

## El Crédito Comercial y su Efecto en la Disminución de la Pobreza

Por: Boris Kozolchyk\*

© Copyright, Boris Kozolchyk, NLCIFT 2006

\* Presidente y Director del Centro Jurídico para el Libre Comercio Inter-Americano (NLCIFT, por su sigla en inglés), Profesor de Derecho *Evo de Concini* en la Facultad de Derecho James E. Rogers de la Universidad de Arizona. Este artículo — inicialmente escrito para ser presentado en la reunión de la Academia Internacional de Derecho Comercial y del Consumidor (*International Academy of Commercial and Consumer Law*), realizada en Agosto de 2006 en Austin, Texas — fue alargado para incorporar en él fragmentos del discurso del autor en el foro del Banco de la Reserva Federal de Atlanta, realizado el 16 de Noviembre de 2006 en Miami, Florida, “Latino América mira al Este -- Aspectos, Tendencias, y Progresos en la Economía Global.” El autor agradece los materiales de investigación facilitados por Wade Channell, Esq. (Senior Legal Advisor, USAID), y la asistencia tanto en la edición como en la investigación de sus colegas del NLCIFT, Kevin O’Shea J.D., Dra. Mariana Silveira, Mina Goldberg, Marek Dubovec LL.M; Profesor Dale B. Furnish, Investigador del NLCIFT, Lic. Joaquín Picado, Candidato a LL.M., Profesor de Derecho en la Universidad de Costa Rica y Miembro de la Asociación de la Barra Costarricense, Lic. Octavio Sánchez, LL.M. en Finanzas Internacionales de la Universidad de Harvard, abogado Hondureño e Investigador Visitante del NLCIFT. Especialmente agradece el autor a la Lic. Ana María Rivera LL.M. en International Trade Law de la Universidad de Arizona la traducción al castellano de este artículo.

### I. Los Efectos Económicos del Crédito Comercial

Los créditos comerciales (en adelante también identificados como créditos comerciales garantizados) son créditos diseñados para satisfacer las necesidades financieras de la pequeña y mediana empresa. Aunque en las siguientes secciones se describirán sus características jurídicas, su significado económico debe apreciarse desde el comienzo de este estudio. Por reducir sensiblemente los llamados riesgos comerciales, es decir la falta de recuperación de la cantidad prestada, el crédito comercial garantizado reduce las tasas de interés y facilita el acceso al crédito comercial al aumentar la oferta de ese crédito en el mercado.

El papel que juega el riesgo del incumplimiento como componente de las tasas de interés en los préstamos comerciales es evidente en un estudio del Banco Central de Brasil realizado entre los años 1999-2000:<sup>1</sup> Casi un tercio de la tasa de interés anual de aproximadamente 40% pagada por los prestatarios Brasileños durante el período

---

<sup>1</sup> Departamento De Estudios E Pesquisa, Banco Central Do Brasil, *Juros E Spread Bancário no Brasil* (1999-2000).

estudiado era atribuible a las incertidumbres jurídicas inherentes a la recuperación de la cantidad prestada.<sup>2</sup> No es ocioso apuntar que esta incertidumbre frecuentemente se aduce como causa — o excusa — por parte de un buen número de los bancos que operan en los países en vía de desarrollo para sólo extender crédito a prestatarios sumamente solventes y con fuertes lazos familiares o de amistad con los banqueros o para invertir el capital de préstamos en la compra de bonos u obligaciones gubernamentales, limitando así la capacidad de “irrigación” del crédito comercial de todos los sectores de la economía nacional.

Por otra parte, estudios del Banco Mundial demuestran que en un ambiente de crédito competitivo, la reducción del riesgo que resulta de la adopción de un sistema de crédito garantizado puede convertirse en un ahorro para el prestatario en la forma de tasas de interés más bajas. Por ejemplo, en Albania la adopción en el año 2001 de un sistema moderno de crédito garantizado “redujo las primas de riesgo en un 50%... y las tasas de interés en un 5% mientras que en Rumania las tasas de interés han caído en un 20% desde la introducción del nuevo sistema crediticio en el año 2000”.<sup>3</sup> De igual manera, las enmiendas realizadas en el 2003 a la normativa mexicana sobre garantías mobiliarias redujeron algunos de los riesgos derivados del cobro, lo cual impulsó el crecimiento de la economía “a una tasa del 4% durante el año 2004; de igual manera... todos los sectores, incluyendo al financiero, están creciendo a una tasa anual que supera el 20%.”<sup>4</sup> Dirigiéndose a una convención de banqueros en el año 2005, el entonces Sub-Secretario de Hacienda Mexicana, Alfonso García Tames, comentó que; “el crédito comercial mostraba una tasa de crecimiento favorable durante los tres últimos trimestres del 2004. De hecho, entre el 2003 y el 2004 el aumento en este portafolio era de un 16.8% en términos reales. De igual manera, el crédito a los consumidores también mostraba un gran dinamismo, con tasas de crecimiento del 38.6% en los últimos cuatro años. En el último trimestre del 2004, el porcentaje de crecimiento real fue de 41% con relación al crecimiento durante el mismo trimestre del año inmediatamente anterior.”<sup>5</sup> Las citadas

---

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> Ver Safavia, Mehnaz, Heywood Fleisig y Jevgenijs Steinbuks, *Unlocking Dead Capital: How Reforming Collateral Laws Improves Access to Finance*, 307 WORLD BANK PUB. POL'Y J. (Marzo de 2006) disponible en <http://rru.worldbank.org/PublicPolicyJournal>. Ver también, Wade Channell, *Freedom to Pledge, Expanding the Realm of Property Right to Increase Access to Credit* en <http://www.inlap.org/efn/index.htm> or <http://www.inlap.org/efn/Papers/Papers.htm>.

<sup>4</sup> Reuters, 3 de marzo de 2005, 10:50 AM PST - Bancos prevén expansión sostenida del crédito en México.

ACAPULCO, México (Reuters) - El crédito bancario volvería a crecer cerca de 25 por ciento en el 2005 en México, por encima de las expectativas iniciales de la banca y apoyado en la expansión de la economía local, estimó el jueves Manuel Medina Mora, presidente de la Asociación de Bancos de México (ABM). La economía mexicana creció 4.4 por ciento en el 2004. . . “Se sigue acelerando el crecimiento del crédito y creemos que dada la expansión económica de nuestro país, podemos esperar crecimientos importantes,” dijo Medina Mora en rueda de prensa, durante la 68 Convención Bancaria en el balneario de Acapulco, que organiza la ABM. “Por primera vez en una década crecen todos los circuitos de crédito y todos por encima del 20 por ciento. Cada mes, el crecimiento porcentual es mayor,” añadió,” artículo disponible en <http://espanol.news.yahoo.com/050303/2/ye5k.html>.

<sup>5</sup> Reuters, Acapulco, Guerrero, 4 de marzo de 2005. El crédito comercial vigente mostró un crecimiento favorable durante los últimos tres trimestres de 2004. De hecho, entre 2003 y 2004 el incremento de esta cartera fue de 16.8 por ciento en términos reales. Por su parte, el crédito al consumo ha presentado un gran dinamismo, con crecimientos anuales en promedio del 38.6 por ciento en los últimos cuatro años. En el tercer trimestre de 2004, el crecimiento de esta cartera fue

conclusiones son consistentes con los estudios de otro economista del Banco Mundial, quien estimó que la ausencia de crédito comercial causaba una pérdida del 9% del PIB de los países latinoamericanos.<sup>6</sup>

Los efectos de una ley de crédito comercial garantizado se hacen patentes en diversos sectores de la economía, más allá de los que tradicionalmente se asocian con el pequeño y mediano comercio, tales como el financiamiento de los créditos derivados de la construcción — y especialmente en los programas de vivienda. Este tipo de crédito es posible mediante la venta en mercados secundarios de hipotecas o fideicomisos de garantía constituidos sobre viviendas de individuos con ingresos bajos y medios y conocida como “bursatilización” o “securitización” de títulos inmobiliarios. Así pues, el crédito comercial con garantía hipotecaria contribuye anualmente con cientos de billones de dólares provenientes del financiamiento de la construcción para las economías de los Estados Unidos y otras naciones desarrolladas, especialmente en Europa. Directa o indirectamente, esta bursatilización se apoya en garantías mobiliarias sobre documentos a los que se incorporan derechos de los acreedores (titulares de la garantía) sobre los inmuebles gravados.

## II. Pobreza, Crédito Comercial, Crédito de Consumo y Micro Crédito

Desde una perspectiva desarrollista, la pobreza ha sido definida como “la falta de acceso a los bienes y servicios esenciales, así como a oportunidades a las cuales tiene derecho todo ser humano.”<sup>7</sup> Habiendo vivido entre quienes experimentan este fenómeno día a día, yo añadiría los sentimientos de pesimismo y de desconfianza hacia el semejante y hacia las instituciones sociales. Desafortunadamente, aquellos que han experimentado estos sentimientos también desconfían de su propia capacidad de superación. Lo que es aún más desafortunado es que el pesimismo no tiene por qué reinar. Es posible que la pobreza nunca pueda ser erradicada completamente, pero de lo que no debe haber duda es de que la pobreza sí puede disminuir de manera significativa mediante la utilización de herramientas jurídicas y económicas que hagan posible la obtención de crédito comercial y de consumo a tasas de interés razonables para la micro, pequeña y mediana empresa.

---

de 41 por ciento en términos reales con relación al mismo trimestre del año anterior.” Por otra parte, el crédito hipotecario presentó al cierre de 2004 un crecimiento anual real de 4.8 y 24.5 por ciento sin considerar la cartera asociada a programas de reestructura.

<sup>6</sup> Ver Heywood W. Fleisig, *Assessing the Economic Cost of Deficiencies in the Framework for Secured Transactions: Examinations of Argentina and Bolivia*, C.E.A.L. (1996) en <http://www.ceal.org/ceal-org/working.asp> (última visita 13 de Julio, 2006). Heywood Fleisig, *Secured Transactions: The Power of Collateral* 33 FIN. & DEV. (NO. 2, 1996) en [www.worldbank.org/fandd/english/0696/articles/0150696.htm](http://www.worldbank.org/fandd/english/0696/articles/0150696.htm) (Última visita 13 de Julio de 2006). Ver también The World Bank Group, *Mexico Country Brief* (2000) en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/COUNTRIES/LACEXT/MEXICOEXTN/0,,menuPK:338407~pagePK:141132~piPK:141107~theSitePK:338397,00.html> (Visitado por última vez en Abril 25 2006).

<sup>7</sup> Banco de Desarrollo Asiático (Asian Development Bank), *Enhancing the Fight Against Poverty in Asia and the Pacific – The Poverty Reduction Strategy of the Asian Development Bank* (Diciembre 2004) at [http://www.adb.org/Documents/Policies/Poverty\\_Reduction/2004/prs-2004.pdf](http://www.adb.org/Documents/Policies/Poverty_Reduction/2004/prs-2004.pdf) (última visita 13 de Julio, 2006).

La literatura reciente sobre avances en el desarrollo económico revela signos esperanzadores. Por ejemplo, un estudio realizado por el Banco de Desarrollo Asiático (ADB) en Diciembre de 2004 identificó, como el único y más importante factor para lograr la reducción de la pobreza al crecimiento económico acelerado.<sup>8</sup> Dicho estudio demostró que el crecimiento empresarial, en particular, aumenta la demanda de trabajo, así como el nivel de los salarios, reduciendo de esta manera la pobreza. De igual manera, se ha comprobado que las oportunidades financiadas correctamente para el auto-empleo hacen una importante contribución a la disminución del índice de pobreza.<sup>9</sup>

El citado estudio es sólo uno entre muchos análisis serios, tanto económicos como sociales, conducidos por diversas instituciones de investigación en las últimas dos décadas. Estos estudios confirman que el acceso al crédito comercial y de consumo constituye uno de los elementos esenciales para el crecimiento económico y empresarial. De tal manera, es cada vez más claro para los economistas y sociólogos que la disponibilidad del crédito comercial para los pequeños y medianos comerciantes y sus clientes no sólo acelera el crecimiento económico (como lo refleja un significativo aumento en el PIB)<sup>10</sup> sino que reduce la pobreza. Así lo concluye un estudio multinacional conducido por el Banco Mundial en el 2004:

El desarrollo de los intermediarios financieros reduce la inequidad en el ingreso aumentando de manera desproporcionada el ingreso de los pobres y por tanto reduciendo la pobreza.<sup>11</sup>

#### **A. El Micro-Crédito y su Garantía**

Parte de esta intermediación es atribuible al “micro-crédito”, un crédito que permite a los individuos que forman parte de los sectores con los ingresos más bajos de la economía tener negocios muy pequeños — micro-empresas — que a su vez aumentan el ingreso de la familia y los bienes a los que pueden acceder. Por tal razón, los programas que promueven a las micro-empresas se han convertido en efectivos combatientes de la pobreza; de hecho uno de estos recientemente fue galardonado con el Premio Nóbel

---

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> *Id.* Pág. 6.

<sup>10</sup> Fleisig, *supra* nota 6. Este estudio estima un aumento del PIB de los países estudiados hasta del 9%.

<sup>11</sup> THORSTEN BECK, ASLI DEMIRGÜÇ-KUNT & ROSS LEVINE, FINANCE, INEQUALITY AND POVERTY: CROSS-COUNTRY EVIDENCE (World Bank Policy Research, Working Paper No. 3338, Junio 2004) en <http://econ.worldbank.org>. De acuerdo con estos autores, según datos obtenidos en el período 1960-1999 de una amplia muestra de 52 países desarrollados y en vías de desarrollo establece una relación directa entre el desarrollo intermediario financiero y los cambios en la distribución del ingreso añadiendo que:

Esta relación es crucial para el entendimiento de la relación entre el desarrollo financiero y el alivio de la pobreza, puesto que la reducción de la pobreza en cualquier país está determinada por el crecimiento de los medios de ingreso y los cambios en la distribución del mismo. Suponiendo que exista evidencia significativa que demuestre que el desarrollo financiero es pro-crecimiento, tratamos de determinar si dicho desarrollo financiero también es pro-pobreza. Lo que queremos determinar con esto último es si el desarrollo financiero mejora significativamente la distribución del ingreso mediante un desproporcionado aumento en los ingresos de los pobres.

gracias al éxito alcanzado en la reducción del hambre en Bangladesh.<sup>12</sup> En resumen, estos programas hacen que “los pela nueces de Senegal, los cultivadores de aguacate en Kenia, los productores de papel hecho a mano en Bangladesh, y los vendedores callejeros en México sean menos vulnerables ante una crisis devastadora.”<sup>13</sup> Cabe preguntar cuánta iniciativa micro-empresarial no se convertiría en macro-empresarial de poder contar los micro empresarios con crédito comercial. La reciente historia empresarial de los Estados Unidos es testigo de innumerables micro empresas que comenzaron su transformación a macro empresas cuando los micro-empresarios hicieron uso de las “líneas de crédito” que les brindaban sus tarjetas de crédito.

Es cierto que el micro-crédito no se apoya en la garantía ofrecida por la titularidad sobre bienes inmuebles o muebles del deudor. Su éxito depende del reconocimiento por parte de los deudores de la importancia del crédito recibido y de su correspondiente voluntad de pago. Esta voluntad es tal que muchos micro-prestatarios están dispuestos a cubrir obligaciones de otros de manera de preservar el buen nombre de su comunidad.<sup>14</sup> Sin embargo, los micro-empresarios que operan en la vasta economía informal — incluyendo muchos negocios cuyas propietarias son mujeres — carecen de un financiamiento que les permita crecer una vez que su empresa pueda emplear más de un puñado de trabajadores. Como resultado, las micro-empresas tienen un impacto más bajo sobre el desarrollo económico que el que podrían alcanzar si tuviesen acceso a un crédito más cuantioso.<sup>15</sup>

Es más, en aquellas plazas en las que el crédito comercial es asequible a la pequeña y mediana empresa, las micro-empresas que en un momento determinado adquieren activos con suficiente valor de mercado u auto-cancelante pueden ser beneficiarias de ese crédito. Como se demostró en el citado estudio del Banco Mundial, el ingreso de la población más pobre crece a un paso más acelerado que el promedio del PIB per cápita en aquellos países donde existe un sistema de crédito comercial desarrollado.<sup>16</sup> Así, la inequidad en el ingreso per cápita declina más rápidamente en países con mayores niveles de crédito comercial y de intermediación financiera. Por ello, los países con intermediarios financieros desarrollados experimentan una mayor reducción en las tasas de mortalidad y de trabajo infantil.<sup>17</sup> Por tanto, como lo concluyó otro economista del Banco Mundial,

---

<sup>12</sup> Ver USAID, *Accelerated Microenterprise Advancement Project (AMAP) – Poverty Assessment Tools* at <http://www.povertytools.org/> (última visita Julio 13, 2006). Sobre el trabajo del ganador del Premio Nóbel 2006, el profesor de economía y banquero de Bangladesh, Mohammed Yunus, cuyos métodos han sido implementados en 58 países, ver [www.grameen-info.org](http://www.grameen-info.org).

<sup>13</sup> Dr. Thierry van Bastelaer, Director del IRIS Center’s Enterprise Development Group, citado en *IRIS Helps Ensure that Microenterprise Funds Reach the Very Poor* (Septiembre 2005), en [http://www.iris.umd.edu/Reader.aspx?TYPE=HTML\\_ARTICLE&ID=b7fd059e-9651-4696-accb-070fa88969f8](http://www.iris.umd.edu/Reader.aspx?TYPE=HTML_ARTICLE&ID=b7fd059e-9651-4696-accb-070fa88969f8) (última visita Julio 13, 2006).

<sup>14</sup> Rania El Gamal in Kuwait Times, 10/14/2006, [www.kuwaittimes.net](http://www.kuwaittimes.net).

<sup>15</sup> Extracto de una presentación del Dr. Christopher H. Smith, House Subcommittee on Africa, Global Human Rights and International Operations, titulada *Removing Obstacles for African Entrepreneurs* (Junio 8, 2006), en [http://wwwa.house.gov/international\\_relations/109/smith060806.pdf](http://wwwa.house.gov/international_relations/109/smith060806.pdf) (última visita Julio 13, 2006).

<sup>16</sup> BECK ET AL., *supra* nota 11 Pág.4. *Id.* págs. 11, 17-19.

<sup>17</sup> *Id.* en 12 respecto a la mortalidad infantil y en la Pág. 4 respecto al trabajo infantil, el cual hace referencia al reciente estudio del Banco Mundial que analiza la relación entre el desarrollo financiero y el trabajo infantil. En un estudio en diversos países, Dehejia y Gatti (2002)

las micro finanzas y el financiamiento de la pequeña y mediana empresa son alternativas complementarias y no competitivas, especialmente en lo que se refiere a la reducción de la pobreza.<sup>18</sup>

## B. Crédito Comercial y Préstamos Auto-Cancelantes

En contraste con el micro crédito, el crédito comercial “moviliza” los bienes del deudor que sirven como garantía, es decir autoriza al deudor a usar, transformar, vender o permutar los bienes garantizados y de esa manera facilita el pago de la obligación con los activos adquiridos a través del préstamo. Este tipo de crédito fue institucionalizado en la Inglaterra del Siglo 18<sup>19</sup> y se ha desarrollado en toda su plenitud durante el Siglo 20 en los Estados Unidos de América. Su flexibilidad contrasta con la rigidez de los métodos crediticios que prevalecen en la mayoría de las naciones en vías de desarrollo.<sup>20</sup> En estas naciones, los bienes de los deudores una vez gravados son inmovilizados ya sea mediante la posesión del acreedor o de su almacenamiento en un almacén general o especial de depósito. Una vez inmovilizados, la venta, transformación o posibilidad de constituir un gravamen adicional sobre los mismos se limita a aquellos préstamos cuya deuda haya sido saldada en su totalidad. En contraste, el crédito comercial garantizado Anglo-Americano no inmoviliza los activos del prestatario sino que permite al deudor permanecer en posesión de los bienes garantizados y autoriza su uso, transformación, intercambio o venta, facilitando así la auto-cancelación del préstamo con los ingresos generados por tales actividades. Como lo dispone el Primero de los Doce Principios del NLCIFT que sirvieron de Guía a la Ley de Garantía Mobiliarias de la OEA y a varias leyes y proyectos de ley Latinoamericanas:

---

encontraron que la incidencia en el trabajo infantil es menor en países con mercados financieros de mayor profundidad y que la profundidad financiera reduce el impacto de la volatilidad en el trabajo infantil. De igual manera, Beegle, Dehejia y Gatti (2003), usando una información proporcionada por un panel de familias en Tanzania encontraron que el trabajo infantil es menos usado cuando las familias tienen acceso al crédito comercial.

<sup>18</sup> PATRICK HONOHAN, FINANCIAL SECTOR POLICY AND THE POOR, SELECTED FINDINGS AND ISSUES 30-33, 43-44 (Banco Mundial, Documento de trabajo No. 43, 2004) disponible en [http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/0821359673\\_Financial\\_Sector\\_Policy\\_and\\_the\\_Poor.pdf#search=%22%22Finacial%20Sector%20Policy%20and%20the%20Poor%22%22](http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/0821359673_Financial_Sector_Policy_and_the_Poor.pdf#search=%22%22Finacial%20Sector%20Policy%20and%20the%20Poor%22%22).

<sup>19</sup> La caracterización del crédito comercial como auto cancelante y financiado en última instancia por el Banco de Inglaterra, fue descrita en los siguientes extractos de NICHOLAS BARBON, A DISCOURSE OF TRADE (1690), *re-impresos en* MONEY AND BANKING IN ENGLAND, B.L., 132 (Andersen & P.L. Cottrell ed., 1974):

“Hay dos tipos de crédito; el primero está fundamentado en la habilidad del comprador, el otro, en su honestidad: El primero es llamado un Buen Hombre, lo que implica un hombre hábil; generalmente éste compra a corto plazo; paga en el término de un mes, lo que se toma como dinero a la orden (*Ready Money*), y el precio se fija de acuerdo a esto. El otro es llamado un Hombre Honesto; puede ser pobre; generalmente compra a largo plazo, tres, seis o más meses, paga al comerciante con el producto de la venta de sus propios bienes; y por tanto él confía más en su honestidad que en su habilidad; la mayoría de los comerciantes al detalle compran con este tipo de crédito, y usualmente se les confía con más del doble de lo que tienen.” (Paréntesis añadido).

<sup>20</sup> *Ver de manera general* Boris Kozolchik y Dale B. Furnish, *The Organization of American States' Model Inter-American Law on Secured Transactions*, 12 SW. J. L. & TRADE AM. 101 (2006).

Para un análisis del estatus de las leyes y las prácticas crediticias en Latino-América, y para encuestas sobre las leyes y prácticas en otras regiones *Ver* Safavia, et al., *supra* nota 3. *Ver también* Channell, *supra* nota 3.

Las garantías crediticias comerciales y de consumo han sido una herramienta importante para el desarrollo económico porque permiten el uso, transformación, venta o trueque de los bienes en garantía (la movilización de los bienes). La movilización de esos bienes que conlleva a su transformación, venta o disposición hace posible el pago o la cancelación del crédito...<sup>21</sup>

## 1. Aspectos Principales de las Garantías Comerciales y la Falta de Importancia de su Título

Dada la naturaleza auto-cancelante del crédito comercial, los bienes que fungen como bienes garantizadores, al igual que la garantía que estos bienes brindan al acreedor, tienen aspectos peculiares. Primero que todo y en contraste con la hipoteca inmobiliaria, que es de larga duración y mantiene o aumenta su valor durante la duración del crédito, el bien garantizador en el crédito comercial es *mueble, perecedero y usualmente de rápida depreciación*. En segundo lugar, el bien garantizador del crédito comercial puede serlo *cualquier objeto mueble, tangible o intangible, corporal o incorporal, presente o futuro* con tal que tenga valor de mercado suficiente para facilitar un pago rápido mediante su transformación, intercambio o reventa. Compárese esta característica que presupone un *número abierto (numerus apertus)* de bienes garantizadores en el crédito comercial con la que prevalece en los países en vías de desarrollo. En estos países, la garantía esencialmente prendaria y con desposesión del deudor presupone un número cerrado o restrictivo de bienes garantizadores y de garantías sobre los mismos (*numerus clausus*).<sup>22</sup> Por ello, no debe sorprender que, como lo anotaban Safavia y Fleisig, Nigeria (entre muchas otras naciones en desarrollo) reconoce tan sólo el 10% de los distintos tipos de bienes que normalmente son aceptados como garantía de un crédito en los Estados Unidos).<sup>23</sup>

En tercer lugar, el hecho de que el número de bienes garantizadores y de garantías sea abierto permite garantizar *los préstamos no sólo de uno, sino de muchos posibles acreedores en forma simultánea o sucesiva*. Considérese, por ejemplo, el caso de un comerciante al detalle que busca un crédito para comprar bienes de inventario, tales como camisas. Dichas camisas y las ganancias de su reventa al público pueden constituir la garantía o parte de la garantía que asegurará el crédito otorgado al comerciante minorista por un mayorista, un fabricante, o por su banco, o bancos de los anteriores. El producto de la venta de las citadas camisas también puede ser garantía del crédito. Dicho producto puede serlo el dinero depositado en la caja registradora de efectivo del comerciante

---

<sup>21</sup> Ver The National Law Center for Inter-American Free Trade, 12 Principles of Secured Transactions Law in the Americas, at <http://www.natlaw.com/bci9.pdf> (Última visita Octubre 30 2006) [en adelante Principios del NLCIFT o mediante número del Principio].

<sup>22</sup> En la Región de Centro América, ver por ejemplo la prenda tradicional o con tenencia de Costa Rica, artículo 441 del Código Civil; La Prenda de un Crédito, artículo 442 del Código de Comercio; la Prenda Comercial, artículos 530 y 533 del Código de Comercio; Prenda sin Tenencia Artículo 537 del Código de Comercio; en Guatemala, Ver artículos 880-903 sobre la prenda en el Código Civil; en Honduras ver Artículos 2057 y 2062 del Código Civil y Artículo 1296 del Código de Comercio.

<sup>23</sup> Safavia, et. al., *supra* nota 3, Pág. 307.

después de cada venta, o pueden serlo las facturas u órdenes de compra, cheques, pagarés, o recibos de tarjetas de crédito depositados en la cuenta bancaria de sus acreedores, todo como resultado de las ventas diarias, semanales o mensuales del deudor del préstamo comercial. De igual manera, el producto de las ventas de camisas puede serlo los bienes de inventario adquiridos como reemplazo de las camisas originalmente financiadas y vendidas; pero también puede serlo cualquier otro bien, de inventario o no, adquirido con el resultado de las respectivas ventas del deudor.

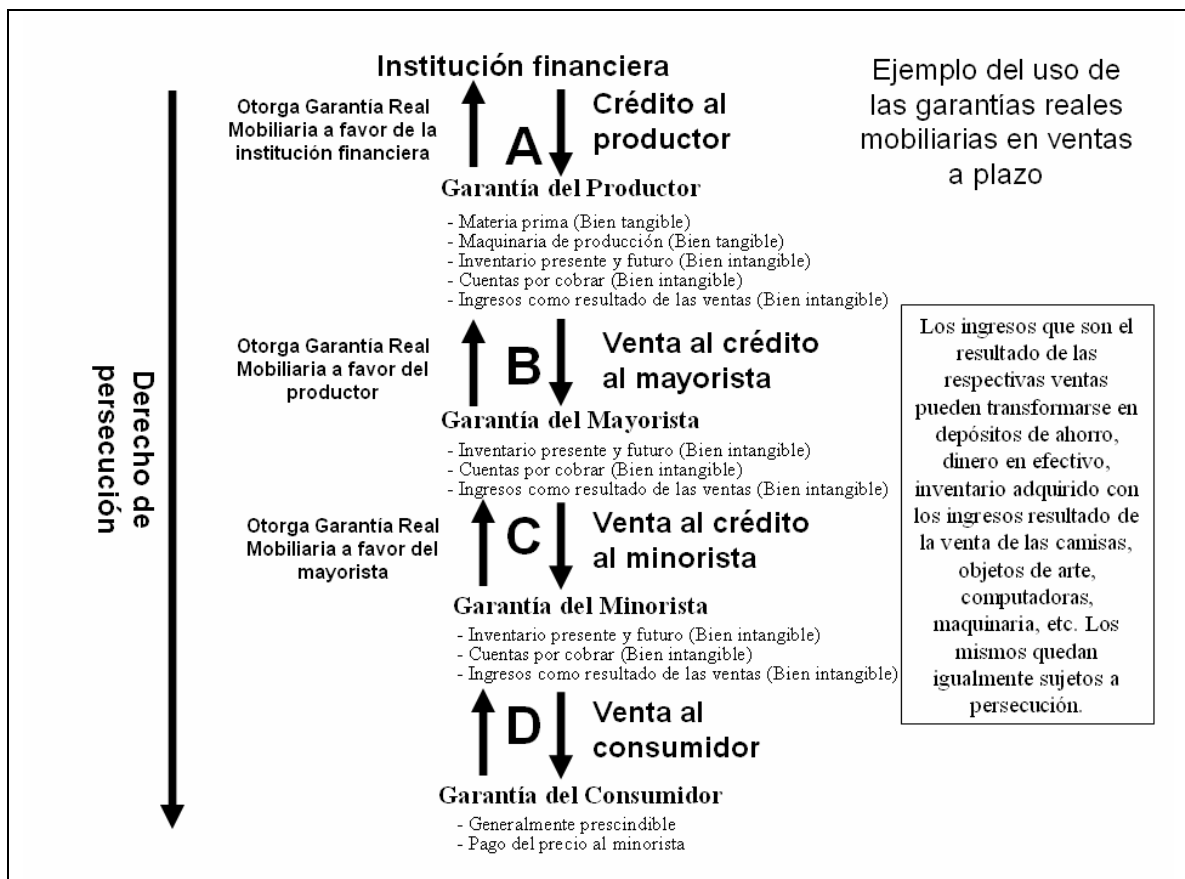
Este inventario variable o rotativo (incluyendo el inventario adquirido en un futuro por el propio fabricante, minorista o mayorista) y los resultados de las ventas del mismo, de ser suficientemente cuantiosas, pueden servir como garantía para varios acreedores. Ellos podrían contar con derechos sobre los mismos bienes o sobre los resultados de su venta bien de forma coetánea y co-existente o subsiguiente. Cabe mencionar que la razón por la que es posible que los acreedores presentes y futuros compartan las garantías presentes y futuras es tanto económica como jurídica.

Desde el punto de vista económico, lo que hace factible el reembolso del prestamista es, amén de la integridad de su deudor, el cálculo probabilístico de que al momento del cobro exista una proporción adecuada entre la cantidad adeudada y el valor de los bienes garantizadores. Desde el punto de vista jurídico, la razón por la cual los mismos bienes pueden ser objeto de la misma garantía en manos de diversos acreedores es que la propiedad de los bienes que componen el inventario y los resultados de sus ventas, se fragmentan en el crédito comercial (al igual que en los *iura in re aliena* del derecho romano) en diversos derechos posesorios; cada uno de estos derechos con su propio ámbito, prelación y duración. En otras palabras, las garantías mobiliarias no dependen de que el deudor cuente con un dominio absoluto sobre los bienes garantizadores y grave tal dominio, sino del gravamen sobre sus derechos posesorios con base en el mismo principio recogido por el Artículo 2279 del Código Civil Francés de 1804: En el caso de los bienes muebles, la posesión equivale al título.

La efectividad de estos derechos posesorios que al momento de servir de garantía se convierten en preferenciales requiere que los actuales o potenciales acreedores dispongan de acceso fácil y a poco costo a información confiable acerca del perfeccionamiento y prelación de los derechos posesorios sobre los bienes garantizadores. La información relativa a la prelación de los diversos acreedores no debe menospreciarse. Es bien común que quien contemple conceder un crédito o “línea de crédito” decida conceder o no el crédito o línea solicitada con base a su determinación de si puede lograr o no la prelación deseable por el valor adecuado. Pero para que esta información constituya una forma de publicidad funcional ella debe ser verídica, sumaria, actualizada, transparente y accesible a terceros. Sin lugar a dudas, los gravámenes ocultos o secretos — es decir aquellos derechos que no estén registrados o aquella posesión que no sea lo suficientemente notoria o aparente — son el peor enemigo del crédito comercial garantizado. Finalmente, la ejecución de estos derechos posesorios requiere un procedimiento de reposición y venta rápido, económico y extrajudicial, al menos al nivel de primera instancia.

## 2. La Mecánica de las Garantías Mobiliarias: Derechos Posesorios Co-existentes y Sucesivos

Observemos ahora el funcionamiento de los derechos posesorios de los acreedores con garantía mobiliaria en un esquema financiero típico norteamericano. Asumamos que los bienes que serán producidos son las camisas mencionadas anteriormente. Para facilitar la explicación (y contrariamente a lo que se ha convertido en práctica comercial estadounidense con respecto a la mayoría de los trabajos manuales) asumamos que las camisas son producidas en los Estados Unidos. Su fabricante necesitará un crédito para comprar la materia prima y los equipos de producción. De tal manera, necesitará un crédito de un banco u otra entidad financiera y otorgará una garantía mobiliaria a este banco o entidad financiera (estas garantías se conocen como “*security interests*”).



Típicamente, la garantía en cuestión incluirá no sólo la materia prima y el equipo de producción, sino también el inventario presente y futuro de camisas y los productos de sus ventas. El mayorista y los minoristas que compren las camisas del fabricante igualmente necesitaran crédito para sus respectivas adquisiciones. En cada una de las sucesivas extensiones de crédito, los respectivos inventarios presentes y futuros, así como los resultados de sus ventas (los llamados *proceeds*) servirán como garantía. A menos que la ley o las partes limiten su ámbito, el concepto de *proceeds* o de resultado de las ventas es más amplio que el de “productos” en las leyes de prenda agraria o industrial típicas: Cualquier bien, corporal o incorporal, que directa o indirectamente sustituya al

bien vendido no sólo como producto de la primera venta sino también como resultado de subsiguientes ventas de los bienes gravados y especialmente de los bienes de inventario sujetos a la garantía mobiliaria. De forma que si las camisas gravadas y vendidas producen efectivo depositado en cuentas bancarias, este efectivo será “proceeds”. Pero de igual manera lo serán las nuevas camisas o pantalones adquiridos con el resultado de las ventas del inventario gravado, o un objeto de arte igualmente adquirido por el deudor garante. En otras palabras, el derecho posesorio preferencial otorgado por la garantía mobiliaria comprende un derecho de persecución sobre el valor económico de los bienes gravados.

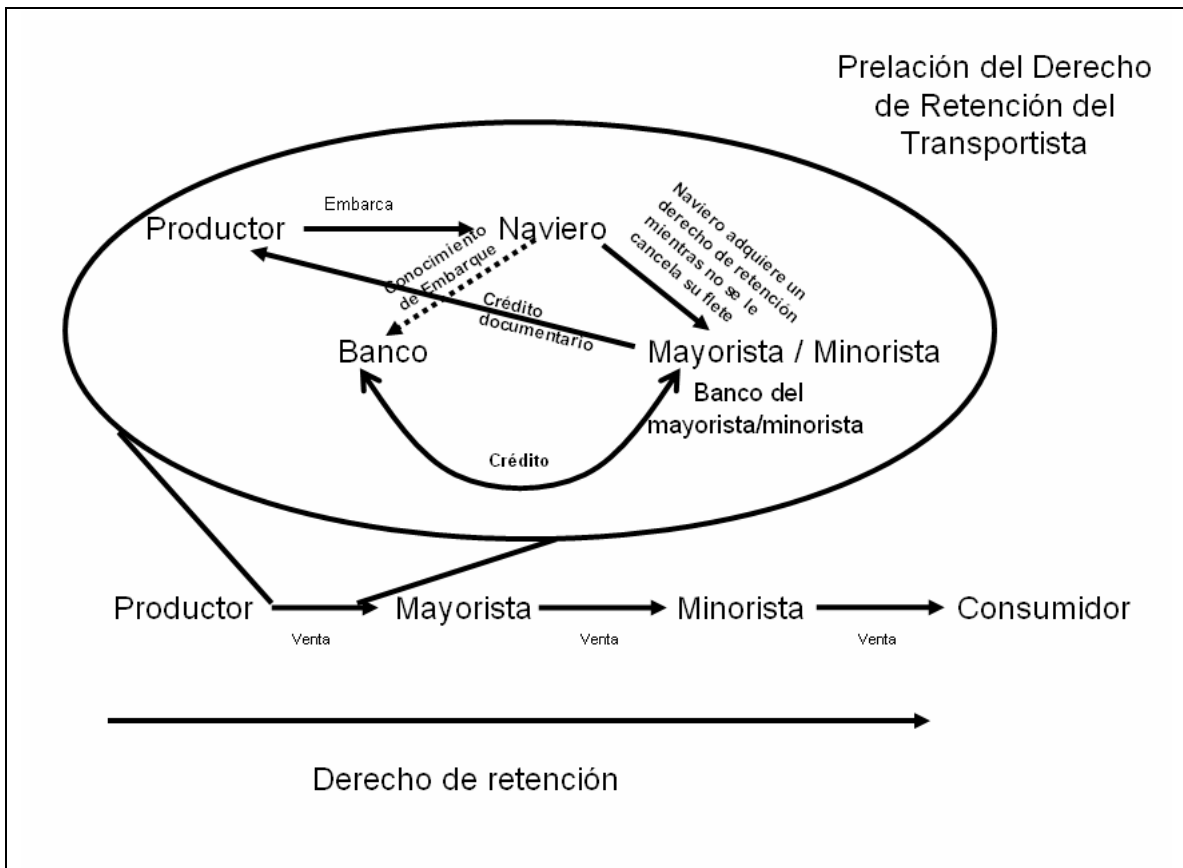
Mientras tanto, durante el tiempo en que las camisas del productor están siendo enviadas a los mayoristas o minoristas, el banco que ha expedido la carta de crédito para pagar por las camisas enviadas, a favor del mayorista o minorista, adquiere un derecho posesorio sobre las mismas. Este derecho generalmente será perfeccionado mediante el endoso del conocimiento de embarque por parte del fabricante/remitente (dando fe de la recepción por parte del naviero de los bienes a bordo del buque) al banco que expidió o confirmó la carta de crédito. Dicho conocimiento de embarque negociable será expedido al citado remitente por el transportador a cargo del transporte de las camisas hasta su lugar de destino, sea este el negocio del mayorista o del minorista. Al endosar el conocimiento de embarque negociable al banco emisor del crédito documentario, el fabricante/remitente de las camisas no sólo está creando una garantía mobiliaria a favor del banco, sino también está notificando — por medio de la posesión del documento endosado — la existencia de la misma al mundo de los terceros comerciales.

La razón por la cual el endoso al banco del conocimiento de embarque negociable constituye una forma de publicidad es porque al transferir la posesión del documento representativo al acreedor el endosante le proporciona un derecho exclusivo para reclamar las camisas al transportador. La mera exhibición de este título, por tanto, constituye publicidad de la incorporación del derecho posesorio preferencial. De tal manera, la posesión de este conocimiento de embarque por parte del banco lo faculta para reclamar la entrega de las camisas al transportista con una prelación superior a la de los demás acreedores garantizados.

Entre los acreedores cuyos derechos posesorios son inferiores a los del banco que expidió la carta de crédito están: a) quienes vendieron la materia prima o el equipo de producción al fabricante de las camisas y financiaron la producción por medio de una garantía sobre la materia prima y el equipo y también sobre el inventario, pero a quienes aún se les debe parte o la totalidad del precio de compra de sus bienes; b) el fabricante a quien el mayorista aún le debe la totalidad o parte del precio de compra de las camisas; c) el mayorista a quien el minorista aún le debe la totalidad o parte del precio de compra de las camisas; d) el banco del mayorista o del minorista, a quien no se le ha cancelado la cantidad que le prestó a uno o a ambos para facilitar sus respectivas compras; y e) el comerciante minorista que le ha cancelado al fabricante o al mayorista parte del precio de compra de las camisas. Ninguno de estos acreedores o compradores pueden reclamar la entrega de las camisas transportadas hasta que se le haya cancelado al banco emisor del

crédito documentario y poseedor del conocimiento de embarque lo debido en la expedición del crédito documentario.

Por otra parte, hay dos poseedores cuyos derechos sobre las camisas son superiores a los del banco en posesión del conocimiento de embarque negociable. Uno de ellos es el naviero a quien no se le ha pagado el flete o los costes de su transporte y quien, mientras esté en posesión de las camisas, cuenta con un derecho de retención sobre las mismas. El otro es el comprador/consumidor de las camisas, quien las adquirió del comerciante mayorista o minorista en el curso normal de sus respectivos negocios. De existir tal comprador, ninguno de los acreedores garantizados o compradores comerciales pre existentes, a quienes no se les haya cancelado su deuda podrán reivindicar o tratar de recuperar las camisas del mismo. Las demandas o reclamaciones de los acreedores garantizados sólo pueden hacerse efectivas contra el resultado de las ventas de las camisas a los consumidores obtenidas por los minoristas, los mayoristas o fabricantes pero no contra las camisas en posesión del naviero impago o del comprador-consumidor.



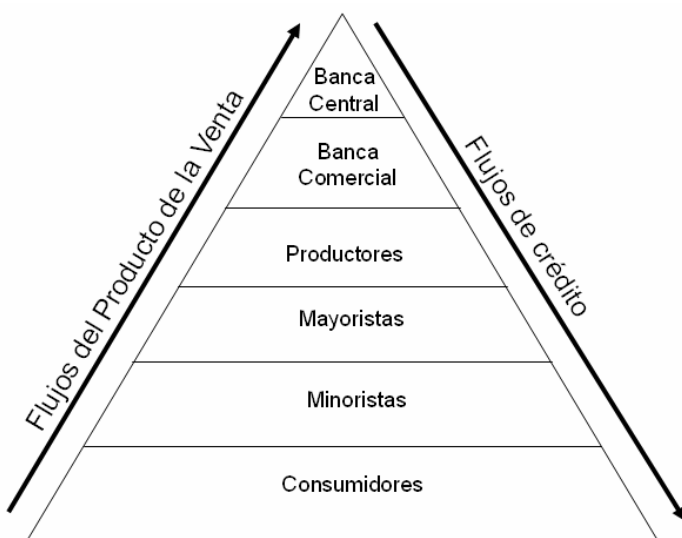
Claramente, los derechos posesorios sobre los bienes en garantía o los *iura in re aliena* antes enunciados son más numerosos, co-existentes y maleables que aquellos que típicamente recaen sobre un bien inmueble. De igual manera, el único derecho de posesión sobre las camisas que se aproxima al derecho de propiedad inmobiliaria es el del comprador/consumidor en el curso ordinario de los negocios cuya posesión *vis-à-vis* la

lista anterior de acreedores mobiliarios es equivalente a la titularidad sobre el bien. Sin embargo, contrario a lo que sucede con el propietario inscrito de una vivienda, el derecho posesorio del consumidor no es producto de un “tracto sucesivo” o una cadena histórica o lineal de transacciones legitimadoras, donde cada una de las transacciones previas legitima a las posteriores. Tampoco es ese derecho posesorio producto de la tenencia de un título de propiedad “talismánico”, título al que tanta importancia le atribuye el historiador-economista Hernando de Soto.<sup>24</sup>

Es por ello que cuando un comerciante norteamericano grava su inventario *el título sobre los bienes dados en garantía*, no es importante (“*immaterial*” en la expresión del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos).<sup>25</sup> Además, el *significado de los bienes dados en garantía en el crédito comercial no es equiparable al de una “cosa” sino al de cualquier objeto tangible o intangible con tal que sea capaz de generar capital circulante, es decir un flujo de ingresos como resultado de su uso, transformación, venta o intercambio.*

Por otra parte, el derecho posesorio del comprador/consumidor es producto de una normativa que busca proteger a un tercero ajeno a la cadena de transacciones precedentes, independientemente de la legitimación de cada una de las transacciones previas. La normativa, al igual que la del antes mencionado Artículo 2279 del Código Civil Francés es de procedencia pragmática. Sin la protección al tercero que adquiere un bien de consumo en el curso ordinario de los negocios de su vendedor, la viabilidad del mercado crediticio desaparecería.

Y es que el mercado crediticio norteamericano se asemeja a una pirámide cuya base está poblada por los consumidores de bienes y servicios. De esta base provienen los flujos de capital que en forma sucesiva permiten los reembolsos de los préstamos obtenidos por los



minoristas, mayoristas, productores de sus respectivos bancos, incluyendo, en el tope de la pirámide, la banca central. Esta banca descuenta el papel comercial en manos de la banca privada y de esta forma la acredita. El papel comercial descontado por la banca central, a su vez, proviene de los consumidores y comerciantes con el objeto de pagar a sus suministradores de bienes y servicios en los estadios superiores de la pirámide crediticia. Si los consumidores, en la base de la pirámide, temiesen perder los bienes comprados de los minoristas o mayoristas, a manos de los acreedores que financiaron a los fabricantes, mayoristas o minoristas, la

<sup>24</sup> Ver Kozolchyk, *infra* nota 31.

<sup>25</sup> Ver UCC § 9-202.

vasta mayoría de ellos dejaría de comprar y con ello desaparecería el flujo de efectivo que alimenta a todos los pobladores de la pirámide crediticia.<sup>26</sup>

En resumen, lo que importa en el derecho del crédito comercial garantizado no es quién es el verdadero o “histórico” propietario de las camisas o quién es el acreedor con el más hermético tracto sucesivo de titularidad sobre las mismas, sino quién tiene el mejor derecho de posesión, bien sobre las camisas, o sobre el resultado de sus ventas. De tal manera el “ser” de los derechos sobre los bienes en garantía, tales como el inventario original de las camisas, se caracteriza por su perenne transformación. Puede convertirse en dinero en efectivo o en papel comercial y reaparecer como bienes tangibles (tales como nuevas camisas u otro tipo de inventario) o puede transformarse en bienes intangibles (tales como cuentas o transferencias inalámbricas de fondos). Así, este ser se asemeja al río descrito por el filósofo Griego Heráclito cuando decía que: “No se puede nadar dos veces en el mismo río, pues corren otras aguas, y después otras, y de esa manera siguen fluyendo por siempre.”

Las políticas económicas y jurídicas que determinan quién tiene el mejor derecho a la posesión de un bien determinado o al flujo de capital en sí son, en el análisis final, aquellas que más contribuyen a que el río del comercio continúe su curso fertilizante de la economía con la mayor vitalidad posible. Dichas contribuciones pueden ser realizadas por los vendedores de materia prima, por quienes financian los equipos para la producción, por los proveedores de bienes o servicios al por mayor o al por menor o por los proveedores de financiamiento para adquirir cualquiera, o la totalidad de los bienes o servicios anteriormente descritos. El valor garantizador de sus contribuciones puede ser determinado por el legislador, el juez o por las partes del contrato de crédito utilizando un criterio cuantitativo o cualitativo o una combinación de ambos.

### **C. El Crédito Comercial y la Protección al Deudor y al Acreedor**

La distribución equitativa de los derechos y deberes de acreedores y deudores es esencial para el éxito del derecho de garantías mobiliarias norteamericano. Como con cualquier otra institución del derecho comercial, su perdurabilidad depende del balance equitativo de su fórmula de derechos y obligaciones. En el caso de la garantía mobiliaria, es indiscutible que los deudores más pobres carecen del poder de negociación del que gozan la mayoría de sus acreedores y por lo tanto fácilmente pueden volverse víctimas de prácticas crediticias abusivas y explotadoras. Es por ello que el derecho norteamericano

---

<sup>26</sup> Boris Kozolchyk, *The Transfer of Property by a Non Owner*, 61 TUL. L. REV. 1453, 1454 (1987): La necesidad de proteger al comprador de buena fe quien adquirió un bien de un intermediario confiable está justificada por el hecho de que a menos que los compradores-consumidores puedan confiar en que no serán privados de lo que adquieran honestamente en el mercado abierto, se resistirán a comprar. Por otra parte, a menos que se proteja a los prestamistas-acreedores que facilitan la compra por los comerciantes al detalle de los bienes vendidos al público con un gravamen efectivo sobre el producto de la venta, estos prestamistas no estarían dispuestos a conceder su crédito al menos con base a tasas de interés razonables. Estas realidades económicas explican la aparente coexistencia de la antigua máxima Romana 'Nemo dat quod non habet' con el principio mercantilista de Bourjon citado anteriormente en el texto principal que dispone “que en el caso de bienes muebles, la posesión equivale al título.”

protege al deudor contra aquellas prácticas que explotan su pobreza, ignorancia o debilidad contractual.<sup>27</sup> La falta de protección ante estas prácticas fácilmente puede provocar la insolvencia de los deudores y su incapacidad de funcionar como miembros productivos del mercado. Más aún, cuando el legislador recurre a la prisión por deudas como método de aseguramiento del pago de deudas comerciales o civiles, el resultado no es sólo inhumano sino también contraproducente — la disponibilidad del crédito disminuye como resultado de la evasión generalizada a la aplicación de la norma draconiana por parte tanto de los deudores como de los adjudicadores, a la par que el costo del crédito continúa su ascenso.<sup>28</sup> Es por esta razón que la protección equitativa del deudor, particularmente de los deudores más vulnerables, contribuye a la disponibilidad de crédito para la micro, pequeña y mediana empresa.

Pero por otra parte también es necesario tomar en cuenta que el crédito sólo es obtenible cuando los prestamistas están dispuestos a otorgarlo. Así las cosas, la fórmula equitativa de la disponibilidad del financiamiento de la pequeña y mediana empresa debe balancear una eficiente y equitativa protección de los deudores con una similar protección de los acreedores. De acuerdo con investigadores del Banco Central de Chile, quienes estudiaron el efecto del inadecuado monitoreo de los créditos bancarios otorgados a los deudores más pobres, la ineficiente protección del acreedor aumenta desproporcionadamente las restricciones financieras en los préstamos a los deudores de menos recursos.<sup>29</sup> La razón principal de esta restricción es el costo fijo de monitorear el desempeño del deudor por parte de los bancos prestamistas. Debido a que los costos son fijos y a que los créditos más cuantiosos son los más rentables, los bancos prestamistas por lo general no monitorean el desempeño de los pequeños prestatarios tan cuidadosamente como lo hacen con los grandes prestatarios. El inadecuado monitoreo de los pequeños prestatarios por los bancos hace más fácil la adopción por estos prestatarios de usos y costumbres más riesgosos. Estas prácticas, a su vez, conllevan un mayor grado de incumplimiento e insolvencia.

---

<sup>27</sup> Ver la descripción y comparación de esta protección en B. Kozolchyk, *El Derecho Comercial Ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico* pp. 140-143 (*Lo Justo o Equitativo en las Decisiones Judiciales Mercantiles Anglo y Latinoamericanas*) (Mc Graw Hill, 1996).

<sup>28</sup> Para ver las razones en favor de la abolición del apremio corporal del Código Civil de Costa Rica, ver Art. 113 *Ley de Jurisdicción Constitucional* No. 7135 de Oct. 11, 1989, publicada en la Gaceta de Costa Rica No. 198 del 19 de Oct. de 1989 y en la Gaceta No. 212 del 9 de Nov. de 1989 con correcciones en [www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ljc.html](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ljc.html). Véase también el texto que acompaña la notas al pie de página nos. 52 y 53 *infra*.

<sup>29</sup> ARTURO GALINDO AND ALEJANDRO MICCO, *BANK CREDIT TO SMALL AND MEDIUM SIZED ENTERPRISES: THE ROLE OF CREDITOR PROTECTION* (Banco Central de Chile, Documento de trabajo N° 347, de Diciembre de 2005)) consultar en <http://www.bcentral.cl/eng/stdpub/studies/workingpaper/htm/347.htm>.

<sup>29</sup> *Id.* Pág. 15, añade:  
... El grado en el que las firmas más pequeñas se encuentran constreñidas depende de la calidad del marco regulatorio, sugiriendo que en los países donde los derechos del acreedor son protegidos (y ejecutados) con mayor efectividad, las pequeñas firmas cuentan con un mayor acceso al crédito bancario para financiar sus inversiones. En países de Derecho Anglo-Americano (donde la protección al acreedor es alta) la diferencia en la parte de la inversión financiada con crédito bancario entre firmas grandes y pequeñas es de aproximadamente 9 puntos porcentuales. En países de Derecho civil esta diferencia aumenta a 25 puntos porcentuales.

De igual manera, la ineficiencia en los procesos de quiebra tiene un mayor efecto sobre los pequeños negocios. Usando una encuesta de prácticas concursales y de insolvencia en 62 países, los citados investigadores chilenos exploraron el impacto de la protección a los acreedores sobre la disponibilidad del crédito bancario a las pequeñas y medianas empresas. Su conclusión fue que una mejor protección a los acreedores reducía la brecha financiera del acceso al crédito entre las pequeñas y grandes firmas.<sup>30</sup> A la luz de estos hallazgos, es necesario examinar el por qué ha sido tan difícil lograr una fórmula de protección a deudores y acreedores en diversos sistemas y culturas jurídicas, sobre todo en naciones en vías de desarrollo.

### III. Factores Culturales y Legales

#### A. La Falta de Importancia de la Titularidad de los Bienes Garantizadores

La importancia de la cultura con respecto al desarrollo económico ha sido cuestionada — si no descartada — en los influentes escritos del economista peruano Hernando de Soto.<sup>31</sup> Este escritor está consciente del efecto negativo de la incertidumbre legal, especialmente con respecto a los títulos sobre la tierra y sobre “otros documentos de propiedad.”<sup>32</sup> Pero “la sugerencia que implica que es la cultura quien explica el éxito de lugares tan diversos como Japón, Suiza y California, y que es la cultura una vez más quien explica la pobreza relativa de lugares tan diferentes como China, Estonia y Baja California, más que inhumana es poco convincente...”<sup>33</sup>

En vez de enfocar la cultura jurídica o comercial, De Soto enfoca el impacto desarrollista de “sistemas de representación,” especialmente de documentos o títulos que representan certeza jurídica para el tenedor de derechos reales o contractuales. Queda sin aclarar por este autor cómo estos sistemas de representación, que inevitablemente son el producto de culturas jurídicas y comerciales, pierden su ligamento cultural una vez que se utilizan exitosamente. Así:

... [E]n el Mundo Occidental cada parcela de tierra, edificio, pieza de equipo, o inventario de un almacén está representado en un documento de propiedad, que constituye la firma visible de un proceso largo y oculto que conecta estos bienes con el resto de la economía ... En los Estados Unidos la hipoteca sobre la vivienda del empresario constituye la fuente más importante en la consecución de fondos para un nuevo negocio.<sup>34</sup>

La discusión en la sección precedente sobre el significado de la garantía mobiliaria en el derecho norteamericano estableció que el título o la representación gráfica de la

---

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> Para ver las discusiones sobre algunos de los escritos de Hernando de Soto, *ver de manera general* Boris Kozolchik, *A Roadmap to Economic Development Through Law: Third Parties and Comparative Legal Culture*, 23 ARIZ. J. INT'L & COMP. L.1 (2005) [en adelante *Kozolchik, A Roadmap*].

<sup>32</sup> *Id.* en la nota 1.

<sup>33</sup> *Id.* en la nota 2.

<sup>34</sup> *Id.* en la nota 6.

propiedad de los bienes garantizadores no es importante a los efectos de ese derecho y sus mercados de crédito comercial. También recordará el lector que en el caso del micro-crédito la certeza de la cancelación de la deuda es causada por la gratitud de los deudores respecto al crédito recibido y por su deseo de continuar teniendo acceso al mismo. Más aún, en el caso del crédito comercial, cabe anotar que la afirmación antes citada y especialmente la parte que dice “cada pieza de equipo, o de inventario de un almacén está representado en un documento de propiedad” no es cierta. Lo que impulsa la voluntad del prestamista a otorgar el crédito no es el título que posea el prestatario sobre los bienes entregados como garantía, sino la fórmula seminal de la garantía mobiliaria que permite al deudor la utilización auto-cancelante de estos bienes y que permite al acreedor el derecho a la pronta reposición de los bienes o el resultado de su venta, permuta o transformación en caso de incumplimiento. Y este último derecho está protegido mediante un sistema de publicidad que actúa independientemente de quien sea o haya sido el último propietario de dichos bienes.

Aun en los casos de un crédito garantizado mediante bienes inmuebles, ya sea en Latinoamérica o en cualquier otro lugar, el papel del título no es tan indispensable y suficiente como podría inferirse de los textos de Hernando de Soto. Como concluyeron Erica Field, Máximo Torero y el *International Food Policy Institute* en el estudio que realizaron en la Universidad de Harvard titulado *Do Property Titles Increase Credit Access Among the Urban Poor?*

Los datos detallados sobre la información utilizada por los bancos en la revisión de las solicitudes de crédito nos permiten observar directamente el papel que juegan los títulos en la aprobación del mismo... Nuestros estimados indican que los títulos sobre inmuebles urbanos (en el sistema de titulación peruano, inspirado por los estudios de Hernando de Soto) están asociados con un porcentaje de aumento de 9-10 puntos en la tasa de aprobación de crédito por los bancos del sector público en casos referentes a materiales para la construcción de vivienda, *mientras que al parecer no hay efecto sobre las tasas de aprobación de los prestamistas del sector privado...*<sup>35</sup> (*Énfasis añadido*)

Estudios similares fueron llevados a cabo en Argentina por los Profesores Sebastián Galiani y Ernesto Schardgrotsky.<sup>36</sup> Como lo resumió *The Economist*, estos estudiosos concluyeron que mientras las garantías que recaen en derechos sobre la tierra promueven la construcción de vivienda para los pobres, aun en un país “relativamente avanzado como lo es Argentina, el título por sí solo no es suficiente para estimular al capital muerto enterrado en la tierra...(así) los usuarios que poseen título sobre sus viviendas no obtienen mayor acceso a créditos bancarios, tarjetas de crédito o cuentas bancarias, y tan

---

<sup>35</sup> Erica Field, Máximo Torero & Int'l Food Pol'y Inst., *Do Property Titles Increase Credit Access Among the Urban Poor? Evidence from a Nationwide Titling Program 1* (Mimeo, Harvard Univ. 2003, 2004).

<sup>36</sup> Property Rights and the Poor, cit. por [www.Economist.com/](http://www.Economist.com/), Última visita el 28 de Agosto, 2006.

sólo el 4% de ellos llega a adquirir una hipoteca sobre dichos bienes...”<sup>37</sup> (Paréntesis añadido).

Finalmente, un estudio sobre Los Efectos en la Titulación de Propiedad realizado en Abril de 2006 en Langa, Africa del Sur, por Karol Boudraux de la Universidad de George Mason<sup>38</sup> confirmó las conclusiones de los estudios conducidos en Perú y Argentina con respecto al crédito comercial:

Hoy en día la mayoría de las viviendas — no las chozas — cuentan con título... ¿Acaso esta política gubernamental ha llevado al crecimiento económico y a la reducción de la pobreza para los habitantes de Langa? La respuesta es sí. Mediante la creación de derechos de propiedad garantizados sobre las viviendas, el gobierno Sur Africano ha incentivado a los propietarios a mejorarlas y a usarlas como base de negocios caseros, promoviendo de esta manera el empleo e ingresos para las comunidades pobres. Sin embargo, es necesario hacer más. *Muy pocos habitantes de Langa utilizan sus títulos para adquirir créditos comerciales pues prefieren confiar en ahorros personales y en clubes de ahorro. La titulación no es suficiente.* La debilidad institucional hace que el uso del título como garantía sea demasiado riesgoso para algunos de los habitantes de Langa y los gravámenes legales hacen de esta una opción de expansión muy costosa para los negocios pequeños.<sup>39</sup> (Énfasis añadido)

Entonces, aun si las representaciones gráficas de los derechos de propiedad trajeran consigo efectos mágicos o talismánicos que resultaran en una mayor certeza jurídica, tal efecto no podría desligarse de la cultura jurídica o comercial que prohija y legitima a tal representación. Consecuentemente, es indispensable tomar en cuenta los factores legales-culturales. Y tomando en cuenta que el crédito comercial se da, la mayoría de veces, entre extraños, es muy importante identificar los valores culturales que inspiran a los deberes del deudor con el acreedor sobre todo cuando éstos no son amigos ni familiares del acreedor.

## **B. Deberes Con la Familia, Amigos y Extraños**

Como recordará el lector, el estudio llevado a cabo por el Banco de Brasil en 1999 estimó que un tercio del aproximadamente 40% de la tasa de interés anual pagada por los prestatarios comerciales brasileños era atribuible a la dificultades y riesgos en el cobro y a la falta de pago de los préstamos.<sup>40</sup> Esta no es una conclusión inusual o un fenómeno reciente — ya sea en Brasil o en otros países de Latinoamérica. Por ejemplo, mi estudio para el Centro de Investigación RAND de 1967, “El Derecho y la Estructura Crediticia en

---

<sup>37</sup> *Id.* Pág. 2 de 3.

<sup>38</sup> Mercatus Polic Erie, The Effects of Property Titling in Langa Township, South Africa (Karol Bloudreaux, senior ed., George Mason University, Abril 2006).

<sup>39</sup> *Id.*, pág. 1.

<sup>40</sup> *Ver supra* nota 1.

Latinoamérica” (*Law and the Credit Structure in Latin America*)<sup>41</sup> demostró que los porcentajes de las letras de cambio o documentos protestados por falta de pago en Chile de 1958 a 1962 fueron de 31.5%, 26%, 34.4%, 37%, y 39.1% respectivamente.<sup>42</sup> Esto quiere decir que de cien títulos de crédito negociables en circulación en el año de 1962 en Chile, al menos 40 no eran pagados a su vencimiento. Y mientras, en el mismo período, los protestos de instrumentos de crédito negociables por los bancos argentinos fluctuaban entre un tercio y un medio de las figuras chilenas, los porcentajes de los créditos garantizados y sin garantizar agregados a los instrumentos negociables descontables no cobrados en Argentina durante el mismo período fueron respectivamente: 2.5%, 2.7%, 6%, 9.5% y 22.9%.<sup>43</sup> En otras palabras, del número total de créditos bancarios o de extensiones de crédito directas o indirectas incluyendo a los instrumentos negociables incumplidos al final de la progresión en Argentina era de 22%.

Es obvio que desde el punto de vista de un mercado financiero viable, ni los acreedores ni los deudores se benefician de una cultura jurídica y comercial que haga difícil, riesgoso y por tanto muy costoso el cobro de las deudas. Sin embargo, cabe anotar que la culpa no recae totalmente sobre la cultura jurídica. Subyacente a la cultura jurídica frecuentemente existe una cultura negocial en la cual “el ganador negocial se lo lleva todo y el perdedor nada.” Un comercio inspirado en tal fórmula picaresca de la contratación tiene mucho que ver con los costos del crédito. Los aspectos picarescos en el manejo de cheques, pagarés y letras de cambio se reflejaban en las respuestas proporcionadas a este autor por los banqueros y comerciantes argentinos como parte del mismo estudio para el Centro de Investigaciones Rand.

Mis preguntas a los comerciantes y banqueros argentinos eran las siguientes: ¿Por qué si los protestos de instrumentos negociables eran tan comunes y su cobro tan difícil, ustedes continúan dispuestos a aceptar cheques, pagarés o letras como pago de lo que se les adeuda? Como respuesta, muchos de los comerciantes hicieron alusión a lo que describieron como la “psicología del dinero-falso”. Dicha psicología justifica la toma de estos instrumentos con la asunción de que el comerciante estaría actuando como cualquier persona que descubriese que le habían pagado una deuda con dinero falso. El receptor de tal dinero, en forma picaresca, utilizaría prontamente la falsa moneda para tratar de pagar lo debido a otro en la misma manera en que él fue pagado. Sin embargo, yo les recordaba a mis interlocutores que el escenario aparente en las prácticas picarescas descritas no era el de un “descubrimiento” de falsedad a continuación de la recepción de la moneda del deudor sino el de una aceptación de la falsa moneda del deudor a sabiendas de que era falsa. Por tanto, mi siguiente pregunta era: “¿Y qué pasa si el comerciante receptor está consciente de la “falsedad” del dinero, por qué razón lo aceptaría?” La respuesta de la mayoría de mis interlocutores fue: “Porque la “falsedad” se toma en consideración como parte del precio de lo que todo el mundo cobra por sus bienes y servicios.”

---

<sup>41</sup> Boris Kozolchyk, *Law and the Credit Structure of Latin America*, RAND Memorandum 4918 RC, Marzo 1966). Para una versión más corta del estudio RAND, ver *Law and the Credit Structure in Latin America*, 7 VA. J. INT’L L. 1, Tabla 6 (1967).

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.* Pág. 20, 21, Tabla 4.

En otras palabras, un comerciante estaba dispuesto a aceptar un cheque, letra de cambio o pagaré de dudoso pago después de haber cobrado a su cliente un precio bastante mayor al que cobraría por una venta en efectivo. El vendedor solicitaba además una “cuota inicial en efectivo” lo suficientemente grande para cubrir una parte substancial de sus costos, y después simplemente asumía el riesgo del cobro si no podía situar el propio instrumento con un tercero, igualmente dispuesto a aceptar la falsa moneda con base al mismo cálculo picaresco. Recuerdo el gran interés que estas respuestas provocaron entre mis colegas economistas de la RAND. El comportamiento comercial picaresco de aceptación y transferencia de la falsa moneda adquirió una importancia económica inusitada para ellos como explicación del constante aumento de los precios en el proceso de la hiperinflación argentina. En otras palabras, la cultura comercial-jurídica picaresca contribuía a la hiperinflación en la medida en que la gran cantidad de cuasi-moneda que ella creaba devaluaba sensiblemente el valor de la moneda oficial.

La cultura comercial en la que los contratos son conceptuados como herramientas para que “el ganador se lo lleve todo y el perdedor no se lleve nada” no es peculiar a la América Latina; está presente en aquellas sociedades tribales y de economía agrícola de subsistencia cuyos estándares de justicia y equidad son aplicables sólo a los miembros de la tribu, clan o familia, pero no a los extraños.<sup>44</sup> En dichas sociedades, sólo los miembros de la propia tribu, el clan, la familia o el círculo de amigos son considerados parte de la misma y por tanto obligados a cumplir con los deberes del trato justo tribal o familiar. Por el contrario, aquellos que pertenecen a otras tribus, clanes, familias o grupos de amigos son considerados extraños y como tal no están facultados para recibir el trato justo que reciben los propios.<sup>45</sup> En otras palabras, no había ninguna razón de ética comercial o jurídica que inhibiese la transferencia de la falsa moneda entre comerciantes.

Con lo anterior no se pretende decir que los acreedores extraños carezcan totalmente de protección en las naciones en vías de desarrollo. De hecho, ellos pueden adquirir protección temporal mediante el pago de una “prima de honestidad” entre comerciantes y el de un soborno a la autoridad judicial o administrativa. Sin embargo, es sólo temporal esta protección puesto que sólo se aplica a una transacción o evento determinado. También es temporal porque ella sólo dura hasta que se le conceda una protección igual o

---

<sup>44</sup> Ver Kozolchyk, *supra* nota 31, Ver también, Boris Kozolchyk, *Fairness in Anglo American and Latin American Commercial Adjudication*, 2 B.C. INT’L & COMP. LAW REV. 257 (1979).

<sup>45</sup> La primera vez discutí las conclusiones de mi estudio, Boris Kozolchyk, *Toward a Theory of Law in Economic Development, the Costa Rican USAID ROCAP*, 4 ARIZ. L. REV. 681 (1971) con el padre de la antropología jurídica, E. Adamson Hoebel. El recordaba un incidente que presencié y que ilustra el predicamento de un extraño en un ambiente tribal. Hoebel presenciaba un ritual, el baile de la serpiente, el cual incluía una serpiente en manos de un bailarín Indo-Americano. Esto tuvo lugar en una reserva indígena localizada cerca de un Parque Nacional en el Oeste de los Estados Unidos. En un determinado momento el guardabosques le pidió al bailarín que detuviera el baile para que los visitantes pudieran moverse de una de las colinas cercanas al baile, previendo que la serpiente se escapase y asustara a uno de los visitantes, lo cual podría ocasionar que se cayera de la colina. El bailarín, bastante molesto por la interrupción le preguntó al guardabosques, “¿Por qué le preocupa tanto esta gente, acaso son su familia o sus amigos?”

mejor a otro extraño sobornante, por lo general un competidor, dispuesto a pagar lo mismo o más que el primer sobornante.

Los efectos de una cultura comercial y legal en la que los extraños sólo tienen derecho a recibir los deberes comerciales mínimos y en donde cunde la desconfianza entre los posibles partícipes en transacciones de mercado resultó aparente en las respuestas de la clase media costarricense a un cuestionario sobre sus usos y costumbres como inversionistas. En respuesta a la pregunta “¿por qué preferían invertir en segundas hipotecas inmobiliarias, que ofrecían una ganancia menor sobre el capital invertido, y no en acciones emitidas por una compañía industrial?”, muchos de los encuestados respondieron con una variante de la siguiente respuesta: Si el negocio ofrecido era tan bueno (es decir el pago de dividendos de la compañía industrial de mayor rendimiento que el de las segundas hipotecas), ¿por qué me las ofrecen a mí que no soy ni miembro de la familia ni amigo de quien administra la compañía; de ser tan buenas las ganancias, por qué no se quedan con ellas los dueños o por qué no se las reparten con sus familiares o amigos ?

### **C. La Protección Legal de los Extraños o las Terceras Partes en el Mercado Crediticio**

El mercado comercial actual está conformado por innumerables extraños o partes contratantes que, en la mayoría de los casos, no se conocen y que carecen de acceso a las transacciones incurridas por sus partes contratantes con sus predecesores. Estos extraños pueden ser inversionistas, prestamistas, prestatarios, vendedores, compradores, transportadores, consignatarios, aseguradores, asegurados, intermediarios, usuarios de tarjetas de crédito etc. Cabe anotar que con la creación de diferentes formas de comercio y de crédito, esta lista crece virtualmente *ad infinitum*.

Como en el caso del comprador en el curso ordinario de los negocios del vendedor de bienes previamente gravados anteriormente discutido, los extraños contractuales no estarían dispuestos a proveer o adquirir bienes o servicios, prestar, pedir prestado, intercambiar o pagar si sus derechos estuviesen sujetos a derechos o reclamaciones derivadas de transacciones en las que ellos no habían participado y de las cuales carecían de notificación. Su protección jurídica depende, en nuestros días, de su caracterización como terceros protegidos, bien como parte del derecho de garantías mobiliarias, o del derecho registral o contractual. Es obvio que la importancia económica de estos terceros es tal que no podría existir un mercado comercial o financiero viable sin que se les proporcionara una protección adecuada.

#### **1. La Selección Incorrecta de las Terceras Partes Protegidas**

No es fácil seleccionar a quien tenga el mejor derecho a ser protegido como tercero, ni tampoco la más adecuada protección para ese tercero. El escoger equivocadamente quién merece la protección, al igual que el elegir una protección excesiva o deficiente, puede resultar bien costoso para la economía en cuestión. De tal manera, la Ley debe determinar en primer lugar quién — entre los muchos competidores por el estatus de

tercero — califica mejor como tercero facultado para ser protegido. En segundo lugar, la Ley debe establecer una forma de protección eficiente y equitativa tomando en cuenta los participantes en las diferentes transacciones. Y en el caso de que la Ley no sea explícita, las cortes o la doctrina deben llenar el vacío.

Sin embargo, a menos que las cortes o doctrinas estén familiarizados con la transacción o institución jurídica en cuestión, la elección equivocada de un tercero digno de protección puede acarrear consecuencias negativas. Considere el lector, por ejemplo, una decisión de una corte de primera instancia costarricense que asumió que el girador-tenedor de una letra de cambio calificaba para el estatus de tercero protegido como tenedor en debida forma con respecto a las excepciones que pudiera invocar un girado no aceptante de la letra.<sup>46</sup> Lo extraordinario de esta decisión es que el demandado-girado no había firmado ni en ninguna otra forma aceptado la letra girada en su contra. Al permitir esta acción contra un girado no aceptante, la citada decisión le confirió al girador-tenedor una superprotección injustificada e inequitativa: el derecho de girar en contra de cualquier persona cuyo nombre hubiese insertado en el espacio designado para el girado-aceptante de la letra y presuntamente recobrar la cantidad girada sin importar que tal girado nunca hubiese aceptado tal responsabilidad.

Es importante resaltar que la letra de cambio en cuestión fue la primera letra en llegar al conocimiento de ese juez. En una conversación posterior a su sentencia, el juez admitió a este autor que él no entendía por qué los comerciantes costarricenses habían usado en este caso un título de crédito tripartito (girador-girado-tenedor) cuando el pagaré bipartito, con el cual él y otros jueces estaban bien familiarizados, parecía rendir la misma función negocial. El costo de la injustificada e inequitativa sobreprotección del girador-tenedor de la letra de cambio se hizo aparente rápidamente en la meseta central de Costa Rica. Comerciantes que pudiesen haber tenido la necesidad de usar un mecanismo crediticio tripartito para lograr, por ejemplo, la aceptación de un tercero de conocida solvencia, preferían no utilizar un instrumento tan mal entendido judicialmente. Consecuentemente, un instrumento tan útil como la letra de cambio permaneció sin ser utilizado durante décadas en el principal mercado crediticio de Costa Rica.

A su vez, la subprotección de terceros que sí deberían calificar como partes facultadas para su protección jurídica también reduce el número de potenciales partícipes en el mercado en cuestión. Un grupo de decisiones de la Suprema Corte de México produjo este resultado mediante la drástica disminución del número de terceros-acreedores y

---

<sup>46</sup> Sin reportar (10 de Octubre, 1966) decisión del Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad de Cartago (cerca de San José, Costa Rica). Ver Boris Kozolchyk, *Jurisprudencia Mercantil*, Separata Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica. En Enero de 1968, mientras preparaba resúmenes de todas las mencionadas decisiones de las cortes costarricenses de 1900-1966, el Lic. Rodrigo Oreamuno, alertó a este autor sobre una decisión emitida por una corte inferior de Cartago con fecha 16 de Octubre de 1966 que había despertado preocupación entre abogados y comerciantes en la vecina plaza de San José. Algunos días después este autor visitó al juez responsable de esta decisión. La descripción de los hechos y el razonamiento que aparece en el texto principal es producto de las notas tomadas por este autor en tal entrevista. Estas notas están disponibles en [www.natlaw.com](http://www.natlaw.com) (un archivo electrónico del National Law Center for Inter American Free Trade, “*significant comparative commercial law cases and comments*”).

compradores de tierra protegidos por el Registro Público de la Propiedad.<sup>47</sup> Estas decisiones sostuvieron que el comprador o acreedor que adquiriera tierra o derechos *in rem* sólo podría ser protegido como tercero si actuaba de buena fe. Sin embargo, la Corte definió la buena fe como dependiente de que el tercero hubiese hecho una investigación exhaustiva de todas las inscripciones previas a la suya respecto al bien inmueble en cuestión.<sup>48</sup> Para que se considerara una investigación “diligente”, el tercero debía examinar el tracto sucesivo desde la primera hasta la última inscripción sobre el inmueble y dicho tracto no podía haber sido interrumpido por una inscripción conflictiva. Es digno de mención que la propia Suprema Corte en otras decisiones se había referido a este requerimiento como la “*probatio diabolica*.”

Dadas las serias dificultades para investigar los tractos sucesivos en la mayoría de los registros inmuebles en el momento de las decisiones proferidas por la Corte, muy pocos acreedores o compradores podían ser considerados como terceros protegidos, especialmente respecto a propiedades con cadenas de títulos largas o complicadas. De igual manera, muchas cortes en naciones en vía de desarrollo todavía niegan protección a las partes contratantes y a aquellos que adquieren derechos basados en sus contratos cuando éstos no llenaran ciertos requisitos “*ad solemnitatem*”.<sup>49</sup>

## 2. La Incorrecta Elección de Medios de Protección a Acreedores

Algunas consecuencias y dificultades similares a las tratadas con anterioridad son aparentes en la manera en que la Ley o sus adjudicadores han protegido a acreedores con garantía mobiliaria. Considere el lector, por ejemplo, el remedio conocido en Costa Rica durante buena parte del Siglo XX como el “apremio corporal”<sup>50</sup> hasta que fue declarado inconstitucional.<sup>51</sup> Este remedio preveía la prisión de los deudores por desacato a la autoridad judicial tras haber sido conminados a entregar o consignar el bien garantizador. Su propósito era el de brindar certeza de pago al mercado crediticio y del consumidor. La justificación de este remedio procesal era directa aunque despiadada: Si muchos deudores ordinariamente incumplían sus obligaciones crediticias y la mayoría de ellos temían ser encarcelados, ¿Por qué no legislar la prisión de los deudores incumplidores? De tal manera, la legislatura costarricense autorizó un encarcelamiento de los deudores incumplidores por un período de dos meses a dos años a menos que éstos pagasen o devolvieran los bienes garantizadores.

---

<sup>47</sup> Para la traducción y discusión de estas decisiones, ver Boris Kozolchyk, *The Mexican Land Registry, A Critical Evaluation*, 12 ARIZ. L. REV. 265, 336-338 (1970).

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> Ver BORIS KOZOLCHYK, LA CONTRATACIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO COMPARADO 214-252 (Madrid, Universidad Carlos III, EDICIP y National Law Center for Inter-American Free Trade, 2006); También disponible en [www.natlaw.com](http://www.natlaw.com).

<sup>50</sup> Ver Artículo 568 del Código de Comercio de Costa Rica de 1964 y Artículos 1002 y 1003 del Código Civil de 1888 (derogado).

<sup>51</sup> Ley de Jurisdicción Constitucional No. 7135 del 11 de Octubre, 1989 publicada en la Gaceta No. 198 del 19 de Octubre, 1989 y 212 del 9 de Noviembre 9, 1989 con correcciones. Ver [www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/jc.html](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/jc.html). Para una discusión del apremio corporal anterior a la derogación en Costa Rica, ver Kozolchyk, *supra* nota 47, Pág. 265, 336-338.

Muchos legisladores y jueces costarricenses compartían la creencia de que si este remedio llegaba a ser declarado inconstitucional, el sistema crediticio colapsaría.<sup>52</sup> No obstante, a pesar de que rara vez se ejecutaba la sanción por apremio corporal, no ocurrió tal colapso. Lo que sucedió fue que los acreedores continuaron otorgando créditos aunque en menores cantidades y con más altas tasas de interés. Cuando uno de los investigadores le preguntó a un funcionario judicial a cargo de arrestar a los deudores incumplidos, ¿por qué certificaba que no se habían encontrado deudores en sus domicilios cuando era aparente que los deudores sólo se ausentaban a la llegada del funcionario? su respuesta fue reveladora: Si el apremio corporal realmente se ejecutase, la mayoría de los costarricenses (ordinariamente sobre-endeudados), incluyendo a los políticos que promovieron la legislación y a los jueces encargados de aplicarla, también hubiesen tenido que terminar en la cárcel.<sup>53</sup>

### **3. Factores en la Elección de las Tercera Partes Adecuadas y su Protección**

Según lo ilustran las malas selecciones de terceros protegidos, para que la elección legal sea efectuada propiamente, es necesario que el legislador o adjudicador entienda la transacción en cuestión — especialmente su propósito, su mecánica, y las expectativas razonables de quienes participan en ella. Tan sólo entendiendo esto estaría en posición de alcanzar los estándares de diligencia, mutualidad de prestaciones y buena fe con los cuales medir el cumplimiento de las partes y sus calificaciones para la protección.

Lo mismo es cierto con respecto a la determinación de la debida protección de los terceros. Como se discutió antes, no es suficiente invocar la necesidad de certeza legal y asumir que el crédito necesariamente será otorgado a aquellos deudores que puedan mostrar un título de propiedad o un suficiente temor a la prisión por deudas. Aun si el título inmobiliario es sin duda un elemento de certeza y con ello un facilitador del crédito, no es el único componente de la necesaria credibilidad del deudor, incluyendo su capacidad de generación de capital de reembolso. Por otra parte, ¿qué tan efectiva puede llegar a ser la protección de un registro inmobiliario si las cortes adoptan un estándar de buena fe que descalifica a la mayoría de los compradores o acreedores facultados a la protección del registro? En resumidas cuentas, la protección exitosa de los acreedores y deudores depende de la manera en que los legisladores y adjudicadores manejen no sólo los factores jurídicos sino también los socio-económicos que rodean al crédito comercial.

---

<sup>52</sup> En una conversación con este autor en el mes de Octubre de 1968, el Magistrado de la Suprema Corte de Costa Rica, Dr. Ulises Odio expresó sus dudas constitucionales y señaló la información que indicaba que más de mil deudores en la ciudad de San José estaban detenidos por apremio corporal. Sin embargo, un estudio de campo de las detenciones reales que se habían llevado a cabo, conducido por miembros del proyecto de reforma de ley bajo la dirección de este autor, confirmó que no más de 4 deudores estaban en la cárcel por este motivo. Las personas restantes en el documento presentado por el Juez fueron reportadas como no encontradas en sus residencias o lugares de trabajo.

<sup>53</sup> Kozolchyk, *Toward a Theory*, *supra* nota 45, Pág. 731, n.183.

## **IV. Factores Jurídicos del Crédito Comercial Garantizado**

### **A. Universalidad de Prácticas y Principios Rectores**

Los usos y costumbres crediticios o las prácticas comerciales y jurídicas que hacen posible que el crédito comercial pueda ser obtenido con base a tasas de interés razonables han sido suficientemente “fogueadas” en los mercados financieros del mundo como para permitir la destilación de principios jurídicos rectores. Al igual que algunas otras transacciones comerciales, estos principios y prácticas han obtenido carácter de universalidad.

La universalidad de las prácticas comerciales es producto de la naturaleza cooperativa del comercio en general y del crédito con garantía mobiliaria en particular. Esta cooperatividad implica la exclusión de métodos negociales incompatibles con la misma tales como los procedentes de la picaresca, sobre todo cuando los acreedores y deudores son parte de un mercado de extraños. De manera que aquellas prácticas crediticias que permiten que “el ganador se lo lleve todo y el perdedor nada” incluyendo el uso de gravámenes secretos y otros medios de ocultación de la veracidad negocial o la falta de transparencia registral son incompatibles con los presupuestos jurídicos y comerciales del crédito comercial garantizado. De la misma manera, la dilación judicial en la reposición de los bienes garantizadores y en especial de los rápidamente perecederos o depreciables en su valor de mercado actuará como un serio obstáculo a la accesibilidad de este tipo de crédito.

Por ello, cuando un negociador mexicano del tratado de libre comercio entre los Estados Unidos de Norteamérica y México me preguntó, con cierta exasperación, ¿por qué es que la ley de garantías mobiliarias mexicana debe semejarse a la de los Estados Unidos y Canadá? mi respuesta fue que la pregunta apropiada no era qué Ley debía emular México, sino si la intención de México era contar con crédito comercial garantizado en sus plazas crediticias. De ser así, su ley no podía evitar sujetarse a principios inherentes a esa institución y por tanto universales e ineludibles.

### **B. Los Principios del NLCIFT**

Los principios que se discutirán a continuación inspiraron el proceso de redacción de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en el 2002<sup>54</sup> y por naciones miembros en diferentes versiones, tales como México<sup>55</sup> y Perú.<sup>56</sup> Versiones locales de la citada Ley Modelo están siendo

---

<sup>54</sup> Adoptada por la Sexta Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI,) realizada en febrero del año 2002 (Acta Final, 3(F), CIDIP-VI [En adelante *Ley Modelo*]. (Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias).

<sup>55</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 23 de mayo de 2000 (Mex.) [ En adelante Reforma a la Ley del 2000] y, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio, de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley General de Instituciones y

consideradas para su adopción en países como Guatemala,<sup>57</sup> El Salvador,<sup>58</sup> Honduras, Costa Rica y Chile.<sup>59</sup> Tal como los redactó el NLCIFT, estos principios cubren la creación, perfeccionamiento, prioridad y ejecución de los intereses garantizables sobre propiedad inmueble o personal.

Como se discutió con anterioridad, los principios del NLCIFT definen el crédito comercial como una herramienta efectiva para el desarrollo económico, basada en la naturaleza auto-cancelante de su garantía.<sup>60</sup> Estos describen la garantía mobiliaria como un derecho preferencial sobre la posesión o sobre el control de los bienes muebles, el cual no requiere que el deudor sea titular del bien garantizador.<sup>61</sup> Como se discutió antes, teniendo en cuenta que este derecho no es de propiedad, puede coexistir simultánea o sucesivamente con otros derechos posesorios. Adicionalmente, los bienes garantizadores son ilimitados (*numerus apertus*) y pueden ser presentes o futuros, corporales o incorporales.<sup>62</sup>

De acuerdo con estos principios, las garantías mobiliarias pueden ser creadas mediante un contrato o por ley.<sup>63</sup> Sin embargo, para perfeccionar tal garantía con respecto a terceros se deben cumplir otros requisitos, especialmente el de publicidad funcional.<sup>64</sup> El concepto de publicidad funcional incluye no sólo la registral sino también la posesión por

---

Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Diario Oficial de la Federación [D.O.], 13 de junio de 2003 (Mex.). Mientras que algunos de estos Decretos adoptan ciertos principios del NLCIF, otros fueron descartados en detrimento de estas importantes reformas.

<sup>56</sup> Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley 28677, 1 de Marzo, 2006. Esta Ley También descarta algunos de los Principios del NLCIFT.

<sup>57</sup> Ver Ley de Garantías Mobiliarias, en <http://www.sigloxxi.com/index.php?link=noticias-iciaid=982>, 13 de Mayo, 2006.

<sup>58</sup> El Profesor Dale B. Furnish, Investigador Senior del NLCIFT, ha estado actuando como consultor del gobierno de El Salvador en la promulgación de un estatuto inspirado en la Ley Modelo de la OEA. El borrador de esta Ley aún se encuentra en su etapa preliminar y no está disponible para la discusión pública.

<sup>59</sup> En este momento se adelanta el proceso de adopción de leyes inspiradas en la Ley Modelo de la OEA en Honduras, Costa Rica y Chile, cabe anotar que se encuentran en etapas de consideración diferentes. Durante el mes de Octubre de 2006 un grupo redactor se reunió en el NLCIFT para preparar un modelo revisado de un Decreto Ley Hondureño, el cual habrá de ser enviado al Congreso de este país durante principios del 2007. Miembros de la Corte Suprema de Honduras y de la Cámara de Comercio también se reunirán en el NLCIFT para discutir el citado modelo y para planear la redacción del reglamento de un registro electrónico comercial. En el caso de Costa Rica, durante el mes de Agosto de 2006 el Presidente Oscar Arias designó al Ingeniero Jorge Woodbridge, Vice-Ministro de Economía, para dirigir una comisión redactora de una Ley de Garantías Mobiliarias y un registro electrónico comercial para Costa Rica. El Vice Ministro Woodbridge a su vez convocó a los consultores legales para la redacción de las mismas, la cual se espera se inicie en un futuro inmediato. La Secretaría de Hacienda Chilena, por mediación de su Asesora Jurídica Lic. Leticia Celador se ha acercado al Centro Legal Internacional de Chile y al NLCIFT para que suministren su ayuda en la redacción de una Ley de Garantías Mobiliarias que sería enviada al Congreso Chileno en un futuro cercano.

<sup>60</sup> Ver Principios del NLCIFT *supra* nota 21, en el Principio 1.

<sup>61</sup> *Id.* Principio 2

<sup>62</sup> *Id.* Principio 3.

<sup>63</sup> *Id.* Principio 4.

<sup>64</sup> *Id.* Principios 5, 6 y 7.

parte del acreedor en el caso de la prenda con tenencia. El propósito fundamental de esta publicidad es el de transparencia total, eliminando así los riesgos inherentes a los gravámenes ocultos.<sup>65</sup>

Los principios recomiendan la adopción de un sistema de registro en el cual todas las garantías mobiliarias conocidas o concebidas en un futuro formen parte de una garantía unitaria, facilitando de esta manera el escalafón de prelaciones o prioridades que generalmente se basa en la regla de “primero al momento de registro, primero en el derecho”.<sup>66</sup> El registro debe ser económico y debe llevarse a cabo en un registro de fácil acceso para los terceros, independientemente de su nacionalidad o sector económico, y de ser posible éste deberá ser por medios electrónicos.

El formulario para el registro, redactado en forma estandarizada, deberá contener sólo los datos esenciales para la identificación de las partes, el monto del crédito o de la línea de crédito y la garantía del mismo de forma consistente con las necesidades de información de las partes y de los potenciales terceros con respecto a los créditos sobre los bienes del deudor. Una descripción genérica de los bienes otorgados en garantía, tal como “inventario” o “cuentas por cobrar” deberá ser suficiente. El registro deberá estar organizado por el nombre del deudor y, sólo de manera excepcional, por el número de serie de los bienes garantizados.

Cabe señalar que hay algunos países donde no se sigue la práctica de registrar la garantía mobiliaria en un registro público. La razón de la falta de registro es que los prestamistas cuentan con su propio sistema de publicidad o de acceso a información sobre el riesgo crediticio de los deudores. Sin embargo, esta información es sólo obtenible por los miembros del sistema privado de información. Es obvio que este sistema sólo puede funcionar donde existe un reducido número de prestamistas y donde los deudores son bien conocidos y tienen características negociales homogéneas, pero no es un sistema apto para aquellos mercados que tengan un creciente número de acreedores y deudores extraños entre sí.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> Por ejemplo, los banqueros en algunos mercados pertenecen a ciertas organizaciones informales de carácter privado llamadas en algunos países Latinoamericanos Centrales de Riesgo. Estas les permiten intercambiar información sobre el crédito, pago y cumplimiento de los deudores individuales. Obviamente, este tipo de organizaciones no constituye derechos con respecto a los terceros no participantes, tales como otros acreedores o compradores del deudor. Tampoco pueden asegurar a los participantes que todos los derechos sobre los bienes entregados como garantía por parte del deudor han sido tomados en cuenta por quienes compilaron la información. *Mutatis mutandis*, algunos países se inclinan por la conveniencia de los derechos de propiedad fiduciaria para algunos acreedores o por su retención de título, la cual no es registrada. Una vez más esta información no está disponible para otros acreedores o para potenciales acreedores y por tanto reduce el número de prestamistas dispuestos a otorgar un crédito.

La garantía mobiliaria para la adquisición de bienes específicos deberá tener prioridad sobre el resto de las garantías, aun sobre las que fueron constituidas con anterioridad a este tipo de garantía. Esta prelación busca incentivar a los acreedores que estén dispuestos a proporcionar créditos en el momento indicado, que resultan especialmente valiosos y necesarios para el deudor; de igual manera este tipo de créditos sirven como una salvaguarda contra la monopolización e inmovilización de las garantías disponibles por cuenta de uno o más acreedores garantizados.<sup>68</sup> El perfeccionamiento de esta garantía requerirá, adicionalmente, la debida inscripción y una notificación especial a los acreedores garantizados pre-existentes.

Tomando en cuenta la importancia de las compras de los consumidores como originarios del flujo de ingresos en la pirámide crediticia a la que hacíamos mención anteriormente, el comprador consumidor en el curso ordinario de los negocios del vendedor comprará exento de gravámenes aun en los casos en que el comprador conozca o sospeche que los bienes de consumo adquiridos han sido gravados como parte del inventario del vendedor. Sin embargo, si la venta ocurre fuera del curso ordinario de los negocios, el comprador comprará sujeto a la garantía aun en los casos en que pague el precio justo del bien gravado.<sup>69</sup>

La auto-liquidación o auto-cancelación de las garantías mobiliarias requiere que la reposición de la garantía y su ejecución se lleven a cabo mediante una ejecución extra judicial de origen contractual. Los principios del NLCIFT sugieren la adopción de un mecanismo de ejecución que le confiera al acreedor o al fiduciario acordado el poder de re-poseer o retener y ejecutar la garantía de manera privada o mediante una ejecución judicial expedita.<sup>70</sup>

La ejecución extrajudicial pacífica y sujeta a revisión judicial posterior está ganando aceptación entre los legisladores y la doctrina del mundo entero.<sup>71</sup> La Suprema Corte de Justicia de México, por ejemplo, determinó la constitucionalidad de un recurso extrajudicial asociado con el Fideicomiso de Garantía, el cual constituye la versión

---

<sup>68</sup> *Id.* Principio 8.

<sup>69</sup> *Id.* Principio 9.

<sup>70</sup> *Id.* Principio 10.

<sup>71</sup> Ver, la ley eslovaca del 9 de Agosto de 2002, que modifica el Código Civil de 1964, Art. 151-j que determina que el acreedor puede no estar de acuerdo con el deudor en la apropiación de la garantía antes del incumplimiento. En contraste, no existe prohibición sobre el *Pactum Commissorium* después del incumplimiento. Ver, la Regulación de Kosovo No. 2001/5, Art. 19.12. Para consultar opiniones doctrinales sobre la legalidad del *Pactum, Ver*, Ganka Ivanova, International Secured Transactions: Bulgaria, p. 35 (Oceana Publications, 2004) quien sostiene: "la aceptación de bienes gravados como satisfacción de una obligación garantizada está contenida en el Código de Procedimiento Civil a favor del hipotecario o del prendario bajo ejecución judicial." *Ver también*, Chrysta Bán, International Secured Transactions: Hungría, p. 29 (Oceana Publications, 2003) "a continuación del incumplimiento, el acreedor garantizado puede proponer la aceptación de los bienes gravados como pago total o parcial de la obligación garantizada. Un acuerdo anterior a el incumplimiento que, dado un incumplimiento, otorgue automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado es nulo e ineficaz, por lo tanto inejecutable." El autor agradece a Marek Dubovec, Investigador del NLCIFT, el haber proporcionado estos materiales.

mexicana del *deed of trust* estadounidense.<sup>72</sup> Adicionalmente, la Corte Suprema de Costa Rica ha validado la legalidad de un Fideicomiso de Garantía siguiendo los lineamientos de su contraparte mexicana.<sup>73</sup> Algunos doctrinos constitucionales muy respetados, incluyendo a uno de los redactores de la Constitución de Guatemala, concurren sobre la constitucionalidad de los remedios extrajudiciales del modelo de Ley sobre Garantías Mobiliarias de Guatemala.<sup>74</sup>

Teniendo en cuenta que los procedimientos de quiebra son usados comúnmente para evitar el cobro de deudas en muchas naciones en vías de desarrollo, los principios del NLCIFT recomiendan la segregación o exclusión de las garantías mobiliarias de la masa de la quiebra.<sup>75</sup> Esta también es una recomendación del Banco Mundial.<sup>76</sup> Excepcionalmente, cuando la quiebra toma la forma de una reorganización empresarial, las garantías pueden formar parte de la masa de la quiebra, quedando sujetas a la jurisdicción exclusiva de una corte o tribunal de quiebras para confirmar el perfeccionamiento de la garantía mobiliaria y de establecer su prioridad sobre las demandas de otros acreedores, con el fin de determinar la extensión y el valor de la garantía.

## V. Conclusiones y Estrategia Correctiva

El pesimismo respecto a la posibilidad de reducir la pobreza de gran parte de la población en países en vía de desarrollo merece ser re-considerado a la luz de las recientes investigaciones económicas al igual que del éxito paulatino que se observa en aquellos países que han adoptado leyes de crédito comercial garantizado. De igual manera, la conclusión de que la distribución masiva de títulos de propiedad es una condición necesaria y suficiente para el desarrollo económico también debe ser reconsiderada. En el mejor de los casos esta sería una condición necesaria pero no suficiente para ciertos créditos garantizados, principalmente los que versan sobre bienes inmuebles. La transición de un micro-crédito a un crédito comercial requiere de un sistema de garantías auto-cancelables, independientemente de si el deudor es dueño de los bienes garantizados.

---

<sup>72</sup> Para una discusión sobre esta decisión, ver Dale Beck Furnish, XVII El Debido Proceso y Derecho de Audiencia en la Ejecución Contra los Bienes del Deudor en los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América: un Análisis Comparado 119-158, No. 2 El Foro (Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2004).

<sup>73</sup> Sentencia 00005, 15/01/2003, hora 15:10, Sala Primera de la Corte Suprema. Agradezco al Lic. Joaquín Picado, miembro del grupo de trabajo del NLCIFT por el texto de esta importante opinión.

<sup>74</sup> E-mail del Lic. Carlos Molina Mencos, Doctor en Derecho, Molina Mencos, Pineda y Asociados al Dr. Boris Kozolchyk, Director del National Law Center for Inter-American Free Trade (6 de Enero, 2005) (en archivo con el autor).

<sup>75</sup> *Supra* nota 21, Principio 11.

<sup>76</sup> World Bank & Int'l Fin. Corp., *Closing a Business*, DOING BUSINESS IN 2006 67. Disponible en <http://www.doingbusiness.org/>: "quienes buscan lograr reformas en los países pobres harían mejor en enfocarse en el mejoramiento de la ejecución de la deuda garantizada fuera del proceso de quiebra, disminuyendo la participación de los tribunales." Ver también, Kenneth W. Dam, *Credit Markets, Creditors' Rights and Economic Development* 26 (John M. Olin, L. & Econ., Documento de Trabajo No. 281, Febrero, 2006, 2da serie).

Sin embargo, una estrategia correctiva para hacer que el crédito comercial y de consumo se encuentre disponible a tasas de interés más razonables en las naciones en desarrollo mediante la adopción de un sistema abierto de crédito garantizado no es una tarea fácil. Dicha tarea depende en gran parte de las características especiales del negocio y de la cultura legal del país en cuestión, así como de las respuestas a las interrogantes legales y socio-económicas claves tales como: *¿Qué tan valiosos son sus bienes y servicios en los mercados nacionales e internacionales? ¿Quiénes constituyen el mercado de consumo interno? ¿Qué tan educados y hábiles son los artesanos u obreros actuando como pequeños y medianos empresarios? ¿Qué tan picarescas son las prácticas comerciales asociadas con las ventas a crédito o con los créditos para la compra de un bien determinado? ¿Qué tan picarescas u honestas y confiables son las prácticas contables? ¿Pueden los prestamistas basarse en la información que aparece en los estados financieros? ¿Qué tan confiables son los avalúos de las garantías o los seguros comerciales? ¿Qué tan corrupta es la administración de justicia? ¿Hay síndicos o agentes fiduciarios o interventores en la quiebras respetables y honestos? ¿Son los comités de acreedores realmente representativos y confiables? ¿Qué tan desarrollados y confiables son los medios de comunicación del país o mercado en cuestión? ¿Qué tan dependiente y costoso es el transporte o depósito de mercaderías?* Estas y muchas otras variables pueden ser responsables de la viabilidad de una Ley inspirada en la Ley Modelo de la OEA y de la prontitud de su éxito.

La experiencia con el crédito comercial en Latinoamérica sugiere algunos problemas normativos comunes, cuya solución merece consideración como parte de una estrategia exitosa. Estos son:

1. Una Ley de crédito comercial garantizado no debe ser tratada como una promulgación aislada; su éxito depende de la promulgación e implementación de leyes igualmente efectivas y sensitivas al mercado sobre materias tales como la quiebra y la insolvencia, el comercio electrónico (incluyendo un registro electrónico de intereses garantizables sobre propiedad personal y real) y de leyes más funcionales y menos formalistas sobre contratos, instrumentos negociables y documentos representativos. De otra manera, cualquier protección legal a terceros acreedores obtenida mediante la ley de garantías mobiliarias se perdería debido a la falta, o a la excesiva rigidez de una ley sobre quiebras o comercio electrónico. De igual manera, la celeridad transaccional y el bajo costo de la operación crediticia, obtenidos a través de la citada ley se perderían por la imposición de costosas formalidades contenidas en las leyes de contratación, instrumentos negociables, documentos de título o mediante leyes que gobiernen las formalidades notariales o gubernamentales de estas y otras transacciones.

2. Como se hizo en los casos de Guatemala y Honduras<sup>77</sup> — y como esperamos que sea hecho en Costa Rica, El Salvador y Chile — la cuidadosa evaluación de las garantías más valiosas y líquidas en el mercado debe preceder la redacción de las disposiciones sobre el perfeccionamiento, prioridad y ejecución de la garantía mobiliaria. Por ejemplo,

---

<sup>77</sup> Ver Artículos 27-29 del Proyecto de Ley Guatemalteco y los Artículos 36-38 del Proyecto de Ley Hondureño.

asumiendo la naturaleza agraria de tal garantía en Guatemala y Honduras, las normas sobre el perfeccionamiento, la prioridad y la ejecución deben tener en cuenta el tipo de documentos o de records electrónicos *ad hoc* que confieran derechos sobre los bienes a los banqueros y compradores en la mayoría de las plazas comerciales y en los mercados internacionales para la venta de derechos tanto sobre productos existentes o futuros.<sup>78</sup>

3. Deben desarrollarse guías sobre la mejores prácticas comerciales y jurídicas y su uso debe ser monitoreado cuidadosamente. El entrenamiento y monitoreo constante del cumplimiento de estas guías debe aplicarse no sólo a los prestamistas y prestatarios, sino también a los autores de estados financieros y de reportes o avalúos de bienes o productos garantizadores, ya sea actuando como parte del grupo de trabajo de las partes o como contratistas independientes. La importancia de contar con estado financieros confiables y con certificaciones de valor— particularmente con respecto a la cantidad de garantía requerida — no puede sobre-enfatizarse. Especialmente en los casos de culturas comerciales picarescas.

4. Los abogados, jueces, registradores, mediadores y árbitros deberán ser entrenados en el funcionamiento del mercado, en la protección a terceros, en la administración e interpretación de las leyes sobre garantías mobiliarias, quiebra, comercio electrónico, contratos y registro.

El camino es arduo, pero la meta merece el esfuerzo sostenido de todos los que creemos en el derecho como un vehículo para el mejoramiento de la condición humana.

f:\shared\mariana\bk\el credito y la pobreza\_rev-dec7-06.doc

---

<sup>78</sup> Ver, e.g., Marek Dubovec, *Commodity Contracts as Hedging and Security Tools* (2006) NLCIFT Documento Ocasional, 2 de Noviembre, 2006 (Archivo del autor & el NLCIFT).

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.