



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
Facultad de Derecho

*“Los Árboles como Garantía Prendaria y la
Preservación del Recurso Forestal”*

Para optar al grado de Licenciatura en Derecho

Elaborado por

Gabriela Ruiz Juárez, 986788

02 de diciembre del 2009

Título I Aspectos generales de la prenda como derecho real y el derecho ambiental en Costa Rica

Capítulo I Derecho real de prenda

Sección I Generalidades

A. Breve historia de los derechos reales -----	1
B. Concepto de los derechos reales -----	7
1. Derecho real de propiedad-----	9
2. Diferencia con el derecho personal-----	13
3. Derechos reales de garantía-----	17
C. Naturaleza jurídica de los derechos reales de garantía -----	19
D. Características de los derechos reales -----	20
1. Sujetos del derecho real-----	20
2. Objeto de derecho real-----	21
3. Singularidad de su adquisición-----	21
E. Clasificación de los derechos reales de garantía -----	25
La Prenda-----	27
1. Breve historia-----	27
2. Concepto de la prenda-----	27
3. Naturaleza Jurídica de la prenda-----	31
4. Características de la prenda-----	33
5. Clasificación de la prenda-----	35
6. Constitución de la prenda-----	40
7. Ejecución forzosa de la prenda-----	45
8. Extinción de la prenda-----	48

Sección II Diferencias y especificidades del derecho real de prenda respecto a otras figuras del derecho

A. Fianza -----	50
B. Hipoteca -----	52
1. Reseña histórica de la hipoteca-----	52
2. Concepto de la hipoteca-----	53
3. Naturaleza jurídica de la hipoteca-----	55
4. Características de la hipoteca-----	55
5. Ejecución de la hipoteca-----	57
6. Extinción de la hipoteca-----	59
C. Cédulas Hipotecarias -----	60
1. Breve Historia de la cédulas hipotecarias-----	60
2. Concepto de cédulas hipotecarias-----	60
3. Características de la cédula hipotecaria-----	61
4. Diferencia con la hipoteca común-----	63
5. Naturaleza Jurídica de la cédula hipotecaria-----	63

6. Constitución d la cédula hipotecaria-----	65
7. Extinción de la cédula hipotecaria-----	66

Capítulo II Derecho ambiental

Sección I Generalidades

A. Reseña Histórica del derecho ambiental-----	71
B. Concepto del derecho ambiental-----	73
C. Naturaleza Jurídica del derecho ambiental-----	74
D. Características del derecho ambiental-----	78

Sección II Principios y estructuración del derecho ambiental

A. Principios del derecho ambiental-----	81
B. Constitución y Regulación del derecho ambiental-----	91
C. Interés Público del derecho ambiental-----	94

Título II Particularidades de la prenda de árbol en pie

Capítulo I Prenda de árbol en pie

Sección I Generalidades

A. Definición de la prenda de árbol en pie-----	97
B. Naturaleza Jurídica de la prenda de árbol en pie-----	98
C. Características de la pignoración de árboles-----	103
D. Constitución de la prenda de árbol en pie-----	105
E. Ejecución de la prenda de árbol en pie-----	111
F. Extinción de la prenda de árbol en pie-----	116

Sección II Inscripción registral de la prenda de árbol en pie

A. Titularidad de la prenda de árbol en pie-----	118
B. Requisitos para la titulación de la prenda de árbol en pie -----	120
C. Implicaciones jurídicas del árbol dado como garantía prendaria-----	124
D. Conflicto de intereses entre los derechos reales de garantía-----	127
E. Implicaciones penales de la prenda de árbol en pie-----	130

Capítulo II Choque de intereses entre la prenda de árbol en pie y la protección al ambiente

Sección I. Intereses y bien jurídico tutelado

A. Conflicto de intereses entre los derechos reales de garantía-----	135
B. La cesión de créditos en las cédulas hipotecarias y prendarias-----	138

Conclusiones -----	144
---------------------------	-----

Bibliografía -----	147
---------------------------	-----

Normativa -----	151
------------------------	-----

Anexos -----	152
---------------------	-----

Introducción

Por todos los esfuerzos que en la actualidad el ser humano realiza para revertir el daño ambiental es que las normas tendientes a la protección del mismo no deja de tener interés, los principios en los que se basa el derecho ambiental son en beneficio de la colectividad y la legitimación ampliada que se da con el derecho ambiental hace que todos y cada uno de los seres humanos podamos ejercer la acción en procura del respeto al medio ambiente.

A pesar de toda la evolución tecnológica, científica y demás áreas del conocimiento racional, se trata de crear, implementar y adaptar viendo la manera de contrarrestar el daño y así proteger lo más posible al ambiente, o sea a todos. Sin embargo, esa protección ambiental en muchas ocasiones puede venir a generar una limitación a la esfera de acción de los particulares, por ello surge la hipótesis del presente trabajo de investigación y se pone en evidencia que los derechos de los particulares deben respetar los derechos de la colectividad, porque, a pesar de ser derechos reales, hay regulaciones como las ambientales que no le dan la potestad de ser irrestrictos. Por ello, la hipótesis se describe: En nuestro ordenamiento jurídico hay figuras que por su naturaleza se contraponen, así tenemos a los derechos colectivos ambientales y al derecho privado de los particulares que pueda recaer sobre recursos forestales. El presente estudio analiza la figura de la prenda de árbol en pie como un derecho real de garantía, en función de los conflictos que genera éste frente a la normativa de otros derechos reales como la hipoteca y cédulas hipotecarias y hasta normativa de la protección ambiental, orientados a que ésta prenda especial puede ser una oportunidad útil, actual, y equilibrada para la protección del recurso forestal y los intereses de los particulares a la vez.

El objetivo general de la presente investigación va orientado a fundamentar las bases de creación de la prenda de árbol en pie tomando en cuenta las fuentes del derecho y analizándolas, trabajos de campo y otros medios informativos los

atributos que posee la figura de la garantía prendaria sobre los árboles en pie, el bien jurídico tutelado y los límites de esa garantía por normas orientadas a la protección ambiental.

Una posibilidad puesta a merced de las personas para tratar de resguardar el medio ambiente, es la capacidad que tiene el derecho de crear figuras jurídicas conforme a las necesidades emergentes de la sociedad, esta característica de adaptación a los cambios, es la que da vida a las diferentes fuentes del derecho y así, pueden utilizarse nuevos institutos para traer beneficios entre las relaciones de los diversos sujetos del derecho.

Mediante la siguiente investigación se quiere presentar como parte de los objetivos específicos los siguientes: primero, describir los aspectos históricos y generales de la prenda como derecho real de garantía. De acuerdo a este objetivo se desarrollan las generalidades del derecho real de prenda, hipoteca, fianza, cédula hipotecaria y prendaria tomando en cuenta las características de la teoría general de los derechos reales de garantía, como concepción, naturaleza jurídica, características e historia, con las bases de fuentes bibliográficas estudiadas dentro del capítulo y título primeros del trabajo.

En ese mismo sentido teórico, el segundo objetivo específico consiste en: Delimitar el material relacionado con el derecho ambiental (en materia forestal). Esa recopilación informativa de derecho ambiental, consiste en desarrollar sus principios, historia, y definiciones, sin omitir el aspecto normativo dentro del ordenamiento jurídico y en ese punto precisamente se toma de la fuente directa de la Ley y la doctrina. Lo anterior se enmarca en el segundo capítulo del título primero de la tesis.

El contrato de la prenda sobre árboles en pie surge a la vida jurídica por diversas necesidades ya que en muchas ocasiones las personas no tienen bienes a su disposición, no pueden ponerlos a soportar otros gravámenes porque ya pesan

otros anteriores, o simplemente no quieren gravar sus bienes inmuebles aunque no tengan gravámenes sobre ellos pero, dentro de ese inmueble, existen árboles plantados con maderas de mucho valor cuantificado por la edad de estos árboles, el tipo de madera u otras características estudiadas con profesionales en entrevistas directas, bibliografía y doctrina relacionada, como Leyes que regulan el marco jurídico del derecho ambiental en materia forestal y otras a fin. Por sus atributos de derecho real de garantía tienen requisitos particulares para que se pueda inscribir, surtir efectos en la vida jurídica y ser vinculante “*erga omnes*”.

Esta posición de la prenda de árbol en pie precisamente se denota en el segundo título, capítulo dos de la Investigación y se menciona en el objetivo específico tercero. Se propone una regulación más completa dentro del sistema de “*numerus apertus*” en los derechos reales de garantía para la protección del ambiente con la doble inscripción del contrato en el Registro Nacional y Concejos Ambientales que administra el Estado, para coordinar la protección correspondiente al Estado, según nuestra Constitución Política. En este apartado también se incluye el objetivo específico quinto por tener relación directa, ya que ese objetivo pretende: Visualizar la prenda de árbol en pie y la vinculación con la protección ambiental.

La prenda de árbol en pie fue creada para beneficiar a las personas y proteger el ambiente a la vez, porque se puede aprovechar el árbol sin necesidad de cotarlo y además permite la coexistencia simultánea con otros derechos reales de garantía, constituyéndose en un contrato innovador. Por ello, en el objetivo específico cuarto se determinó hacer una comparación y análisis de la figura de la prenda de árbol en pie con la hipoteca y cédulas hipotecarias, se individualiza en el título segundo del capítulo dos, en el cual se declara el conflicto de intereses que puede darse entre estas regulaciones. Y de una vez se toma el objetivo específico sexto que lleva la intención de: Proponer una regulación más completa dentro del sistema de *numerus apertus* de los derechos reales de garantía para la protección del ambiente, esto en virtud de que el contrato de prenda de árbol en pie se formalice a la luz del Reglamento de pignoración de árboles y entre otros

datos el Manual de Pignoración de árboles propuesto por Fondo de Financiamiento Forestal, para que se tomen en cuenta las premisas que se establecen en estos dos instrumentos ideales para llevar a una buena práctica de la prenda en estudio.

También se despliega en la presente investigación a la luz del objetivo sexto, un razonamiento encauzado a las implicaciones penales de la aplicación de la prenda de árbol en pie, en el cual se considera las prevenciones y prohibiciones existentes al momento de constitución de la misma ya que no se pueden preñar árboles en los bienes que pertenecen al Estado, entre otras.

La estructura de la misma consta de dos títulos, el primero se divide en dos capítulos y el segundo título en tres capítulos, los cuales complementan así:

El título primero capítulo primero nos introduce a la generalidad de los derechos reales, en dos secciones, en la sección primera, una breve historia y origen de los derechos reales, diferencias con los derechos personales y de la prenda haciendo referencia al derecho civil desde roma, concepto, naturaleza jurídica, características y clasificación de esta figura. La segunda sección de éste primer capítulo, se conforma de las diferencias del derecho real de garantía conocido como la prenda con otras figuras del derecho y demás aspectos importantes de ésta como la constitución, regulación y extinción de la misma.

Un segundo capítulo, que corresponde a la recopilación de información sobre el derecho ambiental en Costa Rica, para estructurar su especialidad y estudiar el rango de importancia que se le da a ésta rama del derecho. Se tratará una pequeña evolución histórica, el concepto, su naturaleza jurídica, características y el bien jurídico tutelado en la normativa nacional.

El segundo título se denomina Particularidades de la “Prenda de Árbol en Pie”, en el cual, un primer capítulo contiene dos secciones, donde la primera sección se compone de la definición de ésta figura, su naturaleza jurídica, las características,

constitución, y como se ejecuta. Posteriormente, la sección segunda está integrada por los aspectos que registralmente debe poseer la prenda de árbol en pie, titularidad, requisitos, alcances de la inscripción de ésta figura jurídica.

El segundo capítulo se dedicará completamente a la contraposición existente con el derecho de propiedad, hipoteca y cédulas hipotecarias.

El presente trabajo de investigación tal y como se menciona a grandes rasgos anteriormente, haya sus cimientos con información de campo, realizado mediante entrevistas planificadas ante ingenieros forestales en MINAET, CEDARENA, FONAFIFO y otros, que felicitan incluso materiales como directrices, documentos internos de esas instituciones visitadas en las que a grandes rasgos se encuentra información que favorece la tesis. Un ejemplo de eso, es el manual de pignoración de árboles que facilita el ingeniero Héctor Arce de FONAFIFO.

En la parte de contenidos teóricos, como historia, definiciones, características y clasificaciones, la investigación bibliográfica es fundamental para todo el desarrollo en los temas de derechos reales, figuras de derechos reales de garantía, derecho ambiental, principios y algunas generalidades de la prenda de árbol en pie.

La revisión y selección de estos contenidos teóricos, se materializa en las bibliotecas de la Universidad de Costa Rica y de la Corte Suprema de Justicia principal.

Las fuentes del derecho son muy importantes para enriquecer los temas investigados, una es la jurisprudencia de la Sala primera y Sala cuarta, referentes al tema de derechos reales de garantía y derecho ambiental y otra, la legislación relacionada con la existencia, naturaleza jurídica, constitución y otros, en donde se encuentra la base de nuestro derecho. Se toma en cuenta reglamentos, códigos, leyes especiales, carta magna y otros.

Se menciona tratados internacionales en la parte general de derecho ambiental.

No hay en esta investigación derecho comparado.

Se realiza una selección de documentación para la argumentación de la investigación propuesta, con un análisis de todo el material obtenido quedando lo más significativo a criterio de la suscrita.

Es una investigación amplia de resultados puntuales, que indiscutiblemente enriquece nuestro conocimiento porque invita a la exploración de nuevas formas de negociar con lo que ya se cuenta y a pesar de no encontrar un panorama definido en nuestro sistema jurídico no obsta para no asumir el reto de constituirlo e ir llenando lagunas jurídicas y así poner en practica las normas generales y principios del derecho. Tal y como lo indican las conclusiones a las que se llegan.

Título I. Aspectos generales de la prenda como derecho real y derechos ambientales en Costa Rica

Capítulo I. Derecho reales de prenda

Sección I Generalidades

A. Breve historia:

Para referirnos a la historia es necesario remontarnos a Roma, donde debe resaltarse que en el Derecho Romano Primitivo no podían captarse distintas categorías de los derechos, puesto que solo existía el poder casi soberano del “pater familias” sobre todas las personas y cosas que le estaban sometidas o con los que tuviera vínculos familiares.¹

La raíz de los derechos reales se encuentra en el derecho civil que en Roma se llamaba “ius civile”, refiriéndose al derecho del ciudadano y más concretamente al ciudadano romano. Según Albaladejo: *“es el derecho privado general, que regula las relaciones más comunes de la convivencia humana; o sea, el que regula la personalidad, la familia las relaciones patrimoniales, las cuales son de obligación, de los derechos reales y de sucesión ‘mortis causa’”*.²

“Hasta la sanción de la Ley Poetilia Papiria (428 ó 441 de Roma, 326 ó 313 antes de Cristo), no aparecía con nitidez la separación entre los derechos reales y los personales. Así el que tenía un derecho sobre una cosa, para ejercitarlo y hacerlo

¹ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (Jorge) El Derecho Real, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1974. p.22.

² ALBALADEJO (Manuel), Derecho Civil, Barcelona, Librería Bosch, Novena Edición, Tomo III, 2002, P.13.

valer se dirigía directamente hacia el deudor en virtud de un 'nexum' (suerte de esclavitud) quedándole sometido."³

Con la citada Ley, la ejecución que antes se ejercitaba contra la persona deudora se enderezó desde entonces contra su patrimonio. Así hasta que se publicó la Ley Poetilia Papiria el derecho personal se estructuraba como derecho real y el derecho real no se conformó originalmente como un derecho absoluto, ejercitable contra cualquiera, sino como uno relativo contra el antecesor, ya que la adquisición del derecho, antes bien, estaba condicionada por las obligaciones asumidas por el enajenante, que debía asegurar la posesión pacífica al adquirente y su defensa contra terceros.

La clasificación de los derechos reales y los personales no aparece en Roma en forma expresa, pero sí implícita en la clasificación de los medios para obtener protección judicial, éstos medios eran las acciones.⁴

Las acciones se diferenciaban en el proceso conocido como "legis acciones", o sea la actividad por la ley. Para determinar que se resolvía en las acciones, los comentadores emplearon varias expresiones sobre la base de que si la acción era el medio de hacer valer el derecho en justicia, la división de las acciones en personales y reales no podía sino responder a la clasificación de los derechos, que según ellos tendían a proteger, así, derechos reales y derechos personales.

Así, nace el término de los derechos reales con las expresiones equivalentes a las "actio realis" y "actio personalis", definiendo las acciones de acuerdo al derecho protegido.⁵

³ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (Jorge) Op. cit. p.22.

⁴ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (Jorge) El Derecho Real, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1974, p 22 y 23.

Hoy la teoría se desarrolla en atención al derecho subjetivo, no a su sanción y alcanza científicamente un alto grado de elaboración, si bien es cierto esta distinción secular se mantiene todavía actual, el análisis fundamental que la acompaña debe estar complementado con observaciones importantes.⁶

El derecho real y el personal se diferencian por su estructura, el derecho real está dotado de atributos que faltan al derecho personal, si todo el derecho subjetivo es una relación entre dos personas, el derecho real aparece como una relación entre una persona y una cosa.

Con la prenda se evitaban los aludidos inconvenientes. En ella no se transmitía al acreedor la propiedad de la cosa, sino únicamente la posesión *ius possidendi*, acompañada cuando el derecho de prenda así ya definitivamente configurado, de la facultad de vender el objeto dado en garantía, indemnizándose con el precio del mismo incumplimiento de la obligación *ius distrahendi*.

De lo dicho se infiere que, aún cuando en la práctica y como costumbre desprovista de protección legal fuese utilizada la prenda desde las épocas muy remotas, no pudo adquirir rango de institución jurídica hasta que aparece la protección judicial de la posesión por medio de los interdictos. Sólo cuando dispone de éstos para sostenerse en la posesión de la cosa que se le ha dejado en prenda, se hace jurídicamente firme la postura del acreedor pignoraticio.

Durante mucho tiempo la constitución del pignus como tal, no concedía al acreedor pignoraticio otra facultad que la de retener la cosa mientras no fuese

⁵ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (Jorge), Op cit. p 30.

⁶ CORNÚ (Gerard), Los Bienes Antología de Derechos Reales, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, p 77 y 78.

satisfecha la deuda. La fuerza asegurativa de la prenda radicaba exclusivamente en la coacción que supusiese tal relación. Con el pignus en si no se obtenía otra finalidad, pero se acordaba a su constitución un pacto por el cual se convenía que, una vez cumplida la obligación, el acreedor se convertía en propietario de la cosa dada en prenda (*pacto de lex commissoria*), o bien se acordaba en dicho pacto que el acreedor pudiese vender el objeto y cobrarse con el precio (*pactum de distrayendo pignore*).⁷

El primer tipo de pacto se prohibió por Constantino; el segundo, acabó haciéndose consustancial con la prenda. La jurisprudencia, en este tiempo, estableció que al constituirse la prenda se sobrentendía tácitamente el pacto que concedía al "*ius distrahendi*". Este pasó así de ser un elemento o cláusula accidental a ser un requisito natural de la prenda, en la cuál, salvo expresa eliminación formulada por la partes, se daría siempre. Justiniano avanzó más, disponiendo que tal convenio de eliminación del "*ius vendendi*" no tuviera otro efecto que el de la necesidad de tres notificaciones precisas del deudor para poder proceder a la venta. Con lo que el *ius distrahendi* pasó a ser elemento esencial del pignus y este derecho real quedó plenamente configurado.⁸

Se dice que los griegos fueron los primeros, desde tiempos inmemoriales, en establecer la institución hipotecaria.

Tiene un origen de desconfianza humana. Consistía en una cosa o compromiso dada para asegurar el cumplimiento de algo.

⁷ ARIAS RAMOS (J), op. cit. p 38.

⁸ ARIAS RAMOS. Op cit p.322.

Si se establecía de simple palabra era una promesa, si era por escrito obligaba al cumplimiento de obligaciones.

El gravamen se hacía ostensible como advertencia a los terceros y demás interesados, por medio de una inscripción colocada en columnas o maderos llamados oros, que se fijaban en el fundo hipotecado, costumbre existente todavía en el siglo cuarto antes de la era informal en que vivió Demóstenes, y que revela la sencillez y probidad de aquellos tiempos, puesto que a pesar de ser ese signo de tan fácil remoción, todos lo respetaban, y con él quedaban defendidos los derechos de acreedor contra terceros adquirentes o contra acreedores posteriores.⁹

Los romanos adoptaron la hipoteca, pero a la publicidad de ella no le dieron buena acogida, prefiriendo que permaneciera oculta, probablemente por los inconvenientes que a los deudos traía la notoriedad de los compromisos que agravaba su patrimonio. Así en Roma bastaba la estipulación, escrita o verbal, para establecer la hipoteca, que podía referirse tanto a un bien determinado, como a todos los que pertenecieran al deudor, en lo presente y en lo futuro.

Como desde luego se comprende, este sistema facilitaba a las personas inescrupulosas el medio de defraudar, haciendo aparecer como libres, bienes que no lo estaban, por hallarse hipotecados.

⁹ OCALLAGAN MUÑOZ (Xavier). Compendio de Derecho Civil, San José, Editorial de Derecho Reunidas, Tomo I, 1985, p 133.

Más para evitar el inconveniente resultante de la carencia de publicidad, el legislador estableció severos castigos contra lo reos de estelionato. Sin embargo, no tuvieron en la vida romana la importancia que presentan en la época moderna, en la que los romanos mostraron siempre especial preferencia cuando se trataba de asegurar el cumplimiento de obligaciones, por la garantía personal (cautio, fianza), consistente en colocar al lado del deudor principal otro u otros (fiadores) que se comprometían asimismo a pagarla deuda. Pero de todos modos, aunque las garantías de carácter real y especialmente la hipoteca, no alcanzaron el auge que si alcanzaron en los derechos modernos, también en Roma se utilizó, como medio de dar seguridad al acreedor, cuando concedía a éste determinadas facultades directamente sobre cosas del mismo deudor o de una tercera persona; facultades que constituían por sus características, y especialmente por acciones que las amparaban, figuras autónomas de "*iura in re aliena*".¹⁰ Tales derechos reales son la prenda (pignus) y la hipoteca, preciso es tener en cuenta, sin embargo, que pignus e hipoteca no son en derecho romano los únicos medios ni los más antiguos de asegurar las obligaciones concediendo a los acreedores derechos sobre deudas del deudor o de un tercero. A la prenda y a la hipoteca precedió, y coexistió después con ellas durante mucho tiempo, otra modalidad garantía real, la cual, aunque no da lugar a ningún tipo especial "*ius in re*", porque lo que concede al acreedor es sencillamente la propiedad, se utilizó mucho en las épocas antiguas y clásica, constituyendo el primer eslabón del desarrollo de los derechos reales de garantía en derecho romano: es la fiducia.¹¹

¹⁰ ARIAS RAMOS (J), op. cit. 320.

¹¹ *Ibid.* p 319.

B. Concepto de los derechos reales:

Entre las definiciones que enmarcan el contenido de los derechos reales tenemos los siguientes según el Código Civil costarricense el derecho real consiste de acuerdo al artículo 259:

“Derecho real es el que se tiene en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona. Todo derecho real supone el dominio o la limitación de alguno o algunos de los derechos que este comprende. El derecho real puede constituirse para garantizar una obligación puramente personal.”

“Derecho real es la potestad sobre una o más cosas objeto de derecho”.¹²

También se considera:

“ Es la potestad personal sobre una o más cosas objetos del derecho. Existe una facultad cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otro sujeto. Por tanto, derecho real constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa: aquella como sujeto, y ésta cual objeto”.¹³

¹² CABANELLAS DE LAS TORRES (Guillermo). Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Decimocuarta edición, 2000, p 123.

¹³ CABANELLAS (Guillermo), Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina. 18 edición editorial Heliasta S.R.L. 1981. Tomo III P. 149.

De manera más resumida:

*“El derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos a saber: la persona, que es el sujeto activo de derecho, y la cosa, que es el objeto”.*¹⁴

Otra concepción:

*“Los derechos reales son aquellos que crean una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona al poder de la cual ella se encuentra sometida de una manera más o menos completa, siendo, por eso mismo, susceptibles de ser ejercidos no solamente contra tal persona determinada, sino contra todos”*¹⁵

El derecho real ha sido concebido tradicionalmente como integrado por dos elementos: el sujeto o titular del derecho y la cosa u objeto de él. Entre el sujeto y la cosa se establece una relación directa o inmediata, un poder que permite al titular obtener de ella una utilidad mayor o menor sin necesidad o con exclusión de la intervención de otra persona.

En la doctrina más moderna se entiende el derecho real como el poder otorgado por el ordenamiento jurídico, inmediato y absoluto sobre una cosa, que implica en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma.¹⁶

¹⁴ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (Jorge), Op cit. p 34.

¹⁵ CABANELAS DE LAS TORRES (Guillermo), op cit. p 34.

¹⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ (Xavier), Compendio de Derecho Civil, San José, Editorial de Derecho Reunidas, Tomo I, 1985 p15.

El poder inmediato que tiene el titular de una cosa “jus in re” se define como inherencia.

B. 1. Derecho real de propiedad

a. Derecho de propiedad derecho real por excelencia (sus atributos)

Es importante denotar que es el derecho real por excelencia y del cual se parte para ejemplificar este tema; porque goza de todos los atributos citados anteriormente de derecho real, la inherencia, enajenación, inmediatez y absoluta, de hecho la Constitución Política en su numeral 45 señala;

La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la Ley...

La Sala Constitucional en su voto de las catorce horas y cincuenta minutos del doce de noviembre del dos mil ocho, que es resolución número N° 2008016972 sobre el tema de la Usucapion, nos trae una concepción más amplia sobre la inviolabilidad de la propiedad y tenemos ciertas variantes sobre el carácter irrestricto de las limitaciones de la propiedad, que tomaremos en cuenta.

“IV. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA. Con fundamento en lo anterior, cabe concluir que no hay posibilidad meramente lógica, de que existan derechos ilimitados, puesto que es la esencia misma del orden jurídico articular un sistema de límites entre las posiciones de

todos los sujetos, y un derecho subjetivo ilimitado podría ser causa de la destrucción del orden jurídico, es decir, podría ser incompatible con él. La misión de la Ley no es hacer excepciones a la supuesta ilimitación previa de los derechos fundamentales, sino precisamente diseñarlos y definirlos a efecto de su articulación dentro del concierto social. Esto no es una excepción en el caso de la regulación del derecho de propiedad, creación indiscutible y directa del ordenamiento jurídico. Así, la posición del carácter absoluto de la propiedad, como derecho ilimitado y exclusivo, sólo afectado por motivos de expropiación para construir obras públicas - única limitación admitida en el siglo pasado, ha sido sustituida por una nueva visión de la propiedad, que sin dejar de estar regulada como un derecho subjetivo, prevé que sus poderes son limitados y que además, está sujeta a deberes y obligaciones" (sentencia número 04205-96, de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como lo afirma la doctrina y jurisprudencia constitucional), el ejercicio de los derechos fundamentales no es irrestricto ni absoluto, sino que, precisamente por desarrollarse en el marco de la convivencia social es que resulta posible la implementación de limitaciones razonables y que sean acordes con los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Constitución Política.

X.- DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. A partir de lo indicado en el considerando anterior, la conceptualización del derecho de propiedad se completa con la introducción del elemento esencial de la "función social" de la

propiedad; el cual está contenido en el párrafo segundo del artículo 45 constitucional, y en virtud de la cual, la Asamblea Legislativa está legitimada para imponerle limitaciones de interés social a la propiedad, mediante ley aprobada con mayoría calificada, requisito que valga aclarar, es sustancial y no meramente formal. Como se indicó anteriormente, se trata de una reforma del artículo 29 de la Constitución de mil ochocientos setenta y uno, en mil novecientos cuarenta y tres, texto que sirvió de base en la discusión que se suscitó en torno a este tema en la Asamblea Nacional Constituyente, por lo que bien puede afirmarse que a partir de esa fecha -dos de julio de mil novecientos cuarenta y tres- se reconoce este concepto en nuestro país, según lo aseveraron los propios constituyentes en su oportunidad, para quienes, a partir de esa disposición se excluye toda consideración de que la propiedad privada interesa sólo a su titular, desconociendo las consecuencias que en la sociedad pueda producir el desordenado o arbitrario ejercicio de este derecho; ya que se tutela y protege el derecho a la propiedad en tanto éste se reconoce y se garantiza, porque se sabe útil y conveniente su existencia para el desarrollo de la economía nacional, pero se garantiza dentro de las limitaciones lógicas que le impone el hecho de su función social; que no puede ser por tanto un concepto absoluto e inviolable. [...]"
(Comentario del diputado Rodrigo Facio. Actas de la Constituyente de mil novecientos cuarenta y nueve. Tomo II., páginas 465 y siguientes).

Es claro que el principio de la propiedad como función social es universal, y se impone por las condiciones mismas de la convivencia; es decir, como una respuesta a las necesidades del mundo moderno en la economía de los países

libres, la cual debe ajustarse no sólo para beneficio de los propietarios, sino para el de toda la sociedad, el que se incluyen los otros factores de la producción (consumidores), es decir, para beneficio de todos los elementos cuya concurrencia hace posible que se produzcan las ganancias que se derivan de la propiedad privada, según lo ha considerado la jurisprudencia constitucional:

"Tales limitaciones al derecho de propiedad son producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad, la misma que garantiza ese derecho, pero que lo somete a ciertas regulaciones con la finalidad de alcanzar un disfrute óptimo y armónico de los derechos de todos los individuos y que se caracterizan, como tesis de principio, por no ser indemnizables" (sentencia número 04205-96, supra citada).

Por oposición, se configura el derecho personal con tres elementos: el sujeto activo (titular del derecho), el sujeto pasivo (obligado) y el objeto (la prestación: dar, hacer o no hacer).¹⁷

Todos los autores citados concuerdan en aspectos básicos para definir los derechos reales, tales como; los elementos que se necesitan para configurarlo, sujeto, objeto y la relación que los vincula, la cuál corresponde a un poder directo, inmediato que permite al titular de ese derecho obrar con la cosa a su manera e interponer ese derecho frente a los demás, que deberán abstenerse de actuar, o sea que es absoluto, "erga omnes" (frente a todos). Por eso es preferible denotar las antinomias que existen en estos derechos como se indican a continuación.

¹⁷ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (Jorge), op. cit., p 34 y 35.

b. Diferencia con el derecho personal:

Es importante definir la concepción de derecho personal que Gerard Conú establece como;

“Derecho en virtud del cual el deudor está obligado ante el acreedor a cumplir con una determinada prestación”¹⁸

El Código Civil Costarricense establece en el numeral 260, que derecho personal es:

El derecho personal sólo puede reclamarse de persona cierta y que por un hecho suyo o por disposición de la ley haya contraído la obligación correlativa.

Esta relación se denomina obligación que es un lazo jurídico (*vinculum juris*), en virtud del cuál una persona sujeto activo de la obligación está en el derecho de exigir a otro, sujeto pasivo de la obligación el cumplimiento de una prestación (objeto de la obligación). El lado activo de la obligación se llama crédito y el lado pasivo se llama deuda.¹⁹

En el derecho personal el objeto de la obligación es variable, la prestación es de naturaleza diversa y puede consistir en un hacer o un no hacer algo.

¹⁸ CORNÚ (Gerard) Los Bienes Antología de Derechos Reales, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, San José, p 80

¹⁹ CORNÚ (Gerard), Los Bienes, Antología Op cit p 80.

Otra complicación está en las modalidades que pueden afectar la relación. La obligación pura y simple obliga a un solo deudor ante un solo acreedor a una prestación única, debida y firme sin dilación. Sin embargo la obligación puede comprometer a varios deudores ante varios acreedores o varias prestaciones debidas acumulativas o alternativamente.

El deudor puede adeudar a un plazo o sometido a condiciones, las cuales se dan bajo el supuesto de que ocurra o no determinado hecho. Las figuras de complicación se pueden presentar juntas o separadas.

Luego, la relación de obligación es más compleja porque a decir verdad se desdobla. La reflexión doctrinal ha descubierto dos relaciones diferentes; el debitum (deber) y el obligatio (apremio). Aflora un desdoblamiento: la deuda corresponde a una relación personal entre deudor y acreedor a un deber de la persona, pero en cuanto se manifiesta el poder del acreedor sobre el patrimonio del deudor aparece otra relación subyacente. La obligación desencadena, en ese caso, un poder de coacción que dentro de nuestro sistema jurídico no alcanza directamente a la persona, sino a sus bienes, ciertamente es el deudor el que debe, pero es el patrimonio el que responde por la deuda, la persona y los bienes son incautados, deber apremio.²⁰

Ciertos ordenamientos legislativos, por peculiar al respecto el argentino, declaran que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley si por contrato o disposición de última voluntad se constituye algún otro de esta índole o se

²⁰ CORNÚ (Gerard) Los bienes Antología p 81

modifica cualquiera de los codificadores, tal constitución se considera simple derecho personal.

En nota el codificador civil de argentina se establece y recuerda importantes elementos para diferenciar estas categorías jurídicas. Frente a la dualidad de elementos del derecho real (persona y cosa), el derecho personal exige tres miembros; un sujeto activo (acreedor), un sujeto pasivo (deudor) y la cosa o hecho en que su objeto consista. El real comprende derecho sobre un objeto existente; el personal, el derecho a una prestación, a un objeto que ha de ser realizado por una acción. El titular del derecho real puede reivindicarlo o ejercerlo contra todo poseedor; el de un derecho personal, sólo del obligado a la prestación. En el primero, la prioridad en el tiempo significa preferencia en derecho; en el segundo, por lo general, no. En el derecho real no hay intermediario entre el titular y el objeto; en el personal se llega al objeto a través de la otra parte. Aquel exige la existencia actual de la cosa; en el personal puede prometerse algo futuro.²¹

Por ello tenemos en nuestro ordenamiento jurídico jurisprudencia que se refiere a estas diferencias en el Voto 655-F-04 del TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Goicoechea, dictada a las quince horas diez minutos del dieciséis de setiembre del dos mil cuatro, en Proceso Ejecutivo Simple planteado por Banco de Costa Rica, contra Ganadera

²¹ CABANELLAS (GUILLERMO), Op. cit. p.149.

la Palmera del Norte Sociedad Anónima, en el considerando ocho se menciona diferencias sobre las garantías reales y personales de la siguiente manera;

viii.- de las garantías reales (prenda, hipoteca) se distinguen las garantías personales. En estas, una persona garantiza, con su propio patrimonio, el cumplimiento de una obligación ajena. Figura típica de garantías personales es la fianza: el contrato en virtud del cual una persona, el fiador, garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, obligándose personalmente con el acreedor.

El efecto que produce es la responsabilidad solidaria, del deudor y del fiador, a favor del acreedor. Este puede, a su parecer, exigir el pago de uno o del otro, sin necesidad de dirigirse primero contra el deudor principal. De este modo, el acreedor podrá hacer uso de la responsabilidad patrimonial de una o de ambas personas, pues encuentra la garantía de su crédito tanto en el patrimonio del deudor principal como del fiador. El fiador se convierte, al mismo tiempo, en deudor. Su obligación es subsidiaria respecto a la obligación garantizada, es decir, es válida solo si la obligación del deudor principal tiene validez. En otros términos, la causa del contrato de fianza es la garantía de un débito ajeno: si este falta, la causa de la fianza desaparece tratándose del contrato de prenda. Por ello, la fianza no puede exceder lo que es debido por el deudor. El fiador puede oponer al acreedor las excepciones correspondientes al deudor principal, comprendida la excepción de compensación. Si el acreedor se dirige contra el deudor principal, y éste paga, se extingue la obligación principal, y, en consecuencia, la fianza. En sentido contrario, si el acreedor se dirige contra el fiador, quien cancela la deuda, éste tiene la acción de regreso sobre el deudor principal para el reembolso de lo que ha pagado.

2. Derechos reales de garantía:

Los derechos reales de garantía, por otro lado, se llaman así, porque son constituidos a favor de un acreedor para forzar la obligación asegurándole el pago de la misma.²²

*“La garantía es vista como; caución, seguridad o protección frente a un peligro o frente a un riesgo”.*²³

El que tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación estableciendo trabas para enajenar la cosa que ha de responder eventualmente ante el titular del crédito o derecho. Las tres especies tradicionales son la hipoteca, la prenda...²⁴

*“Es un derecho donde según Brenes Córdoba; la relación es indirecta, pues hay de por medio, una obligación cuyo cumplimiento está garantizado con el valor de la cosa; y sólo en caso de que no se cumpla el compromiso puede el acreedor perseguir la que le fue dada en garantía”.*²⁵

Según el artículo 981 del Código Civil costarricense se justifica la existencia de los derechos reales de garantía cuando establece:

²² ARIAS RAMOS (J), Derecho Romano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Undécima Edición, Tomo I, 1969, p 319.

²³ CABANELLAS TORRES (Guillermo), op. cit. p 178.

²⁴ CABANELLAS DE LAS TORRES (Guillermo), 1981 op cit p 150

²⁵ BRENES CÓRDOBA (Alberto), Tratado de los Bienes, San José, Editorial Juricentro, 1981, 22.

Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas. Sin embargo, las cláusulas de inembargabilidad son válidas cuando hubieren sido impuestas en los términos y condiciones del artículo 292.

En virtud del principio de quien se obliga, obliga lo suyo. Los bienes de todo deudor responden a la satisfacción de sus compromisos; pero tal seguridad vaga e inconsciente como es, no inspira suficiente confianza para llevar a cabo operaciones contractuales de alguna significación. El acreedor necesita seguridades determinadas y permanentes que a la vez le pongan a cubierto del peligro que entraña la posible insolvencia del deudor, que a su vez, le permitan tener en un momento dado el negociar su crédito, a fin de procurarse los fondos a su menester. Por eso desde muy antiguo se estableció la garantía real, llamada así por versar sobre cosa determinada. Aunque el derecho que el acreedor complete en el bien dado en garantía consista en la facultad de hacerse pagar con su valor si hay falta de cumplimiento de la obligación contraída.²⁶

*En la doctrina más moderna se entiende el derecho real como el poder otorgado por el ordenamiento jurídico, inmediato y absoluto sobre una cosa, que implica en su titular un señorío pleno o parcial sobre la misma.*²⁷

El poder inmediato que tiene el titular de una cosa “jus in re” se define como inherencia. Y ésta es una característica permanente en los derechos reales de

²⁶ BRENES CÒRDOBA (Alberto), op. cit. p 133.

²⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ (Xavier), Compendio de Derecho Civil, San José, Editorial de Derecho Reunidas, Tomo I, 1985 p15.

garantía, ya que la inherencia es la facultad de ejercer el poder inmediato hacia la persecución de los bienes que fueron dados en garantía y sobre los que debe recaer la ejecución, en el supuesto de no haberse cumplido la deuda.

C. Naturaleza Jurídica de los derechos reales de garantía:

Obedece ésta a las dos características esenciales que verdaderamente marcan su naturaleza jurídica: el carácter inmediato en el sentido de poder que se ejercita de manera directa sobre la cosa, objeto del derecho real y el carácter absoluto como derecho que se tiene frente y contra todos “*erga omnes*”.²⁸

O de manera más amplia como lo cita Puig Peña: Se puede ver como un elemento interno y externo.

El elemento interno, por la inmediatividad del poder del hombre sobre la cosa, ya que representa un poder legislado sometido y encuadrado frente a los marcos jurídicos.

Por otra parte, el elemento externo se refiere a la absolutividad, es decir, que el derecho real se da contra todos, a diferencia del derecho personal que por ser relativo, solo se da contra la persona del deudor. Existe pues un deber universal

²⁸ CORNU (Gerard), Op cit, p 18.

de abstención en todos los ciudadanos, que consiste en respetar, no molestar y ni siquiera perturbar al titular del “ius in iure”.²⁹

D. Características de los derechos reales:

Aparte de dos elementos de la inmediatez y absolutez anteriormente comentados tenemos características desde diferentes perspectivas que abrazan a los derechos reales, entre estas:

1) Desde la perspectiva del sujeto del derecho real:

Que puede verse en dos dimensiones, una la del titular, que es una persona física o jurídica directa o indirectamente determinada, individual, salvo en los casos de cootitularidad, que tiene el poder sobre la cosa “*erga omnes*”.³⁰ Y la otra, es la conformada por los sujetos pasivos, todos los ciudadanos, sin distinción. El derecho real se puede oponer a todos, el titular del derecho real solo de cara a la humanidad entera que está obligada a respetar su derecho.

Esta oponibilidad que gozan los derechos reales ante terceros está subordinada con frecuencia al cumplimiento de formalidades legales de publicidad.³¹

Por su parte, la obligación tiene una existencia social que impone a todos el respeto (los terceros cometen falta si se hacen cómplices de la violación de las obligaciones ante otro, por parte de los contratantes).³²

²⁹ PUIG PEÑA (Federico), Compendio de Derecho Civil Español, España, Editorial Aranzadi, segunda Edición, Tomo II, 1971, pp. 14 y 15.

³⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ (Xavier), Op. cit. Tomo III, p 19.

³¹ CORNÚ (Gerard), Op cit p 82 y 83.

³² CORNÚ(Gerard), Op cit p 83

2) Desde la perspectiva del objeto del derecho real:

El objeto del derecho real, es una cosa, a diferencia del crédito que es una prestación.³³

Tradicionalmente ha sido requisito la corporeidad que era puesto por la doctrina para caracterizar los derechos reales. Sin embargo, hoy la necesidad de este requisito está en crisis porque se reconocen perfectamente derechos reales sobre derechos reales, y la moderna doctrina admite la existencia de derechos reales sobre bienes inmateriales como los derechos de autor e inventor. Sin embargo, los que apuntaron aquel carácter no ceden, y establecen que cierto es que la cosa objeto de los derechos reales ha de ser específica y determinada; y que no cabe derecho real sobre cosas no específicas e indeterminadas.³⁴

En cuanto a las cosas que pueden constituir objeto de un derecho real, lo son todas las que se encuentren en el comercio jurídico, y descritas en las categorías de bienes muebles e inmuebles; además cosas incorpóreas, aún cuando no son hábiles para la generalidad de los derechos reales mencionados, fuera de la propiedad o de la posesión.

3) Desde la perspectiva de la singularidad de su adquisición:

En los derechos reales se precisa de algunas distinciones para estudiar este aspecto. Se adquiere de acuerdo a los sistemas y modos imperantes en el ordenamiento jurídico y de las siguientes maneras:

³³O CALLAGAN MUÑOZ (Xavier) Op cit Tomo III, p19.

³⁴ PUIG PEÑA (Federico), op. cit. pp. 21 y 22.

Según los sistemas de adquisición tenemos el sistema alemán, español y francés en los cuales se adquiere por título y modo, por nudo consenso y transcripción inscripción. En el primer sistema se traspasa el título y la posesión, en el segundo se traspasa con el mero acuerdo de partes y en el tercero se inscriben directamente los bienes.

a) Según el escaso poderío creador de voluntad:

Tenemos que la voluntad creadora puede hacer poco, ya que la persona física se encuentra con una serie de figuras de derecho real dibujados y limitados por el derecho (en su aspecto de fondo y forma personal para saber), el cual a su vez marca unas líneas institucionales que los determinan.³⁵

En el ordenamiento jurídico costarricense el sistema es numerus apertus lo cuál quiere decir que no hay que cumplir con una lista taxativa de derechos reales ya predeterminados para crearse. Sino que mientras se respeten los aspectos básicos que determinan las características propias del dominio e inherencia puedo construir un derecho real. Hay libertad para la creatividad de acuerdo con las necesidades que surjan entre las personas al momento de constituir los derechos.

b) Desde la perspectiva del derecho de preferencia:

El derecho real como su nombre lo indica, permite al titular preferir la cosa objeto de su derecho por medio de acción real como la reivindicatoria, confesoria, interdictos, que van dirigidas contra cualquiera que tenga la posesión de un bien y se le quiera quitar o despojar de su derecho, excepto en el caso que el legislador

³⁵ PUIG PEÑA (Federico), op. cit. pp. 22 y 23.

paralice su ejercicio. Todo en virtud de la máxima fundamental "*prior in tempore in iure*"³⁶.

En el derecho costarricense se puede ampliar esta máxima citando el artículo 277 del Código Civil que establece el concepto del derecho de posesión que se cita anteriormente y al cual se le ampara con las acciones citadas. También se le da preferencia al derecho de propiedad en el artículo 455 del Código Civil, que brinda protección al derecho real con el plazo de los tres meses que se dan como un fuero alrededor de la creación de un derecho real frente a uno personal o frente a otro real, tema que se ampliará más adelante.

c) Desde la perspectiva del derecho de persecución:

Este es la prolongación natural del jus in re. Bajo esta expresión, el titular de un derecho real goza del derecho de perseguir la cosa sobre la que versa su derecho, entre las manos de terceros que la hubieran adquirido por otras vías.

De esta manera el propietario puede reclamar la cosa del cual ha sido despojado ante un tercer adquirente o ante un simple poseedor.³⁷

d) Desde la perspectiva de la posibilidad de abandono:

El titular del bien tiene la posibilidad de exonerarse de los gravámenes que sobre la cosa pesan, abandonando la misma. En la doctrina del principio general que

³⁶ PUIG PEÑA. Op cit. p 23.

³⁷ CORNÚ (Gerad) Los Bienes Antología p 84

late en el ordenamiento de cosas según el cual se produce la liberación de la carga real si se abandona el derecho existente sobre la cosa.³⁸

e) Desde la perspectiva de la duración ilimitada:

El derecho real tiene una duración ilimitada, excepto los derechos reales sustancialmente temporales tales como el usufructo, uso entre otros, son perpetuos, cumpliéndose su finalidad institucional y económica precisamente por su ejercicio.³⁹

No solamente la duración es ilimitada, sino también en el fondo del derecho real tenemos tal y como lo establece el artículo 266 del Código Civil costarricense:

La propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los dispuestos por disposiciones de la ley.

En el VOTO N° 655-F-04 del TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Goicoechea, a las quince horas diez minutos del dieciséis de setiembre del dos mil cuatro. Proceso Ejecutivo Simple planteado por BANCO DE COSTA RICA, contra GANADERA LA PALMERA DEL NORTE SOCIEDAD ANÓNIMA voto mencionado antes, en el considerando

³⁸ CORNÚ (Gerad) Los Bienes Antología p 24.

³⁹ *Ibid.* p 24.

VI.- *Los derechos reales de garantía, presentan varias características importantes: inmediatez, absolutez, accesoriedad, especialidad, indivisibilidad, determinabilidad. La relación entre el acreedor y la cosa sometida a la garantía es inmediata: para su ejercicio no requiere la cooperación de otro sujeto. Son derechos absolutos y por tanto oponibles “erga omnes”. Son accesorios a la obligación que garantiza: Si ésta falta o se extingue, también se extingue la garantía. Tienen la especialidad de constituirse solamente sobre bienes determinados. Se trata de derechos indivisibles: tanto la prenda como la hipoteca se extienden sobre la totalidad del bien y sus partes, como garantía del entero crédito y de todas sus partes. La garantía se constituye y desenvuelve su función para responder en forma determinada al crédito específico por el cual responde.*

E) Clasificación de los derechos reales:

Es necesario mencionar aspectos básicos de los derechos reales, sin dejar a un lado que:

“Este es el que se tiene en una cosa, o respecto a una cosa, sin relación a determinada persona”⁴⁰

Existen dos tipos de derechos reales: los principales y los accesorios.

En los primeros existe una relación directa entre el derecho habiente y la cosa, relación que implica todos o alguno de los atributos del dominio.

⁴⁰ BRENES CÓRDOBA (Alberto), Tratado de los Bienes, p. 9.

En los otros, la relación es indirecta, pues hay de por medio una obligación cuyo cumplimiento garantiza la cosa y solo en caso de no cumplimiento puede el acreedor perseguir el bien que se le dio en garantía.⁴¹

Podemos agregar que los derechos reales principales tienen existencia propia o por sí mismos, con independencia de toda relación, relación de persona y cosa que implica todos o algún atributos de dominio, y el derecho real accesorio depende de un crédito que es principal y se constituye en garantía para el acreedor, estos derechos otorgan a su titular la facultad de determinar la enajenación de una cosa para obtener el valor de la misma.⁴²

Las clases de garantías son diversas, debe mencionarse la legal, como la evicción; la convencional ya la formal dentro de las cuales están; la prenda y la hipoteca, las directas e indirectas, según sea el garante o el obligado, la simple como la fianza, las arras, el aval y las judiciales.

Históricamente han existido tres tipos de garantía; la legal; la evicción, la Judicial; el embargo preventivo, el depósito judicial, secuestro y la convencional como las ya mencionadas hipoteca y prenda y sus derivaciones como las cédulas de cada una de ellas.

Los derechos reales de garantía son en un primer momento: la fiduciaria, pignus e hipoteca son, por tanto las modalidades y a la vez etapas históricas de la evolución de la garantías reales que sirven para asegurar el cumplimiento de una

⁴¹ *Ibíd.* p 9.

⁴² ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo), *La Posesión*, Antología de derechos reales, p 23.

obligación, si bien solo las dos últimas constituyen figuras especiales de derechos reales.⁴³ En la evolución histórica del derecho tenemos que surgen otras figuras que han venido a ocupar un lugar preponderante por la innovación y comodidad que presentan para facilitar los negocios entre las personas, entre estas figuras se encuentra la cédula de hipoteca y la cédula prendaria que se regulan en el artículo 143 de la L.R.M.V y en otra normativa que se citará en el momento de análisis de cada una de éstas garantías.

E-1) La Prenda:

1. Breve Historia

Además, de los anteriores antecedentes de los derechos reales en general y la prenda en sus orígenes, tenemos también que; el sustantivo prenda viene de prender, que conserva el significado del verbo latino prenderé, así coger. En castellano antiguo se dijo *peño*, término que si bien se aplicaba a toda clase de seguridad real, se refería especialmente a la de muebles. *Peño* era el *pignus* de los latinos, que según la opinión de Cayo, se deriva del *pugnus*, el puño porque las cosas dadas en prenda se entregan con la mano, como muebles que son.⁴⁴

2. Concepto de la prenda

La prenda es un derecho real de garantía, establecido en un bien mueble para asegurar el cumplimiento de una obligación propia o ajena en su preferencia de pago.

⁴³ ARIAS RAMOS (J), op, cit. p 320.

⁴⁴ BRENES CÓRDOBA (Alberto), op. cit. p 205.

Es un derecho real por cuanto establece una relación directa entre el acreedor y la cosa, semejante a la que sucede con la hipoteca. Se da una preferencia por cuanto éste tipo de garantías se le otorga como principio un privilegio de cobro sobre las garantías personales y otros tipos de obligaciones de menor rango. Por ello, el fin último de la prenda es conferir al acreedor la facultad de hacer que se venda el mueble empeñado, para que con su producto se pueda obtener la satisfacción del crédito, en caso de que el deudor no pague la deuda garantizada.

La doctrina proporciona de sus definiciones concretas a esta figura:

“La prenda es un derecho real accesorio de un crédito (civil), en función de una garantía con desplazamiento de la cosa mueble sobre la que recae, debe entregarse al acreedor prendario.”⁴⁵

“La prenda es como la hipoteca, un derecho real constituido por el deudor a favor de un acreedor en seguridad del pago de una obligación; pero mientras en la hipoteca, la cosa dada en garantía permanece en poder del deudor, en la prenda la posesión de la cosa se transfiere al acreedor.”⁴⁶

“La palabra prenda viene de prender y este prenderse que significa coger es un derecho real de garantía establecido sobre un bien mueble, para

⁴⁵ GATTI (Edmundo) y ALTERINI (H), op. cit. p 100.

⁴⁶ BORDA (Guillermo), op. cit. p 355.

*asegurar el cumplimiento de una obligación propia o ajena o su preferencia de pago. Se asigna con el nombre de prenda no solo el derecho, sino también la cosa dada en garantía, el contrato mismo y el documento donde se hace constar.*⁴⁷

El Código de Comercio establece en el artículo 530 que:

“el contrato de prenda servirá para la garantía de toda clase de obligaciones”.

El Código Civil determina en su artículo 441, que:

“para garantizar deuda propia o ajena, puede darse en prenda al acreedor una cosa mueble...”.

Es de mucha importancia hacer énfasis en el contenido de la prenda y cuáles son los bienes susceptibles de prenda al menos en nuestra legislación costarricense, para ello tenemos que como prenda sin desplazamiento, que es la figura regulada en nuestro ordenamiento jurídico, el contenido corresponde a que el titular del derecho de prenda adquiere el ius distrahendi y la facultad de cobro preferente de su crédito sobre el valor de la prenda, por su parte el pignoranle conserva la propiedad de la cosa pignorada su posesión y derecho de usarla, pero contrae ciertas obligaciones hacia el acreedor , las cuales son tendientes a asegurar la efectividad del ius distrahendi como; conservar los bienes y tenerlos a disposición del acreedor para que éste pueda inspeccionarlos y comprobar la

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, op. cit. p 60.

existencia y estado de los mismos, en la forma pactada. Garantía que además le da derecho al acreedor de pedir el vencimiento de la obligación si se incumplen y también de cambiar de depositario legal.

Además la obligación del pignorante es de mantener los bienes pignorados en el lugar asignado, de no enajenar los bienes sin consentimiento del acreedor y de no poder dar dicho bienes en otra prenda.

Los bienes susceptibles de prenda como se mencionó antes son todas las cosas muebles que están en el comercio, que sean susceptibles de posesión y enajenables. En nuestra legislación, esta clase de muebles pueden ser cosas corporales e incorpóreas, susceptibles de enajenación al igual que la norma española, por ejemplo: maquinaria, vehículos para el transporte aéreo, marítimo y terrestre: animales, sus productos, los frutos de cualquier naturaleza (pero sólo lo correspondiente al año agrícola en que el contrato se celebra), las acciones o cuotas de sociedades, títulos privados, del Estado y toda clase de créditos, entre otros, y según el artículo 533 del código de comercio el cual establece:

“maquinarias de agricultura, máquinas y medios de transporte, líneas eléctricas y telefónicas utilizadas para minas, naves, mobiliario de hoteles, espectáculos públicos, maderas cortadas y aserradas y acciones y cuotas de sociedades”

3. Naturaleza Jurídica de la prenda

La prenda es una figura del carácter mercantil accesorio a un negocio principal en donde el deudor se compromete a satisfacer un crédito, garantizando con bienes muebles propios o de un tercero, su cumplimiento, con o sin desplazamiento de la prenda, cuya moratoria faculta al acreedor para ejercer su derecho real de garantía, por los trámites de un ejecutivo rematando lo pignorado y destinándose su producto a extinguir en forma preferente el crédito otorgado.⁴⁸

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José a las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiocho de marzo del dos mil uno.

...De esa relación se desprende que para unos y otros el régimen general aplicable es el de la validez obligaciones, y que a falta de una disciplina propia del Derecho Mercantil, habrá de estarse a las disposiciones del Código Civil sobre el particular, por expresa remisión del artículo 2 del primero de ellos. Dentro de tal perspectiva, debe recordarse que la declaración unilateral de voluntad no es fuente valedera de obligaciones civiles o mercantiles en nuestro ordenamiento, a pesar de algunas vacilaciones doctrinarias sobre el particular. En efecto, para que haya obligación civil, es esencialmente indispensable la conjunción de capacidad en quien se obliga, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia o prestación a cargo del deudo, y además, causa justa. Más específicamente, para que haya contrato o ajuste de voluntades sobre materia primordial, se

⁴⁸ MORA CASASOLA (Víctor Hugo), Contrato de Prenda y su ejecución con énfasis en las prácticas jurisprudenciales, Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, p 3.

requiere, además de los requisitos esenciales de las obligaciones, que haya también consentimiento y el cumplimiento de las solemnidades exigidas para cada familia particular de ellos. Consentimiento que, como es sabido, puede ser de palabra, por escrito, o mediante hechos de que necesariamente se deduzca. Artículos 627, 1007 y 1008 del Código Civil. Todo ello, sin soslayar que, internamente, los contratos se subdividen, además de otros criterio, entre principales y accesorios, según tengan la entidad o envergadura necesaria para reflejar la prestación principal tomada en cuenta por los contratantes, o solamente la función principal, a fin de rodear de más seguridades de pago al acreedor.

Tanto la prenda como el pagaré tienen la naturaleza de contratos accesorios o derivados, en cuanto surgen a la vida jurídica como consecuencia de un contrato principal habido entre las partes, y con el propósito de asegurar al acreedor el cumplido pago de lo que se le debe. En el caso de la prenda, por la vía a garantizar el pago de la obligación principal mediante la posibilidad de sacar a venta judicial el bien pignorado y con el producto de la subasta pagar la obligación.

Sin importar su naturaleza el acreedor de la prenda ejerce un derecho real sobre el bien dado en garantía y este es el señorío que el acreedor ejerce sobre la cosa de tal suerte que se constituye una relación jurídica directa e inmediata de la persona con la cosa, susceptible de hacerse valer “*erga omnes*”, gracias a lo cual el acreedor pignoraticio tiene una posición privilegiada con relación a los demás acreedores, ya que goza de un bien determinado, destinado exclusivamente a garantizar su crédito por encima de los demás acreedores o terceros. Este

derecho le otorga la facultad, para hacerse pago de su crédito de hacer vender judicialmente el bien pignorado.⁴⁹

En resumen, su naturaleza remite a la de los derechos reales en general porque efectivamente la naturaleza única de los derechos de garantía es la real en el sentido que recae en bienes muebles o inmuebles y no sobre derechos personales.

4. Características de la prenda

De acuerdo con el Código de Comercio costarricense los artículos que regulan las características de esta figura como derecho real y como un acuerdo de voluntades. (Ley entre las partes):

1. Solemne Art. 537 y 534.
2. Accesorio Art. 578 inc e)
3. Si el contrato es sin desplazamiento es unilateral, si es con desplazamiento es bilateral, artículos 537 y 538.
4. Naturaleza jurídica mercantil, Art. 530 y 531.
5. Indivisible, Art. 545, (no pagos parciales).⁵⁰
6. Derecho de persecución.
7. Derecho de preferencia.⁵¹

⁴⁹ ARGUEDAS TROYO (José), El Contrato de Prenda, San José, Tesis para optar por el grado de licenciatura Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1998, p 20.

⁵⁰ CÓDIGO DE COMERCIO, 197 y sgtes.

⁵¹ SOTO ZÚÑIGA (Jonny), op cit. p 77 y 78.

Estas características que son con base al certificado de prenda y comunican que se pueden perseguir los bienes gravados, enajenarlos y satisfacer el crédito incumplido por el deudor. La característica referente al derecho de preferencia es en razón del acreedor con grado mayor respecto a los del grado inferior porque al venderse el bien gravado, va a prevalecer la garantía del grado mayor. Sin embargo, el artículo 542 del mismo Código de Comercio establece:

“que este privilegio del acreedor no perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de la fecha de presentación del documento respectivo al registro para su inscripción, y tal privilegio se mantendrá por todo el tiempo en el que la obligación no sea cancelada, no haya prescrito por el transcurso de cuatro años a contar del vencimiento de la obligación o no se haya extinguido por otra causa.”

Es concordante la relación de este artículo con el artículo 455 del Código Civil, en el cual los plazos y términos del fuero de protección a los derechos reales es claro, cuando establece que hay un período de tres meses para la presentación ante el Registro Público de cualquier título sujeto a inscripción, y que no perjudicará a terceros, sino a partir de la presentación ante el Registro. También, este numeral 455 define quien es el tercero, mientras que este artículo 542 del Código de Comercio, amplía la concepción con el elemento de la buena fe.

h. acciones de defensa

i. numeros apertus.

j. inscripción registral.

5. Clasificación de la prenda

La prenda se clasifica en tres tipos:

a) Las prendas legales o tácitas: que son aquellas establecidas por ley para garantizar privilegiadamente ciertos créditos y para que exista es necesario que se defina por ley, por ello su denominación, además no depende su existencia de la voluntad de la partes, porque aunque no se consienta si cae dentro del enunciado de Ley, se produce el gravamen.

Por ejemplo: Artículo 336, inc. g del Código de Comercio.

“Que establece prenda privilegiada a favor del porteador para obtener el pago del flete y además gastos sobre bienes transportados”.

Es un derecho de retención sobre cosa ajena en virtud del trabajo realizado.⁵²

Prenda Fiduciaria:

Es parecida a la cédula prendaria, se trabaja mucho con lo que son fideicomisos que son patrimonios autónomos que se generan como prendas fiduciarias...

⁵² IGLESIAS MORA (Roberto), op cit. p. 30

b) La prenda con desplazamiento:

En nuestro ordenamiento jurídico esta prenda, aunque no es la más común, se encuentra regulada en el artículo 538 del Código de Comercio que establece:

“Puede convenir las partes en que la cosa dada en prenda se mantenga en manos del acreedor o de un tercero”.

Es el paso de la posesión y es aquel derecho real que el acreedor de una obligación principal, sobre una cosa mueble ajena, para garantizar el cumplimiento de la obligación, está facultada para poseer ésta y para, si es incumplida, promover su ejecución y que le sea hecho el pago con el precio.⁵³

c) La prenda sin desplazamiento:

En abstracto, se podría creer que la única diferencia entre ésta y la anterior habría de ser aquella en la que el acreedor tiene el derecho a poseer la cosa dando en garantía y en ésta no, quedando todo lo demás en una y la otra.

Así que la prenda con desplazamiento es un derecho real de garantía que engloba el *“ius distrahendi”* y el *“ius retentionis”*, y ésta encerraría lo primero.⁵⁴

En nuestro país la prenda funciona principalmente, sin el desplazamiento, así el deudor la mantiene en su poder, a pesar de estar gravada, obligándose a cuidarla como un “buen padre de familia”.

⁵³ ALBALADEJO. (Manuel) op cit; p. 557

⁵⁴ IGLESIAS MORA (Roberto), Op cit. p. 559

La excepción se da en las acciones o títulos y créditos en donde el contrato adquiere pleno valor cuando se le entregan los documentos al acreedor o tercera persona en calidad de depositario, con el único propósito de resguardarlos hasta que el deudor pague. Si éste no cancela la deuda con el acreedor, no podría disponer ni apropiarse de los títulos sin consentimiento expreso del acreedor prendario.

Este tipo de prenda se regula para nuestro sistema en el artículo 537 del Código de Comercio que el segundo párrafo dice: *“El deudor conservará a nombre del acreedor pignoraticio, la posesión de la cosa empeñada y asumirá...”*

F) Prendas especiales

Son iguales a las tácitas definidas anteriormente, sin embargo el autor español se refiere a éstas como las determinadas por disposiciones particulares que le dan su origen, o sea leyes o reglamentos y además, tienen preferencia sobre la otra por su especialidad.

a) Prenda de cosa fungible y prenda irregular: Entre las cosas que se pueden dar en prenda tenemos todas las muebles, que a su vez pueden ser fungibles como el trigo, dinero etc. ⁵⁵En este caso al dar la prenda se pretende que se devuelva lo dado en garantía, que no es, sino cosa de la misma especie y cantidad, pero no lo que fue entregado, porque perece fácilmente. En nuestro ordenamiento se pondría a responder una tal cantidad de productos fungibles,

⁵⁵ ALBALADEJO (Manuel) op. cit, p 722.

como cosecha, que sería aprovechada por el acreedor en caso de incumplimiento, por el peligro que esto puede representar existe la posibilidad de establecer seguros a dichas siembras.

b) Prenda de derechos:

Sobre derechos específicos que no aplica a la hipoteca, pero puede ser en el usufructo.

Concepto: Cuando en vez de dar una cosa se entrega un derecho.

Objeto: Reunir lo requisitos para la pignoralidad de las cosas, mueble, poseíbles, estar en el comercio siendo enajenables, y todos los de la prenda común aplicables. Todo derecho que los reúna es pignorable en principio, sea real, de crédito o de otra clase.

Su naturaleza no es igual a la de las cosas, sin embargo, hay poder que da la posibilidad de promover la venta de lo pignorado, y de hacerse pago con su importe.

Realización del derecho pignorado: Satisfacer la obligación asegurada.⁵⁶

d) Prenda agraria, ganadera o industrial:

El objeto de esta forma de prenda es garantizar de modo especial los préstamos en dinero, que deben conceptuarse como operaciones de comercio, sean cuales fueren las condiciones o profesiones de las partes contratantes.

⁵⁶ ALBALADEJO (Manuel), op cit. pp.724, 725 y 726.

Los bienes susceptibles de esta prenda son todos los que menciona el artículo 533 del Código de Comercio.

El contrato de prenda agraria, ganadera o industrial, puede constituirse en documento público o privado, y está sujeto a la formalidad de su inscripción en el registro que para este fin se lleva por dirigentes de los cantones centrales del lugar donde se encuentren los bienes dados en prenda.⁵⁷

El privilegio del acreedor acerca de los bienes que se le dan en prenda dura dos años contados desde la fecha de inscripción del contrato, y se extiende tanto al monto de los adeudado por principal y accesorios, como a la indemnización del seguro de lo pignorado en caso de siniestro, y a la que corresponda a los responsables abonar por pérdidas o deterioro de los objetos empeñados.⁵⁸

Prenda agraria:

Es como una convención, un contrato real de garantía no sujeto al desplazamiento de la posesión, que tiene por el objeto bienes muebles afectos a la actividad agraria y predeterminados taxativamente por ley, donde el obligado debe destinar el crédito a la realización exclusiva de dicha labor, caso para el cual garantiza el cumplimiento de la obligación a su preferencia en el pago con el producto de su venta si se suscitara incumplimiento, ello ajustado a los criterios del moderno derecho agrario.⁵⁹

⁵⁷ BRENES CÓRDOBA (Alberto), Op cit, p177.

⁵⁸ Idem, pág 177.

⁵⁹ PÉREZ SOMARRIBA (Allen) Aportes para el Estudio de la Prenda Agraria, San José. Costa Rica, 1986,p37.

En esta clasificación de la prenda nos acercamos más a la prenda de árbol en pie de la cuál hablaremos más adelante.

6. Constitución de la prenda

En la doctrina encontramos diferentes aspectos sobre los que se debe encarrilar la constitución de la prenda. Tenemos que para el Derecho Español según el autor Manuel Albaladejo se establece la constitución por:

a) forma: Esta será necesaria de acuerdo con el acto que la constituya, en principio es libre (*números apertus*), por la forma de realizar actos jurídicos. Lo cuál es distinto a la necesidad de que para que la prenda surta efecto contra terceros debe constar en documento público la certeza de la fecha de la constitución.

b) modos de constitución: en este aspecto sólo se establece la constitución de prenda a través de contrato otorgado por el propietario de la cosa pignorada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el principio de crear derechos reales no deben ser éstos incompatibles con la naturaleza del derecho de prenda.

c) por usucapión: en cuanto a ésta parece innegable, porque en general por ella se adquieren en principio; el dominio, demás derechos reales y como el de prenda es poseíble, su posesión consiste en poseer la cosa pignorada en concepto de acreedor pignoraticio. Sin embargo, como en nuestra legislación no es lo común, no se puede tomar de la misma manera como lo analiza el autor citado, en razón de que no se está en una posesión a título de dueño, ni por

descuido del titular operaría la prescripción negativa porque es en garantía de una obligación que tiene esa posesión el acreedor. Diferente Es si no paga el titular y no ejerce actos que por ninguna manera muestren interés por mantener la posesión de la cosa.

d) a non domino: En la prenda la adquisición a non domino es posible, al igual que en los demás derechos reales. Por ello se protege al que adquiere de buena fe la posesión de una cosa mueble no perdida y de la que no fue privado ilegalmente su dueño, adquiriendo inmediatamente en cuyo concepto se reciba la cosa.

e) por última voluntad: Factible como cualquier otro derecho real cuando una persona garantiza una deuda con una herencia, y cuando la herencia va a ser ejecutada, pasa directamente al acreedor que se le garantizó la deuda, por ejemplo, A conecedor de que su heredero B, es deudor de C, ordena en su testamento que una cosa mueble de las que forman su herencia garantice pignoratriciamente el crédito de C. Una vez que B acepte la herencia, vendrás obligado a entregar la cosa a C, pero éste adquiere el derecho de prenda sobre la muerte de A y sin necesidad de aceptación, ya que el legado se adquiere “*ipso iure*”, pero con la facultad de renunciarlo y tampoco con la necesidad de que le sea entregada la cosa.

f) por contrato: En España, el contrato de prenda es gratuito y no se celebra por escrito ha de ir acompañado de la entrega de lo pignorado, es real. Es

necesario que se ponga en posesión de la cosa al acreedor, la entrega material de la cosa excepto que sea onerosa y se celebra por escrito. En nuestro país es por escrito y no hay desplazamiento de la cosa dada en garantía, debe inscribirse en el Registro Público en la sección de Bienes Muebles.

g) por entrega de la cosa: la entrega de la cosa pignorada puede consistir en ponerla en posesión del acreedor o de un tercero en el que ambas partes estén de acuerdo. La entrega efectiva de la cosa viene exigida, en razón de conseguir la disponibilidad de la cosa y la entrega como requisito viene para que nazca el derecho real como para que se perfeccione. Una vez constituido el derecho real no importa que el acreedor o el tercero salgan de la posesión de la cosa, solo se supone la remisión del derecho de prenda que admite prueba en contrario, y que de ser así subsiste el derecho a pesar de encontrarse en posesión el deudor. En nuestro ordenamiento jurídico como no hay desplazamiento de la posesión de la cosa al acreedor, no se aplica de esta forma, ya que al acreedor se le entregará la cosa en caso de incumplimiento del deudor prendario. Esto siempre que no haya pacto en contrario de que las partes quieran se constituya la prenda con desplazamiento de la posesión.

En nuestro ordenamiento tenemos que la prenda se constituye en escritura pública o en documento privado equiparado a público, debido a las reformas que introdujo el Código Notarial al Código de Comercio las prendas en las que se ofrezcan como garantía vehículos automotores, buques o aeronaves, deberán ser constituidos también en escritura pública.

Las que se constituyan en relación con otros bienes muebles de distinta naturaleza, podrán ser otorgadas en documento público o privado o en fórmulas oficiales de contrato denominados “certificados de prenda”. En estos dos últimos casos, se necesitará la firma del deudor debidamente autenticada por un notario público, al tenor del artículo 537 Código Comercio, que dice:

“Las prendas en las que se ofrezcan como garantía vehículos automotores, buques o aeronaves, deberán ser constituidas en escritura pública. Las que se constituyan en relación con otros bienes muebles de distinta naturaleza, podrán ser otorgadas en documento público privado o en fórmulas oficiales del contrato. En estos dos últimos casos, se necesitará la firma del deudor debidamente autenticada por un notario público...”

El documento debe contener el nombre, los apellidos, las calidades y el domicilio del acreedor, si se tratase de una persona física, o la razón social o denominación, cuando se trate de una persona jurídica. Deberá consignar una descripción exacta de los bienes dados en garantía, su responsabilidad, estimación para el remate, en quien quedan depositados, lugar de pago, fecha de vencimiento, y todos los demás datos indispensables para identificar los bienes dados en garantía y su responsabilidad. Según Art. 541, 554 Código Comercio. Este documento debe inscribirse para que se tenga por constituida la prenda y sea título ejecutivo prendario, de lo contrario no hay prenda y es título ejecutivo común, artículos 554 Código Comercio.

El contrato de prenda, sus modificaciones, prórrogas, endosos nominativos o cesiones, novaciones, cancelaciones totales o parciales, o cualquier otro acto jurídico vinculado con él, deberá constar por escrito y se hará en la escritura pública, en los casos en que el gravamen deba constituirse con esta formalidad.

Cuando el certificado o los documentos de prenda no se constituyan en escritura pública, al igual que la inscripción, deberán escribirse con letras, sin números ni abreviaturas, salvo cuando estos formen parte de una marca o distintivo. Todo error, omisión o entrerrenglonadura deberá ser salvado por nota y los espacios en blanco serán cubiertos por una línea a máquina o con tinta.

Lo escrito al dorso del certificado de prenda citado anteriormente, como parte complementaria del contrato y deberá estar respaldado por las firmas debidamente autenticadas de quienes lo suscriben.

Y por otro lado el artículo 538 establece respetando lo solemne de la figura, la constitución por acuerdo de partes de la prenda con desplazamiento.

Así las partes también tienen libertad de fijar cómo quieren rescindir el contrato y la garantía, siendo que está la vía judicial y la extrajudicial. En la judicial, el acreedor puede pedir una vez vencido el plazo y no efectuando el pago, la venta judicial de los objetos dados en prenda como acción ejecutiva del mismo contrato que permite el remate de bienes.

El extrajudicial: en caso de incumplimiento se mandará al acreedor vender los bienes garantes por un corredor jurado, éste debe hacer publicar el remate en

diario oficial, con ocho días de anticipación, Art. 536 del Código de Comercio y es el sistema usado por las casas de préstamos.

8. Ejecución Forzosa de la Prenda:

El ordenamiento ha instituido la ejecución forzosa de la prenda como un remedio jurídico para proteger al acreedor pignoraticio del incumplimiento del deudor de su obligación principal, facultando a aquel para pedir el remate del bien y con el producto obtenido satisfacer su crédito.

En la legislación mercantil y civil costarricense se contemplan dos procedimientos de ejecución forzosa: el judicial y el extrajudicial estipulados en el Código de Comercio en el artículo 536 y en el Código Procesal Civil en el artículo 660 respectivamente. El primero ante autoridad judicial competente y el segundo ante corredor jurado.

Los contratos de prenda que se ejecuten por renuncia al trámite de juicio ejecutivo hallaban su fundamento en el artículo 422 del Código Civil.

La renuncia de trámites ejecutivo ya lo ha dicho la Sala Constitucional, en el **VOTO 395-91 de las 15:15 horas del 14 de febrero de 1991**, que no lesiona el debido proceso al momento de ejercer el derecho de defensa;

“La renuncia de trámites no atañe a la ejecución normal del contrato, entendida como tal, la que concluye con el cumplimiento por ambas partes, de la totalidad de sus obligaciones. Tiene que ver única y exclusivamente con la ejecución de la

garantía, precisamente por incumplimiento del deudor. Se trata de en realidad de una modificación permitida por la Ley, dentro del género procesal, a favor del acreedor y es válida en tanto no se afecte ningún principio de orden público. El ejecutado evidentemente, es parte del proceso y tiene todos los derechos de ser oído por los medios procesales pertinentes. Si bien es cierto que la particularidad del proceso no contempla que se dé traslado de la demanda, ni abre una etapa de oposición a la pretensión, nada obsta para que por vía incidental se puedan alegar defensas de pago total o parcial, por prescripción e inclusive por principio general de inejecutividad del título por carecer de requisitos esenciales para su validez... Desde esta perspectiva, este tipo de proceso no lesiona el derecho de defensa y si se agrega que lo que se producen son decisiones judiciales transitorias, puesto que no son óbice para que puedan ser modificadas en un juicio ordinario de repetición, se confirma que la garantía constitucional aludida no sufre quebranto alguno. En la misma medida, tampoco resulta violado el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por aplicación indirecta al artículo 7 Constitucional, puesto que en la especie no se trata de una determinación de derechos y obligaciones del deudor, los que quedaron conformados por su libre voluntad al formalizar el contrato...”

En el artículo 663 del Código Civil se indica en cuanto al trámite de ejecución de prenda e hipoteca y demás garantías reales similares a éstas;

“Si no hubiere renunciado a los trámites del proceso ejecutivo, se aplicará lo dispuesto para éste. “

Lo que nos quiere decir que si las partes expresamente no han renunciado en el momento de la constitución de la prenda a los trámites de juicio ejecutivo se seguirá lo estipulado para el proceso ejecutivo que indica el Código Procesal Civil.

Tenemos que con la nueva Ley de Cobro Judicial de Costa Rica, esto varía ya que no es necesario ir a un proceso declarativo del derecho en el caso tener derechos de garantía no inscritos como lo es el caso de la hipoteca o la prenda, ir a un proceso para que se declare el derecho, sino que ambas garantías hipotecarias, prendarias y demás similares con carácter de reales se van a resolver en proceso monitorio que será de conocimiento al principio y de ejecución después. Lo anterior en el artículo 8 de la Ley de Cobro Judicial que literalmente establece:

Las hipotecas comunes y de cédula así como la prenda inscritas debidamente constituyen títulos de ejecución para hacer efectivo el privilegio sobre lo gravado o, en su caso sobre la suma de un seguro, así como para hacer efectivas todas las garantías personales las cuales se entenderán limitadas al saldo en descubierto. Las hipotecas y prendas que por disposición legal no requieran de inscripción, tienen la misma eficacia.

Para tales efectos constituyen documentos idóneos los originales de las cédulas hipotecarias y sus cupones de intereses, las certificaciones de las cuentas de

escrituras de las hipotecas y prendas inscritas, siempre que en ellas conste que las inscripciones no estén canceladas ni modificadas por otro asiento.

Además, con la Ley de Cobro judicial tenemos que en la demanda se deben presentar los documentos en los que se funda la ejecución y en esa misma demanda la denuncia contra los fiadores y de la resolución en la que curso al proceso, se da apertura *al proceso y se manda a anotar la demanda en el registro correspondiente. Art. 9 Ley de Cobro Judicial.*

Ante este proceso de ejecución solamente se puede oponer el deudor con excepción de prescripción, falta de exigibilidad y pago. Según artículo 10 Ley de Cobro Judicial. Eso no obsta por supuesto que venga a un proceso ordinario para reclamar algún derecho que crea tener e incluso uno penal lo que no suspenderá el proceso de ejecución, ni el remate, pero si lo dejará pendiente de aprobación. Con esta nueva regulación el oferente se atiene a las consecuencias de dicho proceso. Art. 10 y 11 Ley de Cobro Judicial.

9. Extinción de la prenda:

En cuanto a esta se presume la extinción, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor. Y en principio los derechos reales de garantía se extinguen por las mismas causas comunes a la generalidad de los demás derechos reales por ejemplo, la destrucción de la cosa objeto del mismo, la renuncia a él, consolidación, cumplimiento de la condición resolutoria bajo el término fijado, cumplimiento. En el caso particular de la prenda sin

desplazamiento se extingue por prescripción de 4 años y la caducidad de la inscripción registral. Esta como extinción autónoma o propia de los derechos reales. Además se extinguen también dado su carácter accesorio cuando dicha obligación asegurada se extingue por cualquier cosa.⁶⁰

El artículo 561 del Código de Comercio, especifica que la prenda se podrá liberar en cualquier momento mientras se pague lo correspondiente. Y el artículo 578 del Código de Comercio, expone las demás causas de extinción dirigida a la obligación principal, al plazo de prescripción sobre bienes muebles y demás, de la siguiente manera:

La prenda se extingue:

- a) Por prescripción, cuyo término es de cuatro años a partir del vencimiento de la obligación.
- b) Por el pago total.
- c) Por la resolución del derecho del constituyente, en los casos en que conforme a la Ley las acciones resolutorias perjudican a tercero.
- d) Por la venta judicial en los casos en que el comprador debe recibir la cosa libre de gravámenes y
- e) Por extinción de la obligación principal.

La extinción de la prenda sin inscribir por prescripción, es de 4 años para el principal y 1 año para los intereses, esto lo estipula el numeral artículo 498 del Código de comercio.

⁶⁰ ALBALADEJO (Manuel), Derecho Civil, op cit. p.721

Sección II Diferencias y Especificidades del Derecho Real de Prenda respecto a otras figuras.

A partir de lo anterior, tenemos a cada una de las figuras mencionadas de manera más directa y amplia para conocer sus particularidades:

A) La Fianza:

Fiducia en general es una institución consistente en la transmisión de la propiedad por "*mancipatio*", a cuyo acto se acompaña un convenio por el cual el "*accipiens*" se compromete a la devolución de la cosa recibida, o a dar a ésta un cierto destino, cuando acaezca una determinada circunstancia, que se fija. Ejemplo típico de ésta última modalidad es la llamada "*fiducia cum amico contracta*", en la que el "*accipiens*" del esclavo mancipado se compromete a manumitirlo. En otro aspecto, compromiso de devolución de la misma cosa mancipada fue utilizada para diversos fines, como por ejemplo: los mismos que llenaban después los contratos de depósito y de comodato o préstamo de uso. Pero su primordial finalidad fue la de garantizar el cumplimiento de una obligación (*fiducia cum creditore contracta*), tenía lugar del modo siguiente: el deudor, o un tercero en consideración a él, transmitía por "*mancipatio*" el dominio de una cosa al acreedor y a tal transferencia de propiedad se acompañaba un pacto (*pacto fiduciae*), mediante el cual el "*mancipio accipiens*" acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa al mancipio del deudor a un tercero cuando la obligación fuese cumplida. "*U te res debito remancipatur*", rezaba el

pacto, del que nacía una acción para pedir judicialmente su cumplimiento: *la actio fiduciae*.⁶¹

Resultaba con ello el acreedor muy favorecido, ya que como garantía del pago de la deuda, se hacía propietario de la cosa con todas las facultades que el dominio implica. En cambio, desde el punto de vista del deudor la institución resultaba desproporcionada y con cierto inconvenientes. Aunque la cosa valiese mucho más que la deuda, no se podía utilizar ya para garantizar otras obligaciones, además de la adeudada, si la cosa daba frutos el deudor se veía privado de sus productos, que hubieran podido a ayudarle muchas veces a saldar su obligación.

Este último inconveniente se obviaba con frecuencia dejando al acreedor propietario en arrendamiento o precario la cosa del deudor. Pero aún había otra desventaja: el deudor disponía, una vez pagada la deuda, de la "*actio facie*" para reclamar al acreedor el cumplimiento del pacto de devolución más tal acto no era real, sino meramente personal, ejercitable únicamente contra el acreedor; de modo que si éste, como dueño que era de la cosa, la hubiera enajenado, el deudor lograría una indemnización por el incumplimiento del pacto, pero no tenía medio de reclamar la cosa del tercero que la tuviere en su poder.⁶²

⁶¹ ARIAS RAMOS (J), op. cit. 320.

⁶² ARIAS RAMOS (J) Op cit p 321.

B) La Hipoteca:

a. Reseña histórica de la hipoteca:

La hipoteca tuvo su origen en los contratos de arrendamiento de fundos. El arrendatario llevaba al fundo arrendado animales, esclavos o aperos de labranza, cosas que se designaban en conjunto con la expresión “*invecta et illata*”; y frecuentemente convenía con el arrendatario que tales “*invecta et illata*” garantizaran el pago del precio del arriendo y no pudiesen ser retirados por el arrendatario mientras dicha obligación no quedase cumplida. El pretor concedió un “*interdicto posesorio*” al arrendador respecto de éstos “*invecta et illata*” cuando existía entre ambos contratantes el pacto aludido.⁶³ Dicho interdicto era llamado Salviano, se consideraba originariamente como interdicto, ya que los aperos estaban en un fundo poseído por el arrendador acreedor, y posteriormente como un interdicto de adquirir la posesión para lo que la introducción en el fundo no se estimó suficiente. Por ello resulta difícil fijar cronológicamente la transmisión del concepto de prenda con desplazamiento de la posesión al acreedor, al concepto de prenda sin desplazamiento, y esta figura a la hipoteca propiamente dicha. Más tarde, otro pretor otorgó una acción real (*actio Serviana*) ejercitable ya no solo contra el arrendado, sino con otra cualquiera que tuviese en su poder los “*invecta et illata*”.⁶⁴

Apareció de esta manera una garantía real, en la cual las cosas pactadas no pasaban a la posesión del acreedor arrendador inmediatamente de constituirse la garantía, sino cuando la obligación quedaba incumplida. Tal modalidad, limitada,

⁶³ ARIAS RAMOS (J), op. cit. p 322.

⁶⁴ ARIAS RAMOS (J) Op cit p 323.

por una parte, a los *“invecta et illala”* y por otra, a la obligación del arrendatario de pagar la merced del arriendo, se extendió a cualesquiera otras cosas y a cualesquiera otras obligaciones respecto de la cuales se hubiese hecho un convenio análogo, en cuyos casos se otorgaba como *“utilis la actio Serviana”* y a esta forma de garantía se la designó con terminología tomada del griego, no sabemos si por Justiniano o antes de él, como la hipoteca, la acción se denominó también, indistintamente, *“actio hypothecaria”*. Así *Serviana* o *“Serviana utilis”*.⁶⁵

En las legislaciones posteriores y en el derecho moderno, prenda e hipoteca se presentan como instituciones bien destacadas una de la otra. Los romanos las consideraron sustancialmente idénticas *“Inter et hypothecam tantum sonus nominis differt”*, se afirma en el texto atribuido a Marciano, dando poca importancia a la diferencia de que en la primera la posesión de la cosa pignorada pasase al acreedor al constituirse, mientras que en la segunda el *“ius possidendi”* fuese posterior al incumplimiento de la obligación mero preliminar del ejercicio del *“ius distrahendi”*. Por ello suelen exponerse ambas modalidades en los manuales de derecho romano bajo la denominación *“pignus”* como genérica.⁶⁶

b. Concepto de la hipoteca:

Según la doctrina podemos apreciar una amplia gama de definiciones precisa y completa de la que se puede aprender mucho sobre la hipoteca como derecho real y sus características particulares, por ello la hipoteca se conoce:

⁶⁵ ARIAS RAMOS (J), Op. cit. p 323

⁶⁶ ARIAS RAMOS (J) Op cit p 324.

Es una variedad del “pignus”, en la cual el traspaso de la posesión de la cosa al acreedor no se verifica en el momento mismo del constituirse tal derecho real, sino cuando ya la deuda garantizada haya quedado incumplida. Hasta entonces, la cosa afectada continua en posesión de su propietario, el cual puede además cambiar, porque nada le impide que con tal gravamen, que la acompaña como una sombra, la cosa enajenada. Incumplida la deuda, comienza sea quienquiera el poseedor de la cosa en tal momento el ejercicio del “ius posedendi” y del “ius distrhendi” por parte del acreedor hipotecario.⁶⁷

Según Alberto Brenes Córdoba se define así:

Es un derecho real de garantía constituido sobre un inmueble, para asegurar el cumplimiento de una obligación.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos el artículo 409 del Código Civil que establece la razón de ser de la hipoteca y como debe constituirse.

“la hipoteca se constituye en escritura pública por el dueño del inmueble para garantizar deuda propia o ajena...”

⁶⁷ ARIAS RAMOS (J) Op cit p 322

Lo importante es que la hipoteca es una garantía real de una deuda propia o ajena, que recae sobre bienes inmuebles y además debe tener un elemento formal, la cual debe ser la constitución en escritura pública.

c. Naturaleza jurídica de la hipoteca:

La hipoteca es un derecho real accesorio, cuya existencia está condicionada a una deuda por garantizar. Garantizará una deuda propia o ajena y no es necesaria o no interesa la comparecencia en donde se da la aceptación expresa de aquel a cuyo favor se hace la hipoteca.

Es un derecho indivisible fundado en la voluntad de las partes y que subsiste por completo aún cuando la deuda se haya liquidado parcialmente y se extingue hasta el cumplimiento total.⁶⁸

La mayoría de veces suele estar constituido en un acto contractual, dentro de un contrato principal de crédito, en el que las partes convienen que el deudor constituye el derecho real de hipoteca y el cual es dado en garantía al acreedor, quien acepta.

d. Características de la hipoteca:

1. **Solemne**, porque debe seguir la formalidad de ser constituida en escritura pública, tal y como lo establece el artículo 409 del Código Civil.

⁶⁸ Artículo 409 del Código Civil de Costa Rica.

2. **Accesorio**, porque es una garantía de una deuda, donde la deuda será el negocio principal y la hipoteca la garantía accesoria que dependerá del incumplimiento del primer negocio jurídico para su ejecución.

3. **Indivisible**, porque hay un solo momento para dividir la hipoteca, según al artículo 409 del Código Civil, es cuando se constituye, después de éste no se podrá dividir nunca más la hipoteca, y el bien inmueble que soporta esa hipoteca, responderá en su totalidad por la deuda garantizada.

4. **Especialidad**, se refiere a que siempre que se otorga una hipoteca debe indicarse el monto o la suma de dinero por la cuál responde el bien dado en garantía, si son varios los bienes dados en garantía en una misma hipoteca, deberá indicarse el monto por el cual responde cada uno de esos bienes. Esto para que sea un medio fácil y seguro de saber el valor máximo de la responsabilidad en caso de que haya algún interesado y además para que el propietario esté en aptitud de traspasar la propiedad.

5. **Publicidad**, para que la institución hipotecaria surta efectos frente a terceros y no solo frente a las partes debe ser presentar al Registro Público para su inscripción, incluyéndose una anotación en el asiento registral de la finca que se ha gravado. Encuentra su fundamento en el

artículo 455 del Código Civil, donde se dan los pasos para la inscripción de los derechos reales. Esta característica es muy importante porque así en el momento de un incumplimiento, el acreedor se pueda ir directamente a la vía ejecutiva a cobrar lo que le corresponde.

6. **Prioridad**, la sección de hipotecas de Registro Público creó un eslabón que en la práctica se presenta en grados de prioridad, estableciéndose, que la primera hipoteca constituida va a ser en primer grado, la segunda de segundo grado y así sucesivamente, siendo la de primer grado la hipoteca superior, los acreedores hipotecarios gozarán de prioridad según orden en que se vayan constituyendo las hipotecas entre ellos, pero frente a acreedores comunes, los hipotecarios tendrán preferencia.

69

e) Ejecución de la Hipoteca:

Para que haya ejecución de la hipoteca necesariamente debe existir incumplimiento de la obligación principal. En la Ley de Cobro Judicial 8624 se establece en artículo 8:

“Las hipotecas comunes y de cédulas, así como la prenda debidamente inscritas, constituyen títulos de ejecución para hacer efectivo el privilegio sobre los gravado, o en su caso, sobre la suma del seguro así como para hacer efectivas todas las garantías personales, las cuáles se entenderán limitadas al saldo en descubierto. Las hipotecas y prendas que por disposición legal no requieran de inscripción, tienen la misma eficacia.

⁶⁹ Artículo 409 Código Civil

Para tales efectos constituyen documentos idóneos los originales de las cédulas hipotecarias y sus cupones de intereses, las certificaciones de las cuentas de escrituras de las hipotecas y prendas inscritas, siempre que en ellas conste que las inscripciones no estén canceladas ni modificadas por otro asiento.

Así, a través de un proceso monitorio podemos ejecutar el cumplimiento de la obligación garantizada con una hipoteca, esté inscrita o no. Además, en el Código Civil se establece que por venta judicial de la hipoteca se debe citar a todos lo acreedores hipotecarios y si es por concurso o quiebra de acreedor en primer grado el comprador la recibirá libre de gravámenes art. 417.

Se deroga el artículo 422 del Código Civil que establecía la posibilidad de renunciar al trámite ejecutivo en la escritura de constitución de la hipoteca para proceder inmediatamente a la venta judicial del bien hipotecado, porque ahora con la Ley de Cobro Judicial no se hace referencia a la renuncia de trámites de juicio ejecutivo.

Y respecto a la inscripción de las mismas toma relevancia el artículo 478 del Código Civil que establece:

“Ningún documento sujeto a inscripción que no haya sido inscrito se admitirá en Tribunales ni en las oficinas del Gobierno, salvo que se invoque en juicio contra alguna de las partes, sus herederos o representantes”.

Se debe tomar en cuenta las reformas que trajo el Código Notarial en cuando a los documentos que se inscriben.

También es importante señalar que en vía ordinaria se pueden hacer valer los derechos que asistan a las partes.

f) Extinción de la Hipoteca:

Tal y como lo indica el artículo 424 del Código Civil;

“La hipoteca se extingue con la obligación principal y por todos los medios de las demás obligaciones...”

Se extingue como consecuencia del la extinción del crédito garantizado o bien por causas propias como la confusión.

Una vez extinguida la hipoteca el propietario del bien gravado tiene el derecho de pedir la cancelación de la inscripción, ya que solamente después de la cancelación, el inmueble resulta efectivamente liberado.

C) Cédula Hipotecaria:

a) Breve historia de la cédula hipotecaria:

En la actualidad se ha hecho necesaria la máxima utilidad de los bienes de las personas. Por ello los inmuebles, además del servicio, que por su naturaleza prestan representan un valor pecuniario que puesto en circulación sirve para alegar recursos cuando se necesitan.

La doctrina señala que la especialidad de la hipoteca no permite la fácil movilización del crédito territorial, por esta razón surgió la figura de las cédulas hipotecarias.

No se definía con certeza el origen de éstas. Sin embargo, el antecedente más inmediato de las cédulas hipotecarias se encuentra en el derecho alemán, específicamente en la Ley Prusiana del 5 de mayo de 1872, que creó un género de hipoteca denominado "*grunschuld*" (cuyo antecedente siempre en el derecho germánico es la *handfesten*) o deuda territorial, siendo su característica primordial que el deudor es la misma finca y no su dueño.

B) Concepto de la cédula hipotecaria:

Existen varias definiciones que doctrinalmente se le dan a esta figura del derecho; sin embargo, partimos de la conceptualización que da la doctrina nacional con don Alberto Brenes:

“La hipoteca de cédula es un gravamen impuesto sobre una finca por su propietario para asegurar el pago de un crédito representado por cédulas, sin que nadie, ni aun el dueño del inmueble, quede comprometido personalmente a la satisfacción de la deuda.”⁷⁰

Tenemos además que el Código Civil en el numeral 426, define a la cédula hipotecaria de la siguiente manera:

“Puede constituirse hipoteca para responder a un crédito representado por cédulas, sin que nadie, ni aun el dueño del inmueble hipotecado, quede obligado personalmente al pago de la deuda. A esta clase de hipotecas son aplicables las disposiciones sobre hipoteca constituida para garantizar una obligación personal, con las modificaciones que se contienen en los siguientes artículos.”

C. Características de la cédula hipotecaria:

1. Para establecer hipotecas de cédulas se requiere que la finca esté libre de hipotecas comunes anteriores, o que si existen se cancelen previamente, porque así se evita que en muchos casos la cédula se convierta en un título sin valor alguno.⁷¹
2. El valor de las cédulas debe ser uniforme cada una habrá de extenderse por cien colones o por un múltiplo de esa cantidad.

⁷⁰ BRENES CORDOBA (Alberto), Tratado de los bienes, San José Costa Rica, p 162.

⁷¹ Artículo 427 del Código Civil.

3. Una sola cédula puede abarcar la totalidad de la emisión de una cédula, no es necesario que se expidan varias, pero se pueden hacer varias.
4. Se pueden emitir cédulas hipotecarias en moneda nacional o extranjera siempre y cuando todas sean de una o de otra.
5. La cédula debe contener los datos necesarios para identificar el inmueble gravado y la indicación de la cantidad total garantizada por la hipoteca a que la cédula se refiere, lo mismo que el nombre y apellido de la persona a cuyo favor se extiende, y la fecha y lugar del pago, y si fuere el caso, el número de cupones de intereses y la en que vencen éstos.
6. Cuando la obligación gana interés, se agrega a las cédulas el correspondiente número de cupones, por trimestre, semestre o anualidades, según convenga al acreedor, debiendo indicar cada cupón el trimestre, semestre o anualidad a que se refiere, la suma a que asciende su valor, el número de la cédula respectiva y la inscripción de la finca.
7. La existencia de una primera hipoteca de cédulas no impide la constitución de otras hipotecas de igual género de una orden inferior, o de una o más de carácter común.
8. Por otra parte, los endosos que en la cédula consten gozan, no obstante su carácter privado, del privilegio de ser tenido como auténticos, todo el tiempo que no se demuestre lo contrario.
9. Tanto las cédulas como los cupones tienen fuerza ejecutiva y el tenedor de cualquiera de esos documentos, está en aptitud de exigir que se lleve a cabo la subasta de la finca y el pago de la deuda, por la presunción

“iuris” de propiedad del crédito, cimentada en la posesión de ese título, siempre y cuando en el título aparezca un endoso nominal o en blanco que apoye la presunción.

C. Diferencia de las cédulas hipotecarias con la hipoteca común:

Consiste precisamente en la irresponsabilidad del propietario de la finca dada en garantía. En el fondo el dueño de la finca es el deudor, puesto es quien se aprovecha del dinero obtenido por este medio. Sin embargo la ley circunscrito al inmueble toda la responsabilidad. Según el artículo 667 y siguientes del Código de Comercio y de acuerdo a la Ley reguladora del mercado de valores a la hipoteca común le es imposible la circulación.

D. Naturaleza jurídica de la cédula hipotecaria:

Las cédulas hipotecarias poseen una doble naturaleza: real y de título valor.

La naturaleza real porque recae sobre bienes inmuebles y participa de la naturaleza y características de los derechos reales de garantía, entendidos estos como los que aseguran la obligación y el cumplimiento concediendo un poder directo e inmediato sobre un bien ajeno, facultando tal poder a su titular en caso de incumplimiento para realizar el valor de la cosa básicamente con el propósito de satisfacer su crédito y se regula junto a la hipoteca y la prenda en el numeral 426 de nuestro Código Civil.

Así, la cédula es un documento constitutivo de derecho real ilimitado, es decir en cosa ajena y dentro de los diferentes tipos de derechos reales en cosa ajena, es uno de garantía. Es además, un derecho real accesorio, en el sentido de la relación entre titular del derecho y el bien sobre el cual recae el derecho real de garantía, en una relación indirecta, por existir de por medio una obligación caratular cuyo cumplimiento está garantizado con el valor del bien.⁷²

Su naturaleza de título valor se remonta a la promulgación del Código de Comercio en 1964, donde se le dio la naturaleza de éste y la sala de Casación definió a éstas como:

*“Las cédulas hipotecarias son títulos valores a la orden, transmisibles por endoso con entrega del documento, ese endoso puede ser en blanco, lo que permite transmitir las como si fueran títulos al portador”.*⁷³

Aunque en ese momento la Sala no haya dado las razones del porqué se le consideró a la hipoteca de cédulas un título valor, se le atribuye esta calificación porque sus características se adecuan al numeral 685 del Código de Comercio y posee las características de los títulos valores; incorporación, autonomía, literalidad, legitimación y el principal circulación.

⁷² MONTEJO MORALES (Andrés), Temas de Derecho Privado, La hipoteca de cédulas o cédulas hipotecarias. Antología Derechos Reales, Facultad de Derecho, p54.

⁷³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 83 de las 8:15 hrs del primero de agosto de 1972.

A. Constitución de la cédula hipotecaria:

Según el Código Civil a la hipoteca de cédulas son aplicables las disposiciones de la hipoteca común por lo que ésta debe constituirse de igual manera en escritura pública a la luz del numeral 426 y 429.

Art. 429

“Toda hipoteca de cédulas se constituirá haciéndola constar en escritura pública. Una vez constituida e inscrita se emitirán las cédulas.”

Un aspecto importante de la constitución de cédulas hipotecarias es que el inmueble que soportará las cédulas hipotecarias, no debe tener ningún otro gravamen sobre él al momento de la constitución, debe estar totalmente libre.

Esto se entiende, por la naturaleza de este gravamen que pesa directamente sobre el inmueble, y lo importante es que a partir de las cédulas hipotecarias si pueden inscribirse otras hipotecas, y ambas pueden coexistir. Esto a la luz del numeral 427 del Código Civil, que a continuación se narra:

Art. 427:

“Solo podrá constituirse la hipoteca de cédulas sobre inmuebles que no estén gravados con hipoteca común anterior, pero la hipoteca de cédulas no impide la constitución de otras hipotecas de la misma clase para obtener cedulas de segunda o ulterior orden, ni la constitución posterior de hipotecas comunes.”

Otro aspecto muy interesante que tiene la cédula de hipoteca, es que puede reemplazarse la hipoteca común por una de cédulas, no viceversa, pero este reemplazo se podrá realizar siempre y cuando haya acuerdo de partes. Según el artículo que a continuación se cita:

Art. 428:

“Puede remplazarse una hipoteca común con una hipoteca de cédulas, siempre que en ello estén de acuerdo deudor y acreedor y que se cancele la primera al constituir la segunda.”

Las cédulas hipotecarias tienen la facultad de reposición en diferentes supuestos y tienen un proceso señalado en el Código de Comercio en los artículos siguientes al artículo 428 que no son de nuestro interés directo en este análisis.

F. Extinción de la cédula hipotecaria:

La extinción de las cédulas varía según la vía aplicada, bien sea cancelación, ejecución o prescripción.

En el artículo 439 del Código Civil, establece las causas de la cancelación de la hipoteca de cédulas, que únicamente procede en virtud de la presentación que se haga al registrador del testimonio de escritura de cancelación y de todas las

cédulas y cupones correspondientes al gravamen cuya desaparición se desea, para que los títulos sean incinerados.⁷⁴

Para la vía de la ejecución, tenemos que es necesario comprobar el derecho de reclamar el pago de la cédula y para eso basta la presunción “*uris*” de propiedad del crédito, cimentada en la posesión del título, siempre que en él aparezca un endoso nominal o en blanco que apoye la presunción.⁷⁵

Tanto las cédulas y los cupones tiene fuerza ejecutiva y el tenedor de cualquiera de estos documentos puede pedir que se lleve acabo la subasta de la finca. En toda hipoteca de cédulas se tiene por renunciados los trámites del juicio ejecutivo y la base de la finca hipotecada será el valor de la primera hipoteca y el que pide remate tendrá derecho a hacerlo con base al valor de la cédula o cédulas en su poder, independientemente de las que se encuentren en poder de otros, artículo 434 Código Civil. Respecto a todo el procedimiento de esta forma de extinción el Código Civil en los artículos siguientes se refiere al tema en cuestión y no es objeto de nuestro estudio la figura en particular.

Al llevarse acabo la subasta pública, el acreedor o un tercero podrá adjudicarse la finca dada en garantía. Firme la adjudicación, la escritura de protocolización de piezas y el mandamiento expedido en ejecución hipotecaria en cuanto a la de grado inferior al gravamen que sirvió de base al juicio deberán presentarse junto

⁷⁴ MONTEJO MORALES (Andrés), Temas de derecho privado, La cédula de hipotecas o hipoteca de cédulas, Antología de Derechos Reales II, San José, Facultad de Derecho, p 69.

⁷⁵ MONTEJO MORALES (Andrés) Op cit. 69.

con la cédula correspondiente para que el registrador al firmar e inscribir la cancelación, la incinere.⁷⁶

Respecto a la prescripción como la tercera vía de extinción de las cédulas de hipotecas, tenemos que las cédulas que estuvieran vencidas por más de 10 años, siempre y cuando en el Registro no haya constancia que indique haberse interrumpido la prescripción, están dando paso a su extinción, esto se deduce del artículo 426 del Código Civil, estableciendo que en lo correspondiente a la hipoteca de cédulas se aplica la normativa de la hipoteca común; por lo que en el artículo 471 y 430 inc 4 del Código Civil, se cita lo referente a la prescripción decenal que se aplicará a la hipoteca común. De manera que en estas circunstancias mencionadas el registrador, al inscribir nuevos títulos relativos a la finca anteriormente dada en garantía, hará caso omiso del gravamen extinto.

En VOTO N° 0371-F-08 del TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, a las nueve horas del diez de junio del dos mil ocho.- Incidente de prescripción de capital y de intereses, dentro del proceso ejecutivo hipotecario establecido por el BANCO POPULAR Y DESARROLLO COMUNAL , contra BANANERA CHANGUINA SOCIEDAD ANÓNIMA , cédula jurídica tres - ciento uno - ochenta y un mil cuatrocientos sesenta, representada por Oscar Echeverría Heigold , casado, agrónomo, vecino de Cartago, considerando IX.- Las cédulas hipotecarias se rigen por normas específicas contenidas en el Código Civil. Las cédulas hipotecarias, en principio,

⁷⁶ MONTEJO MORALES (Andrés), Op cit, p 71.

nacen con las características de los derechos reales de garantía. A través de ellas se constituye un derecho real sobre un bien inmueble, no solo para lograr acceso al crédito, sino que también se constituye en una garantía a favor del acreedor, con la particularidad de que el propietario del inmueble - a diferencia de la hipoteca, salvo que sea contenida - no queda obligado en forma personal. Es decir, se trata de un gravamen que recae exclusivamente sobre el bien (artículo 426 del Código Civil). En sus formas de constitución y ejercicio se rige por lo dispuesto en los artículos 426 a 440 del Código Civil. Pero también el Código de Comercio integra su régimen jurídico, al indicar en su artículo 685 que se consideran títulos valores. Como consecuencia de ello, con la transmisión de las cédulas, por endoso nominativo o en blanco, participan de todas y cada una de las características de los títulos valores, tales como la incorporación, la legitimación, la literalidad, la autonomía y la circulación. Como tales, confieren a su legitimado el derecho de exigir la prestación que en ella se consigna. Existe una relación directa entre el derecho real incorporado y el título, de modo que solo el legitimado del documento puede exigir el cumplimiento de la obligación. La jurisprudencia, al referirse a los efectos de la transmisión de las cédulas por endoso ha indicado que cuando el mismo es nominativo o en blanco, se transmiten todos los derechos incorporados en el documento, y con ello hay una transmisión del título. En cambio, la transmisión de la cédula hipotecaria, cuando se endosa en garantía produce efectos diferentes, pues en este caso no se transmite la titularidad, pues ella se mantiene, y solo en caso de incumplimiento del crédito garantizado el acreedor podría ejecutarla para poder realizar económicamente el bien y así satisfacer su crédito. Por ello, cuando se endosa en

garantía una cédula y la obligación es cancelada, la legitimación permanece en el endosante y por ende tiene derecho a reivindicarla. Ello con las salvedades sobre la prescripción negativa previstas en el artículo 430 inciso 4) del Código Civil. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; N° 103 de las 8:10 horas del 10 de noviembre de 1994, y N° 119 de las 14:30 horas del 20 de octubre de 1995).-

Después del estudio anterior sobre todas las concepciones y características de los derechos reales y sus clasificaciones, podremos analizar si se pueden confrontar entre estos o desarrollarse en un mismo momento.

Los derechos reales se distinguen por la inmediatez, absolutez, oponibilidad, inherencia y otros, todos los derechos que se han descrito en sus concepciones, diferencias y sean muy similares en sus aspectos históricos, es un hecho que gozan de todas estas características y además de los principios establecidos para la aplicación de todas estas figuras. El principio de primero en tiempo primero en derecho, el principio de legalidad, el principio de oponibilidad y otros.

Capítulo II. Derecho Ambiental

Sección I Generalidades

A) Reseña Histórica del derecho ambiental:

Esta rama del derecho público nace como producto de la Revolución Industrial y del desarrollo del sistema capitalista. Debido al proceso de alteración profunda, grave y seria del ecosistema, los países han tomado medidas legales (entre otras) para enfrentar este trágico problema.

En los últimos años el desarrollo del derecho ambiental ha sido importante tanto a nivel de cada país como internacionalmente, en este sentido por ejemplo; la conocida Declaración de Estocolmo de 1972 de las Naciones Unidas, de mucha relevancia a nivel internacional en tema ambiental.

En nuestro país, el derecho ambiental, se ha fortalecido a partir de la década de los años 80s, también ante el hecho de la destrucción inmisericorde de los bosques, de la flora y de la fauna, a manos de comerciantes y empresarios que irracionalmente explotan nuestra naturaleza con fines estrictamente mercantiles.

El fenómeno de la globalización empeora el problema; sin embargo, para don **Rafael González Ballar** hay unas respuestas jurídicas desde un punto de vista jurídico; se genera una proliferación de tratados y convenios internacionales en materia ambiental producto de tantas cumbres en el tema. Se crea el derecho humano al ambiente como un derecho de tercera generación y por último crece la

legislación nacional empezando en la búsqueda del objeto y fundamento del Derecho Ambiental.

Desde su inicio, el derecho ambiental se ha considerado como aquella rama del derecho que incide sobre conductas individuales y colectivas para prevenir y remediar las perturbaciones que alteran su equilibrio.⁷⁷

El proceso de constitucionalización de la materia ambiental en Costa Rica presenta su más dinámico desarrollo en la década de los 90, cuando es formalmente reconocido como un derecho y obligación incorporado en la Constitución Política. Debe reconocerse el gran aporte jurisprudencial, que contribuyó mediante el sistema de interpretación sistemático material evolutivo para propiciar la eficacia de nuestra Carta Magna y evolucionar el sentido material para aplicarlo a la protección, conservación y explotación racional de la biósfera e influir en todos los ámbitos científicos técnicos y jurídicos costarricenses. Pese a esos inicios tempranos del derecho ambiental, el reconocimiento de la evolución de este derecho se llevó a cabo en 1992, en la celebración de la Cumbre de Río de Janeiro, según la cual se garantizaba el derecho de todo ser humano a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.⁷⁸

⁷⁷MARTIN MATEO (Ramón) Derecho Ambiental, Revista Ciencias Jurídicas, Número 65, enero-abril, 1990. p 20.

⁷⁸ CONEJO AGUILAR (Victoriano), Naturaleza Jurídica del Pago de Servicios Ambientales, San José, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003, p 37.

El derecho ambiental en Costa Rica y las instituciones (públicas y privadas) no han servido para proteger real y efectivamente el medio ambiente.⁷⁹

B) Concepto del Derecho Ambiental

El objeto del derecho ambiental consiste específicamente en la sistematización de normas y principios para la protección del medio que nos rodea, entiéndase dentro de ello, todos los recursos naturales renovables y no renovables. Por ello tenemos a continuación 3 concepciones:

“El derecho ambiental puede definirse como el conjunto de normas y principios, nacionales y del derecho internacional, que regulan y orientan las relaciones entre el ser humano y su entorno natural y urbano, con el propósito de alcanzar un equilibrio que permita la satisfacción de necesidades humanas, a través de los procesos sociales, productivos y culturales, resguardando la integridad y conservación de los recursos.”⁸⁰

“Conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar en los sistemas de ambiente, mediante la generación de

⁷⁹ MARTIN MATEO (Ramón), op. cit, p 21.

⁸⁰ SALAZAR CAMBRONERO (Roxana) y SABORIO VALVERDE (Rodolfo), Manual sobre Derechos Humanos y Ambiente, San José, Editorial IPECA, 1994, p 56.

*efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.*⁸¹

*“El derecho ambiental contiene el grupo de normas de derecho internacional y nacional (derecho internacional público y derecho público interno) que tiene por objetivo la protección del medio ambiente para beneficio del ser humano. La idea que subyace en esta definición es la de que debe existir un balance ecológico de la biosfera que debe ser preservado y protegido.”*⁸²

C) Naturaleza jurídica del derecho ambiental

El derecho ambiental en general mantiene su cordón umbilical y unido al derecho público. Por ello es que utiliza y ha generado, a la luz de éste, una serie de conceptos e instituciones importantes para su evolución. Dentro de éstos conceptos que el derecho ambiental ha tomado tenemos el principio administrativo de interés público, que es considerado por algunos autores como el fundamento moderno del derecho ambiental. Nuestra Ley General de la Administración Pública lo recoge en su artículo 113,

“ 1) El servicio público deberá desempeñar funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cuál será considerado como expresión de los intereses coincidentes de los administrados...”

⁸¹ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), Derecho Ambiental, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 95, mayo-agosto, 2001, p 106.

⁸² MARTIN MATEO (Ramón), op.cit, p 23.

2) *El interés público prevalecerá sobre el interés de la administración público cuando pueda estar en conflicto.*

3) *En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. ”*

Lo define como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. Importante es tener en cuenta que el interés público prevalece sobre el de la administración si entra en conflicto. Al apreciar dicho interés se debe tener en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo a los que no se pueden anteponer la mera conveniencia.⁸³

El derecho ambiental surge (dentro de una situación económica, social política efectiva) como instrumento necesario para superar el aprovechamiento individual de los recursos naturales y del ambiente, pero este derecho, sólo podría consolidar la legalidad (Principio esencial):

- a) Partiendo de la concepción de un sistema ambiental o de una visión unitaria de la naturaleza (y no desde una perspectiva que considere fragmentada y oculte así la interdependencia de sus elementos);
- b) Expresándose por medio de leyes que protejan la naturaleza y garanticen el beneficio colectivo de su aprovechamiento.

⁸³ GONZALEZ BALLAR (Rafael), Valores, Realidades y Fundamento del Derecho Ambiental en Costa Rica, San José, Editorial Chico, 2003, p 67.

Es preciso entonces, tener muy claro, que la naturaleza, como proceso constante de creación de la materia orgánica y de su destrucción (lo que se llama ciclo biótico), y al margen de la influencia de la actividad humana. Existe desde mucho antes de que el hombre apareciera. Desde este punto de vista, es un supuesto básico para la aparición y existencia de la sociedad humana.” El hombre mismo, es un producto de la naturaleza, una de sus partes: sin embargo, se separó de la naturaleza gracias al TRABAJO, y por eso no se adapta a ella sino que la transforma, la subordina a sus fines. En la medida en que el hombre la somete y la hace objeto de su actividad, la naturaleza deja de ser algo independiente con respecto al hombre e interviene en la actividad humana transformadora, se “Humaniza”. Ahora bien, no sólo se modifica el medio natural en que habita el hombre,... sino que se crea en el sentido más pleno de palabra una “segunda” naturaleza, el mundo de la cultura humana, es decir, los objetos y procesos que no sólo no existen en la naturaleza en forma preparada, sino que tampoco pueden aparecer bajo la acción de sus propias fuerzas. (Ello)... no significa que la naturaleza pierda el carácter objetivo de su existencia: su “prioridad” se mantiene tanto en el sentido de que históricamente procede al hombre sobre la naturaleza es imposible al margen de sus leyes “. Todo lo cual se refleja en la influencia del hombre sobre la naturaleza cada vez que incorpora los recursos a la actividad productiva, y los convierte en medios de producción o fuerzas que luego caracterizan las relaciones que guardan los hombres respecto a la naturaleza, su poder sobre ésta.

Pero a medida que el hombre incorpora las riquezas naturales a la actividad productiva y transforma la naturaleza, surge una serie de problemas económicos y sociales, debido a que el vínculo entre la sociedad y la naturaleza se da a través del desarrollo de las relaciones que se establecen entre los hombres en el proceso de su actividad productiva, es decir, en las relaciones en que los hombres actúan cuando producen los bienes materiales.

De aquí se deriva precisamente el carácter racional o destructivo de las acciones del hombre sobre la naturaleza, en otras palabras, sus acciones dependen de esas relaciones. Un ejemplo de la acción destructiva de algunos sectores económicos de la población sobre el medio físico, es toda la problemática ambiental que hoy viven los países y que padecen los sectores poblacionales marginados.

Por derecho ambiental se entiende entonces, la parte del ordenamiento jurídico referida a la protección del sistema ambiental en la medida en que sus elementos y recursos son objetos de la actividad productiva de los hombres. En la práctica, el Derecho Ambiental (dada su correlación con la Legislación Ambiental) se expresa en forma de leyes que reflejan las personas en razón de sus derechos, obligaciones y responsabilidades respecto a la protección y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente. Cuando esas leyes forman un cuerpo de normas jurídicas, estamos frente a lo que se llama Legislación Ambiental.

Desde el punto de vista jurídico, la acción de las personas sobre la naturaleza sólo tiene lugar dentro de esas relaciones, es decir, condicionada por la vida real.

Cuando la Legislación Ambiental se presenta independiente de todo condicionamiento, es cuando se le confunde con el derecho Ambiental y no se explica su conexión en la vida real.⁸⁴

D) Características del Derecho Ambiental

La definición conceptual del derecho ambiental se complementa con los principios y características que lo identifican. Algunos principios y características son analizados por la doctrina y otros son integrados por el marco legal vigente.

Por ello dentro de las características más importantes tenemos:

- a) Dimensiones indeterminadas; debido a su naturaleza transversal, el derecho ambiental se manifiesta en otras ramas del derecho en las cuales influye, razón por la cual es difícil poder establecer con precisión los límites y alcances de este novedoso derecho.
- b) Carácter preventivo: fundamentalmente se orienta a prevenir, antes que sancionar, los daños que se ocasionen en el ambiente. Lo anterior se deriva de las dificultades para poder reparar de manera integral un daño causado a los recursos naturales. Las sanciones, aunque importantes, deben considerarse secundarias, por lo cual se

⁸⁴ PORRAS ZÚÑIGA (Anabelle), Derecho Ambiental en Costa Rica, Revista Judicial, San José, N° 20, Año V, Junio de 1981.

enfatisa en instrumentos preventivos, como las evaluaciones de impacto, los permisos y otros.

- c) Sustrato Metajurídico: debido a sus conexiones con la ecología, el derecho ambiental se apoya del conocimiento generado en otras áreas del saber, como la biología, la gestión ambiental, y otros.
- d) Distribución equitativa de los costos: se trata de destacar la vocación retributiva que posee. En algunos casos esta vocación se logra mediante la implementación del principio de quien contamina paga, obligado a los agentes económicos a internalizar los costos ambientales de sus actividades.
- e) Primacía de los intereses colectivos: debido a que el derecho ambiental es de orden público, pretende otorgar preponderan a los intereses colectivos a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sobre aquellos de naturaleza privada.
- f) Carácter sistémico: sobre este se ha afirmado que el derecho ambiental por su naturaleza debe regular los diferentes elementos que componen el ambiente natural y humano, pero además las interrelaciones que se dan entre ellos, de manera que también los procesos que se generan, sean objeto de intervención por parte del derecho ambiental **(Damaris Vargas Vásquez, Elementos Básicos del Derecho Agrario y del Derecho Ambiental, San**

José, Corte Supremo de Justicia, 2000). Se debe regular en forma integral.⁸⁵

- g) Carácter multidisciplinario: el derecho ambiental utiliza conceptos e instrumentos propios de otras disciplinas sin las cuales las normas jurídicas no pueden ser plenamente aplicables, por ejemplo, es necesario recurrir a la biología y la ingeniería forestal para poder comprender disposiciones legales relacionadas con el aprovechamiento forestal y los planes de manejo.
- h) Carácter transnacional: se refiere a la naturaleza transfronteriza de la mayoría de los problemas ambientales (protección de la capa de ozono, del clima, y otros) razón por la cual, los aspectos internacionales y cooperación entre países ocupan un lugar de suma importancia en el desarrollo y evolución del derecho ambiental.

⁸⁵ Medaglia 14 y 15.

Sección II Principios y estructuración del derecho ambiental

A. Principios del derecho ambiental:

- a) Ubicuidad: son las exigencias de proteger al ambiente por todos los instrumentos jurídicos e institucionales existentes.
- b) Sostenibilidad: Ataño a la idea de que debe existir una política y una estrategia de desarrollo económico y social continuo, que no vaya en detrimento del ambiente ni de los recursos naturales de cuya calidad depende la continuidad de la actividad y del desarrollo de los seres humanos.⁸⁶
- c) Globalidad: existe una sola tierra que proteger. Así, debemos pensar globalmente y actuar localmente. O sea, lo que hagamos en un país para mejorar el ambiente beneficia a todo el planeta.
- d) Subsidiaridad: Si se dice que hay que pensar globalmente y actuar localmente, ello también significa que la acción corresponde a las asociaciones, municipios, regiones, ONGS y otros.
- e) Solidaridad: debe existir una hermandad entre los seres humanos para la defensa y protección del ambiente.
- f) Igualdad: la constatación fáctica de la desigualdad en el uso de los recursos naturales no priva de virtualidad o de vigencia este principio de la igualdad. La justicia entre lo seres humanos implica la positividad de la igualdad en el uso de tales recursos para las personas.

⁸⁶ ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique) Derecho Ambiental. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 95, Mayo- Agosto del 2001, pp. 106,107.

- g) Publicidad: es de interés público el conocimiento de los datos de la información que afecta la biósfera. Sin ese conocimiento público de la datología sobre el ambiente, no se puede ejercer derecho alguno en el campo del derecho ambiental.
- h) Criterio amplio de legitimación: todos los seres humanos son titulares del derecho sustantivo y procesal para acudir al Poder Judicial (tutela judicial) en la defensa y protección del ambiente. El artículo 50 de la Constitución Política garantiza este acceso al Poder Judicial, prácticamente, como una acción popular, al amparo de los intereses difusos o colectivos, en el segundo párrafo de el artículo mencionado se establece;

“...Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño acusado...”

La salud pública y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentran reconocidos constitucionalmente, no solo en el artículo 50 sino en los artículos 21, 73 y 89 de la Constitución Política, así como en múltiples instrumentos de Derecho Internacional. En este sentido, este Tribunal Constitucional en la sentencia No. 3705-93 de las 15 hrs. del 30 de julio de 1993, en recurso de amparo interpuesto por **JOSÉ ARMANDO ELIZONDO FALLAS**,

portador de la cédula de identidad No. **1-553-725**, contra el **MINISTERIO DE SALUD y OTROS**, indicó:

“(...) La calidad ambiental es un parámetro de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc., pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene en deber de protegerlo y preservarlo para el uso de las generaciones presentes y futuras, lo cual no es tan novedoso, porque no es más que la traducción a esta materia del principio de la "lesión", ya consolidado en el derecho común, en virtud del cuál el legítimo ejercicio de un derecho tiene dos límites esenciales: Por un lado, los iguales derechos de los demás y, por el otro, el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo(...).”

- i) Restaurabilidad: la restauración del ambiente dañado o destruido puede hacerse por la introducción en el ambiente del equivalente a esos componentes afectados, en la medida de lo posible.
- j) Extraterritorialidad: muchas de las normas que se aplican en un país tienen consecuencias mucho más allá de esos espacios, dado que es la naturaleza el referente empírico inmediato.⁸⁷
- k) El que contamina paga: cuando se acuñó este principio se creía que las empresas nacionales y trasnacionales contaminadoras, lo captarían con

⁸⁷ ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique)op. cit. pp. 107,108.

temor. Pero, a lo largo de los años, empresarios destructores del ambiente lo tradujeron como: contaminao ¿y qué?, ¡si luego pago! Porque, con lo obtengo de ganancias al contaminar, logro más beneficios que lo que el Estado me obliga a pagar, por la contaminación que provoco. Así, compran el derecho de contaminar y destruir el ambiente. Esto sin agregar, las políticas de corrupción en las esferas estatales para contar con las influencias políticas necesarias con el fin de seguir desbastando el ambiente. La Ley Orgànica del Ambiente en su artículo número 1), tipifica este principio cuando establece:

“Quien contamine el ambiente o le ocasione daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes.”

- l) *“In dubio pro naturaleza”*: éste es esencial, pues establece que en caso de duda se debe resolver a favor de lo que más beneficie a la naturaleza.
- m) Principio precautorio: se deben tomar las medidas de prevención que aseguren la protección de los derechos y valores contenidos en la Constitución Política, en general; y en lo específico, en lo que atañe a la materia ambiental.
- n) El derecho al ambiente como presupuesto de los derechos a la vida y a la salud: para disfruta de los derechos a la vida, necesariamente debe tutelarse, de manera efectiva, el derecho a vivir en un ambiente sano y

ecológicamente equilibrado. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida.

El derecho a un ambiente libre de contaminación y a la salud son derechos fundamentales.

- o) El desarrollo sostenible como mecanismo de protección al ambiente: se precisa, que el desarrollo de actividades productivas, aun cuando influyan de manera positiva en la economía nacional, no puede darse en contraposición al ambiente. Principio que se refiere a la responsabilidad del Estado al desarrollo sostenible y que se encuentra regulado en nuestra legislación en el artículo 1) inciso c):

Segunda parte:

...”Asimismo, está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface las necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras.”⁸⁸

- p) La efectiva aplicación de los tratados Internacionales vigentes en nuestro país, como fuentes normativas de protección al ambiente: dichos tratados o convenios internacionales que protegen nuestra riqueza ecológica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa. Así, la Ley Orgánica del

⁸⁸ Ley Orgánica del Ambiente, enero 2005.p 8.

Ambiente establece en el artículo 2 los principios inspiradores de la misma, en el inciso a):

“El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad pública e interés social.”⁸⁹

p) Obligación del Estado de proteger el ambiente: existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el ambiente.⁹⁰ Este principio se contempla en la Ley Forestal en el capítulo que se refiere a las competencias y atribuciones de la Administración Forestal del Estado, en el artículo 5;

“Órgano rector. El Ministerio del Ambiente y Energía regirá el sector y realizará las funciones de la administración Forestal del Estado de conformidad con esta Ley y su reglamento.

La estructura orgánica de la Administración Forestal del Estado se establecerá en el reglamento e esta Ley. Esta administración será

⁸⁹ Ley Orgánica del Ambiente, enero 2005, p. 1.

⁹⁰ ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique) op cit. pp. 109,110.

regionalizada, para lo cual el país se reorganizará en regiones forestales.”

Artículo 6; Competencias.

“Son competencias de la Administración Forestal del Estado las siguientes: a) Conservar los recursos forestales del país, tanto en terrenos del Patrimonio Natural del Estado como en áreas forestales privadas, de acuerdo con esta ley.”

Lo anterior se refuerza en la jurisprudencia cuando exp: 07-011647-0007-co en res. N° 2008009064 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diecinueve horas y tres minutos del veintinueve de mayo del dos mil ocho. Recurso de amparo interpuesto por José Armando Elizondo Fallas, portador de la cédula de identidad no. 1-553-725, contra el ministerio de salud y otros.

Esta disposición se complementa por lo establecido en el numeral 11 del *"protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales"*. Paralelamente, en relación con las obligaciones que tienen las autoridades públicas de garantizar el derecho a la salud y el derecho a un ambiente sano, esta sala mediante la sentencia no.180-98 de 16:24 hrs. del 13 de enero de 1998, dispuso:

“(...) el Estado no solo tiene la responsabilidad ineludible de velar para que la salud de cada una de las personas que componen la comunidad nacional, no sufra daños por parte de terceros, en relación a estos derechos, sino que, además, debe asumir la responsabilidad de lograr las condiciones sociales propicias a fin de que cada persona pueda disfrutar de su salud, entendido tal derecho, como una situación de bienestar físico, psíquico (o mental) y social (...).”

De otra parte, la normativa infraconstitucional desarrolla este derecho, y en este sentido la Ley General de Salud, autoriza al Ministerio de Salud para tomar las medidas sanitarias correspondientes e imponer las sanciones con el fin de proteger el medio ambiente y el derecho a la salud de las personas. Adicionalmente, las municipalidades están en la obligación, constitucionalmente impuesta, de velar por los intereses locales en su respectivo cantón (artículo 169 de la Constitución Política).

q) rechazo de la falta de recursos como justificación para no aplicar medidas que resguarden al ambiente: la insuficiencia de recursos económicos, no puede justificar que un ente o un órgano público no adopte las medidas que sean necesarias para preservar el ambiente o para suspender cualquier actividad que atente contra ese fin.⁹¹

La falta de recursos económicos, administrativos, de personal o la carencia de capacidad no es excusa aceptable para que el Estado viole sus deberes

⁹¹ ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique) Derecho Ambiental, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 95, Mayo- Agosto del 2001, pp. 111.

y competencias constitucionales en cuanto a proteger la salud y el ambiente.

- r) Obligaciones de los sujetos de derecho privado en materia ambiental: también la protección y la defensa del ambiente es una obligación de los sujetos privados. De ahí que el administrado no perjudique a las demás personas con los actos que lleva a cabo.
- s) El silencio positivo no se aplica en materia ambiental: en el campo de permisos autorizaciones, licencias, etc., que tengan relación con el ambiente, la doctrina del silencio administrativo positivo no se aplica, debido a que ello perjudica o daña los recursos ecológicos.

El silencio positivo no opera en materia ambiental por el interés público que está en juego, ya que el interés privado cede frente al interés público.

El artículo 4 de la Ley Forestal determina que;

“En materia de recursos naturales no operará el silencio positivo contemplado en los artículos 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública.

Cuando la administración Forestal del Estado no resuelva los asuntos sometidos a su conocimiento, dentro de los plazos estipulados en la L.G.A.P., el funcionario responsable se expondrá a las sanciones dispuestas en las leyes.”

Artículo 330 L.G.A.P;

“El silencio de la administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de la fiscalización y tutela.

También, se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias o autorizaciones.”

Artículo 331 L.G.A.P;

“El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia con los requisitos legales.

Acaecido el silencio positivo no podrá la administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni exigir el acto en aquellos casos y en la forma previstos en la Ley”.

- t) Necesidad de realizar estudios de impacto ambiental: el hecho de que se reconozca el derecho a la salud como derecho a gozar de un ambiente ecológicamente equilibrado, como derechos fundamentales, obliga a la Sala a precisar que la solución del problema no puede estar fundamentado en soluciones rápidas, porque los técnicos que garantizan que la solución

que se propone en cada caso concreto, no será de origen de un problema de salud pública o de alteración indebida del ambiente.

- u) Principios de razonabilidad y proporcionalidad en la explotación de los recursos naturales: esos principios deben prevalecer cuando se trate de la explotación de los recursos naturales para que no se ponga en peligro de extinción las diferentes especies animales y vegetales.⁹²

Este principio se regula en la Ley Orgánica del Ambiente en el artículo 1) inciso c), cuando establece:

*“El Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional”...*⁹³

B) Constitución y regulación del derecho ambiental.

La rama del derecho ambiental ha enfrentado dificultades para definir cuál es el bien jurídico que se protege. Las normas sancionadoras dependen de la violación de un bien jurídico para su eventual. Al no existir éste prevalece la impunidad, trayendo la burla del sistema judicial.

Es realmente complicado determinar el bien jurídico y la forma de comprobar el daño directo de la acción de un infractor y la violación del ese bien jurídico, sin embargo tenemos claro que cualquier tipo de daño hacia el ambiente es un

⁹² Ibid. pp. 111.

⁹³ Ley Orgánica del Ambiente, enero 2005, pag.8.

perjuicio contra la humanidad o individualmente visto, hacia la propia vida humana, ya que rompe el equilibrio de la naturaleza. Por esto, es mejor orientarse a la prevención de los daños ambientales que tratar de sancionar estas acciones, que al fin de cuentas corresponden a una rama demasiado amplia que no define siquiera el cómo debe hacerse para identificar el daño concreto hacia cada ser humano en la violación de un bien jurídico amplísimo.

La reforma de 1994 de la Constitución Política, incorporó en esta norma la novedosa categoría de los derechos ecológicos en el artículo 50, el cual establece:

“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La Ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”.

La Sala Constitucional ha dicho que *“ El ambiente debe ser entendido como un potencial de desarrollo para utilizarlo adecuadamente, debiendo actuarse de modo integrado en sus relaciones naturales, socioculturales,*

tecnológicos y de orden político, ya que, en caso contrario, se degrada la productividad para el presente y el futuro y podría ponerse en riesgo el patrimonio de la generaciones futuras. El objetivo primordial de uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo del uso y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc., pero más importantes que ello es entender que si bien el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para uso de las generaciones futuras, lo cuál no es tan novedoso, porque no es más que la traducción de esta materia, del principio de lesión, ya consolidado en el derecho común, en virtud del cual el legítimo ejercicio de un derecho tiene dos límites esenciales; por un lado, o iguales derechos de los demás y por el otro, el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo ”.⁹⁴

En consecuencia, la protección del Ambiente debe encaminarse a su utilización adecuada e integrada con sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales tecnológicas y de orden político, para con ello salvaguarda el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras. Por ello, intratándose del Derecho Ambiental, la lesión a este derecho fundamental sufre tanto la comunidad como el individuo en particular.

⁹⁴ Sala Constitucional, voto 1763-94.

C- Interés público del derecho ambiental:

Consecuencia de lo anterior, existe una legitimación amplia para acudir a los tribunales en defensa de este derecho fundamental. Como ha dicho la jurisprudencia de la Sala IV:

“Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero derecho reaccional, que como su nombre lo indica, lo que hace es operar a su titular para reaccionar frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimas. Es por ello que la vulneración de este derecho fundamental, constituye una ilegalidad constitucional”.⁹⁵

En efecto, en materia de derecho ambiental el presupuesto procesal de la legitimación es amplio, debiendo entenderse que toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a un interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan, de esa manera, afectadas por los actos ilegítimos que los vulneran.

⁹⁵ Sala Constitucional, voto 95-95.

Finalmente, el Estado tiene la obligación de procurar una protección adecuada al ambiente. Por ello, los poderes públicos deben tomar todas las medidas necesarias para que el ambiente se encuentre libre de contaminación que es la condición en que se encuentra el mundo que nos rodea, cuando las alteraciones producidas tanto por el hombre como por la naturaleza en el entorno próximo o lejano, no sobrepasan los máximos permisibles fijados por aquellas normas.

Título II Particularidades de la Prenda de Árbol en Pie

Capítulo I Prenda de Árbol en Pie

Sección I Generalidades

El antecedente inmediato de la prenda de árbol en pie es la prenda común como garantía real sobre bienes muebles, de hecho la prenda de árbol en pie es una clasificación de la prenda común. Un aspecto que ha generado discusión respecto a ésta figura relativamente nueva del derecho es la condición de bien mueble o inmueble que recibe un árbol en pie, situación que analizaremos a posteriori. Sin embargo, tenemos que las necesidades de la sociedad han impulsado la formación de tipos en el derecho que han adquirido importancia por las especificidades que presentan a tal punto de ser o no reguladas por el ordenamiento jurídico de forma incompleta o del todo practicadas y no positivizadas y de ahí que tenemos lagunas jurídicas. Uno de estos casos lo constituye la prenda de árbol en pie y todo lo que esta figura conlleva en sí misma y con el resto del ordenamiento jurídico.

Artículo 2 del reglamento de pignoración de árboles establece:

Para todos los efectos del presente reglamento y para todos los efectos legales, los árboles en pie se consideran bienes muebles.

La razón por la que estos bienes se consideran muebles es porque solamente son inmuebles mientras están adheridos al suelo como lo dice la parte general de los bienes, en los derechos reales.

A. Definición de la prenda de árbol en pie

Es un instituto mediante el cual se eleva el árbol en pie a una categoría económica permitiendo mediante ello que el mismo pueda garantizar un crédito para financiamiento de no solo programas forestales, sino de algunas otras actividades productivas, de tal manera que no será necesario cortarlo, porque el árbol en pie tiene un valor apreciable aun estando en pie, circunstancia que le permite ser objeto de crédito.

Es una garantía real prendaria porque recae sobre un bien mueble muy particular, el árbol en pie; al que se le da esa calificación de mueble estando adherido al suelo, porque su estado es momentáneo, mientras no se ejecute una acción que cambie su estado.

Aquí surgen dos puntos muy importantes para ampliar el primero; el árbol en pie visto como un mueble o debe ser considerado inmueble, qué o cuál elemento lo ubica en una u otra posición, una acción que implica la intervención del hombre.

B. Naturaleza Jurídica de la prenda de árbol en pie.

El principio de reserva de Ley tiene implicaciones positivas en el patrimonio jurídico de las personas. Garantiza la imposibilidad de que otros poderes distintos al del parlamento, incursionen en espacios específicamente estructurados para el principio de representatividad. Es una derivación del contrato social, donde solamente el legislador formalmente investido como tal, puede regular una especial constelación de derechos, ya sea para extenderlos, demarcarlos, clarificarlos o limitarlos para nunca suprimirlos.⁹⁶

La supremacía de la Ley como fuente del derecho, especialmente del Derecho Administrativo se incorporó desde Roma encaminada a proteger la dignidad de la persona, con los componentes más importantes del ser humano, como son, la vida, la libertad y la propiedad.⁹⁷

El reglamento⁹⁸ podría definirse escuetamente como una norma escrita emanada del complejo orgánico, que tienen asignadas constitucionalmente funciones administrativas, subordinado jerárquicamente a la Ley formal.⁹⁹

⁹⁶ HINES C (César), Fuentes del Ordenamiento Jurídico Administrativo en Apuntes de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, I Edición, Editorial Jurídica Continental San José, Costa Rica, 2008, pp72.

⁹⁷HINES C (César), Op cit, pp72.

⁹⁸ NOTA: La importancia practica del reglamento como fuente de derecho y especialmente del Derecho Administrativo, es incuestionable, sobre todo, cuando como en el caso de Costa Rica, las características del Estado, como un Estado social y democrático de Derecho, lo conduce a intervenir en un cúmulo de actividades cuya ordenación es fundamental para su armonización. HINES C (César), Op cit, pp75.

⁹⁹HINES C (César), Op cit, pp75.

La Constitución Política de nuestro país permite en el artículo 140 inc 3 y 18 que el poder ejecutivo decreta reglamentos para la rápida ejecución de las normas en sus despachos, por lo que aquí precisamente es donde se origina la naturaleza jurídica de esta figura, puesto que es a través del Ministerio de Ambiente, Energía y Turismo, que nace esta regulación reglamentaria de la prenda de árbol en pie tal y como se describe en el considerando de la norma, que establece lo siguiente;

1°—Que con el fin de lograr un desarrollo del sector forestal, es necesario establecer la normativa reglamentaria que regule lo relativo al árbol en pie como garantía prendaria. pues con ello se logrará un mecanismo ágil y económico para tener acceso al crédito sin disponer del inmueble.

2°—Que la Ley Forestal en el artículo 32 establece la facultad de pignorar árboles, tanto de plantaciones como de bosques; este instrumento es viable no sólo en operaciones bancarias, sino también como medio de garantía entre particulares. Por tanto:

Así, no remitimos directamente a la necesidad que dio origen a esta norma resaltando que la intención del legislador fue establecer mecanismo ágil para obtener créditos sin afectar el inmueble y además factible para los administrados.

La prenda de árbol en pie se encuentra contemplada además, en el artículo 32 más los artículos 83 y 84 de la Ley Forestal 7575. Así el artículo 83 establece;

“La Administración Forestal del Estado conjunta o separadamente con la Dirección General de la Tributación Directa podrá realizar todo tipo de visitas de control en investigación en las plantas industriales, revisar la documentación y custodiarla en caso de ser necesario. ”

A su vez el artículo 84 define que;

“La Administración Forestal del Estado coordinará con los Ministerios de Hacienda, Seguridad Obras Públicas y transportes, la Caja Costarricense de Seguro Social, los Consejos Regionales Ambientales y las Municipalidades, programas de control en todos aquellos lugares donde se utilicen, aprovechen, comercialicen o industrialicen productos forestales, para garantizarse que dichos productos cuentan con las autorizaciones respectivas y que cumplen con lo establecido en la Ley. ”

Es aplicable a la prenda de árbol en pie, lo dispuesto por los artículos 530 y siguientes del Código de Comercio, que se refiere a cualidades de la prenda común, cuando describe;

“El contrato de prenda servirá para la garantía de toda clase de obligaciones con sujeción a las reglas de los artículos...”

Dentro de estas reglas siguientes a las que se refiere el texto del artículo anteriormente citado, tenemos el 532 del mismo cuerpo normativo que especifica;

“No pueden ser objeto de prenda los bienes que no susceptibles de embargo o de persecución judicial...”

Las prendas sobre árboles en pie se inscriben en Registro Público como las demás prendas, lo cual impide a terceros alegar desconocimiento del gravamen. En caso de incumplimiento, puede el acreedor sacar a remate los árboles dados en garantía, mediante un proceso monitorio con la nueva Ley de cobro judicial, antes llamado ejecutivo prendario y regulado en los artículos 674 y siguientes relacionados con el tema del Código Procesal Civil.

“La prenda inscrita produce pretensión ejecutiva con renuncia de trámites, para hacer efectivo el privilegio sobre lo pignorado, y en su caso en la suma del seguro. También confiere pretensión ejecutiva solidaria y con renuncia de trámites contra los fiadores, endosantes y demás garantes que respondan por la obligación, pero la responsabilidad de estos se limitará al saldo en descubierto. No obstante, deberá demandárseles desde el inicio del proceso. Asimismo, constituye título ejecutivo con renuncia de trámites, las certificaciones de los documentos y asientos del Registro de Prendas, siempre que en ellas conste que las inscripciones certificadas no están canceladas o modificadas por otro asiento.

A la demanda deberá acompañarse certificación de registro de prendas, del registro de muebles y en su caso de registro de vehículos a fin de comprobar la existencia o inexistencia de gravámenes, embargos o anotaciones. ”

Además, si el deudor destruye los árboles o los vende sin hacer constar el gravamen, incurrirá en delito de estelionato, contemplado por el inciso segundo del artículo 217 del Código Penal.

Inciso 2):

“... Al que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento de una obligación referente a éste, acordados a oro por un precio o con garantía, ya sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación o removiéndolo, ocultándolo o dañándolo...”

No solo en la norma del Código de Comercio se regula la prenda, sino en leyes especiales que datan de hace un tiempo atrás dentro de nuestro mismo ordenamiento jurídico en la que implícitamente se encuentra regulada la prenda de árbol en pie, así las leyes del 13 de septiembre de 1915, 30 de agosto de 1924, 27 de noviembre de 1928 y 20 de agosto de 1929 referente a la prenda agraria, ganadera o industrial, en las que según Brenes Córdoba tiene por objeto esta forma de prenda garantizar de todo, en especial los préstamos en dinero,

debiendo estarse sobre el particular a las disposiciones contenidas en las mencionadas leyes a las de prenda en general en cuanto a estas no estuvieren en oposición con aquellas. El 10 de setiembre se publicó el decreto número 3 del 3 de setiembre de 1915, en el que se decreta constitución de la prenda agraria, incluyendo en su artículo III, lo siguiente;

Los frutos de cualquier naturaleza correspondientes al año agrícola, en el que el contrato se realice, sean pendientes, sean en pie o después de separados de la planta; las maderas en todas formas y estados...

Analizada con detenimiento esta norma que ya se daba por un hecho la prenda de árbol en pie, ya que la expresión “maderas en todas sus formas y estados”, no deja dudas que el árbol en pie sea un estado de la madera válido para esta clasificación.

C. Características de la pignoración de árboles

1. Solo se aplica para árboles maderables con una edad de 5 años o más, así regulado en el reglamento de Pignoración de árboles en su artículo 3, el cuál establece:

Solo podrán ser objeto de pignoración que los árboles en pie, maderables, de especie con valor comercial presente o futuro....

2. Los árboles son considerados como un bien mueble sujeto a ser prendado y presentado en el Registro Público de la propiedad, (artículo 2 del Reglamento de Pignoración de árboles). Lo interesante en este apartado es que se ve la madera futura de ese árbol lo que representa una vez que deje de estar adherido al suelo.
3. La finca sobre la cual están los árboles que se darán en garantía debe estar libre de hipotecas, salvo que en esta quede de manifiesto que no incluye los árboles. Este es un tema importante a criterio de la suscrita ya que de un inmueble se pueden obtener crédito hipotecario y prendario a la vez, siempre y cuando se haga la salvedad en la posible constitución de una hipoteca con anterioridad a la prenda sobre árboles de que estos no entran en la hipoteca.
4. La finca debe estar debidamente inscrita ante el Registro Público.
5. Debe existir un seguro de cosecha sobre árboles en pie. Al menos esto es lo que idealmente el FONAFIFO planteó y es interesante exponer según la entrevistas sostenidas con el ingeniero forestal Héctor Arce encargado del área de crédito de FONAFIFO, que el Instituto Nacional de Seguros no ha hecho una propuesta formal en la cual se constituya un crédito con un seguro de parte de esta institución, solamente se ha mencionado en alguna reunión el año pasado, pero no existe nada por escrito ni a FONAFIFO le parece rentable esa levísima posibilidad, al menos; no más que el pago de servicios ambientales que ellos trabajan, incluyendo ayudas e incentivos extranjeros que son mayores y mejor resarcidos que esa posibilidad de asegurar con el I.N.S. los árboles prendados.

6. La prenda se hace sobre el valor actual de los árboles, utilizándose el siguiente método de tasación:

Valor actual del valor de la plantación al momento de la cosecha, para ello se utilizarán los valores de mercado de la madera y un análisis del comportamiento de los precios de las especies a valorar. Además se considerarán aspectos tales como: el acceso, la especie, el riesgo y otros.
7. Si el deudor prendario, no es el mismo propietario de la finca, éste deberá comparecer en el documento de prenda, manifestando su anuencia al gravamen impuesto.
8. Solo se gravarán los árboles con una edad mayor a 5 años. Si la plantación ha recibido el pago por servicios ambientales, el FONAFIFO utilizando los recursos de sus sistemas de información determinará la edad. Sino lo hubiere recibido el interesado deberá presentar un certificado del régimen haciendo constar la edad de la plantación.
9. Solamente se gravarán árboles calidad 1.
10. Las prendas de los árboles deben vencer al año que se tiene proyectado como de corta de la plantación.¹⁰⁰
11. Se extinguen de acuerdo a la vía aplicada, si es cancelación, ejecución o prescripción.

D. Constitución de la prenda de árbol en pie

Sobre bienes muebles y de ejecución futura por incumplimiento del deudor, como la prenda común.

¹⁰⁰ ARCE (Héctor), Procedimiento para la pignoración de árboles plantados, FONAFIFO, setiembre 2002.

El artículo 32 de La Ley Forestal establece:

Los terrenos con plantaciones e individualmente los árboles en pie plantados en esas tierras, propiedad de particulares, servirán para garantizar préstamos hipotecarios y prendarios, respectivamente. Con este fin se autoriza al Registro Público de la Propiedad para anotar, al margen, los gravámenes sobre el inmueble afectado.

Para establecer los requisitos de la constitución de la prenda de árbol en pie debemos tomar en cuenta lo que establece el Reglamento de Pignoración de Árboles que en su *artículo 4* el cual dice:

“Los certificados de prenda de árbol en pie debe ser constituido en escritura pública ante notario público debiendo señalar como mínimo los siguientes puntos:

a) Nombre del deudor, cédula de identidad, domicilio, estado civil, oficio. En caso de personas jurídicas deberá indicarse los datos de su inscripción, número de cédula jurídica y calidades completas del representante. El notario deberá dar fe de los aspectos establecidos en este punto.

Y por supuesto presentarse al Registro Público, porque el artículo así lo menciona, las que se constituyan en relación con otros bienes muebles de distinta naturaleza, podrán ser otorgadas en documento público o privado o en fórmulas oficiales de contrato denominados “certificados de prenda”. En estos dos últimos

casos, se necesitará la firma del deudor debidamente autenticada por un notario público, al tenor del artículo 537 Código Comercio, que dice:

“Las prendas en las que se ofrezcan como garantía vehículos automotores, buques o aeronaves, deberán ser constituidas en escritura pública. Las que se constituyan en relación con otros bienes muebles de distinta naturaleza, podrán ser otorgadas en documento público privado o en fórmulas oficiales del contrato. En estos dos últimos casos, se necesitará la firma del deudor debidamente autenticada por un notario público...”

El documento debe contener el nombre, los apellidos, las calidades y el domicilio del acreedor, si se tratase de una persona física, o la razón social o denominación, cuando se trate de una persona jurídica. Deberá consignar una descripción exacta de los bienes dados en garantía, su responsabilidad, estimación para el remate, en quien quedan depositados, lugar de pago, fecha de vencimiento, y todos los demás datos indispensables para identificar los bienes dados en garantía y su responsabilidad. Según Art. 541, 554 Código Comercio.

Este documento debe inscribirse para que sea oponible a los demás y anterior a la Ley de Cobro Judicial que está vigente desde al año pasado, 2008 se tenía que realizar ese requisito para tener por constituida la prenda y que se le otorgara título ejecutivo prendario, de lo contrario no había prenda y era título ejecutivo común, artículos 554 Código Comercio. Sin embargo, con la nueva Ley citada, el proceso declarativo ya no se tiene que realizar por separado, sino, con presentar

el proceso monitorio en los Juzgado especializados, o, en su defecto los Juzgados Civiles de Mayor Cuantía, o los que corresponden si no existen los de Cobro. Este proceso monitorio será como se mencionó anteriormente, declarativo en el principio y ejecutivo posteriormente, por lo que ese requisito no deja de existir, pero para un proceso que resuelva un incumplimiento de la deuda, no es necesario la inscripción de la misma, ya que se le reconocerá con sólo la existencia del contrato y su vencimiento.

El contrato de prenda, sus modificaciones, prórrogas, endosos nominativos o cesiones, novaciones, cancelaciones totales o parciales, o cualquier otro acto jurídico vinculado con él, deberá constar por escrito y se hará en la escritura pública, en los casos en que el gravamen deba constituirse con esta formalidad.

Cuando el certificado o los documentos de prenda no se constituyan en escritura pública, al igual que la inscripción, deberán escribirse con letras, sin números ni abreviaturas, salvo cuando estos formen parte de una marca o distintivo. Todo error, omisión o entrerrenglonadura deberá ser salvado por nota y los espacios en blanco serán cubiertos por una línea a máquina o con tinta.

Lo escrito al dorso del certificado de prenda citado anteriormente, como parte complementaria del contrato y deberá estar respaldado por las firmas debidamente autenticadas de quienes lo suscriben.

c) Detalle completo de la finca donde se ubican los árboles pignorados, indicándose el folio real o el tomo de la misma, provincia, cantón, distrito, barrio y cualesquiera otras señas para ubicarla. Cuando existiese plano

catastrado de la finca se indicará el número que corresponda. El notario deberá dar fe de los aspectos establecidos en este punto.

Podemos mencionar que el manual de pignoración de árboles de FONAFIFO, establece datos importantes en el punto tres, sobre los requisitos de la pignoración que dice que un ingeniero forestal acreditado que debe indicar en su descripción;

- ✓ Ubicación geográfica en hoja cartográfica y un punto georeferenciado, tomado con GPS (Datum EGS 84 en grados decimales) de un punto de la colindancia.
- ✓ Acceso a la plantación, con base en si es excelente, bueno, regular, malo y o pésimo, refiriéndose directamente al estado de los caminos, si es de asfalto, o lastre en excelentes condiciones, si el acceso es en todas las épocas de año o en una temporada si y en la otra no etc.
- ✓ Descripción de la infraestructura interna: caminos, cercas, casas, bodegas galerones y otros.

e) Nombre completo, calidades y domicilio exacto del propietario del inmueble, si fuere distrito del deudor prendario.

d) Descripción de los árboles prendados, especies, diámetro y altura promedio, estado fitosanitario y ubicación por medio de un croquis.

En el manual del FONAFIFO, se define claramente sobre la estimación del volumen comercial de lo árboles, el cual se determinará

e) Aceptación y compromiso de respetar el plan de manejo cuando exista, de dar cuidado y mantenimiento a los árboles. Este es un elemento interesante que tiene la prenda de árbol en pie, ya que necesariamente debe existir el plan de manejo y mantenimiento de los árboles en el sentido de no existir un seguro que genere confianza del riesgo que se corre con este tipo de garantía. Al menos en el reglamento no dice que debe ser necesario que se haga éste, sin embargo es lo más recomendable porque se debe ir ante el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, incluso antes que al Registro Público y al momento de la posible ejecución, deben existir ya los permisos de corta de los árboles. Con los permisos de corta de los árboles aprobados podemos.

f) Fecha de otorgamiento y plazo de vencimiento.

g) Monto garantizado y forma de pago.

h) Intereses corrientes y moratorios.

i) Grado de la prenda.

j) Autorización de marcaje por cualquier medio de los árboles.

k) Base para un eventual remate.

1) Declaración de si se deben o no arrendamientos, si hay seguros y si existen otros gravámenes.

m) Otros que se consideren importantes.

Y por otro lado el artículo 538 del Código de Comercio, que establece respetando lo solemne de la figura, la constitución por acuerdo de partes de la prenda con desplazamiento.

“Pueden convenir las partes en que la cosa dada en prenda se mantenga en manos del acreedor o de un tercero.

El acreedor o el tercero asumirá en ese caso, el carácter de depositario, y responderán de los deterioros y perjuicios que sufiere el objeto por culpa, dolo o negligencia suya o de alguno de los delegados o dependientes.”

Así las partes también tienen libertad de fijar como quieren rescindir el contrato y la garantía siendo que está la vía judicial y la extrajudicial. En la judicial, el acreedor puede pedir vencido el plazo y no efectuando el pago, la venta judicial de los objetos dados en prenda como acción ejecutiva del mismo contrato que permite el remate de bienes.

El extrajudicial: en caso de incumplimiento se mandará al acreedor vender los bienes garantes por un corredor jurado, éste debe hacer publicar el remate en diario oficial, con ocho días de anticipación, Art. 536 del Código de Comercio y es el sistema usado por las casas de préstamos.

E) Ejecución de la prenda de árbol en pie

No está distante de la ejecución de la prenda común, la particularidad de esta figura radica en que al momento de su ejecución, en caso del incumplimiento del pago del crédito, al acreedor puede venir a la finca donde se encuentran los

árboles en pie, cortarlos y llevárselos, sin que su deudor pueda intervenir, sin embargo debe tenerse presente al momento de la constitución la forma en que será ejecutada, ya que no debe el acreedor dañar ni la propiedad inmueble ni demás bienes que hayan en esta cortar y cargar bien identificados los árboles de ejecutables.

Una vez incumplida la obligación y adjudicados los árboles al acreedor puede solicitar ante el Concejos Regionales Ambientales, contemplados en la Ley Forestal en el artículo art. 12 inc f, “ *Los Concejos Regionales Ambientales, creados por Ley 7554 del 4 de octubre de 1995, se reunirán por lo menos una vez cada dos meses y tendrán además las siguientes funciones: Autorizar la corta de árboles indicada en el artículo 27 de esta Ley...*” los permisos correspondientes por orden de juez que conoce la ejecución prendaria.

La ejecución forzosa ha sido establecida para proteger al acreedor pignoraticio del incumplimiento del deudor de su obligación principal, facultando a aquel para pedir el remate del bien y con el producto obtenido satisfacer su crédito. En Costa Rica tenemos la ejecución forzosa judicial y la del corredor jurado.

Al llegar al árbol en pie tenemos que la ejecución en este caso acarrea situaciones especiales, ya que no estamos frente a un bien mueble tan común pues las consecuencias de la tala de árboles indiscriminadas son terribles y nos afectan a todos, por lo que se debe respetar la legislación forestal que permite el

aprovechamiento de los árboles como bienes dados en garantía prendaria dentro de los siguientes parámetros:

1. Que no se encuentre en terrenos de dominio popular.
2. Que la tala no sea sin previa autorización de profesionales forestales quienes definirán un plan de manejo o de valoración del riesgo aprobado por la Administración Forestal del Estado a través de los Consejos Regionales Ambientales. Art. 27, 12 inc f, 55, de Ley forestal, mencionado anteriormente.
3. La reposición del árbol en terrenos de aptitud forestal.

Por las características especiales de la prenda sobre árboles se debe procurar la comunicación con Sistema de Áreas de Conservación que comprende lo que anteriormente se conocía como Dirección Forestal, que dejó de funcionar hace una década aproximadamente y junto con el Registro de Prendas de Registro Público para facilitar el funcionamiento de esta figura llevando un control compartido.

En los juicios ejecutivos prendarios en donde la garantía, sea árboles en pie o en un bosque, se debe tener como parte al Sistema Nacional de Áreas de Conservación permitiendo que se aseguren dos asuntos, en el sentido que estén todos los requisitos cubiertos, al momento de constitución de la prenda para que los permisos puedan concederse con anterioridad al momento de la ejecución y no sea infructuosa esta ejecución, el primer asunto, que el remate del bien no traiga como consecuencia la tala del árbol o el bosque y el segundo, la posibilidad

de que ésta participe y tenga prioridad en la adjudicación del bien que se está rematando.

Lo que permitiría al Sistema de Áreas de Conservación ser parte en el juicio ejecutivo, es una analogía de lo que sucede en la aplicación de la Legislación Familiar la participación del Patronato Nacional de la Infancia, cuando hay menores de por medio. Lo anterior encuentra sustento en la Ley Forestal cuando en su artículo 10 inciso a) menciona que:

Inciso a) Proponer, al Ministerio de Ambiente y Energía, políticas y estrategias para el desarrollo adecuado de las actividades forestales.

La legislación forestal es de orden público y por esa razón existe una necesidad impostergable de proteger el recurso forestal como medio de vida de las presentes y futuras generaciones.

- a. Se debe establecer un seguro forestal que sirva como garantía colateral a la prendaria del árbol en pie para que a través de la Oficina Nacional Forestal satisfaga el crédito incumplido y asuma para el Estado el aprovechamiento del recurso forestal que se encuentra en terrenos privados de aptitud forestal. Con respecto al árbol en pie, la ejecución forzosa acarrea situaciones especiales en virtud de las graves consecuencias que han ocurrido en nuestro país por la tala del recurso arbóreo.

- b. Estas limitaciones hacen que la prenda sobre árboles en pie, sea una prenda con características especiales, de ahí que es indispensable que el instituto así creado no tenga tropiezos en su funcionamiento, dotarlo de elementos que lo apoyen, tales como:

Que el contrato de prenda se inscriba ante la Consejos Regionales Ambientales para que se constituya como un registro auxiliar del registro general de prendas. Conviene aquí tener presente que en los momentos actuales y mediante la puesta en funcionamiento de una computadora enlazada al Registro Nacional, esta función no va a generar mayor trastorno ni a Consejos Regionales ni al registro general de prendas, es un medio para facilitar el funcionamiento de la prenda, ya que ello puede ser, incluso efectuado por las Oficinas Regionales de la Administración Forestal.

1. Que en toda ejecución forzosa, sea judicial o extrajudicial, se tenga a la Administración Forestal del Estado como parte, a través de sus oficinas de Consejos Regionales, para lo cual debe notificársele la demanda incluso de oficio. Ello debe ser así a efecto de que la Administración Forestal del Estado, en representación del Estado y si lo considera conveniente por supuesto, hacer oferta de pago del crédito o postura en los remates, todo ello con la finalidad de que no se exponga al recurso forestal a su destrucción en detrimento de la protección otorgada por la legislación forestal, así como abre la posibilidad para que la A.F.E. pueda cumplir con sus responsabilidades de crear conservar

mejorar desarrollar y administrar los recursos forestales del país(ley forest Art. 10 inc a).

3. Que mediante el fondo forestal que se establece en los Art. 17 y sgtes de la Ley Forestal, se establezca un seguro que sirva como garantía colateral a la garantía prendaria del árbol en pie, para que vía seguro, la A.F.E. satisfaga el crédito incumplido y asuma para el Estado el aprovechamiento de aquel recurso forestal que se encuentra en terrenos privados de aptitud forestal.

En todo caso, siendo el recurso forestal un bien de preciado valor, que adquiere plusvalía conforme pasa el tiempo, su ejecución forzosa y las consecuencias que se derivan para el adquirente en el aprovechamiento del bien en remate de contrato de prenda sobre árboles en pie son razones de orden económico que se aseguran ese instituto más que el menoscabo de las limitaciones que puedan sobrevenir.

F) Extinción de la prenda de árbol en pie.

Hay diferentes pasos para la extinción de acuerdo a la vía aplicada, si es cancelación, ejecución o prescripción. Si es la cancelación, debe hacerse presentando ante un registrador testimonio de escritura de cancelación junto con las cédulas y cupones correspondientes al gravamen, para la desaparición de éste. Según el artículo 439 del Cod. Civil. Si es la ejecución de la prenda se da por el incumplimiento contractual de las partes de tal manera que permitirá al

acreedor ejecutar la madera y cortar el árbol o los árboles dados en garantía para disponer de ellos, recordando que en el contrato de constitución debe indicarse la forma de proceder porque deben tomarse en cuenta los permisos de corta desde antes de la constitución de la garantía.

Sección II Inscripción Registral de la Prenda de árbol en Pie

A) Titularidad de la prenda de árbol en pie

En el capítulo tercero del Reglamento de Pignoración de árboles se describe los requisitos necesarios para la inscripción de la prenda sobre árboles así tenemos que este particular de la titularidad es muy importante porque el bien dado en garantía prendaria debe pertenecer a un particular con título que lo acredite ya que los bienes del Estado no pueden ser dados en garantía porque son inembargables, inajenables y otros.

Todo movimiento o gestión que se vaya a realizar con las prenda sobre árboles o para ella debe constar por escrito y presentarse al registro general de prendas del Registro Nacional, tal y como lo indica el artículo 8 del reglamento en estudio que se describe así;

Los contratos de prenda sobre árboles en pie, así como sus modificaciones, prórrogas, endosos nominativos o cesiones, novaciones, cancelaciones totales o parciales o cualquier otro acto jurídico que tenga relación con esos contratos, deberá constar por escrito e inscribirse en el Registro General de Prendas del Registro Nacional, siempre y cuando los árboles en pie, objeto de pignoración, permanezcan en manos del deudor prendario

Hay que inscribir un contrato sobre un bien que está dentro de propiedad inscripción doble de bienes.

Al momento de que alguien presenta el contrato de prenda al registro general de prendas es que surte efectos frente a terceros de buena fe, e incluso a todos aquellos gravámenes presentados con posterioridad esa es la regla del principio de “*priore tempo priore iure*”, primero en tiempo primero en derecho, principio que consta en el artículo 445 del Código Civil; sin embargo, algo muy interesante que trae el reglamento de pignoración de árboles es que esta regla varía en el sentido de que siempre hay una prioridad para quién presente el contrato de prenda sobre árboles primero que los demás; aunque, en este caso no es frente al registro nacional, sino que este principio empieza a proteger el derecho del primero cuando se presenta el contrato de prenda frente al Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio de Ambiente, Energía y Turismo y el artículo del cual emana esta premisa dice:

Art. 10: Todo contrato de prenda, principal o adicional, otorgado al amparo del presente reglamento, se tendrá por constituido para todos los efectos legales, inclusive en perjuicio de terceros, desde el momento mismo en que el acreedor prendario lo presente al Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio del Ambiente y Energía, razón por la cual en el documento deberá hacerse constar la fecha y hora de esa presentación.

Cómo un dato curioso, a través de consulta realizada al Registro Público, se indicó que se deben presentar las prendas en muebles y aportar la copia a la sección de bienes inmuebles para anotarlos en el inmueble en el se ubican los árboles en pie prendados. Que se deben cancelar las especies fiscales de presentación de los documentos en diario.

B) Requisitos para la titulación de la prenda de árbol en pie:

El Reglamento de Pignoración de Árboles establece los mecanismos y requisitos para que se inscriba la prenda de árboles en pie y se ampliarán estos con otras fuentes que se refieren a lo mismo:

1. A partir del artículo 4 del Reglamento citado tenemos que ante Registro Público se requiere, como toda prenda común, la constitución en escritura pública de la prenda de árbol en pie, en la cual como mínimo el notario debe dar fe de las calidades de cada una de las partes contratantes, si es una persona jurídica la que participa se debe dar fe de las calidades exactas del representante legal.
2. Detalle completo de la finca en la que se ubican los árboles sobre los cuales recaerá a pignoración, indicándose el número de matrícula de Folio Real, Tomo, provincia, cantón, distrito, y cualesquiera otros datos para localizarla. Además de el número de plano catastrado que corresponda a esa propiedad y anexar una copia del plano. El notario deberá dar fe de los aspectos establecidos en este punto.

La descripción de la finca en un principio debe ser elaborada por un ingeniero incorporado al Colegio de Ingenieros Agrónomos y se debe incluir algunos datos ya mencionados como: Ubicación Geográfica en la hoja cartográfica y un punto georeferenciado, tomado con GPS (Datum WGS 84 en grados decimales) de un punto de colindancia.

Se debe describir el acceso a la plantación del árbol o los árboles que se vayan a pignorar.¹⁰¹ Y además la descripción de la infraestructura interna, como caminos, casas y otros.

3. Si el propietario de la finca en donde se encuentran los árboles que se van a preñar no es el deudor, entonces éste debe comparecer y manifestar su anuencia del gravamen impuesto con las renunciaciones y estipulaciones del caso así se indicarán las calidades de propietario de la finca.
4. Descripción de los árboles prendados, especies, diámetro promedio, estado fitosanitario y ubicación por medio de un croquis. Este requisito establecido vía reglamentaria, se amplía muchísimo más cuando tenemos en cuenta lo que define el manual de pignoración que proporciona el FONAFIFO cuando se refiere a la Estimación del Volumen Comercial en el punto 4 del manual citado. Se dan las metodologías para determinar el volumen comercial de los árboles que se darán en garantía y son;
 - ✓ Censo Comercial: los árboles que se vayan a dar en garantía serán árboles de calidad 1 y deben quedar censados por un ingeniero forestal acreditado y estar estratificados por rodales cuando sea

¹⁰¹ ARCE (Héctor) Manual de Procedimiento para la pignoración de árboles en pie, FONAFIFO, septiembre 2002.

necesario en este caso, rodales por diferencias de localización de los árboles en la propiedad, de edad, especie, calidad de sitio, y o números de árboles por hectárea. Además, árbol vivo en perfecto estado fitosanitario que no presenta torceduras, ni defectos incluyendo ramas gruesas y del cual se proyecte obtener al menos tres trozas rectas de 2.5m de longitud. Se aceptarán como garantía prendaria hasta 250 árboles por hectárea.¹⁰²

- ✓ Croquis de ubicación de los árboles a preñar: los árboles censados en cada rodal deben ubicarse con su respectivo número en un mapa o croquis elaborado mediante un programa de computación especializado, debe estar a una escala legible, debidamente rotulado, y con la ubicación del rodal en la propiedad en la hoja cartográfica correspondiente. Este mapa debe incluir red hidrográfica, zonas de protección, caminos primarios y secundarios. El FONAFIFO marcará mediante el método que se considere más adecuado los árboles a pignorar. Se deberá asegurar que la marca deba permanecer durante el plazo de la prenda.
- ✓ Inventario Forestal por muestreo: Debe considerarse la heterogeneidad de la población y eso se logra estratificando los rodales en diámetro promedio de la parcela, Altura comercial promedio de la parcela, altura total promedio de la parcela, área basal promedio de la parcela y número de árboles de calidad 1 en la

¹⁰² Ibid, ARCE (Hector. P 2)

parcela. Deberá presentar las fórmulas usadas y los resultados para la estimación del error.

- ✓ Mapa de las parcelas: Las parcelas establecidas en cada rodal, deberán ubicarse con su respectivo número en un mapa o croquis elaborado mediante un programa de computación especializado, a una escala legible, debidamente rotulado y con ubicación del rodal y la propiedad en la hoja cartográfica correspondiente. Este mapa debe incluir la ubicación de los estratos rodales, la red hidrográfica, zonas de protección, caminos primarios y secundarios.

5. Aceptar y comprometerse a respetar el plan de manejo cuando exista para dar cuidado y mantenimiento a los árboles.
6. Fecha de otorgamiento y plazo de vencimiento.
7. Monto garantizado y forma de pago.
8. Interese corrientes y moratorios.
9. Grado de la prenda.
10. Base para un eventual remate.
11. Declaración de si se deben o no arrendamientos, si hay seguros y si existen otros gravámenes.
12. Debe haber un compromiso expreso e irrevocable del dueño de los árboles y de propietario de la finca donde se ubican los árboles pignorados a cumplir con el plan de manejo de los árboles pignorados, el plazo de maduración hasta su corta, la ejecución de todos los actos que fueren necesarios para su conservación, cuidado y mantenimiento de los árboles

pignorados. Además de una autorización para el acreedor prendario de marcar o identificar los árboles dados en prenda.

13. En los casos en que se otorgue prenda de árbol en pie y haya cobertura, el deudor prendario debe asegurar los árboles pignorados ante institución correspondiente contra los riesgos propios de este tipo de bienes, por una suma no inferior del monto de su avalúo, designándose al acreedor prendario como el beneficiario. Sin embargo, tal y como ya se sabe, en el Instituto Nacional de Seguros no existe aún este tipo de seguro. Hay un incipiente esfuerzo por crear este seguro, por alguna propuesta que dicha institución ha presentado a FONAFIFO como un plan orientado a asegurar árboles dados en prenda, lo cual no se puede tomar como un hecho hasta que no se realicen los trámites respectivos y así se publique, un eventual acuerdo.

C) Implicaciones jurídicas del árbol dado como garantía prendaria:

Afecta a terceros y de paso la marca de cada árbol en pie prendado lo muestra. Tiene todas las implicaciones que da el derecho de ser acreedor de una prenda común. De hecho podemos pensar en situaciones hipotéticas una de ellas es si se constituye un contrato de prenda de árbol en pie y se incumple, voy a ejecutar los árboles en pie ya se han concedido los permisos debidos antes de firmar la prenda sobre la corta del árbol, se hicieron todos los estudios etc., pero sucede una emergencia por las lluvias de la época y en la actualidad no me permiten cortar los árboles que ya me pertenecen, porque hay un interés superior que resguardar y es que se perdieron muchos árboles por las inundaciones y se

prohíbe cortar más. A este caso hipotético la suscrita considera que el acreedor prendario de los árboles en pie debe ser resarcido de su deuda con el derecho que tienen sobre esos bienes porque fue un derecho adquirido antes de la emergencia nacional y sobre todo que no se puede retrotraer la aplicación de normar que vengan a desfavorecer a alguien que ya tienen una situación de derecho legalmente adquirida. Éste se regula por el principio del derecho de que no se puede aplicar la ley de manera retroactiva si va a perjudicar sólo si trae un beneficio a la persona.

También podemos pensar que al momento de establecer una prenda de árbol en pie debemos como dicen los requisitos del manual de pignoración de árboles propuesto por FONAFIFO y el reglamento de Pignoración de árboles se deben anticipar los permisos de corta de árboles en MINAET, de transporte de madera como se establece en el manual de delitos ambientales del Ministerio Público, el consentimiento del acreedor hipotecario cuando se hará una prenda de árbol en pie en su finca porque le dio el permiso a un tercero, o sea a acreedor tiene una hipoteca con B, B es el deudor, C, establece una prenda de árboles en pie con árboles en la finca de B, A quien es acreedor de B debe dar su consentimiento para que se pueda acceder a la finca, pero un aspecto interesante aquí es el momento en que se debe buscar ese consentimiento que en opinión de la suscrita debe ser antes de la constitución de la prenda de árboles y aun sin vencer la hipoteca entre A y B, ya que posiblemente el tiempo de vencimiento de la obligación hipotecario entre A y B será mucho mayor al de la prenda de árboles que pudieran establecer C y E. Y si se hace la prenda de árboles sin el

consentimiento de A y llega a ejecutarse la prenda primero que la hipoteca a nunca se habrían enterado, pero puede causar perjuicio a su posible futuro bien si se vence la deuda de la hipoteca.

D. Conflicto de Intereses entre Derechos Reales de Garantía

1. Restricciones a la propiedad con la prenda de árbol en pie:

Que pasa con los atributos extras de los árboles prendados, específicamente con los ecosistemas que puedan generarse a partir de la sola existencia del árbol en pie, por ejemplo; nidos de pájaros y demás animales que puedan vivir en él, sus frutos, las parasitarias que pueda tener en la corteza entre otros. El derecho real por excelencia es el derecho de propiedad porque produce en él todos estos efectos la posibilidad de enajenación con la que goza ese propietario sobre el bien suyo puede afirmarse que es intocable la propiedad en buena teoría podría decir que la Constitución Política en su artículo 45 contempla, que la propiedad es inviolable y esta norma es la que está por encima de las demás leyes; sin embargo, el mismo artículo hace una salvedad, y de hecho esta salvedad se desarrolla ampliamente en el voto de la Sala citado anteriormente

No es cierto entonces que el derecho de propiedad sea ilimitado o irrestricto, hay limitaciones que van a darse siempre, porque pertenecemos a una colectividad y vida en sociedad y para que un sistema de colectividad funcione deben ponerse restricciones que todos tienen que respetar para la buena convivencia. Por un lado se debe partir de principios para interpretar las normas que pertenecen a todo un sistema jurídico, donde es necesario complementar y respetar la jerarquía de las normas, la especialidad y la supletoriedad de los mismos en los momentos que surjan lagunas jurídicas o ausencia de regulación de determinadas.

El derecho de propiedad, nos permite entonces, aunque de manera no absoluta, ejercer la facultad de ese derecho de dominio que tiene el propietario para dar en garantía los bienes de ese patrimonio para garantizar deuda propia o ajena y está permitido en el ordenamiento jurídico si se es el propietario, que se pueden poner prendas, hipotecas y otros, siempre y cuando la propiedad lo soporte y no afecte a la colectividad.

En este sentido la relación del derecho de propiedad con el artículo 45 y 50 de la Constitución Política, continuando con la concepción de la propiedad como se menciona en el punto B-1 del Título primero de la presente investigación, tenemos que el derecho de propiedad ha tomado una nueva definición no ilimitada del derecho de propiedad. Así la Jurisprudencia Constitucional indica;

XIII.- ANÁLISIS DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. De la jurisprudencia constitucional se pueden derivar los siguientes elementos determinantes en la definición del derecho de propiedad, derivados las sentencias número 00796-91, 05097-93, 027006-95, 02345-96 y 04205-96, entre otras:

a.- que el concepto de la propiedad ha evolucionado, de manera que de una concepción absoluta e irrestricta, basada en la concepción ideológica liberal, se pasa a una que se inspira en valores sociales y cristianos, al incorporársele el concepto de la función social de la propiedad, de manera que ésta se convierte en una "propiedad-función", que consiste en que el propietario tiene el poder de emplear el bien objeto del dominio en la satisfacción de sus propias necesidades, pero correspondiéndole el deber de ponerla también al servicio de las necesidades sociales cuando tal comportamiento sea imprescindible;

b.- que el derecho de propiedad no es absoluto ni irrestricto, toda vez que la Asamblea Legislativa puede imponer limitaciones a la propiedad por motivos de

interés social, mediante ley aprobada mediante votación calificada (dos tercios de la totalidad de sus miembros, sea, por treinta y ocho votos afirmativos);

c.- que las limitaciones que se imponen a la propiedad definen el contenido del derecho de propiedad en sí y su ejercicio, por lo que en principio, no son indemnizables, salvo cuando hagan nugatorio el derecho, es decir, cuando la limitación sea de tal severidad que produzca tres efectos identificables: un daño especial, o que lo mismo, anormal, en tanto la afectación es tan grave en relación con el goce pleno del derecho; opera desigualmente frente a otros propietarios fuera de la zona afectada (daño individualizable); y el daño es evaluable económicamente. Para establecer el carácter indemnizable de la limitación, debe estarse a su naturaleza, y al grado de sacrificio que debe sufrir el propietario; y

d.- las limitaciones a la propiedad están sustentadas en el principio de solidaridad, de manera que tienen por objeto principal el uso racional de la propiedad para beneficiar a la sociedad en general, motivo por el que están ordenadas a los siguientes principios: deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor medida el derecho protegido; la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro del objetivo; y la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional. Constituyen ejemplos de estas limitaciones las establecidas como reglas generales en el Código Civil, respecto de la propiedad urbana, las incorporadas en la legislación de salud por motivos de seguridad y salubridad, las regulaciones de protección de los bosques y las bellezas naturales, y por supuesto, las pertinentes a la protección del patrimonio cultural, entre las que se incluye el patrimonio arqueológico y el histórico-arquitectónico.

Si se constituye prenda de árbol en pie se debe contar necesariamente con el plan de manejo en el cuál se va a revisar de manera profesional si la propiedad puede o no soportar ese gravamen, en el sentido de si la parte ambiental es apta y además en él constará el mantenimiento y cuidado que deberán tener estos

árboles, para que se lleve continuidad ese crecimiento y lleguen a su etapa de maduración adecuada para su posible corta¹⁰³.

C) Implicaciones penales de la prenda de árbol en pie

Con la tipicidad de estas conductas se protegen los recursos forestales del patrimonio natural del Estado, los recursos forestales en áreas de protección independientemente que se encuentren en terrenos del Estado o privados, otras especies y según al artículo 61 de la Ley Forestal los árboles de regeneración natural en propiedad privada, con exclusión de los árboles plantados individualmente y las plantaciones forestales, incluidos los sistemas agroforestales. El Artículo 61 de la Ley Forestal establece:

“Se impondrá prisión de un mes a tres años a quien:

a) Aproveche uno o varios productos forestales, sin el permiso de la administración Forestal del Estado o a quien aunque cuente con el permiso, no se ajuste a lo autorizado.”

No está demás tener claro que los árboles de plantación individual son los que fueron plantados, pero que no pertenecen a una plantación, o que no son de regeneración natural. Generalmente son especies exóticas por el lugar donde se encuentran, sea de rompevientos o en los patios de las casas o bien por la manifestación de quien los corta o un testigo que corrobore que el árbol fue plantado. Si el operador jurídico conoce esta situación que se exceptúa de la corta, transporte, industrialización y otros, no será perseguible como delito ambiental, sino se irá a otras conductas que si lo constituyan.

¹⁰³ Plan de manejo forestal: conjunto de normas técnicas que regularán las acciones por ejecutar en un bosque o plantación forestal, en un predio o parte de este con el fin de aprovechar, conservar, desarrollar la vegetación arbórea que exista o se pretenda establecer, de acuerdo con el principio de uso racional de los recursos naturales renovables que garantizan la sostenibilidad del recurso. Ley Forestal 7575, pag 9.

“Cualquier aprovechamiento en terrenos patrimonio natural del Estado está en principio prohibido, y, por tanto, entrarían en ámbito de protección de la norma penal regulada en el artículo 13 de la Ley Forestal. Sin embargo, La Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 37, autoriza al Poder Ejecutivo para que a través del MINAET incluya dentro de las Áreas Silvestres Protegidas propiedades privadas, las cuales conserva su régimen jurídico mientras no sean compradas o expropiadas. Esto implica que sus propietarios conservan todos los atributos del dominio, por lo que podría darse un aprovechamiento legal dentro de áreas Silvestres Protegidas, Si se da un aprovechamiento ilegal se le debe aplicar la norma del artículo 58 inciso b) y no el artículo 61 inciso a) de la Ley Forestal. Esta prohibición parte del artículo 18 de ese mismo cuerpo normativo”.¹⁰⁴

Para nuestros efectos que los árboles dados en garantía prendaria, sean de plantación o individuales, es indispensable tener en cuenta que se deben pedir los permisos de la A.F.E y demás instituciones que se requieran para poder darlos en garantía, puesto que si se incumple la cancelación de la deuda y se debe ejecutar esa garantía, debe contarse con esos permisos desde el momento de la constitución de la prenda.

Se puede interpretar que en el artículo 61 no se está exceptuando los árboles de plantación individual o árboles de regeneración natural, sino se refiere en general al aprovechamiento de los productos forestales, tenemos en este sentido la norma del artículo 58 el cual regula el aprovechamiento de los recursos forestales en los terrenos patrimonio del Estado;

Artículo 58 Penas.

Se impondrá prisión de tres meses a tres años a quien:

¹⁰⁴ MANUAL SOBRE POLITICAS DE PERSECUSIÓN PENAL, Ministerio Publico de la Republica de Costa Rica, pag 47.

b) Aproveche los recursos forestales en terrenos del patrimonio natural del Estado y en las áreas de protección para fines diferentes a los establecidos en esta Ley.

Lo que nos lleva a concluir que si puede ser penada la conducta de prender un árbol de plantación individual y o una plantación forestal, ya que se está sacando algún provecho con dar en garantía ese recurso forestal sea individual o no, sin los permisos de corta correspondientes, por lo que si se establece una prenda sobre árboles de regeneración natural o individual, siempre será necesario pedir los permisos respectivos. Aunque el artículo 28 del mismo cuerpo normativo establece una excepción expresa cuando se estipula:

Artículo 28. Excepción del permiso de corta:

“Las plantaciones forestales, incluidos los sistemas agroforestales y árboles plantados individualmente y sus productos, no requerirán de permiso de corta, transporte, industrialización ni exportación”.

De hecho, como requisito indispensable del contrato de prenda de árbol en pie, los permisos se sacarán al momento de la constitución previendo que la posible ejecución de la garantía no tenga ningún tipo de traba y lo anterior también encuentra su fundamento es el sentido de evitar cualquier tropiezo al momento de transportar la madera ejecutada cuando se de un posible incumplimiento de la prenda, porque el transporte de la madera debe justificarse, la misma Ley obliga a portar como documento de transporte, el “certificado de origen”¹⁰⁵ de la madera por lo que es mejor en el contrato de prenda de árbol en pie seguir un criterio preventivo.

¹⁰⁵ NOTA: Certificado de Origen: el artículo 2 del Reglamento de la Ley Forestal define el certificado de origen como la Formula Oficial diseñada por la A.F.E. en la cual el regente, el responsable Municipal o Consejo Regional del Ambiente, cuando corresponda por una única vez certifique que en determinada finca existe una plantación o un sistema Agroforestal que puede ser cosechado libremente.

Por la importancia que el recurso forestal y los ecosistemas asociados (como el recurso hídrico) revisten para el ambiente en general, se han impuesto ciertas limitaciones al disfrute del recurso forestal por razones de interés público. Por ello, la Ley obliga al propietario privado y legítimo dueño de la madera a solicitar permiso a la Administración Forestal del Estado (AFE) para el aprovechamiento y transporte de la madera.

El término aprovechamiento que se pueda generar al encontrarle un uso a la madera se debe ver con amplitud de posibilidades, como una ventaja, beneficio, utilidad, porque el simplificar este concepto referido solamente a lucro, no necesariamente representa la actitud o sentimiento con las que las personas pueden buscar o entender ese aprovechamiento, no necesariamente será una actitud lucrativa en términos económicos.

En el artículo 20 y 27 de la Ley Forestal expresamente nos dan un dato distinto entre ellos, por su lado el artículo 20 se refiere al aprovechamiento del bosque en propiedad privada que debe tener un plan de manejo forestal, pero el elemento clave en esa norma es que debe existir bosque.¹⁰⁶ No así en el artículo 27 donde la autorización es para talar en terrenos sin bosque y en propiedad privada estableciendo;

“Solo podrán cortarse hasta un máximo de tres árboles por hectárea anualmente en terrenos de uso agropecuario y sin bosque, después de obtener la autorización del Consejo Regional del Ambiente. Si la corta

¹⁰⁶ Ley Forestal Artículo 20: Los bosque podrán aprovecharse solo si cuentan con un plan de manejo que contenga el impacto que pueda ocasionar sobre el ambiente. La administración Forestal del Estado aprobará según criterios de sostenibilidad certificados previos, conforme a los principios de fiscalización y los procedimientos que se establezcan en el reglamento de la presente Ley para ese fin. Al aprobarse el plan de manejo del bosque, se tendrá por autorizada durante un periodo contemplado en él, sin que sea necesario obtener periódicamente nuevas autorizaciones para el aprovechamiento. El plan de manejo forestal según el artículo 3 de la misma Ley se define como el conjunto de normas técnicas que regularan las acciones por ejecutar en un bosque plantación forestal en un predio o parte de este con el fin de aprovechar, conservar y desarrollar la vegetación arbórea que exista o se pretenda establecer, de acuerdo con el principio de uso racional de los recursos naturales renovables que garantizan la sostenibilidad del recurso.

pasare de diez árboles por inmueble, se requerirá la autorización de la Administración Forestal del Estado.”

El reglamento de La Ley Forestal en su artículo 2 define terrenos de uso agropecuario y sin bosque como *aquellas fincas privadas con la presencia de árboles no establecidos bajo un sistema agroforestal o fincas que tienen cobertura boscosa menores a dos hectáreas o aquellos árboles ubicados en áreas urbanas.*

Según dictamen de la Procuraduría General de la República, número 121 del 07 de julio de 1997, no pueden confundirse los Concejos Municipales de Distrito ni ningún Concejo Municipal con los Consejos Regionales Ambientales porque sería ilegal que los primeros sustituyan a los segundos siendo que los Regionales Ambientales están adscritos al MINAET y no se puede delegar esta competencia, o sea solo los Consejos Ambientales o la Municipalidad en general pueden dar permisos para la corta de árboles. Sin embargo, de acuerdo al Manual de Ministerio Público en su apartado sobre Políticas de Persecución Penal Ambiental, aunque los Consejos Regionales Ambientales se encuentran en funcionamiento no se les ha dado la función por falta de capacidad técnica y operativa por lo que las autorizaciones de corta solo las da la Administración Forestal del Estado.¹⁰⁷

¹⁰⁷ MANUAL DE MINISTERIO PÚBLICO. Políticas de Persecución Penal Ambiental pag 49.

Capítulo II Choque de Intereses entre la prenda de árbol en pie y la protección al ambiente

Sección de Intereses y bien Jurídico Tutelado

A) Conflictos de intereses entre los derechos reales de garantía

También un propietario puede dar su consentimiento para que un tercero constituya sobre su bien inmueble una hipoteca para sí y no para el propietario de la misma manera considera la suscrita que no hay nada dentro del ordenamiento jurídico nacional que prohíba la constitución de un prenda de árbol en pie sobre un árbol que pertenezca a otro sujeto, al propietario del inmueble donde se encuentra al árbol. Pero lo curioso aquí es que se es propietario de los árboles porque pertenecen al inmueble al estar adheridos al suelo, acaso cada propietario de fincas inscribe sus árboles, eso lo abarca el artículo 411 del Código Civil, cuando establece que el inmueble y todos sus accesorios de la siguiente manera:

La hipoteca de una finca abraza:

- 1) *Los frutos de la época en la que se demande la obligación ya exigible.*
- 2) *Las mejoras y aumentos que sobrevengan a la finca, así como las agregaciones naturales...*
- 3) *Las indemnizaciones que pueda cobrar el propietario por causa de seguro, expropiación forzosa y de perjuicios.*

4) *En los edificios y desarrollos sometidos al régimen de propiedad en condominio, el derecho que sobre bienes comunes corresponda al propietario de la finca filial...*

Interesante es que en *resolución de la Sala Primera de las catorce horas treinta minutos del treinta de mayo del dos mil novecientos noventa*, se establece en cuanto a las mejoras hechas a la propiedad dada en hipoteca, esta hipoteca no sólo es oponible contra el deudor, sino contra el consentidor del gravamen y también contra terceros porque las mejoras están comprometidas dentro de la hipoteca, pertenezcan a quien pertenezcan. Lo anterior solamente admite la excepción claro está en el caso de que los terceros desconozcan sobre las mejoras hechas a la propiedad dada en hipoteca. Código Civil con Jurisprudencia 2004.

Por otro lado, tenemos que, si tengo una propiedad con una hipoteca, ¿es posible constituir una prenda de árbol sobre uno o varios árboles que estén ubicados en el inmueble hipotecado? El reglamento de pignoración e árboles en pie, claramente dice que no se puede entablar una prenda de árboles en pie sobre un inmueble en el que pese algún gravamen. En criterio de la suscrita sí se puede establecer una prenda de árboles en pie sobre árboles que se encuentren ubicados en un inmueble hipotecado, pero el acreedor hipotecario debe dar su consentimiento, ya que la hipoteca abraza todo lo que se encuentre en el inmueble y con esta aceptación del acreedor se estaría renunciando a esos bienes que se encuentran en el inmueble. Podría ser incluso que los árboles

estén tomando mucho valor y el inmueble llegue a tener más valor por estos que el monto por el que se estableció la hipoteca y en esa condición el acreedor quiera o no aprobar la garantía de prenda sobre árboles. Si la hipoteca existe primero que la prenda al momento de la constitución de la prenda se debe buscar el consentimiento del acreedor para que continúe pesando la prenda sobre el árbol en el bien inmueble como se constituyó, para no tener problemas con la ejecución de la hipoteca, ya que la inscripción de la prenda será oponible a todos y no se puede alegar desconocimiento si se publicó la misma. Aunque es muy probable que esto suceda ya que los plazos dentro de la hipoteca suelen ser períodos muy largos, más que la prenda.

En el caso de que tengamos una prenda de árbol en pie, y queremos constituir una hipoteca sobre el inmueble que tiene los árboles afectados, no es tan probable que vaya a ser un plazo de vencimiento menos extenso que el de la prenda, pero si sucediera el caso, ya la prenda está legalmente constituida y publicada su existencia, de tal manera que la hipoteca no la abrazaría ni afectaría y pueden coexistir ambas. Se debe dejar claro en el momento de la constitución de la hipoteca, primero: La existencia de la prenda y que estos árboles sobre los que pesa la prenda, segundo: que éstos no entrarán a ser parte del nuevo contrato de hipoteca, porque son dos contratos distintos e independientes, constituidos en momentos diferentes. Lo que puede ocurrir en esta posible situación es que se venza primero la prenda de árboles en pie y se deba ingresar al inmueble, ahora hipotecado, para llevar a cabo la ejecución forzosa de la prenda cortando los árboles afectados, en este caso, el acreedor hipotecario no

debe tener participación alguna en el momento de la ejecución, excepto porque se esté poniendo en riesgo o se esté dañando el inmueble. Pero, quien adquirió el inmueble lo hizo con el conocimiento que pesada otra garantía sobre él por lo que tiene que dejar que se proceda a la toma de los árboles dados en prenda, era una propiedad condicionada. La participación del acreedor hipotecario en este sentido, sería recomendable, una comunicación que se cortarían los árboles por incumplimiento de la obligación prendaria que pesaba sobre ellos y así realice una labor de observación y supervisión del cuidado de su garantía. No habría otro modo de invitarle a esta ejecución, porque, si bien es cierto es titular de una obligación como acreedor hipotecario, su contrato no está incumplido en ese momento en que la prenda si.

B) La cesión de créditos en las cédulas hipotecarias y prendarias

Las figuras crediticias de garantía como las cédulas hipotecarias o prendarias que se estudian son posibles objetos de *cesión* tal y como lo indica el artículo 1101 del Código Civil Costarricense que estipula:

“Todo derecho o toda acción sobre una cosa que se haya en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la cesión esté prohibida expresamente o implícitamente por Ley. “

Éstas, la cédula hipotecarias o prendarias se comparan con la cesión de créditos, tal y como lo explica el profesor Torrealba en artículo comentado por Juan Ramón Huertas compilador de la Antología de Escuela Judicial;

*“Para replicar el mecanismo jurídico de los títulos valores se acostumbra compararlo con el de la cesión de créditos. Esta comparación es inevitable por la sencilla razón de que ambos instrumentos el título de crédito y la cesión sirven para lo mismo: permitir la transmisión o, con vocablo más comprensivo y exacto porque destaca la verdadera dimensión social del fenómeno, la circulación de créditos, de posiciones. Mediante la cesión es posible transmitir toda clase de derechos de créditos, excepto aquellos estrictamente personales o cuya cesibilidad está prohibición; mediante el título valor es posible transmitir aquellos derechos que el ordenamiento jurídico permite sean incorporados a títulos valores (derechos caratulares) y no otros.”*¹⁰⁸ TORRALBA (Octavio). Las Leyes Latinoamericanas sobre Títulos Valores y la Doctrina Italiana. San José, Editorial Juricentro, 1 Edición 1987.

*No solo en derechos de crédito, sino en cuales quiera situaciones jurídicas que abarcan un ámbito de posibles objetos de cesión amplísimo: cesión de situaciones jurídicas complejas o globales (como cesión del contrato, del establecimiento comercial) o bien situaciones jurídicas singulares, unilaterales o bilaterales (solo obligaciones, o solo derechos, o bien derechos y obligaciones juntos), cesión de derechos absolutos (reales) o relativos (de crédito) o bien derechos potestativos.*¹⁰⁹

¹⁰⁸ CORONADO HUERTAS (Juan Ramón), Fundamentos teóricos básicos en materia de títulos valores, I Edición, Antología de la Escuela Judicial, Poder Judicial, San José Costa Rica. 1999, pp27.

¹⁰⁹ V. PANUCCIO Cedibilità e cessione di diritti e di situazioni giuridiche, en Enc. Del diritto, VI pp822 citado por Coronado Huertas Juan Ramón, en Fundamentos teóricos básicos en materia de títulos valores, Op cit, al pie de página 3 de pp 27.

Para efectos de su confrontación con los títulos de crédito, lo que interesa fundamentalmente es la cesión de situaciones jurídicas, subjetivas activas concernientes a derechos de crédito comúnmente llamada “cesión de créditos” ya que son situaciones jurídicas de este tipo las que generalmente forman el objeto de derechos cartulares: lo que incluye que, tanto en teoría como en la práctica, otra clase de situaciones subjetivas puedan ser incorporadas en títulos valores como ocurre con las cédulas hipotecarias del Código Civil de Costa Rica Art. 426 y ss. Originadas de la Hypothekenbrief y Grundschuldbrief del derecho alemán, auténticos títulos valores que permiten la circulación por endoso al portador de derecho reales de hipoteca, sin que nadie, ni aun el dueño del inmueble hipotecado, quede personalmente obligado al pago de la deuda.¹¹⁰

La cesión es un medio de circulación de créditos más amplio y general que el de los títulos valores en el sentido que si bien es cierto todos los derechos incorporables en títulos de créditos pueden ser, en general cedidos no todos los derechos cesibles pueden ser incorporados en títulos valores y transmitidos por los medios y con las consecuencias propias de estos, es decir por la llamada “ley de circulación” de títulos de crédito.¹¹¹

La disciplina normativa de la cesión de créditos parte del principio general de derecho privado según el cuál nadie puede sufrir modificaciones en la propia esfera jurídica del contra o, bien en todo caso, independientemente de la propia

¹¹⁰ CORONADO HUERTAS (Juan Ramón), Fundamentos teóricos básicos en materia de títulos valores, Op cit, pp 27.

¹¹¹ CORONADO HUERTAS (Juan ramón), Op cit, pp28.

voluntad (*res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet*). Este principio combinado con el llamado a la libertad de cesión, según el cual la transferibilidad de crédito entre cedente y cesionario sin el consentimiento aun en contra de la voluntad del deudor, es regla general en el ordenamiento privado.¹¹² Conduce a estas dos consecuencias: a) el cesionario puede adquirir el crédito solo en tanto en cuanto el cedente sea efectivamente titular del crédito cedido b) el cesionario adquiere el crédito con el preciso contenido que la relación obligatoria tenía en cabeza del cedente.

El artículo 1104 del Código Civil menciona la cesión de créditos:

“La propiedad de un crédito pasa al cesionario, en sus relaciones con el cedente, por el solo efecto de la cesión; pero con respecto al deudor solo es eficaz por la notificación que se la haga del traspaso; respecto de terceros, solo será eficaz desde la fecha cierta de la cesión, salvo que el crédito fuere de aquellos que la Ley permite se deban al portador del título, o que se transmiten por simple endoso....”

Por consiguiente, el cesionario del crédito queda expuesto, sea a los posibles reclamos de terceros que pretendan ser titulares del crédito cedido en vez del alienante (*no domino*), sea al riesgo de la posible inexistencia del crédito cedido o en general, a todas las excepciones del deudor relativas al contenido y a la posibilidad del ejercicio del crédito cedido.¹¹³

¹¹² CORONADO HUERTAS (Juan ramón), Op cit, pp28

¹¹³ CORONADO HUERTAS (Juan ramón), Op cit, pp28

Se hace necesario conciliar el efecto real reconocido en la cesión, cuando el crédito se transmite al cesionario solo por el consentimiento de las partes en forma mediata y sin necesidad de acto posterior alguno de ejecución, con el indudable derecho que tiene el deudor a liberarse válidamente frente a quien figura como su acreedor, cuando no tenga noticia de que se ha dejado de serlo. De ahí que, aunque el crédito pasa al patrimonio del cesionario desde el momento en que el contrato de cesión se perfecciona el deudor conserva el derecho a liberarse válidamente pagando a su primitivo acreedor, mientras no tenga conocimiento de la cesión efectuada.¹¹⁴

Porque tal y como lo indica el Código Civil en el artículo 1104:

“La propiedad del crédito para al cesionario, en sus relaciones con el cedente, por el solo efecto de la cesión; pero con respecto al deudor sólo es eficaz por la notificación que se le haga del traspaso; y respecto de terceros, solo será eficaz desde la fecha cierta de la cesión, salvo que el crédito fuere de aquellos que la Ley permite se deban al portador del título, o que se transmiten por simple endoso”.

Hasta que no se notifique el deudor o no se obtenga la aceptación de la cesión el deudor no queda obligado a cumplir con la deuda, lo que obliga al acreedor a notificar por escrito al deudor.

¹¹⁴ CORONADO HUERTAS (Juan ramón), Op cit, pp29

Así importante es conocer que, para constituir unas cédulas hipotecarias el inmueble sobre el cual van a recaer, debe estar sin ningún tipo de gravamen que pese sobre él, o sea libre, y posterior a éstas, o sea las cédulas hipotecarias, si se pueden constituir hipotecas comunes en segundo o tercer grado, según artículo 427 ya descrito. Pueden coexistir cédulas hipotecarias e hipotecas a la vez, pero se deben crear primero las cédulas hipotecarias y luego las hipotecas comunes, o se libera la hipoteca que tienen, o se pasa a un grado posterior a las cédulas.

Como en materia de cédulas prendarias se aplica en lo que corresponde las normas por las que se rigen las cédulas hipotecarias, se aplicaría exactamente igual en éstas, lo anteriormente descrito toma fuerza, cuando se indica que para la constitución de cédulas hipotecarias debe estar el inmueble libre de todo tipo de gravamen anterior en cualquier grado, el inmueble debe estar libre de gravámenes, el mueble que soportará una cédula prendaria de esa forma estará libre de toda prenda anterior, en el grado que fuere.

Después de lo anterior se toma nota que la prenda de árbol en pie admite como cualquier otro derecho real la transmisión por medio de la cesión.

Conclusiones

1. Que entidades aseguradoras puedan establecer un seguro para que los árboles dados en garantía tengan alguna protección monetaria para que responda por cualquier desastre natural que los pueda dañar, bien sea inundaciones, quemas, plagas de insectos u hongos que puedan restarle valor o matarlos.
2. Establecer un plan de contingencia para el ambiente de tal manera que se evite la corta total de los árboles dados en garantía o que en el caso de incumplimiento lo cual hace inevitable su corta, se siembren árboles que puedan reforestar los cortados. Se podrá participar de los programas de reforestación que ya existen en el Sistema Nacional de áreas de Conservación, Oficina Nacional Forestal y o Consejos Regionales Ambientales, el punto es que sean programas que los mismo entes del Estado ya tienen en sus planes operacionales para este tema.
3. En el contrato de constitución de la prenda de árboles en pie se deben definir de la forma más completa posible, todos los vacíos jurídicos que se puedan originar con esta figura, tal y como se enumeran en los manuales citados de MINAET y el Reglamento de Pignoración de Árboles.
4. Se deben sacar los permisos correspondientes de tala o corta antes de la inscripción de la prenda de árboles en pie, para que no sea al momento de la ejecución de un posible incumplimiento, que no se den estos permisos y se caiga la garantía del acreedor pignoraticio.
5. El problema de la prenda de árbol en pie, no es la no constitución o legalidad de la misma, sino la efectiva realización de estos contratos tomando en cuenta todos los trámites que se deben realizar para ponerse en marcha y además el desconocimiento de la figura dentro del ordenamiento jurídico que alimenta el

desgano de utilizar este tipo de instrumentos, que vienen a dar una posibilidad más de contratación.

6. La prenda de árbol en pie es mejor que el contrato de prenda común que existía antes en el cual la madera se prendaba ya en tucas o trozas cortadas, por que en esta prenda, se da la posibilidad de obtener el crédito, con el valor que se le da al árbol en ese estado, en pie y esa madera en pie viene a proteger más el ambiente, dando la posibilidad al deudor pignoraticio de seguir conservando la naturaleza si logra resarcir la deuda. Lo cual le permitiría incluso poder adquirir otro crédito utilizando los mismos árboles que prendó antes, ahora con más valor por los años y maduración de la madera.

7. No es rentable para una institución financiera dar un crédito con un producto tan vulnerable como lo es la madera de árboles en pie por todas las clases de imprevistos o eventos que se pueden presentar en la naturaleza, sin embargo, si existiese un seguro para esa tipo de garantía, puede ser más atractivo para las instituciones financieras dar créditos con este tipo de garantías.

8. Se debe procurar una inspección o cuidado de los árboles dados en garantía de parte de quien lo pacte, como también de quien sea el acreedor, ambos deben procurar el mantenimiento, hacer las raleas, revisar y cuidar los árboles en pie dados en garantía, para evitar que se deterioren y pierdan valor por pura negligencia.

9. Se debe dar el consentimiento del acreedor hipotecario para la constitución de una prenda de árboles sobre el bien hipotecado porque en mi criterio si pueden coexistir ambas figuras en el derecho, ya que la hipoteca, aunque persigue el inmueble en su totalidad, puede, si media el consentimiento de partes, apartar unos árboles que se encuentren en el inmueble, puesto que en este momento no se ha vencido la deuda lo cual no hace ejecutable la hipoteca, y el deudor sigue siendo dueño de la propiedad. Se hará la salvedad que no será desmedido el

otorgamiento de árboles para la prenda que permita devaluación del inmueble o sea perjudicial para el ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADROGUÉ (Manuel), Gutiérrez Záldivar (Álvaro) y Arraga Penido (Mario.), Temas de Derechos Reales, Buenos Aires Argentina, Editorial Plus Ultra Viamonte, 1979.
2. ALBALADEJO (Manuel), Derecho Civil, Barcelona, Tomo III, Novena Edición, Editorial Librería Bosch, 2002.
3. ARGUEDAS TROYO (José), El Contrato de Prenda, San José, Tesis para optar por el grado de licenciatura Facultad de Derecho, Universidad DE Costa Rica, 1998.
4. ARDÓN ACOSTA (Víctor), Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Chico, I Edición, San José Costa Rica, 2007.
5. ARIAS RAMOS (J), Derecho Romano, Tomo I, Parte General, Derechos Reales, Madrid España, Editorial Revista de Derecho Privado, Undécima Edición, revisada por Arias Bonet, 1969.
6. BOUZA VIDAL (Nuria), Las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional, Madrid, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1991.
7. BORDA (Guillermo), Tratado de Derecho Civil, Toma II, Tercera Edición, Buenos Aires Argentina, Editorial Perrot SA, 1846.
8. BRENES CÓRDOBA (Alberto), Tratado de los Bienes, San José Costa Rica, Editorial Juricentro, 1981.
9. BRENES CÓRDOBA (Alberto) Tratado de los Bienes, San José, Editorial Tipografía Nacional, 1906.
10. CABANELLAS DE LAS TORRES (Guillermo). Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Decimocuarta edición, 2000.
11. CONEJO AGUILAR (Victoriano), Naturaleza Jurídica del Pago de Servicios Ambientales, San José, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003.
12. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Texto Básico de Introducción la materia Civil para el programa de servidores Judiciales, San José, Editorial Mundo Gráfico, 1990.

13. DORAL (José Antonio) La fase de Seguridad en la hipoteca, Pamplona, editorial Gómez, 1967.
14. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, APUNTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, I Edición, Editorial Jurídica Continental, San José Costa Rica, 2008.
15. GATTI (Edmundo) y ALTERINI (H), El derecho real, Buenos Aires Editorial Perrot s.a, 1991.
16. GONZALEZ BALLAR (Rafael), Algunos Retos del Derecho Ambiental en el Siglo XXI, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 100, 2003.
17. GONZALEZ BALLAR (Rafael), Valores, Realidades y Fundamentos del Derecho Ambiental en Costa Rica, San José, Editorial Chico, 2003.
18. GUILLÓN BALLESTEROS (Antonio), Curso de Derecho Civil, Madrid España, Editorial Tecnos, 1968.
19. YGLESIAS MORA (Roberto), La propiedad de los bienes muebles, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.
20. JIMÉNEZ MIRANDA (Carlos) y Carmona Elizondo (Carlos), Generalidades de la Servidumbre, San José Costa Rica, Editorial Escuela Registral Universidad de Costa Rica, 1990.
21. CORONADO HUERTAS (Juan Ramón), Fundamentos teóricos básicos en materia de títulos valores, I Edición, Antología de la Escuela Judicial, Poder Judicial, San José Costa Rica. 1999
22. MARTIN MATEO (Ramón), Derecho Ambiental, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 65, Enero-Abril, 1990.
23. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (María Inés), y CASTILLO MASIS (Maribel), La Adquisición a Non Domino de Bienes Muebles con Énfasis en la Legislación Costarricense, San José Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.
24. MEZA LÁZARUS (Álvaro), y ULATE CHACÓN (Enrique) Los Derechos Reales en la Jurisprudencia Costarricense, San José, Costa Rica Editorial Juricentro, tomo I y II, 1999.

25. MORA CASASOLA (Victor Hugo), El contrato de prenda y su ejecución con énfasis en las prácticas jurisprudenciales, San José, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989.
26. O'CALLAGHAN MUÑOZ (Xavier), Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Tomo III, Derechos Reales, San José Costa Rica, Editoriales de Derecho Reunidas, 1985 y 1986.
27. PORRAS ZÚÑIGA (Anabelle), Derecho Ambiental en Costa Rica, Revista Judicial, N° 20, Año V, 1981.
28. PUIG PEÑA (Federico) Compendio de Derecho Civil Español, España, Editorial Aranzadi Pamplona, segunda edición, tomo II, 1972.
29. RIVERA MONTTOYA (Luis), El derecho al Acceso de Información Ambiental, en Costa Rica, tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho de la Universidad da Costa Rica, 2003
30. ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique) Derecho Ambiental. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 95, Mayo- Agosto del 2001.
31. SALAZAR CAMBRONERO (Roxana) y SABORÍO VALVERDE (Rodolfo), Manual sobre Derechos Humanos y Ambiente, San José, Editorial IPECA, 1994.
32. SOTO ZÚÑIGA (Jonny), La problemática general en la hipoteca y la prenda, con especial referencia en la jurisprudencia nacional, San José Tesis para optar por el título de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.
33. VILLASUSO ESTOMBA (Juan Manuel), Apuntes de Derecho Civil, San José Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, 1968.
34. ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo), Notas sobre la Posesión, Derechos reales II, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1980.
35. ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo), Guerrero P. (Ricardo) y Meza Lázarus (Álvaro), Temas de Jurisprudencia de Derechos Reales, San José Costa Rica, Editorial Ciudad Universitaria, 1983.

36. ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo), Dialéctica en Tema del Concepto de Propiedad, San José Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica.
37. ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo), La Posesión, Antología de derechos reales, Universidad de Costa Rica, 2003.

NORMATIVA

1. CODIGO NOTARIAL, Editorial Juritexto S.A., comentado por Rafael Sánchez Sánchez, I Edición, San José Costa Rica, 2005.
2. CÓDIGO CIVIL, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, Sétima Edición, 2000.
3. CÓDIGO DE COMERCIO, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, Treceava edición 2001.
4. LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE, Investigaciones Jurídicas, enero 2005.
5. LEY DE COBRO JUDICIAL COMENTADA, Investigaciones Jurídicas S.A., II Edición San José Costa Rica, comentada por Jorge Méndez Zamora.
6. LEY DE CONSERVACIÓN DE LA VIDA SILVESTRE, Número 7317, 1992.
7. LEY DE BIODIVERSIDAD
8. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA BANCARIO NACIONAL