen las inscripciones de avisos en el Archivo de Garantías.
 - D. Metas de cumplimiento con relación al alcance nacional y regional del Registro de Garantías Muebles así como del número de operadores privados.
- III. El registro de Comercio estará a cargo de la gestión operativa, administrativa, técnica e informática de la Sección de Garantías Muebles
- IV. Con sujeción al reglamento de esta ley, el Registro de Comercio está facultado para otorgar autorizaciones a operadores privados para que éstos realicen la inscripción de avisos.
- V. No son aplicables a las disposiciones de este título las disposiciones del Libro Quinto, Título V de los Registros Públicos, Capítulo III del Registro de los Derechos Reales del Código Civil, tampoco las disposiciones legales y reglamentarias del Registro de Comercio.

ARTÍCULO 52º (Supervisión) La Superintendencia de Empresas supervisará que el registro de Comercio cumpla fielmente con las disposiciones de esta ley y sus reglamentos. La Superintendencia de Empresas podrá inspeccionar su funcionamiento en los casos que considere oportuno y cualquier controversia surgida de dicha inspección deberá ser resuelta en la forma prevista al efecto en el reglamento de esta ley.

ARTÍCULO 53º (Bases operativas del Archivo de Garantías)

El registro de Comercio, organizará y mantendrá el Archivo de Garantía sobre las siguientes bases operativas.

- I. El sistema de inscripción funcionará sobre la base de la inscripción de un simple Aviso de la constitución de la garantía del cual constituirá el documento electrónico idóneo para efectos de publicidad y oponibilidad. Todas las inscripciones previstas en esta ley se harán a través de este aviso. El aviso es la inscripción electrónica que comprenderá solo la información mínima necesaria para alertar a potenciales prestamistas y compradores sobre la existencia de un gravamen de garantía, según se establecerá en el reglamento de esta ley.
- II. Las inscripciones comprenden el aviso de una garantía, así como avisos de sus modificaciones, cesiones y cancelaciones.
- III. Las inscripciones no estarán condicionadas a la presentación de documentos que acrediten pagos de impuestos sobre el bien gravado o de otra naturaleza, ni la propiedad de los bienes gravados.
- IV. El acreedor garantizado es siempre responsable de inscribir un aviso congruente con el contrato de garantía y está sujeto a todas las medidas civiles y penales aplicables en caso de error.
- V. El operador es responsable de inscribir el aviso con la información proporcionada por el acreedor, previamente identificado y con el contrato de garantía correspondiente, sin ejercitar juicio en cuanto a la suficiencia legal de dicho contrato o de la obligación garantizada o cualesquiera otras cuestiones. El operador no certificará la información inscrita ni será responsable de tomar pasos para asegurarse de la certeza de la información, a menos que así lo acuerde con el interesado.
- VI. El Archivo de Garantías deberá proveer acceso público y gratuito por medio del Internet, sin limitación ni requisito alguno. El tiempo de acceso público no podrá ser menor a 24 horas siete días a la semana, salvo el tiempo necesario para su mantenimiento.
- VII. Como servicio adicional y diferente al de inscripción de avisos de garantía el Registro de Comercio podrá emitir certificaciones acerca de la información inscrita, a petición expresa de parte.

ARTÍCULO 54º (Manera y precio por servicios)

- I. Según establezca el reglamento de esta ley, el Registro de Comercio debe autorizar a operadores para la inscripción de avisos de garantías.
- II. La Superintendencia de Empresas, una vez al año, aprobará una tabla de aranceles máximo por los servicios de inscripción y certificación, que será propuesta por el Registro de Comercio. Por debajo de este arancel, el precio por inscripciones resultará de la libre competencia. El reglamento de esta ley deberá asegurar este principio.

III. Por principio de sostenibilidad económica y financiera, los aranceles deberán cubrir mínimamente los costos de operación del Archivo de Garantías.

ARTÍCULO 55º (Falsedad de inscripción, responsabilidad civil y penal)

Sin perjuicio de las responsabilidades penales aplicables, cualquier persona que de manera negligente o dolosa inscriba o haga inscribir un aviso de garantías con una descripción más amplia del bien en garantía que la acordada, contra un deudor distinto o inexistente, o que de alguna otra manera no refleje lo acordado por las partes en el contrato de garantía o sus modificaciones, cesiones o cancelación, será responsable por los daños y perjuicios que este hecho ocasione. Estos daños no serán inferiores a 20 salarios mínimos nacionales.

La inscripción electrónica de un aviso de garantía, así como el certificado de inscripción, constituirán documentos públicos a efectos de la aplicación de los artículos 198 y siguientes del Código Penal.

La solicitud de inscripción de un aviso dirigida a un operador tiene carácter de declaración jurada.

ARTÍCULO 56º (Aclaración o modificación de un aviso)

La aclaración o modificación de un aviso surte efectos desde su inscripción.

ARTÍCULO 57º (Error en el aviso)

Cuando la descripción de los bienes en el aviso fuese diferente a aquella en el contrato de garantía, prevalecerá, frente a terceras personas, sólo la información del aviso que sea congruente con el contrato de garantía.

La autoridad de supervisión del archivo podrá borrar del sistema todo aviso que no cuente con el respaldo correspondiente de un contrato de garantía, según establezca las regulaciones y quedando abiertas, además, las vías jurisdiccionales correspondiente.

ARTÍCULO 58º (Domicilio constituido en el aviso)

I. El domicilio señalado por las partes en el aviso debe corresponder al indicado en el contrato de garantía. El domicilio tiene carácter de especial y por tanto, se tendrán por válidas y vinculantes todas las notificaciones que en dicho domicilio se efectúen relacionadas con el contrato de garantía real.

- II. Cualquiera de las partes podrá modificar el domicilio mediante la inscripción de un nuevo aviso y mediante notificación fehaciente a la otra parte. El archivo inscribirá los nuevos domicilios sin borrar los domicilios anteriores.
- III. Solo puede constituirse un nuevo domicilio en la misma ciudad, salvo pacto en contrario.

ARTÍCULO 59º (Archivo de Garantías Único)

El archivo de Garantías previsto en esta ley es único y de aplicación exclusiva a las garantías previstas en esta ley.

CAPÍTULO VI

EJECUCIÓN

ARTÍCULO 60º (Procedimiento para la ejecución de la garantía mobiliaria)

- I. En caso de incumplimiento, si las partes no se sujetan a la forma de disposición del bien garantía pactada en el contrato y prevista en el Capítulo Primero de esta ley, el acreedor podrá iniciar ejecución bajo las disposiciones de este capítulo.
- II. El procedimiento de ejecución judicial de garantías mobiliarias en este capítulo es alternativo a los procesos previstos en el Código de Procedimiento Civil y la Ley 1760. Iniciada la acción establecida por este capítulo, quedan excluidos otros procedimientos, salvo que aquella acción fuera negada o que, a su conclusión, quedara un saldo impago que en el mismo documento se hubiera pactado otras garantías, casos en los que el acreedor es libre de tomar todas las vías que le franquean las leyes, sin que el procedimiento establecido en este capítulo lo impida.

ARTÍCULO 61º (Documentos para ejecución)

- I. Son válidos para el inicio de la ejecución judicial de garantía mobiliaria prevista en este capítulo, todos los documentos públicos o privados, valores o títulos-valores u otros, donde conste la obligación garantizada por un bien dentro del ámbito de aplicación de esta ley.
- II. El monto adeudado, al momento del inicio del proceso, debe ser líquido y de plazo vencido.
- III. El contrato de garantía debe contener los elementos establecidos en el Artículo 26º Asimismo, el consentimiento del propietario de la garantía de someterse a este procedimiento judicial, lo que no impide al acreedor tomar cualquier otra vía legal para el cobro de su acreencia.

ARTÍCULO 62º (Costumbres comerciales)

El juez, en sus providencias y resoluciones se intimación, secuestro, y venta, podrá adoptar las posiciones institucionales de los gremios, cámaras y asociaciones del sector económico correspondiente a los bienes en garantía.

ARTÍCULO 63º (Demanda)

- I. La demanda, que tendrá calidad de declaración jurada, debe dirigirse contra el deudor y el propietario de la garantía, consignando la prestación incumplida. Se acompañarán: el documento o los documentos que incorporen la obligación garantizada y la garantía mobiliaria constituida, el aviso de garantía inscrito en el archivo de Garantías, y la lista de los nombres y domicilios especiales de otros acreedores contra la misma garantía.
- II. La demanda debe describir los bienes a ejecutarse de manera genérica o individualizada y los productos que se persiguen derivados de los bienes originalmente gravados.

ARTÍCULO 64º (Demanda defectuosa)

El juez podrá ordenar que en un plazo prudencial fijado expresamente, el demandante subsane la demanda por defectos de forma. De no hacerlo en el plazo fijado, se tendrá por no presentada y podrá intentar nueva acción es esta vía.

ARTÍCULO 65º (Auto de intimación)

- I. Dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la demanda, el juez, reconocimiento su competencia, la personería de las partes, y la exigibilidad de la obligación garantiza, dictada y podrá intentar nueva acción en esta vía.
- II. Este auto de intimación dispondrá:
 - La citación del ejecutado y del propietario de la garantía, si fuere tercero, para el pago de la obligación dentro de dos días siguientes a la citación;
 - Ordenará del secuestro de la garantía o de sus productos.
 - Señalará día y hora de audiencia dentro d los siguientes siete días al auto de intimación, para decir sobre la procedencia de la demanda y dictar sentencia.
 - Ordenará también la simple notificación de otros acreedores del mismo bien en garantía
 - Si existirá peligro de pérdida o desvalorización de la garantía, a pedido del demandante, ordenará la venta de la garantía en la forma prevista en el contrato. En este auto el juez, a pedido del demandante, dispondrá las medidas precautorias que sean procedentes.

ARTÍCULO 66º (Citación y notificaciones)

- I. La citación con la demanda y auto de intimación de cumplimiento al ejecutado y al propietario de la garantía y la notificación a terceros acreedores, se practicarán en los domicilios especiales señalados por éstos en el Archivo de Garantías, en la forma prevista en esta ley.
- II. Si no fueran encontrados en dicho domicilio, en el mismo acto se entregarán copias de los actuados pertinentes a la persona a la persona mayor de 14 años que hubiere atendido al notificador. Si rehusare recibir las copias o identificarse o no se encontrase a nadie en ese domicilio, se fijarán las copias en la puerta del mismo, en presencia de testigos que confirmarán la actuación. Las notificaciones posteriores se cumplirán en estrados. La citación debe practicarse con 3 días de anticipación, por lo menos, a la fecha de la audiencia.
- III. A partir de la citación, se tendrá como domicilio procesal de las partes y de cualquier otra persona que concurriera al juicio, la Secretaria o Actuaría del Juzgado.
- IV. Las copias de los actuados con que se cite o notifique serán simples y del mismo modo si son fotocopias; contendrán el nombre del citado, el juicio, juzgado y nombre, cargo y firma del funcionario encargado de la diligencia en todas las copias.
- V. Las citaciones y notificaciones practicadas en domicilio especiales no podrán anularse por ninguna razón, salvo por cambio de domicilio avisado fehacientemente al acreedor o inscrito en el Archivo de Garantías con anticipación a la demanda.

ARTÍCULO 67º (Derecho a la tenencia de los bienes)

Ante el incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor garantizado en primer grado de prelación que detente los bienes en garantía tiene el derecho de retenerlos para su disposición y pago de la obligación garantizada en la forma prevista al efecto en esta ley. Si el acreedor no tuviera los bienes en garantía, el derecho a la tenencia, guarda y custodia de los bienes en garantía opera de pleno derecho a favor del acreedor garantizado.

ARTÍCULO 68º (Mandamiento de embargo y secuestro)

- I. El juez emitirá el mandamiento de embargo y secuestro prevista en esta ley sin necesidad de formalidad previa alguna.
- II. El embargo a que se refiere esta ley anuncia la orden judicial de ejecutar la garantía mobiliaria conforme al orden de prelación de esta ley.

- III. A fines de esta ley, la orden judicial de embargo y secuestro incluye, desde su emisión, el allanamiento de domicilio, fractura de candados y cerraduras y todos los actos que aseguren la efectividad de la medida debiendo contar, todos ellos, con el auxilio de la fuerza pública y asistencia policial.
- IV. Estas facultades se insertarán en el mandamiento. La orden será ejecutada por la policía del lugar en el día y sin reparos.
- V. Si la acción es intentada por el acreedor de primer grado, podrá éste constituirse en depositario del bien embargado y secuestrado. El mandamiento se ejecutará contra el bien la garantía sin interesar quien lo detente, aunque sea un acreedor en otro grado.
- VI. Si la acción es intentada por un acreedor de segundo o posterior grado, el depositario del embargo y secuestro será el acreedor de primer grado o un tercero, pero ninguno de los otros acreedores ni el actor, salvo autorización expresa del acreedor en primer grado, que constará en el acta respectiva u otro documento.
- VII. Este mandamiento podrá ejecutarse aún antes de la citación con la demanda, pero siempre con noticia previa al acreedor en primer grado. Si el bien en garantía se encontrare bajo la tenencia de un depositario, podrá sustituirse a éste a requerimiento del demandante, si no ofreciera condiciones de seguridad y custodia del bien.
- VIII. Este mandamiento se libraré también contra los productos del bien constituido en garantía de acuerdo a lo solicitado por el demandante y conforme al contrato de crédito o el de garantía y a lo previsto en esta ley. Si la garantía consiste en dinero o cuentas por cobrar, se dispondrá también su embargo.
- IX. Tratándose de cuentas por cobrar, el embargo y secuestro estará dirigido a tomar posesión de la documentación de crédito constituidos en garantías, pudiendo también disponerse en el auto de intimación, que el acreedor curse comunicaciones a los deudores para que le paguen directamente a él los importes adeudados u otra modalidad de pago, importes de los cuales quedará constituido en depositario hasta la sentencia. Esta notificación puede cursarse por cualquier medio fehaciente.
- X. Si se hubiera pactado en el contrato de garantía o con posterioridad a él, la manera mediante la cual el acreedor tomará la tenencia de los bienes gravados en caso de incumplimiento, a petición del acreedor el juez dispondrá el cumplimiento de esta forma de tomar la posesión de la garantía, sin perjuicio de expedir el mandamiento de secuestro. Sin embargo, será nula cualquier cláusula de dicho acuerdo que limite los derechos del deudor o de acreedores prioritarios establecidos por ley.

ARTÍCULO 69º (Excepciones y audiencia de juzgamiento)

- I. Cuando los demandados sean deudores de créditos garantizados, y hasta en la misma audiencia, estos sólo pueden plantear, todas juntas y debidamente documentadas en lo que corresponda, únicamente las excepciones de incompetencia, falsedad e inhabilidad de los documentos sobre la obligación garantizada, su garantía o su inscripción en el Archivo, la prescripción, y el pago documentado.
- II. En la audiencia, las partes harán sus exposiciones y presentarán sus pruebas completamente pruebas irrelevantes.
- III. Durante la audiencia, a pedido de parte, el juez podrá interrumpir la audiencia para otorgar a las partes un término prudencial para que éstas completen sus pruebas señalando la fecha y hora de prosecución de este acto. Las partes quedarán notificadas en el mismo acto.

ARTÍCULO 70º (Sentencia)

- I. A la conclusión de la audiencia, el juez dictará resolución, pudiendo reservarse su fundamentación para los siguientes tres días. Esta sentencia debe resolver todas las materias planteadas en la demanda y las excepciones, dando curso a la venta de la garantía mobiliaria o negándola, o estableciendo las sanciones pertinentes contra el acreedor previsto en esta ley.
- II. Si la sentencia, anticipada verbalmente da lugar a la venta de la garantía mobiliaria, el demandante queda habilitado para tramitar su venta de inmediato.

ARTÍCULO 71º (Apelación)

- I. La sentencia solo admite el recurso de apelación, sin recurso ulterior.
- II. La sentencia será apelable en el plazo de 5 días en el efecto suspensivo par el caso de declararse improbadada la demanda y, en el devolutivo, se si declara probada la demanda; debiendo elevarse el proceso principal y quedar testimonio o fotocopias legalizadas de las partes estrictamente necesarias en el juzgado para la ejecución de la sentencia que se llevara a cabo con fianza de resultas de carácter personal de persona fiable en derecho a criterio del juzgador.

ARTÍCULO 72º (Venta de la garantía)

- I. Cuando la sentencia ordene la disposición de los bienes en garantía, el juez dispondrá que se cumplan la forma, el procedimiento o método de disposición que se hubiese pactado. Para esto, deberá dictar las medidas más aconsejables para la efectivización de dicha venta, la misma que podrá haberse convenido en la forma más variada y amplia, siempre y cuando sea un método comercialmente razonable para el tipo de bienes de que se trate, incluyendo la contratación de terceros para esa labor, la subasta anunciada en periódico u otros medios de comunicación, la oferta en ferias y otros inventos, etc.
- II. Los funcionarios judiciales o policiales no estarán facultados para vender bienes en garantía.

ARTÍCULO 73º (Ejecución de la sentencia)

Si alguna parte o un tercero incumpliesen la sentencia, a pedido de la parte interesada, el juez podrá ordenar todas las medidas coercitivas que considere necesarias para su cumplimiento.

ARTÍCULO 74º (Distribución del producto)

- I. El producto de la venta será liquidado y aplicado en el orden siguiente:
 - A. Pago de los gastos judiciales, impuestos de ley que graven el bien, y honorarios profesionales; de disposición, conservación y de depósito de los bienes gravados, recuperación de posesión y otros emergentes de la conservación o tenencia de los mismos.
 - B. Pago de los intereses y, luego, del capital correspondiente al crédito garantizado en primer grado de prelación.
 - C. Cualquier remanente existente debe abonarse a los acreedores en segundo y sucesivos grados de prelación, según el derecho de preferencia que tengan bajo el Capítulo Tercero de esta ley.
 - D. En caso de existir, el saldo remanente debe ser entregado al propietario del bien otorgado en garantía.
- II. Será nulo cualquier convenio que contravenga este artículo.

ARTÍCULO 75º (Transferencia del bien y cancelación de gravámenes)

Si las garantías hubiesen sido constituidas sobre bienes muebles sujetos a registro, el juez extenderá la respectiva escritura de transferencia, la misma que surtirá efecto desde su inscripción en el registro respectivo. El juez podrá también delegar a quien estuvo a cargo de la transferencia, la suscripción de dicha escritura. Si se tratase bienes no sujetos a

registro y de acuerdo a su importancia respectiva que disponga o apruebe la transferencia. En ambos casos, los documentos emitidos por el juzgado servirán también para cancelar todos los gravámenes sobre el bien en garantía del Archivo de Garantías; o podrá el juez ordenar la cancelación en forma expresa.

ARTÍCULO 76º (Falta de venta)

- I. En caso de no ser posible la venta del bien, el acreedor de primer grado podrá optar por:
 - A. Devolver el bien al deudor o al propietario, quedando a salvo su derecho a perseguir la ejecución de la obligación como acreedor quirografario sobre todos sus bienes presentes o futuros utilizando los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Civil;
 - B. Si el deudor ha pagado menos del veinticinco por ciento del bien en garantía, el acreedor podrá adjudicarse el bien, por ministerio de la ley, por el 100% del saldo total de la obligación garantizada y cualquier accesorio. En este caso, queda extinguida la obligación principal garantizada y las garantías reales de segundos posteriores grados.
 - C. El acreedor podrá intentar nuevas ventas durante tres meses siguientes a la sentencia, a cuyo vencimiento el acreedor debe elegir una de las opciones anteriores.

ARTÍCULO 77º (Régimen especial en caso de concurso de acreedores o quiebra del deudor)

- I. Este capítulo constituye un régimen especial aplicable incluso en caso de concurso de acreedores, concurso preventivo o quiebra del deudor. El acreedor podrá ejercer su derecho a intervención del representante de la quiebra o concurso. Una vez liquidados los bienes, el juez dispondrá la entrega del saldo remanente: al juzgado del concurso de acreedores, o del concurso preventivo o de la quiebra, o al depositario, en su caso.
- II. El síndico o representante del concurso o quiebra del deudor o el depositario constituido en el concurso de acreedores, están obligados a entregar, a simple requerimiento del juez, los bienes constituidos en garantía aún necesidad de mandamiento.

ARTÍCULO 78º (Derechos de deudor a iniciar acción judicial)

Durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el deudor podrá ejecutar sus derechos de iniciar las acciones civiles u otras que considere convenientes.

ARTÍCULO 79º (Tercerías)

En este proceso, sólo procederán las tercerías de dominio excluyente y las de derecho preferente en el pago, las que se tramitarán de conformidad con el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO VII

ADICIONALES

Disposición Primera (Libertad)

A partir de la sanción de esta ley, y aplicándose esta ley más benigna de acuerdo al artículo 4to, del Código Penal, quedan en libertad los condenados por los delitos derogados en esta ley cuando no se aplique otro delito. Todos los centros de detención penal, penitenciarias, centros de rehabilitación, oficinas de policía y cualquier otra institución que albergue detenidos, deberán poner en libertad a estos condenados o detenidos inmediatamente y sin más trámite.

Cuando un condenado se encuentre cumpliendo sentencia por otro delito, será nulo el tiempo de presión bajo los delitos derogados en esta ley, y se aplicarán solamente aquellos tiempos de prisión de los delitos que continúan vigentes en el Código Penal.

CAPÍTULO VIII

MODIFICATORIAS

Disposición primera. (Modificaciones a normas sobre inembargabilidad de bienes)

Se modifica el Artículo 179 del Código de Procedimiento Civil agregando el siguiente párrafo:

“La protección de inembargabilidad de bienes en ningún caso será oponible contra el vendedor o financiador de la compra de bienes por el saldo de precio adeudado. La protección de inembargabilidad de bienes señalados en los incisos 3,7) y 9) se extiende solamente hasta la suma máxima equivalente a quinientas Unidades de Fomento para la Vivienda (8UFV). También puede extenderse a una suma mayor, a través de la inscripción de un aviso de inembargabilidad por patrimonio familiar en el Archivo de Garantías de conformidad con el Código de Familia.

Disposición Segunda. (Referencias a la prenda y a la hipoteca en las leyes vigentes)

Toda referencia en las leyes vigentes a la prenda civil o comercial, con o sin desplazamiento, hipoteca de bienes muebles sujetos a registro o a otras garantías reales de bienes muebles definidos en esta ley, se considera una referencia a una garantía real comprendida en el campo de aplicación de esta ley.

Disposición Tercera. (Modificaciones al certificado de depósito de mercaderías)

Se deroga el bono de prenda. Cualquier referencia en las leyes existentes al “bono de prenda” se considerará una referencia sólo al certificado de depósito de mercaderías.

Se modifica el título de la sección III del Código de Comercio. Su nuevo texto dice: “(Certificados de depósitos)”.

Se modifica el art. 689 del Código de Comercio. Su nuevo texto dice:

“Cualquier persona puede expedir certificados de depósitos. Dichos certificados serán válidos solo desde su inscripción en el Archivo de Garantías. El privilegio

por el pago de los gastos de depósito tiene grado de prelación frente a todo acreedor solo desde su publicidad por inscripción de Archivo de Garantías de un aviso del certificado de depósito”.

Se modifica el art. 698 del Código de Comercio, reemplazado por el siguiente texto:

“Artículo 698. (Anotación en el certificado de depósito relativo al crédito). Al realizarse la primera negociación se anotarán en el certificado de depósito los datos relativos al crédito”

Se modifica el art 700 del Código de Comercio, reemplazado por el siguiente texto:

“(Exhibición del Certificado) Para disponer de las mercaderías el tenedor del certificado debe exhibirlo”.

Disposición Cuarta. (Modificaciones a la cesión)

Se modifica el texto del párrafo II del Artículo 388 del Código Civil. Su nuevo texto dice:

“Sin embargo, el cedente no puede transferir al cesionario la posesión de la cosa recibida en garantía, sin el consentimiento de quien la ha constituido; en caso de falta de acuerdo, el cedente queda como custodio del bien.

Se modifica el texto del artículo 390 del Código Civil. Su nuevo texto dice:

Art. 390 (EFICACIA DE LA CESION RESPECTO A TERCEROS)

- I. Si hay diversos cesionarios sucesivos del mismo crédito, tiene prioridad el primero que haya inscrito un aviso de la cesión en el Archivo de Garantías.
- II. La misma regla se aplica en el caso de que el crédito sea dado en usufructo o constituido en garantía.

Disposición Quinta. (Modificaciones al Código de Procedimiento Penal)

Se modifica el art. 20 del Código de Procedimiento Penal, reemplazándolo por el siguiente texto:

“Artículo 20º.- (delitos de acción privada).- Son delitos de acción privada: el desvío de clientela, corrupción de dependientes, apropiación indebida, abuso de confianza, los delitos contra el honor, destrucción de cosas propias para defraudación, defraudación de servicios o alimentos, alzamiento de bienes o falencia civil, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y daño simple”

Disposición Sexta. (Campo de aplicación - Ley de Bancos y Entidades Financieras)

Se modifica el primer párrafo del artículo 58º de la ley N°1488 de Bancos y Entidades Financieras, reemplazando por el siguiente texto:

“Artículo 58º.- Las cámaras de compensación y los burós de información crediticia quedan sometidos al ámbito de aplicación de la presente ley, así como los almacenes generales de depósito filiales de bancos. Las sociedades dedicadas al arrendamiento financiero o al factoraje quedan sometidas asimismo al ámbito de aplicación de la presente ley sólo cuando sean filiales de bancos”.

Disposición Séptima. (Pignoración de bienes, concepto y clases)

Se modifica el segundo párrafo del artículo 1398 del Código Civil, reemplazándolo por el siguiente texto:

“La pignoración de bienes muebles se llama garantía real mobiliaria; la de inmuebles, anticresis. (Arts. 294,360 del Código Civil)”.

Disposición Octava. (Condiciones que debe reunir el constituyente)

Se modifica el artículo 1399 del Código Civil, reemplazándolo por siguiente texto:

- I. “Quien constituye garantía mobiliaria y la anticresis debe ser propietario de los bienes pignoralados y tener capacidad para enajenarlos.
- II. Sin embargo, cuando el acreedor garantizado ha recibido de buena fe una cosa mueble corporal de quien no era propietario el constituyente puede invocar el artículo 101.II.”.

Disposición Novena. (Entrega y posesión efectiva)

Se modifica el párrafo I del artículo 1400 del Código Civil, reemplazándolo por el siguiente texto:

- I. El bien pignoralado debe entregarse al acreedor, o solo en el caso de garantía real mobiliaria a un tercero si en este último le conviene las partes”.

Disposición Décima. (Nulidad del pacto comisorio y del pacto de la vía expedita)

Se modifica el artículo 1340 del Código Civil, agregándose el siguiente párrafo:

“III. Las disposiciones del párrafo II de este artículo no serán aplicables a las garantías mobiliarias”

Disposición Onceava. (Enumeración, hipoteca legal)

Se modifica el artículo 1368 del Código Civil, agregándose al final el siguiente párrafo:

Con relación a los bienes muebles e inmuebles por su destino en los incisos 6 y 7, se aplicarán las disposiciones sobre prelación de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Disposición Doceava. (Inscripción del embargo; Constitucional del patrimonio familiar; Hipotecas y privilegios)

Se modifican los artículos 1473, 1475,1476 del Código Civil, reemplazándolos por los siguientes textos:

“ARTÍCULO 1473.- (Inscripción del embargo) cuando el embargo afecte suelos o edificios, solo surte efectos contra terceros desde su inscripción en el registro de los Derechos Reales correspondiente a su ubicación. Cuando el embargo afecte cualesquiera otros bienes, sólo surte efectos contra terceros desde su inscripción en el Archivo de Garantías.”

“ARTÍCULO 1475.- (Constitución de patrimonio familiar con bienes embargados) La solicitud del deudor para la constitución de patrimonio familiar no procede en perjuicio del acreedor embargante y de los acreedores que intervienen en la ejecución cuando no ha sido inscrita antes del embargo”

“ARTÍCULO 1476.- (Hipotecas y privilegios) En la distribución de la suma obtenida por la ejecución no se toman en cuenta las garantías reales y los privilegios por créditos nacidos después del embargo”.

ABROGATORIAS Y DEROGATORIAS

- I. Se derogan las siguientes disposiciones legales del Código Civil, Artículos: 1360 párrafo II; 1362 apartado 4 del párrafo I, 1394 al 1397, 1401 al 1428, 1477 y 1539.

Se derogan las siguientes disposiciones legales del Código de Comercio, Artículos: 455, 691, 693, 694, 699, 700, 692 inc. 1) se elimina la referencia al “bono de prenda”, 703, 705, 706, 707, 708, 709, y 878 al 900.

- II. Se derogan las siguientes disposiciones legales del Código Penal, Artículos: 204 y 205.
- III. Se derogan el apartado 7 del Artículo 3 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras.
- IV. Quedan asimismo derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a esta ley.

CAPÍTULO X

FINALES

Disposición Primera. (Reglamentación)

- I. El poder Ejecutivo aprobará la reglamentación de esta ley en el plazo de ciento ochenta días de publicarse la presente ley, la cual debe incluir todos los aspectos contenidos en ella y la organización y funcionamiento del Archivo de Garantías.
- II. El Archivo de Garantías administrado por el registro de Comercio iniciará operaciones en el plazo de 180 días computables desde la fecha de publicación en la Gaceta Oficial del último de los reglamentos de la presente Ley.

Disposición Segunda. (Régimen de transición)

Por esta única vez, y por el término de ciento ochenta (180) días contados a partir de la entrada en vigencia del Reglamento a esta Ley:

- A. Los acreedores garantizados con bienes dentro del campo de aplicación de esta ley y que hayan registrado su gravamen con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, deberán inscribir un aviso en el Archivo de Garantías. Esta inscripción deberá acreditar el momento de inscripción en el registro anterior. El reglamento de esta Ley deberá indicar el procedimiento a seguir a tal efecto.
- B. Asimismo, según establezca el reglamento de esta Ley, los registros actuales deben transferir la información sobre prendas al Archivo de Garantías.
- C. Sólo las garantías o gravámenes constituidos y registrados conforme a las normas derogadas, cuyos avisos hayan sido inscritos en el Archivo de Garantías en el plazo indicado, mantienen plena validez legal desde su rango de prelación anterior, para efectos de preferencia, persecución, oponibilidad, cobro judicial y ejercicio de otros derechos.
- D. Remítase al Poder Ejecutivo, para fines constitucionales

Es dada en la Sala de Sesiones Del Honorable Congreso Nacional, a los-----
-----de dos mil quince años.

Fdo.-----

Por tanto, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley de la República.

Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, a los -----
--de dos mil quince.

FDO.-----

FINALES

APENDICE: NOTAS FINALES

Significados

Campo de aplicación a las carteras de crédito en garantía

Campo de aplicación

Garantía Real, Concepto

Obligaciones

Derecho de persecución y continuación de la garantía real sobre sus productos

Constitución de una garantía real mediante contrato, sus efectos

Bienes futuros, y desembolsos futuros

Contenido e instrumentación del contrato de garantía

Prueba de existencia del contrato de garantía real

Gravámenes sucesivos sobre el mismo bien y disposición del mismo

Calidad de acreedor y deudor

Derecho del deudor a solicitar un estado de cuenta

Prelación y publicidad

Privilegios creados por ministerio de la propia ley

Adquisición libre de gravamen

Cesión del contrato de garantía

Caducidad de la prelación

Bases operativas del Archivo de Garantías

Error en el Aviso

Toma de tenencia

Derechos del dueño de los bienes en garantía

Acuerdo sobre la asignación en pago

Responsabilidad del acreedor

Modificaciones a normas sobre inembargabilidad de bienes

Derogatorias al Código Penal.

CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo de la presente tesis se ha establecido que:

En Bolivia, el que no tiene un bien inmueble se ve imposibilitado o limitado de acceder a un préstamo bancario garantizado, de manera que se debe implementar otras alternativas para los créditos de interés social. Los bienes muebles no tienen valor alguno para los prestamistas y bancos especialmente, debido a que no existe forma de recobrar, vender, estos en forma rápida y barata.

Los periodos de ejecución de estos créditos, demoran varios años, es peor si estos créditos están garantizados por bienes muebles, ya que es mucho más costoso realizar un proceso de ejecución, que lo que cubre estas garantías, además que varios bienes muebles tienen una vida económica corta como ser mercaderías en inventario, guando, cosechas en pie, esto en el transcurso del tiempo, no tendrán valor por lo que el préstamo con garantía hipotecaria sobre bienes muebles es legalmente difícil, porque es costoso, arriesgado, su registro es lento, de alto costo, su recuperación es lenta y larga.

La presente tesis dirigida a las Instituciones Bancarias, introdujo los bienes muebles como garantía de créditos, para su máxima utilización económica posible, principalmente, permitiendo la disposición de inventario.

Aun cuando el deudor puede vender los bienes muebles dados en garantía, y exista una inseguridad con respecto a ellos, se logra proteger los derechos del acreedor permitiendo:

- La continuación de la garantía real sobre los “productos” que perciba el deudor Ej.: En caso de incumplimiento, descontando directamente de una cuenta bancaria el dinero recibido de la disposición del bien.
- Que los bienes en garantía fluctúen o “floten” en la medida en que algunos objetos sean sustituido por otros sin que sea alterado el rango del acreedor.
- Que la obligación garantizada se constituya sobre bienes que el deudor adquiera en el futuro.
- Que haya incluido una cláusula de aceleración en el contrato de mutuo y requiera el pago total de la obligación garantizada, y en caso de no pago, ejecute el bien en garantía.

Es necesario la implantación de la norma a las Bases legales socio jurídicas en los derechos hipotecarios, realizados por cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, destinados a garantizar el cumplimiento de obligaciones mediante la constitución de garantías reales sobre los bienes incluidos.

Por lo que propongo una normativa que haga el acceso al crédito de interés social tomando en cuenta los Artículos de la Constitución Política del Estado, Art. 47-11, Art. 316,4 y 7.