

Textos internacionales
sobre garantías mobiliarias:
reflexión y análisis

CARMEN JEREZ DELGADO
(COORDINADORA)



Derecho Privado

TEXTOS INTERNACIONALES SOBRE GARANTÍAS
MOBILIARIAS: REFLEXIÓN Y ANÁLISIS

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO CONSEJO ASESOR

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

TEXTOS INTERNACIONALES SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS: REFLEXIÓN Y ANÁLISIS

CARMEN JEREZ DELGADO
Coordinadora



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2017

Primera edición: noviembre de 2017

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© Carmen Jerez Delgado, coordinadora de la obra
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

NIPO: 786-17-141-7
ISBN: 978-84-340-2440-3
Depósito legal: M-30807-2017

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO. <i>Francisco Garcimartín Alférez</i>	11
PLANTEAMIENTO. TEXTOS INTERNACIONALES SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS. <i>Carmen Jerez Delgado</i>	15
CAPÍTULO 1. REFLEXIONES SOBRE UNA REFORMA DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS A LA LUZ DE LOS TEXTOS DE UNCITRAL, UNIDROIT, OEA, DCFR Y DIRECTIVA 2002/47/CE. <i>Carmen Jerez Delgado</i>	19
I. Introducción	19
II. La revolución industrial como hito: de la prenda a la garantía funcional	21
III. Conveniencia de una reforma	28
IV. El concepto unívoco de garantía mobiliaria como piedra angular ...	34
V. Claves del desarrollo de la reforma	41
1. Un amplio margen de autonomía de la voluntad	42
1.1 El objeto de la garantía mobiliaria	42
1.2 La obligación garantizada	47
1.3 Los mecanismos de satisfacción del acreedor	48
2. Un adecuado sistema de publicidad	53
2.1 La protección frente al tercero adquirente	54
2.2 La prelación de créditos	57
VI. Conclusión	59

	Páginas
CAPÍTULO 2. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO RELATIVO A GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE ELEMENTOS DE EQUIPO MÓVIL Y SUS PROTOCOLOS. <i>Teresa Rodríguez de las Heras Ballell</i>	61
I. El sistema de Ciudad del Cabo: principios, estructura y evolución ...	62
1. Origen y contexto	62
2. Principios	63
3. Claves del sistema de Ciudad del Cabo	64
4. Estructura	67
II. El ámbito de aplicación del Convenio y sus Protocolos: elementos de equipo móvil, de alto valor e identificables	69
1. El criterio de internacionalidad y la aplicación a las transacciones internas	70
2. El domicilio del deudor y otros factores de conexión alternativos ...	75
3. Los criterios de movilidad, alto valor e identificación única	76
4. La definición de las categorías de objetos en cada Protocolo	79
4.1 Objetos aeronáuticos	79
4.2 Material rodante ferroviario	85
4.3 Bienes de equipo espacial	87
4.4 Equipo agrícola, minero y de construcción	91
5. El tratamiento de partes y componentes y el principio de accesión ...	96
III. El cuerpo de normas sustantivas uniformes	100
1. Acuerdo de garantía	100
1.1 Escrito	101
1.2 Poder de disposición	102
1.3 Identificación del objeto	103
1.4 Determinación de las obligaciones garantizadas	105
2. Acciones en caso de incumplimiento	106
3. El tratamiento de la garantía ante la insolvencia	110
IV. El sistema registral	114
1. Características del Registro Internacional	115
2. Esfera de lo inscribible	116
3. Normas de prioridad	119
V. La adhesión de España al Convenio y el Protocolo Aeronáutico y su proceso de implementación	124
1. Declaraciones efectuadas en el momento de adhesión al Convenio ...	127

	Páginas
2. Análisis de las declaraciones ulteriores al Convenio	128
2.1 Declaración efectuada bajo el artículo 39(1)(a) sobre derechos o garantías no contractuales	128
2.2 Declaración realizada bajo el artículo 40 sobre derechos o garantías no contractuales inscribibles en el Registro Internacional	131
2.3 Declaración realizada bajo el artículo 39(1)(b)	133
2.4 La relación entre la declaración bajo el artículo 54(2) y la declaración ulterior bajo el artículo 53	133
3. Declaraciones realizadas al Protocolo (punto nacional de acceso e IDERA): estado de la implementación	135
3.1 El funcionamiento del punto de acceso español	135
3.2 Inscripción de IDERA (autorización irrevocable para solicitar la cancelación de la matrícula de la aeronave y el permiso de exportación)	143
4. Futuras acciones para una implementación efectiva	145
CAPÍTULO 3. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS. <i>Jorge Feliu Rey</i>	147
I. Introducción	147
II. Antecedentes	152
1. Antecedentes mediatos	152
2. Antecedentes inmediatos	156
III. Estructura	160
1. Ámbito de aplicación y disposiciones generales	161
1.1 Enfoque funcional, unitario y comprensivo	161
1.2 Autonomía contractual	163
1.3 Normas generales de conducta	165
1.4 Origen general y principios generales	166
2. Constitución de una garantía mobiliaria	167
2.1 Normas generales	168
2.2 Normas específicas para determinados tipos de bienes	173
3. Oponibilidad de una garantía mobiliaria a terceros	174
3.1 Métodos principales	175
3.2. Métodos particulares	177

	Páginas
4. El sistema registral	178
5. Prelación de las garantías mobiliarias	183
5.1 Normas generales	184
5.2 Normas específicas para determinados tipos de bienes	187
6. Ejecución de una garantía mobiliaria	188
7. Conflicto de Leyes	190
7.1 Bienes corporales	191
7.2 Bienes incorporeales	193
IV. Bibliografía	195
CAPÍTULO 4. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN AMÉRICA LATINA: ¿UN PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN UNIFORME DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS? <i>Mauricio Baquero Herrera</i>	199
I. Introducción	200
II. Las bondades del nuevo régimen (la promesa)	200
III. Las principales características del Sistema de Garantías Mobiliarias, tal como se ha venido implementando en América Latina con base en la Ley Modelo Interamericana	212
1. Amplio alcance del concepto de garantía mobiliaria	212
2. Sistema de creación de la garantía mobiliaria	213
3. Publicidad/Registro de las garantías mobiliarias	213
4. Prelación de las garantías mobiliarias	214
5. Ejecución de las garantías mobiliarias	214
IV. Los efectos y características de la implementación de las reformas en la región: algunos comentarios sobre los casos de México, Perú y Colombia	216
1. Algunos comentarios sobre el caso de México	216
2. Algunos comentarios sobre el caso de Perú	218
3. Algunos comentarios sobre el caso de Colombia	219
V. A modo de conclusión	222
ANEXO 1. LOS 12 PRINCIPIOS NATLAW PARA LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS	225
ANEXO 2. LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS (OEA, 2002)	229

PRÓLOGO

La narrativa dominante en el ámbito de las garantías reales se acaba condensando en una idea muy sencilla: Una protección adecuada de los derechos de garantía facilita el acceso al crédito y, a la postre, el crecimiento económico de cualquier sociedad. Y la justificación teórica se sustenta sobre una sólida base. Las garantías incrementan las expectativas de recobro del acreedor, y cuanto mayores sean esas expectativas más dispuesto estará a financiar al deudor o a hacerlo a un menor coste. Como I. Y. Singer nos cuenta una y otra vez en *Los Hermanos Ashkenazy*, las garantías reales facilitan que obtengan financiación quienes no son capaces de obtenerla basándose únicamente en su responsabilidad patrimonial universal.

No obstante, también se ha demostrado que una protección absoluta de los derechos de garantía puede tener un impacto negativo en el lado de la demanda en la medida en que una parte de los costes se externalizan sobre los acreedores que no pueden «ajustar» su crédito al riesgo que asumen (acreedores públicos o no contractuales, por ejemplo). *Ex post*, además, hay siempre cierta tensión entre una protección absoluta de los derechos de garantía y las finalidades del Derecho concursal. La situación es particularmente delicada cuando una realización acelerada de los activos gravados puede eliminar una gran parte del valor asociado a la empresa como *going concern*. El reto para cualquier legislador es ofrecer una ponderación adecuada (eficiente, si se prefiere) entre todos los intereses en juego.

A partir de aquí, y a la vista del impacto macroeconómico que este debate de política jurídica tiene, durante los últimos años se han publicado numerosos trabajos, se han organizado bastantes congresos o incluso se han financiado varios proyectos de investigación con un mismo eslogan: «la necesidad de modernizar el Derecho español de garantías mobiliarias». Como suele su-

ceder, el planteamiento de la pregunta ya sesga la respuesta: ¿Quién puede estar en contra de «modernizar» algo, aunque se trate de una institución jurídica? Modernizar acaba siendo sinónimo de mejorar.

Pero, ¿es realmente necesario «modernizar» nuestro Derecho de garantías mobiliarias? Y si la respuesta es afirmativa, ¿en qué sentido debemos «modernizarlo»? El discurso predominante nos ofrece también una fácil respuesta: modernizar el Derecho de garantías mobiliarias significa tres cosas fundamentalmente. Por un lado, significa adecuarlo a la naturaleza de determinados activos muy valiosos en la economía actual (por ejemplo, bienes intangibles o equipos móviles). No poder utilizar determinados activos como garantía reduce las posibilidades de financiación del deudor, por eso el sistema jurídico debe prever la constitución de garantías reales sobre cualquier cosa que tenga valor económico (sic.). Por otro lado, y con alcance general, modernizar el Derecho de garantías mobiliarias significa: (i) que deben reducirse las formalidades de constitución, pero sin perjudicar la importancia que la publicidad parece cobrar en este sector, (ii) que deben facilitarse los procedimientos de ejecución o realización del activo gravado, o (iii) que, con las debidas salvaguardas, sus titulares deben quedar inmunizados frente a los riesgos de insolvencia del deudor. Y, por último, se nos dice, todas esas ideas pueden reducirse a una, modernizar significa adoptar las soluciones que derivan de los textos internacionales, elaborados por instituciones como UNIDROIT o UNCITRAL. El Derecho «moderno» de las garantías mobiliarias es el que está en los textos supranacionales. Quedarse al margen de estos textos es quedarse al margen del mundo moderno.

Este último elemento condiciona la respuesta a las dos preguntas que nos hacíamos al comienzo del párrafo anterior: es necesario modernizar el Derecho de garantías mobiliarias nacional *si y en la medida en que* no se haya adaptado a los textos supranacionales y la forma de hacerlo es precisamente ratificando esos textos o incorporándolos al Derecho interno. En consecuencia, no habría mucho más que hablar: Lo que hay que hacer está claro y cuanto antes se haga, tanto mejor.

Esta obra, afortunadamente, no se detiene aquí. Como anuncia el título, la intención de sus autores es ofrecer un análisis sereno y bien razonado de esta cuestión. Frente a la narrativa más erística que impregna muchos trabajos, i.e. la solución es buena porque procede de un organismo supranacional –llámese UNCITRAL, UNIDROIT (o el sursuncorda)–, este libro, además de acertar en la selección de los textos supranacionales más relevantes, los desmenuza con detenimiento, saca a la luz las decisiones de política legislativa sobre las que descansan y valora las ventajas e inconvenientes de su incorporación al Dere-

cho nacional. La aproximación a este sector del ordenamiento desde distintas perspectivas, disciplinas y culturas jurídicas da un sabor especial al trabajo y lo distingue de otras obras disponibles en el mercado.

El test de la bondad de cualquier obra científica es que permita al lector alcanzar su propio criterio sobre las mejores soluciones a un problema jurídico-positivo o de política jurídica, y en términos agregados contribuya a enriquecer el debate colectivo y a avanzar en el conocimiento. Este trabajo lo cumple sobradamente. Quien tenga la suerte de tener esta obra en sus manos comprobará que su lectura compensa con creces el tiempo gastado en ella. Vaya, por todo ello, mi enhorabuena a sus autores y mi agradecimiento por darme la oportunidad de prologarlo.

FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid

PLANTEAMIENTO

TEXTOS INTERNACIONALES SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Los Textos internacionales sobre garantías mobiliarias constituyen, actualmente, un reto para nuestro Derecho interno. No es posible omitir la referencia a ellos y es necesario abrir una reflexión sobre las ventajas de la armonización jurídica, a la vista de la emergente hegemonía del sencillo y flexible modelo anglosajón plasmado en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*. Estos textos –publicados en el siglo XXI mayoritariamente, o en el ocaso del XX– son de Derecho uniforme (Convenio/Protocolos y Leyes Modelo), pero no sólo: El Derecho europeo acoge un modelo similar en destacados textos, como veremos.

Un esquema de los textos que conviene tener a la vista es el siguiente:

I. DERECHO UNIFORME

1. Convenios Internacionales:

1.1. Convenio relativo a las Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT, Ciudad del Cabo, 2001).

1.2. Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo:

1.2.1. Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico.

1.2.2. Protocolo sobre cuestiones específicas de los bienes de equipo espacial.

1.2.3. Protocolo en materia de ferrocarriles.

2. **Leyes modelo:**

2.1. Ley Modelo sobre Garantías mobiliarias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2016).

2.2. Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (OEA, 2002).

2.3. Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación empresarial en África (OHADA, 1997).

2.4. Ley Modelo sobre Operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD, 1994).

II. DERECHO COMUNITARIO Y *SOFT LAW* EUROPEO

1. Directiva 2002/47/CE.

2. *Soft Law* europeo: El Libro IX del DCFR.

El propósito del libro que el lector tiene en sus manos es presentar las líneas que encontramos en estos textos, y facilitar su comprensión, contagiar el interés por asomarse a ellos. El primer capítulo pretende aportar una visión panorámica y hacer una reflexión de conjunto, tomando el concepto de *garantía funcional* como pieza clave que ha de ser observada. Los capítulos segundo y tercero, escritos por Teresa Rodríguez de las Heras Ballell (Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid) y Jorge Feliu Rey (Profesor de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid), respectivamente, analizan el Convenio de Ciudad del Cabo (capítulo segundo) y la Ley Modelo de Naciones Unidas (capítulo tercero): Destaca el primero de estos textos por su éxito, al haber sido ratificado por un destacadísimo número de países (entre ellos, España), y el segundo por su novedad (2016) y por la autoridad de la institución de la que emana (Naciones Unidas). Por último, Mauricio Baquero Herrera (Profesor de Derecho Financiero y Bursátil, Universidad

Externado de Colombia y Universidad de Talca) presenta un excelente estudio de la Ley Interamericana, que –propuesta por la Organización de Estados Americanos– ha recibido ya una amplia respuesta: Comienza a ser numeroso el grupo de países en América Latina que ha modificado el régimen interno de las garantías mobiliarias a impulsos de esta Ley Modelo.

CARMEN JEREZ DELGADO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

CAPÍTULO 1

REFLEXIONES SOBRE UNA REFORMA DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS, A LA LUZ DE LOS TEXTOS DE UNCITRAL, UNIDROIT, OEA Y DCFR

CARMEN JEREZ DELGADO¹

SUMARIO.—I. *Introducción.*—II. *La revolución industrial como hito: de la prenda a la garantía funcional.*—III. *Conveniencia de una reforma.*—IV. *El concepto unívoco de garantía mobiliaria como piedra angular.*—V. *Claves del desarrollo de la reforma:* 1. Un amplio margen de autonomía de la voluntad. 1.1 El objeto de la garantía mobiliaria; 1.2 La obligación garantizada; 1.3 Los mecanismos de satisfacción del acreedor. 2. Un adecuado sistema de publicidad. 2.1 La protección frente al tercero adquirente; 2.2 La prelación de créditos.—VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

[1] Una característica de los primeros años del presente siglo ha sido la publicación de importantes textos internacionales en materia de garantías mobiliarias, sea a modo de convenio², sea a modo de guías o leyes modelo que se

¹ Quiero expresar mi agradecimiento a Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, no sólo por el prólogo de esta obra, sino por sugerirme la perspectiva de estudio un par de años antes; A Iván HEREDIA CERVANTES, por invitarme a vencer mi resistencia a las garantías mobiliarias y denegarme un «no» a participar en el proyecto de investigación UAM-Santander dirigido por él; Fue en ese contexto donde se fraguó esta obra, gracias a él conocí el trabajo de Mauricio BAQUERO HERRERA y pude prepararla contando –además–, con la probada experiencia internacional en la materia de Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS y Jorge FELIU REY. A todos ellos, mi agradecimiento.

² Convenio relativo a las Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT), conocido como Convenio de

proponen a los Estados para propiciar una reforma del Derecho interno en esta materia³. La lectura de estos textos, así como la de otros de ámbito continental –propuestos con idéntica intención–⁴, y la lectura de las leyes que un número significativo de países ha promulgado como consecuencia de ello, levanta cuanto menos algunos interrogantes.

Primero: ¿Es necesaria o conveniente una reforma del sistema español en materia de garantías mobiliarias?

Segundo: En caso de que la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, ¿cuál es la clave de dicha reforma? ¿Es adecuado hacerlo en el mismo

Ciudad del Cabo, de 2001. Consiste en un convenio marco y varios protocolos aplicables a distintos modelos de equipos móviles: equipos aeronáuticos, material ferroviario y objetos espaciales. Para los equipos aeronáuticos, se ha creado un Registro de garantías internacionales, con sede en Dublín, gestionado por una empresa privada que responde de los errores cometidos en la inscripción de la información correspondiente y que está funcionando con utilidad al servicio de un elevado número de países que han ratificado el convenio y se han adherido al protocolo de aeronaves. España se adhirió al Convenio de Ciudad del Cabo en 2013 (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 2013) y, más recientemente, al Protocolo de aeronaves.

³ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil (CNUDMI) ha publicado recientemente una Ley Modelo sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL, 2016). En el mismo sentido, ya antes había publicado una Guía Legislativa sobre Operaciones garantizadas (UNCITRAL, 2010). La expresión «operaciones garantizadas», empleada en la versión española para traducir la expresión anglosajona «secured transactions» en la Guía de 2010, ha sido reemplazada en el texto actual por la expresión, más acertada, de «garantías mobiliarias». Los trabajos de las Naciones Unidas en este sentido comenzaron en 2002, y se realizaron en coordinación con UNIDROIT para evitar solapamientos (*Prefacio*, Guía UNCITRAL). Naciones Unidas pide que se difundan estos textos y recomienda a los países miembros que los adopten, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional, «cuyos principios también vienen reflejados en la Guía» (*Prefacio*, Guía UNCITRAL). Por consiguiente, a diferencia del Convenio de Ciudad del Cabo, en el caso de la Ley Modelo de UNCITRAL (2016, o –antes– de la Guía de 2010), se trata de textos de derecho blando o *soft law*.

⁴ La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías mobiliarias fue publicada en 2002 por la Organización de Estados Americanos (OEA) y está sirviendo como motor para la reforma del Derecho de garantías en muchos países de Latinoamérica. Esta Ley Modelo se inspira en el sistema anglosajón y ha sido redactada con participación de Estados Unidos y México, especialmente, si bien con representación de otros países americanos de ambos hemisferios.

En el ámbito europeo, cabe destacar la Directiva 2002/47 CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, así como el denominado *Draft Common Frame of Reference* o Marco Común de Referencia (DCFR, 2009), que se publicó como texto de derecho blando o *soft law* al servicio de la armonización jurídica del Continente en materias de Derecho civil. Como es sabido, el DCFR tiene la estructura de un Código civil y ha sido elaborado por académicos de diversos países europeos. Su Libro IX se dedica a las «Garantías reales sobre activos muebles». Si bien la obra fue vertida al castellano por un equipo de profesionales y profesores españoles, este Libro supuso una excepción, en el sentido de que ya había sido traducido por el Instituto *Max Planck*, de quien se adquirió el derecho para su publicación en la versión española [*Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo. Borrador del Marco Común de Referencia*, Colección de Derecho Privado, editorial B. O. E., 2015, versión española coordinada por Carmen Jerez Delgado (en conexión con la Universidad de Osnabrück), de la obra: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Prepared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and the RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian VON BAR and Eric CLIVE, Sellier, European Law Publishers, 2009].

Código civil? ¿Es posible unificar la materia en una sola ley de garantías mobiliarias? ¿Cómo definir de modo unívoco el concepto de garantía mobiliaria, acogiendo la diversidad de modalidades que se conocen en el mercado actual?

Tercero: A partir de un concepto unívoco de las garantías mobiliarias, ¿cómo articular el sistema? ¿Qué otros elementos son necesarios para su adecuado desarrollo?

[2] El presente trabajo tiene por objeto abordar los interrogantes planteados: Es precisa una reflexión a la luz de los textos internacionales, continentales y nacionales en materia de garantías mobiliarias. A partir de ahí, es posible trazar a grandes rasgos las líneas de una futura reforma del sistema interno, si aspiramos a modernizarlo, armonizándolo con las reglas que ganan hegemonía en el mercado internacional.

II. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL COMO HITO: DE LA PRENDA A LA GARANTÍA FUNCIONAL

[3] Para comprender el alcance de los textos aludidos, internacionales, continentales o nacionales, conviene lanzar una mirada atrás y observar cómo la revolución industrial ha supuesto un hito histórico decisivo en el ámbito de las garantías mobiliarias, que deja sentir su huella en las pautas de evolución del régimen jurídico de la materia en los últimos siglos. Una descripción breve del estado de la cuestión en las dos últimas centurias nos permitirá advertir la trascendencia de lo que está sucediendo en el presente siglo XXI. Veámoslo brevemente.

[4] En el siglo XIX asistimos en Europa al fenómeno de la Codificación. Los Códigos civiles continentales acogieron un concepto formal de garantía mobiliaria. En el Código civil español, las garantías aparecen reguladas en el Libro IV «De las obligaciones y contratos», Título XV «De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis». La prenda aparece así como paradigma de garantía mobiliaria. Regulada en los artículos 1863 a 1873 del Código civil, la prenda requiere como elemento esencial de su constitución, que la posesión del bien pignorado se desplace del garante al acreedor o bien a un tercero. Este desplazamiento de la posesión tiene básicamente dos ventajas para el acreedor: De un lado, le permite tener el control del bien dado en prenda, evitando que sea entregado a un tercero –por ejemplo– por el propietario pignorante; De otra parte, la cesión de la posesión da publicidad a la existencia de un derecho real sobre la cosa mueble gravada, al no estar en poder de su propietario, sino en el del acreedor o de un tercero.

Junto a la prenda, el Código civil recoge otro género de garantía mobiliaria, el derecho de retención, si bien no aparece regulado de forma sistemática sino en diversos preceptos dispersos por razón de la materia. Aunque la diferencia entre ambas garantías es notable desde el punto de vista de su origen, ya que la prenda nace del contrato y el derecho de retención puede ser de origen legal, existe también entre ellas gran afinidad (más aún cuando el derecho de retención sea convencional).

[5] El siglo xx pone de manifiesto que el Código civil había nacido obsoleto en materia de garantías mobiliarias. El régimen jurídico de la prenda se manifiesta insuficiente y prueba de ello son las numerosas leyes especiales que reconocen modalidades de garantías mobiliarias distintas de ella, así como una jurisprudencia flexible en la materia. La causa principal de este desfase la constituye, sin duda, la revolución industrial, que introduce una dinámica sin precedentes en el ámbito económico, necesitada de garantías que no requieran desplazamiento de la posesión.

Las ventajas de la cesión de la posesión característica de la prenda (control sobre la cosa, publicidad) dejan de serlo, tanto si atendemos al deber de conservación y mantenimiento que recae sobre el acreedor garantizado (lo que encarece el crédito en función de las cualidades del bien mueble, aunque luego tenga derecho de reembolso frente al constituyente de la garantía), como si consideramos las necesidades de quienes solicitan el crédito:

Pensemos que, como resultado de la revolución industrial aparecen en el panorama de las garantías mobiliarias dos nuevos binomios: El binomio inversor-PYME (pequeña y mediana empresa), de un lado, y el binomio vendedor-consumidor, de otra parte. En uno y otro caso, quien solicita el crédito para la adquisición de bienes necesita la posesión de los mismos, para que produzcan el correspondiente rendimiento económico. El empresario que solicita un crédito necesitará bienes de equipo, maquinaria industrial, materias primas que utilizará para obtener los productos que se venderán en el mercado. No tiene sentido el desplazamiento de la posesión al acreedor inversor, que sí estará interesado –sin embargo– en que el deudor garantice con los bienes adquiridos o con los productos fabricados o incluso con el precio recibido como resultado de las primeras ventas, el pago del crédito. En el caso del consumidor sucede algo similar, solicita el crédito para adquirir un bien cuyo uso necesita.

En tales circunstancias, se desarrollan a lo largo del pasado siglo múltiples garantías mobiliarias que dan satisfacción a acreedor y deudor sin requerir desplazamiento posesorio.

Prescindir del desplazamiento de la posesión permite, además, continuar gravando el bien para solicitar créditos posteriores, así como ampliar el objeto de

la garantía a los bienes incorpóreos e incluso a los bienes futuros. Sin embargo, se ha observado también que la prenda sin desplazamiento puede «convertir en ilusoria la facultad reipersecutoria del acreedor», entre otras desventajas⁵.

Cierto es que algunas de estas figuras no son nuevas sino que existían ya en el Derecho romano y la jurisprudencia las admite con regularidad, pero también lo es que, en otras muchas ocasiones asistimos al nacimiento de modalidades de garantías más sofisticadas, propias del moderno mercado financiero. Unas y otras van plasmándose en un amplio espectro legislativo⁶.

Al desaparecer el protagonismo de la publicidad posesoria de la garantía mobiliaria, se da paso a la publicidad registral y se crea el Registro de Bienes muebles⁷.

⁵ Así lo explica, en relación con la reforma francesa, Isabel ARANA DE LA FUENTE («La reforma francesa de las garantías mobiliarias», *InDret*, Barcelona, abril, 2012, p. 23), que añade: «Pero el inconveniente más grave consiste en la falta de un derecho de retención material sobre la cosa pignorada», ya que si llegara el procedimiento colectivo por insolvencia del deudor, el acreedor no gozaría de preferencia frente a los restantes acreedores, mientras que sí goza de ella el acreedor titular del derecho de retención material (aunque al titular de una garantía sin desplazamiento se le reconoce una «retención ficticia» de la que sí podrá gozar «en el procedimiento de liquidación judicial»).

⁶ Junto a la tradicional prenda posesoria, regulada en el Código civil, podemos destacar, entre otras garantías mobiliarias, la hipoteca naval, regulada por la Ley de Navegación marítima, de 24 de julio de 2014; la reserva de dominio y la prohibición de disponer, admitidas por la jurisprudencia y referidas en la Ley de Venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio), cuyo artículo 15 se dedica al Registro de Venta a plazos de bienes muebles (regulado por la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles, aprobada por Orden de 19 de julio de 1999) y cuya Disposición adicional primera admite al mismo el arrendamiento financiero (o *leasing*), que puede considerarse como otra modalidad de garantía mobiliaria (mencionada en la Disposición adicional 7.ª1 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito); o la hipoteca de establecimientos mercantiles, automóviles y vehículos de motor, tranvías, vagones de ferrocarril, aeronaves, maquinaria industrial, propiedad intelectual y propiedad industrial (Ley sobre Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), de un lado; y se admite expresamente la prenda sin desplazamiento sobre ciertos bienes que ya tradicionalmente cumplían esta función (así, los frutos pendientes, las cosechas y frutos separados, los productos agrícolas, los animales, aperos de labranza, colecciones, objetos de valor histórico o artístico, entre otros), de otra parte (la prenda agrícola y ganadera ya se había regulado por Real Decreto en 1917 y la prenda industrial en 1940). Si bien la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 1954 restringió los bienes objeto de prenda sin desplazamiento, la reforma introducida en 2007 amplió el volumen de activos de la prenda sin desplazamiento extendiéndola por ejemplo a los créditos (la jurisprudencia viene admitiendo la figura, con una remisión a las normas de cesión de créditos del Código civil, a falta de regulación expresa en el texto codificado). La prenda de valores y derechos incorpóreos se admite también y se realiza mediante su representación en anotaciones en cuenta. Las garantías financieras se abren paso como garantía moderna y de futuro.

⁷ Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones generales de la contratación. En su Disposición Adicional única se regula la «creación del Registro de Bienes Muebles» con sus correspondientes secciones, que coinciden con las de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (1.ª Sección de Buques y Aeronaves; 2.ª Sección de Automóviles y otros vehículos de motor; 3.ª Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo; 4.ª Sección de otras Garantías reales; 5.ª Sección de otros bienes muebles registrables; y, 6.ª Sección del Registro de Condiciones Generales de la Contratación).

El panorama de las garantías mobiliarias se caracteriza hoy, no sólo porque la cesión de posesión haya dejado de constituir el elemento esencial de las mismas, sino por una enorme elasticidad: Por ejemplo, en relación con el objeto de la garantía, la jurisprudencia admite la prenda de créditos a la que, al no estar expresamente regulada en el Código civil, son aplicables las reglas de la cesión de créditos⁸; Se pignoran las cuotas sociales⁹; La prenda de valores y derechos incorporales se hace posible mediante anotaciones en cuenta; La ley prevé una gran flexibilidad para las necesarias garantías o financiación en la producción de películas¹⁰; La Dirección General de los Registros y del Notariado admite un amplio margen de objetos de la garantía, tales como la rentabilidad obtenida por la emisión de un partido de fútbol, o la prenda sobre la licencia de un taxi (susceptible de enajenación)¹¹, etc.

[6] En el siglo XXI irrumpen, como consecuencia de la proliferación legislativa del siglo anterior, los citados instrumentos internacionales sobre garantías mobiliarias, que persiguen y alcanzan una sistematización del régimen jurídico de esta materia, que es propuesta a los Estados como modelo para una reforma del Derecho interno o para la promulgación de textos normativos en este ámbito. A nivel continental se advierte el mismo esfuerzo y logro, que comienza en ocasiones durante la última década del siglo XX¹², si bien con diverso resultado en las distintas áreas geográficas:

En los países de América Latina, ha sido notoria la respuesta a la llamada de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías mobiliarias (aprobada por la Organización de Estados Americanos –OEA– el 8 de febrero de 2002)¹³. Estos

⁸ Un estado actual de la cuestión puede verse en el estudio de Remedios ARANDA RODRÍGUEZ; «La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, 2013, pp. 23-67. Más extenso y algo anterior, el trabajo de José Ramón GARCÍA VICENTE; *La prenda de créditos*, Thomson-Civitas, 2006.

⁹ Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ; «Pignoración de cuotas sociales», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, 2013, pp. 115-191.

¹⁰ Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, y Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre, por el que se regula la hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas.

¹¹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 2016 (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2016).

¹² En relación con ese momento, véase el artículo de Esther MUÑIZ ESPADA/Margarita I. POVEDA BERNAL, «Sobre la unificación internacional en materia de garantías mobiliarias», *Actualidad civil*, 1998, n.º 1, pp. 111-127.

¹³ Una interesante visión panorámica hasta 2012 puede encontrarse en el estudio de B. KOZOL-CHYK; «Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 61-84). A juicio del autor, el modelo de la Ley de la OEA tiene raíces en el Derecho romano, Derecho continental y Derecho anglosajón (pp. 61, 73-75 y 78-80), sistemas que describe brevemente, haciendo referencia tanto a la flexibilidad anglosajona como a la flexibilización alemana.

países están aprobando leyes nacionales que unifican la materia en busca, a la vez, de una armonización jurídica de ámbito continental ¹⁴.

En Europa, la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera ¹⁵, ha marcado un punto de inflexión, a partir del cual –se ha dicho– «el derecho comunitario va a introducir importantes elementos nuevos (...) y va a suponer, una vez más, un elemento de ruptura en los niveles del derecho más vinculados a su referente nacional, como el de las garantías reales del crédito» ¹⁶. A mi juicio, el alcance de estos cambios no se circunscribe al ámbito de transposición de la Directiva, sino que es potencialmente mayor y está aún por desarrollarse, y no sólo por la existencia de la Directiva, sino por influjo directo del Derecho anglosajón, como ha sucedido en otros ámbitos del Derecho privado en el proceso de armonización jurídica propio de la globalización del mercado. No olvidemos que el Derecho norteamericano se caracteriza por su adaptación al moderno mercado, su carácter práctico, y su flexibilidad; Es, eso sí, menos paternalista ¹⁷.

En España, la Directiva se ha transpuesto por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo ¹⁸, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para

¹⁴ La promulgación de leyes especiales en materia de garantías mobiliarias es un fenómeno notable en América Latina, como consecuencia de la Ley Modelo Interamericana de Garantías mobiliarias, publicada por la Organización de Estados Americanos en 2002. Entre otras leyes nacionales, cabe citar las siguientes: En Perú, la Ley de la Garantía mobiliaria de 10 de febrero de 2006; En Colombia, la Ley 1676, del 20 de agosto de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias; En El Salvador, la Ley de Garantías mobiliarias de 14 de octubre de 2013; En Costa Rica, la Ley de Garantías mobiliarias n.º 9246 de 7 de mayo de 2014; O, en Nicaragua, la Ley de 5 de octubre de 2016. En Europa no ha sucedido, sin embargo, un fenómeno paralelo, si bien asistimos a reformas moderadas de algunos Códigos civiles en esta materia (por ejemplo, en Alemania, Francia, o Austria).

¹⁵ El ámbito de aplicación de la Directiva 47/2002 se amplió por la Directiva 44/2009 (CARRASCO PERERA, A.; «*Credit claims*, control y eficacia de las garantías financieras», en *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y prospectiva*, dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 241-258): El autor explica que se amplía su ámbito, al incluir «los créditos que ostente una entidad bancaria contra un sujeto no consumidor» (p. 241).

¹⁶ CANDIAN, Albina; «La Directiva núm. 2002/47 en materia de garantías financieras: ¿El futuro de las garantías reales mobiliarias en Europa?», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.ª Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 231-250, p. 231; también, en relación con el Derecho italiano, en pp. 235-236). La autora se refiere a *Uniform Commercial Code* como punto de arranque de «las exigencias de reforma más radicales» (p. 231).

¹⁷ En este sentido, Mauro BUSSANI («Los modelos de las garantías reales en *Civil* y en *Common Law*. Una aproximación de Derecho comparado», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.ª Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 237-250, p. 249). Los sistemas de Derecho continental, por el contrario, buscan «un equilibrio entre la eficiencia económica y la protección social»; En este sentido se pronuncia, en relación con el sistema francés, Michel GRIMALDI («La prenda en el Derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, eds. M.ª Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 17-25, p. 22).

¹⁸ Última versión, de 28 de junio de 2014.

la mejora de la contratación pública¹⁹. Esta Ley, no sólo incorpora el contenido de la Directiva, sino que pretende además «ordenar y sistematizar las dispersas garantías bancarias y financieras»²⁰.

Por otra parte, el europeo Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR, 2009) no ha provocado una reacción paralela a la americana, pese a hacer una notable propuesta de sistematización de la materia en su Libro IX. Tampoco la provocó la Guía Legislativa sobre las Operaciones garantizadas (UNCITRAL, 2010), ni la Ley Modelo sobre Operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD, 1994)²¹, y está por ver el eco que pueda tener la nueva Ley Modelo sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL, 2016). Destacados países, como Francia, Alemania o Austria, han introducido algunas adaptaciones en materia de garantías mobiliarias, sin que por ello se produzca sistematización o unificación alguna –en el sentido que estamos tratando– sino la incorporación al texto codificado de figuras o reglas admitidas jurisprudencialmente o de reformas que se ha estimado conveniente introducir en las figuras tradicionales²².

También en África y en Asia se reproduce este fenómeno: En 1997 se publica la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación

¹⁹ En cuanto al ámbito de la norma, los tipos de garantía que regula y sus sencillos requisitos de constitución, así como los derechos de disposición, sustitución y garantías complementarias, la simplificación del proceso de ejecución y el peculiar estatuto concursal de las garantías financieras, véase el trabajo de Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ («Las garantías financieras: Más baratas, más fáciles, más seguras», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, 2013, pp. 69-92).

²⁰ ZUNZUNEGUI, F.; «Una aproximación a las garantías financieras», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.ª Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 415-429, p. 416). El autor explica que las garantías financieras «son garantías mobiliarias de carácter real que surgen ante la insuficiencia de las garantías tradicionales tipificadas en el Código civil» y que existen distintas modalidades (por ejemplo, en cuanto a su constitución, puede hacerse «mediante prenda o mediante la transmisión de la propiedad en función de garantía»), si bien «lo que da unidad a la figura es la función a la que se destinan» (pp. 417-419).

²¹ El BERD publicó tres años después de la Ley Modelo, los principios generales relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas (1997).

²² RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio; «Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos», *Revist@ e-Mercatoria*, volumen 13, n.º 2, julio-diciembre 2014, pp. 3-27. El autor describe las reformas operadas en Alemania y Francia, así como el régimen jurídico propuesto por el denominado Marco Común de Referencia europeo (DCFR). La reforma francesa ha sido explicada también por Isabel ARANA DE LA FUENTE («La reforma francesa de las garantías mobiliarias», *InDret*, Barcelona, abril, 2012, pp. 1-58): La autora indica que, junto a las garantías mobiliarias (en cuyo régimen se introducen reformas tales como la supresión de la prohibición del pacto comisorio y, muy particularmente, la admisión de la prenda sin desplazamiento o «prenda registral»), se regulan en el Código civil la reserva de dominio y la fiducia en garantía, contempladas como otras modalidades de garantía «basadas en la propiedad» que tienen, sobre las genéricas garantías mobiliarias, la ventaja de que dotan al titular de exclusividad para el cobro, lo que supone una protección especial en los procedimientos de insolvencia del deudor (p. 14, y, más extensamente, pp. 35-46; en relación con la fiducia en garantía, no obstante, la autora exceptúa algunos supuestos, p. 46).

empresarial en África (OHADA), que aborda las garantías reales, y poco más tarde se publican en Asia los estudios sobre la reforma en materia de insolvencia y las operaciones garantizadas (Banco Asiático del Desarrollo, 2000) y la Guía sobre registros de bienes muebles (Banco Asiático del Desarrollo, 2002).

Más, no sólo se publican textos Guía o Leyes Modelo a nivel internacional y regional. Significativo es –en el panorama internacional– el denominado Convenio de Ciudad del Cabo (UNIDROIT, 2001) que –como antes se mencionó– es propuesto a los diversos Estados como Convenio marco de Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, desarrollado en diversos protocolos en función del tipo de bienes de que se trate. El Convenio cuenta con al menos setenta y dos Estados contratantes, adhiriéndose en parte la Unión Europea a uno de sus Protocolos²³: el Protocolo de aeronaves²⁴. Por tratarse de un Convenio de derecho sustantivo del que España forma parte desde 2013, este texto internacional puede constituir una referencia para una futura reforma del Derecho español en materia de garantías mobiliarias²⁵.

[7] A la vista de este panorama, es razonable preguntarse por qué los países europeos de *Civil Law* no hemos aprobado hasta el momento leyes generales que unifiquen y armonicen la materia de las garantías mobiliarias siguiendo las normas modelo, internacionales o regionales, como sí han hecho o están haciendo los países de otros continentes. A primera vista, pudiéramos encontrar un obstáculo en el concepto de garantía mobiliaria. Los textos referidos tienen un denominador común: Emplean un concepto unitario de garantía mobiliaria, que no se define por la cesión de la posesión ni por ninguna otra formalidad, sino por la función que desempeñan las figuras de arquitectura jurídica reunidas bajo tal designación: La función de otorgar o reconocer al acreedor una preferencia para el cobro sobre un bien de naturaleza no inmueble. Se habla así de garantías funcionales. Este concepto es ajeno a nuestra tradición jurídica.

El concepto de garantía funcional alude a una construcción del Derecho anglosajón. El reto que se plantea a países como el nuestro, de vieja tradición jurídica continental, es el de optar entre mantener nuestro modelo o atender al

²³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008PC0508> [Consulta: 18.05.2017].

²⁴ Como se indicaba en nota anterior, se trata de un Convenio marco, con tres Protocolos hasta el momento, en materia de aeronaves, bienes ferroviarios y equipos espaciales. Se está estudiando un cuarto protocolo para bienes agrícolas. Aunque la UE tiene competencia para adherirse en parte al Convenio, ello no obsta para que algunos Estados miembros puedan adherirse a su vez al Convenio o a los Protocolos.

²⁵ A juicio de Iván HEREDIA CERVANTES («Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo», *La Ley mercantil*, n.º 21, Sección Derecho Mercantil Internacional, enero 2016, ed. La Ley, 44, pp. 1-44), el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo de Aeronaves no sólo pueden sino «deberían ser un referente de primer orden en la necesaria reforma de nuestra legislación sobre garantías mobiliarias» (p. 31); Asistimos, en su opinión, a «una oportunidad inmejorable para iniciar un proceso de reforma de nuestro régimen interno sobre garantías mobiliarias» (p. 7).

movimiento internacional unificador, modernizador y armonizador²⁶: Unificador, en el sentido de que los textos internacionales y continentales citados toman como punto de partida el aludido concepto unívoco de garantía mobiliaria –la garantía funcional– y a partir de ahí desarrollan un régimen jurídico flexible general con reglas especiales cuando alguna modalidad de garantía lo requiere; Modernizador, por su finalidad de adaptación a las necesidades de la actual economía; Y armonizador, por cuanto se propone como referencia este modelo de sistematización, para la regulación de la materia por el Derecho interno de los Estados, lo que repercute –a la vez– en la mayor seguridad de la garantía en la medida en que sean muchos los Estados que se sumen al modelo ya que, de otro modo, se corre el riesgo de que la garantía desaparezca si se desplaza el bien a un Estado distinto de aquél en el que se constituyó²⁷.

III. CONVENIENCIA DE UNA REFORMA

[8] La primera cuestión que planteo se refiere a la necesidad o conveniencia de reformar el Derecho vigente en materia de garantías mobiliarias, siguiendo los patrones internacionales y regionales, esto es, armonizándolo, así como –en su caso– la ubicación de la reforma dentro o fuera del Código civil.

A mi juicio, es posible que asistamos a un proceso paralelo al que hemos observado en materia de Derecho de contratos²⁸ en que el influjo de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías (Naciones Unidas, 1980) ha llevado a una sistematización de la materia del incumplimiento contractual, basada en un concepto unívoco de incumplimiento y un sistema articulado de

²⁶ La *Introducción* a la Guía UNCITRAL (2010) Parte A, «Finalidad de la Guía», punto 3, explica que «se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes brindando soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos (de tradición romanística, de *common law*, de Derecho chino, islámico y de otras tradiciones), y por Estados con economías en desarrollo o desarrolladas». El gasto que pueda suponer para los Estados la implantación de este modelo –añade la Guía– se amortiza por las ventajas que supone (por ejemplo, la creación de un registro de garantías mobiliarias). La *Introducción* a la Ley Modelo interamericana sobre Garantías mobiliarias (OEA, 2002) presenta como algunos de sus fines la modernización de los sistemas jurídicos americanos en materia de garantías mobiliarias, eliminar «la confusión causada por la falta de uniformidad», buscando «en particular, la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías mobiliarias, comerciales y financieras internacionales».

²⁷ En este sentido, puede verse la *Introducción* a la Guía UNCITRAL (2010), Parte A, «Finalidad de la Guía», punto 9, que ve en la armonización un incentivo al crédito transfronterizo.

²⁸ Como ha expresado José María MIQUEL GONZÁLEZ («Introducción», *Cuestiones Actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, 2013, pp. 13-22, p. 14 y p. 22), «sería deseable» que en el ámbito de las garantías mobiliarias sucediera como en el ámbito del Derecho contractual, en que el «intercambio de ideas» da pie a que se acometa una «reforma de conjunto».

remedios; modelo que ha llevado a una progresiva armonización jurídica internacional²⁹. Paralelamente a este proceso, que tiene lugar a impulsos del Derecho internacional y de los textos de *soft law*, es posible presenciar en los años venideros una progresiva armonización en materia de garantías mobiliarias, sistematizando su disperso régimen jurídico en muchos países de *Civil Law*, en torno a un concepto unívoco de garantía mobiliaria (la garantía funcional) y una flexibilización de las normas, dando mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad y siendo preciso para ello un adecuado sistema de publicidad registral³⁰.

[9] El impacto económico de la seguridad jurídica en el tráfico internacional es la principal razón que justifica el movimiento reformador de las garantías mobiliarias³¹. Pero no el único. También lo es la observación de las ventajas que ofrece un sistema más flexible de garantías mobiliarias en un contexto de mercado interno contemporáneo.

Tanto los preámbulos de los textos internacionales de referencia, antes citados, como de las leyes nacionales sobre garantías mobiliarias publicadas en países latinoamericanos a impulso de la Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos, coinciden en apuntar que la seguridad jurídica constituye

²⁹ No es esta la ocasión para explicar el procedimiento: Por todos, puede verse la clara explicación de Antonio Manuel MORALES MORENO; «Evolución del concepto de obligación en Derecho español» (2005), en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, 2006, pp. 17-54.

³⁰ Con un ilustrativo caso, proclama la necesidad de una normativa uniforme en materia de garantías mobiliarias, B. KOZOLCHYK; «Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012), pp. 61-84, pp. 68-73.

³¹ M.^a Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS («Serie de Artículos sobre la Modernización del Derecho de Garantías Mobiliarias», *La Ley mercantil*, n.º 29, octubre 2016, editorial Wolters Kluwer, pp. 1-3), explica que «el contexto nacional e internacional actual resulta particularmente idóneo (...) para abordar una reflexión profunda sobre nuestro sistema de garantías mobiliarias»; A juicio de la autora, aconseja esta modernización del sistema la alta dependencia que la economía tiene respecto al mercado crediticio, ya que «(u)n sistema de garantías sólido, eficaz y previsible favorecería la oferta de crédito en condiciones razonables, reduciría los costes de transacción que acusa el mercado, y facilitaría, por tanto, el acceso a la financiación». En sentido semejante se pronuncia Esther MUÑIZ ESPADA («El Convenio de *Cape Town* y sus protocolos sobre garantías mobiliarias», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 209-229, pp. 209-210 y 215. Son muchos los autores que, al abordar un modelo concreto de garantía, aluden a la necesidad de reformar el régimen jurídico de las garantías mobiliarias, uniformándolo; Entre otros, Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ («Pignoración de cuotas sociales», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, 2013, pp. 115-191, pp. 118-119) explica que la «evolución de la prenda ha contado, sin embargo, con poco apoyo normativo» y lamenta la fragmentación normativa en la materia que, en lugar de aportar seguridad —que es lo que necesitan los inversores— hace que se cuestione el valor de la garantía «cuya eficiencia exige un alto grado de certeza». No sólo en España: Mauro BUSSANI («Los modelos de las garantías reales en *Civil* y en *Common Law*. Una aproximación de Derecho comparado», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 237-250, pp. 238 y 250), observa el impacto transnacional que pudiera tener «la integración de los distintos derechos de garantías reales, y especialmente los de *common* y *civil law*», no sólo en la vida privada de los ciudadanos —al disminuir el coste del crédito— sino también en el comercio internacional, al aumentar la oferta y reducir desigualdades; Las diferencias entre sistemas, por el contrario, «incrementan los costes de información y asistencia jurídica (...) y limitan así lapreciada (para todos) competencia entre los operadores en el mercado de crédito».

el objetivo de este movimiento unificador, modernizador y armonizador. Si pudiéramos afirmar que, en nuestro país, la dispersión normativa existente en materia de garantías mobiliarias constituye un obstáculo a la seguridad jurídica, sería razonable buscar las ventajas de un régimen sistematizado de las mismas, conteniéndolas en un solo texto legal, si fuera posible. Esta razón movió a la reforma francesa del Código civil en materia de garantías mobiliarias³².

Si atendemos a la Exposición de Motivos de la peruana Ley de la Garantía Mobiliaria de 1 de marzo de 2006, vemos que se propone «crear un sistema eficiente y ordenado que impacte positivamente en el mercado financiero nacional»³³.

La seguridad jurídica no sólo constituye un atractivo para los inversores, nacionales y extranjeros, sino que probablemente abarate el coste del crédito³⁴ y –en todo caso– constituye un elemento imprescindible del desarrollo y dinamismo de la economía. Muestra de ello fue –en el siglo XIX– la publicación de la Ley hipotecaria con la creación de un sistema registral que dotara de seguridad al crédito territorial: El despegue de la economía española a partir de este hecho es indiscutido. En el presente siglo, las garantías mobiliarias ganan terreno y parecen erigirse en el prototipo, compitiendo con las inmobiliarias por su mayor flexibilidad. Los textos internacionales de referencia pretenden velar por las pequeñas y medianas empresas, y lo hacen mostrando como hallazgo para los sistemas continentales el concepto unívoco de garantía mobiliaria y la articulación en torno a él de todo el sistema, con sus diversas modalidades:

UNCITRAL resuelve elaborar un texto de referencia sobre garantías mobiliarias al advertir «el impacto económico favorable que tendría un régimen de los créditos garantizados»³⁵. La finalidad de la Guía Legislativa (UNCITRAL, 2010) es la de «promover la oferta de crédito garantizado», ofreciendo un «régimen moderno de las operaciones garantizadas», que sea «sólido» y pueda «aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten»: Al atraer fondos de prestamistas nacionales y extranjeros se fomenta «la creación y la expansión

³² GRIMALDI, Michel; «La prenda en el derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, pp. 17-25, pp. 17-18.

³³ Marco A. CELI ARÉVALO (*Garantía Mobiliaria: Análisis y perspectivas*, Trujillo, septiembre 2010; http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA_MOBILIARIA_ANALISIS_Y_PERSPECTIVAS.pdf) explica la necesidad de «reformular aquellos factores legales que incrementan los costos para acceder al crédito», ya que el sistema de garantías mobiliarias que había funcionado hasta entonces mostró ser poco efectivo. [Última consulta: 18.05.2017].

³⁴ Conforme a la *Introducción* a la Guía UNCITRAL (2010), Parte A, «Finalidad de la Guía», punto 6, «el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos», con claras consecuencias en la práctica privación del crédito a pequeñas y medianas empresas.

³⁵ *Prefacio* a la Guía UNCITRAL (2010).

de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas)» y, en general, se incrementa el comercio, se abarata el producto (bienes y servicios) y se facilita el crédito al consumidor³⁶.

La Ley Modelo interamericana sobre Garantías mobiliarias (OEA, 2002), «está diseñada para dotar de la seguridad jurídica necesaria» al crédito y reducir su costo simplificando al máximo el procedimiento de constitución de la garantía³⁷. Se pretende facilitar el comercio y las inversiones internacionales en América, favoreciendo así a las pequeñas y medianas empresas³⁸.

El europeo Marco Común de Referencia (DCFR, 2009) insiste en la seguridad al explicar las directrices del Libro IX, dedicado a las «Garantías reales sobre activos muebles»: «Huelga decir que la seguridad es uno de los objetivos fundamentales del texto sobre garantías reales», cuya «intención es maximizar la seguridad al promover un sistema de registro que mejore la eficacia de las garantías reales frente a terceros»³⁹.

La seguridad jurídica, como herramienta imprescindible de la dinamización económica, constituye la razón más sólida para optar por una reforma en materia de garantías mobiliarias, en busca de un régimen unificado, moderno y armonizador⁴⁰. Dos factores pueden contribuir a incrementar la seguridad en

³⁶ *Introducción* a la Guía UNCITRAL (2010), Parte A, «Finalidad de la Guía», puntos 1 y 2. No se pretende, sin embargo, que la guía «prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que formule las políticas en la materia, habida cuenta de que esas cuestiones no se prestan a la unificación» (ídem., punto 10).

³⁷ *Introducción* a la Ley Modelo OEA (2002) y sus artículos 5 a 9. También, en el *Considerando* primero de su *Preámbulo*.

³⁸ *Considerando* primero del *Preámbulo* de la Ley Modelo OEA (2002). Con este fin, recomienda a los Estados miembros adoptar leyes que sigan el modelo propuesto y sean compatibles con los instrumentos de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Comercio electrónico y firmas electrónicas, adoptados en 1996 y 2001. Veamos a modo de ejemplo un caso en que se lleva a la práctica el propósito de la Ley Modelo citada y el lenguaje político con que se transmite a la población: La Diputada Lizbet Castellón, al explicar la ley nicaragüense sobre garantías mobiliarias, de 5 de octubre de 2016, alude al favorecimiento de las pequeñas y medianas empresas, mediante una ley que les da acceso al crédito al permitirles otorgar en garantía los bienes utilizados en el trabajo diario, habla de «democratizar el crédito» y de alcanzar un mayor grado de seguridad jurídica gracias a la inscripción registral, así como de generar confianza en las entidades de crédito y promover «la cultura del pago».

³⁹ *Principios* expuestos al inicio del DCFR, II. *Seguridad*: En la versión española: *Principios, Definiciones y Reglas Modelo de Derecho Privado Europeo. Borrador del Marco Común de Referencia*, Colección de Derecho Privado, editorial B. O. E., 2015, versión española coordinada por Carmen Jerez Delgado (en conexión con la Universidad de Osnabrück), de la obra: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Prepared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and the RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian VON BAR and Eric CLIVE, Sellier, European Law Publishers, 2009.

⁴⁰ Junto a la seguridad jurídica o previsibilidad, se han destacado como características deseables para una reforma en la materia la agilidad y eficiencia (FELIU REY, J.; «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, n.º 29, Sección Derecho Mercantil Internacional, octubre 2016, ed. Wolters Kluwer, pp. 4 y 11). A juicio del autor, la práctica del «*forum shopping*» lleva al inversor extranjero a elegir aquellos mercados que le ofrezcan estas características, siendo la normativa inglesa una de las que resultan atractivas a estos efectos (p.12).

este ámbito, atrayendo a los inversores extranjeros: De un lado, la unificación del régimen jurídico de las garantías mobiliarias; y, de otro, la armonización del derecho interno con las propuestas internacionales y regionales.

[10] Vista la conveniencia de modernizar el sistema, por la seguridad que aporta la armonización jurídica en un mercado globalizado, podemos cuestionarnos el *ubi* del texto reformador. En particular, conviene preguntarse si resulta ventajoso introducir la reforma a través de una ley especial, o bien apostar por una reforma en profundidad de las garantías mobiliarias en el seno del Código civil.

El denominado Marco Común de Referencia europeo (DCFR, 2009), que se propone como Código civil para Europa o bien, más modestamente, como referencia de un movimiento armonizador de los textos codificados, dedica uno de sus Libros –como ya ha sido mencionado, el Libro IX, a la regulación de la materia. Invita así a una reforma de las garantías mobiliarias dentro del propio Código civil y la muestra posible. La propuesta del DCFR recibe la influencia anglosajona y adopta el modelo funcional de garantía⁴¹.

La *Propuesta de Código civil* de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2016) es –por el contrario– de perfil conservador: Si bien introduce algunas modificaciones con ánimo de modernizar el Código en materia de prenda⁴² y garantías, en general mantiene el esquema básico de la prenda e hipoteca, precedido de unas disposiciones generales a las garantías (al final de las cuales incluye el pacto anticrético y el derecho de retención, dejando de constituir la anticresis un apartado paralelo a la prenda e hipoteca, y reformando en este punto el texto vigente). En cuanto a garantías mobiliarias distintas de la prenda, la *Propuesta* citada se remite a las leyes especiales.

Es la misma opción que había adoptado el *Código civil catalán*, si bien en éste se dividen en cuatro apartados las modalidades clásicas de garantía: la prenda, la hipoteca, la anticresis y el derecho de retención.

En Francia, han tenido lugar dos reformas del Código civil en materia de garantías mobiliarias⁴³: La primera, introduce la prenda sin desplazamiento y la reserva de dominio (2006); La segunda, admite la fiducia con función de garantía (reforma de 2007, modificada en 2008 y 2009). Fuera del Código civil se habían promulgado en el siglo xx varias leyes especiales sobre diversas modalidades de

⁴¹ Para mayor detalle, puede verse el trabajo de U. DROBNIG; «The rules on proprietary security in Book IX DCFR», en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 15-37.

⁴² Por ejemplo, admite expresamente la prenda de créditos futuros.

⁴³ Yves PICOD; «La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, 2013, pp. 193-243. Es interesante leer la explicación inicial, en la que se plasma la disquisición entre seguir el modelo unitario del *Uniform Commercial Code* u optar por otra vía de mantenimiento de un sistema fragmentario, actualizándolo (que es la que en definitiva se eligió). Parecen pesar aquí intereses de mantenimiento o protección de la hegemonía jurídica del *Code* frente al mundo anglosajón, y se desprende a la vez una insatisfacción en cuanto a los resultados alcanzados (pp. 195-196).

garantía mobiliaria (pensadas para bienes singulares), muchas de las cuales se mantienen. La Ordenanza de 23 de mayo de 2006, en virtud de la cual se introducen más de doscientos nuevos artículos en el Código civil ha pretendido modernizar, simplificar y unificar el sistema de garantías francés, integrando figuras dispersas en normas especiales o admitidas por la jurisprudencia (aunque remitiéndose —con todo— a normas especiales), entre otros destacados cambios⁴⁴. Según explica Rodríguez Olmos, la reforma francesa de 2006 busca acabar con la rigidez del sistema, basado en la prenda tradicional, y fortalecer la situación del acreedor, con «una disciplina en materia de garantías mucho más competitiva»⁴⁵. De Alemania, sin embargo, afirma el autor que no se ha optado por reformar el BGB ni por el recurso a leyes especiales, sino por el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la propiedad utilizada con fines de garantía: En particular, las figuras de la reserva de dominio y la fiducia con función de garantía⁴⁶.

A mi juicio, si bien son válidas tanto la vía conservadora del Código civil —con remisión a la legislación especial— como la vía reformadora del mismo, es preferible esta última solución, con vistas a la modernización del texto que sirve de referencia —Derecho común— a todo el sistema y para evitar reiterar distorsiones o duplicidades. Sólo así logramos realmente sistematizar la materia de las garantías mobiliarias. En otro caso, si se reforma la prenda en el Código civil y se hace una remisión a la legislación especial en lo relativo a otras figuras de garantías mobiliarias, no alcanzamos el fin unificador, ni armonizador, ni —en consecuencia— el modernizador. El modelo a seguir sería, en este sentido (esto es, en cuanto a su ubicación), el propuesto por el Marco Común de Referencia europeo (DCFR): Un texto codificado de Derecho civil que dedica uno de sus Libros a sistematizar el régimen jurídico de las garantías mobiliarias.

[11] En cuanto al contenido, los textos internacionales y continentales pueden servir como referencia, así como el americano texto del *Uniform Com-*

⁴⁴ Entre los cambios más destacados, Isabel ARANA DE LA FUENTE («La reforma francesa de las garantías mobiliarias», *InDret*, Barcelona, abril 2012, pp. 2-58) se refiere a los siguientes (pp. 3 y 8): Se reúnen sistemáticamente las garantías personales (poco reformadas) y las reales (muy modificadas); La prenda deja de regularse como contrato real; El objeto de la prenda se flexibiliza, admitiéndose expresamente la prenda de créditos y pudiendo ser objeto de la prenda bienes presentes o futuros, fungibles o no, corporales o incorporeales; Se regula la prenda sin desplazamiento o «prenda registral» junto a la tradicional prenda con desplazamiento posesorio, pero como una modalidad distinta; En cuanto a la ejecución de la garantía, se suprime la prohibición del pacto comisorio y se permite además la atribución judicial de los bienes al acreedor; Por último, se regulan formas de garantía antes admitidas jurisprudencialmente o en particulares normas jurídicas (reserva de dominio, fiducia en garantía y derecho de retención).

⁴⁵ RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio; «Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos», *Revist@ e-Mercatoria*, volumen 13, n.º 2, julio-diciembre 2014, pp. 3-27, p. 16.

⁴⁶ RODRÍGUEZ OLMOS, Javier Mauricio; «Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos», *Revist@ e-Mercatoria*, volumen 13, n.º 2, julio-diciembre 2014, pp. 3-27, p. 6.

mercantile Code (artículo 9)⁴⁷ que les sirve de inspiración (con alguna prevención en materia registral, como se apuntará más adelante).

El Marco Común de Referencia europeo sigue el esquema de los textos internacionales antes citados, tomando como elemento base un concepto unívoco de garantía mobiliaria sobre el cual puede edificarse después el conjunto del sistema. El modelo del Marco Común de Referencia tiene como ventaja, además, que emplea como método el estudio comparado del Derecho europeo de garantías y del sistema anglosajón plasmado en los textos internacionales, y llega a una síntesis jurídica lograda, uniforme, moderna y armonizadora.

Por otra parte, se ha destacado que, toda vez que España se ha adherido al Convenio de Ciudad del Cabo de garantías internacionales sobre bienes de equipo (UNIDROIT, 2001), parece adecuado plantearse una «revisión en profundidad» del régimen jurídico de las garantías mobiliarias⁴⁸.

IV. EL CONCEPTO UNÍVOCO DE GARANTÍA MOBILIARIA COMO PIEDRA ANGULAR

[12] La piedra angular sobre la que descansa el diseño de sistematización del régimen jurídico de las garantías mobiliarias propuesto por los textos internacionales, y continentales o regionales es –como se ha apuntado– el de la garantía funcional. Este concepto, propio del derecho anglosajón, es ajeno a nuestra tradición jurídica, habituada a un concepto formal de garantía mobiliaria⁴⁹. Por esta razón, conviene que nos detengamos brevemente en este punto, que ineludiblemente nos lleva a analizar la naturaleza de la garantía y, en particular, de la garantía mobiliaria. Digo en particular porque, al hablar de garantías mobiliarias se produce –hoy día– un salto conceptual que no sería propio

⁴⁷ Ya en 1989 sugería Luis ROJO AJURIA esta búsqueda de inspiración en el artículo 9 UCC, con vistas a una reforma de nuestro sistema de garantías mobiliarias que superase el formalismo vigente y descansase sobre la libertad contractual («Las garantías mobiliarias. Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América», *Anuario de Derecho Civil*, 1989-III, pp. 717-811). Es recomendable el estudio de J. TARABAL BOSCH; «El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea», en *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y prospectiva*, dir E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 85-106.

⁴⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J./HEREDIA CERVANTES, I.; «Lo que depara el año 2015 para el Derecho del comercio internacional: realidades y deseos», *La Ley mercantil*, n.º 9, Sección Derecho Mercantil Internacional, diciembre 2016, ed. La Ley, pp. 4-5. Los autores opinan que el «legislador español no puede permanecer ajeno a las demandas impuestas por la práctica comercial y debería dar cuanto antes un paso adelante en esta materia, en línea con lo que acontece en casi todos los Estados de dentro y fuera de nuestro entorno». La necesidad de una ley de garantías mobiliarias es, a su juicio, «cada día más acuciante» (p. 5).

⁴⁹ No obstante, la doctrina española se hace eco de esta tendencia: Por ejemplo, Anna CASANOVAS I MUSSENS, en la presentación de la obra *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.ª Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 11-15, p. 13).

de las garantías inmobiliarias y que está relacionado con la flexibilidad a la que podemos llegar en la definición de un bien mueble. Trataré de explicarlo a continuación.

[13] Las garantías han sido clasificadas en ocasiones como contratos, o bien como derechos reales limitados, o como derechos accesorios de una obligación subyacente⁵⁰. Como veremos a continuación, sólo la definición basada en el tercer elemento (derecho accesorio de una obligación subyacente) absorbe parte de la esencia de *toda* garantía.

La cuestión de la naturaleza, contractual o real, de las garantías, encuentra su reflejo en los Códigos civiles: Como es sabido, en el vigente Código civil español la prenda se ubica en sede de contratos, junto a la hipoteca y la anticresis (en el Título XV, Libro IV). Sin embargo, en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2016), la prenda se traslada al Libro III (Título XII), en el que se regulan los derechos reales («De los bienes, de la propiedad, y de los demás derechos reales»). Se sigue así una solución idéntica a la adoptada por el Código civil catalán, que ubica a la prenda entre los Derechos reales limitados⁵¹. También el BGB alemán define a las garantías como derechos reales limitados y el propio texto del Marco Común de Referencia hace alusión a ellas como «Garantías reales sobre activos muebles» (Libro IX). Incluso la Guía y la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias de las Naciones Unidas (UNCITRAL, 2010 y 2016, respectivamente) describen las «operaciones garantizadas» (*secured transactions*⁵²) como «operaciones por las que se constituya una garantía real sobre bienes muebles» (Guía UNCITRAL, 2010), o se refieren en general a las «garantías mobiliarias» como «garantías reales sobre bienes muebles» (Ley Modelo UNCITRAL, 2016, Artículo 1.1). En Perú, estuvieron tratadas como contrato en el Código civil de 1852, y pasaron a ser clasificadas como derecho real a partir del Código civil de 1936.

⁵⁰ Así explica el denominador común de las garantías mobiliarias recogidas en el *Tratado*, Ángel CARRASCO, en el «Prólogo a la primera edición» del *Tratado de los derechos de garantía* (CARRASCO, A./ CORDERO, E./MARÍN M. J.; 3.ª ed., 2015, Thomson-Reuters, p. 46): «Todo lo más que se puede decir del común de los contratos que en esta obra se estudian es que dan lugar a un derecho que, en una determinada medida, es accesorio de una obligación subyacente, a cuyo refuerzo contribuyen, y que el acreedor no tiene una pretensión independiente a la satisfacción de la garantía cuando ya no tiene un interés en el cumplimiento de la obligación garantizada». Los contratos tratados en la obra citada son los siguientes: La constitución de hipoteca mobiliaria, la hipoteca naval, la prenda posesoria, la prenda de créditos, la prenda de valores y de los derechos incorporales, la prenda sin desplazamiento, la reserva de dominio, el arrendamiento financiero y las garantías financieras.

⁵¹ Esta cualidad del Código civil catalán es celebrada por S. LLEBARÍA SAMPER («La prenda posesoria: Concepto y proceso constitutivo», en *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, tomo I, vol. 1., dir. L. PRATS ALBENTOSA, 2016, pp. 611-641, p. 620), que explica el significado de este cambio: Se contempla la constitución del «derecho real de prenda, sea por contrato u otro título».

⁵² La expresión anglosajona *secured transactions* se tradujo al español como «operaciones garantizadas» en el texto de la Guía UNCITRAL 2010; Sin embargo, en el texto de la Ley Modelo UNCITRAL 2016, ha sido traducido como «garantías mobiliarias».

Ni la definición de la garantía mobiliaria como contrato, ni la definición de la garantía mobiliaria como derecho real son completamente satisfactorias, por cuanto no resultan aptas para abarcar toda modalidad de garantía mobiliaria:

En primer lugar, las garantías, aunque ordinariamente nacen de contrato, no necesariamente han de surgir de esa fuente. Por ejemplo, el derecho de retención es una garantía mobiliaria que nace, en ocasiones, no de la voluntad o pacto de los particulares, sino de la misma ley, que la otorga a favor del acreedor (por ejemplo, el depositario de un bien podrá retenerlo en tanto el depositante no le reembolse los gastos que le haya supuesto su custodia y/o mantenimiento; Artículo 1780 del Código civil)⁵³. El Marco Común de Referencia, teniendo este aspecto en cuenta, extiende expresamente a las garantías no contractuales el régimen jurídico general⁵⁴.

En segundo lugar, las garantías, aunque ordinariamente supongan la existencia de un derecho real limitado sobre un bien, no siempre pueden definirse como tales pues –para que exista el derecho real, debe existir el bien. La garantía, sin embargo, puede tener por objeto un bien presente o futuro, e incluso puede ser una garantía tan flexible que vaya extendiéndose de un objeto a otro según éste se vaya transformando de materia prima en producto elaborado y/o de producto elaborado en dinero recibido en concepto de precio, por ejemplo. El sólo hecho de que el objeto de la garantía pueda ser un bien futuro o un bien cambiante hace que no encaje perfectamente la definición de derecho real⁵⁵.

[14] El moderno Derecho internacional se desliga –en ocasiones– de las categorías tradicionales entre nosotros, de «garantía-contrato» y «garantía-derecho real», y define la garantía atendiendo a la función que cumple la figura: La garantía es un derecho de preferencia para el cobro, a favor de un acreedor, sobre un bien, determinado o determinable⁵⁶. En la medida en que se trata

⁵³ Esther GÓMEZ-CALLE («El Derecho de retención sobre bienes muebles. Una garantía en ascenso, *InDret*, Barcelona, 4/2011) explica cómo el derecho de retención se encuentra reconocido de forma dispersa en diversos textos normativos, y muestra una posible sistematización de su régimen jurídico, advirtiendo la tendencia a reforzarlo propia de algunos sistemas de nuestro tiempo (por ejemplo, Holanda). Sobre el derecho de retención y figuras análogas, véase el estudio de Íñigo MATEO VILLA; *El derecho de retención*, Aranzadi, 2014.

⁵⁴ Artículos IX.-1:101(2)(c) y IX.-1:102(2)(c) DCFR.

⁵⁵ Por esta razón, propiamente no existe un derecho real de garantía –sino una expectativa de derecho de garantía– hasta que exista el bien. Como veremos a continuación, los textos modernos a los que venimos haciendo referencia adoptan esta solución.

⁵⁶ Por ejemplo, en relación con la prenda de créditos, la doctrina explica que no tiene sentido detenerse en disquisiciones acerca de la naturaleza jurídica de la figura, pretendiendo su encaje en alguna de las categorías existentes, e insiste en que lo importante es «tener una regulación detallada y completa de la figura que evite dudas y discusiones doctrinales» (Remedios ARANDA RODRÍGUEZ; «La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, 2013, pp. 23-67, pp. 25 y 62; La autora es partidaria de una reforma que vaya más allá de la prenda de créditos y se refiera incluso a «todas las garantías»).

de una garantía mobiliaria se definirá como un derecho de preferencia para el cobro sobre un bien no inmueble. La variedad de contratos que cumplen esta función de garantía se multiplica en el actual mercado financiero, dejando muy atrás al tradicional contrato de prenda; Se trata de sofisticados productos mercantiles o bancarios cuyo conocimiento detallado requiere una especialización⁵⁷.

El concepto anglosajón de garantía funcional que encontramos en el artículo 9 del americano *Uniform Commercial Code* sí abarca todos los modelos de garantías mobiliarias (*secured transactions*)⁵⁸, por más flexibles que éstas sean en cuanto al objeto o al tipo de obligación, o a la configuración de las mismas, prestando atención exclusivamente a la función de garantía e incluyendo así a la reserva de dominio⁵⁹. Esa elasticidad es la clave de su éxito a nivel conceptual, pues permite explicar las garantías mobiliarias a través de una definición unívoca que las integre a todas. Encontramos este concepto de garantía funcional en el Convenio de Ciudad del Cabo (UNIDROIT, 2001) y en la Ley Modelo interamericana de Garantías mobiliarias (OEA, 2002). Se omite así el concepto formal de garantía propio de los sistemas de *Civil Law*, en que el paradigma de la forma ha sido la cesión de la posesión propia de la prenda. El modelo es expresamente rechazado, sin embargo, al reformar las garantías mobiliarias en Francia⁶⁰.

⁵⁷ Entre otros, puede verse, a modo de ejemplo, el estudio de Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ («Caracterización del REPO como contrato de financiación y distinción de figuras afines», I y II, en *La Ley mercantil*, n.º 24 y 25, Sección Banca y Seguros, 2016, ed. La Ley), en que se analizan las similitudes y diferencias entre las variedades de modernos contratos de este tipo.

⁵⁸ FELIU REY, J.; «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, n.º 29, Sección Derecho Mercantil Internacional, octubre 2016, ed. Wolters Kluwer, pp. 8-11. A juicio del autor, si bien la principal nota del texto es la «exhaustividad», en el sentido de que abarca todo tipo de operaciones de garantía (p. 8), «termina resultando, sin embargo, muy casuístico, ya que las reglas únicas y generales se ven pronto salpicadas de excepciones y diluidas en reglas específicas» (p. 11).

⁵⁹ Como sucede con la prenda de créditos, también en relación con esta modalidad especial de garantía se cuestiona la doctrina su naturaleza jurídica, siendo generalmente admitido por la jurisprudencia que se trata de una «condición suspensiva de la transmisión de la propiedad» (MONTÁNCHEZ RAMOS, M.; «La reserva de dominio», en *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, dir. L. PRATS ALBENTOSA, tomo I, pp. 533-606, p. 601). Como garantía no posesoria, cuando está inscrita en el Registro, la trata A. CARRASCO PERERA (*Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 143); También en el *Tratado de los derechos de garantía*, antes citado.

⁶⁰ GRIMALDI, Michel; «La prenda en el derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, pp. 17-25, p. 21. El autor presidió el grupo de trabajo que culminó con éxito su labor de reforma del Código civil francés en materia de garantías mobiliarias. Explica así el por qué de esta opción: «Se ha considerado que resultaría artificial y poco oportuno integrar todas esas garantías en una única figura». A su juicio, existen «notables diferencias» entre las garantías que tienen por objeto bienes corporales y aquéllas cuyo objeto es incorporeal, «tanto en relación al riesgo de destrucción del bien, como en la ejecución de la garantía». Sin embargo, estas dos razones no constituyen, en mi opinión, obstáculo alguno a la adopción de un sistema unificado. El autor

Siguiendo en parte el modelo anterior (artículo 9 UCC), el Convenio de Ciudad del Cabo, relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (UNIDROIT, 2001) toma como punto de partida el concepto de «garantía internacional»⁶¹, que abarca tanto las garantías tradicionales como otros negocios jurídicos que desempeñan la misma función económica, y derechos de garantía no contractuales reconocidos por la ley. El Secretario-General de UNIDROIT explica así la aportación del Convenio⁶²:

«Uno de los rasgos más novedosos del Convenio de Ciudad del Cabo es la noción de «garantía internacional» sobre el equipo móvil, un concepto autónomo –esto es, independiente de la calificación de los derechos reales en los distintos sistemas jurídicos– de suma trascendencia para el ámbito de aplicación material del Convenio, el cual de ello cubre así tanto aquellos derechos que tradicionalmente se han definido como derechos reales de garantía *stricto sensu* cuanto otros negocios jurídicos que desempeñan la misma función económica»; El autor se refiere, en particular, al *leasing*⁶³.

[15] Como quedó indicado, un sector de la doctrina entiende que la adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo de Aviones constituye un referente para la reforma en materia de garantías mobiliarias, hallando en él, en concreto, un modelo por lo que se refiere al concepto funcional de garantía⁶⁴.

añade una razón más: «algunos acreedores y algunos deudores pueden legítimamente preferir una garantía con desplazamiento posesorio: los primeros, porque les confiere un derecho de retención de reconocida eficacia; los segundos, porque la ausencia de publicidad les permite mantener una mayor reserva de su endeudamiento».

⁶¹ Esta garantía internacional se distingue de la garantía nacional tan sólo en que esta última es creada por una transacción interna.

⁶² ESTRELLA FARIA, J. A.; «El aporte de UNIDROIT al desarrollo de un marco jurídico favorable a las operaciones garantizadas: El Convenio de Ciudad del Cabo sobre Equipos Móviles», *Seminario de Capacitación sobre la Reforma de Garantías Mobiliarias*, San Salvador, El Salvador, 21-23 mayo 2014.

⁶³ Desde el punto de vista del Derecho internacional, tanto la falta de ubicación del derecho de garantía entre los contratos o entre los derechos reales limitados, como –muy especialmente– la posibilidad de desplazamiento del objeto de la garantía mobiliaria, hace que quiebren los esquemas clásicos de remisión a la ley aplicable (que distinguen entre contratos y derechos reales), o quede obsoleta la tradicional *lex rei sitae* (propia de los derechos reales), y que se haga muy conveniente la ratificación de un Convenio internacional por la amplia mayoría de los países en esta materia.

⁶⁴ En este sentido, se afirma que «la apuesta por un modelo funcional de garantía, al margen de constituir una tendencia imparable en el Derecho comparado, (...) no parece que levante grandes voces en contra»; El concepto de garantía internacional (*international interest*) –explica– incluye tanto el contrato de garantía, como la reserva de dominio o el *leasing* o arrendamiento financiero, si bien Convenio y Protocolos «renuncian, no obstante a establecer definiciones autónomas de estos términos y a la hora de determinar si un (...) supuesto se incluye en una de las tres categorías mencionadas realizan una remisión a la *lex causae*» (Iván HEREDIA CERVANTES; «Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo», *La Ley mercantil*, n.º 21, Sección Derecho Mercantil Internacional, enero 2016, ed. La Ley, 44, pp. 1-44, pp. 6 y 5, por orden de cita). En sentido semejante, se ha apuntado que el modelo de garantía funcional del *Common Law* no parece presentar incompatibilidades graves o

[16] Veamos cómo este modelo es el que ha ganado la posición de referencia en el ámbito internacional y el efecto armonizador que comienza a provocar.

[16.1.] La «Introducción» a la Ley Modelo interamericana de Garantías mobiliarias (OEA, 2002) explica así el concepto de garantía mobiliaria propuesto como referencia en torno al cual se desarrolle el sistema:

«La Ley Modelo propone un concepto unitario, amplio y genérico de la garantía mobiliaria que incorpora transacciones garantizadas con bienes muebles en un solo mecanismo de garantía en virtud del cual se pueden gravar bienes muebles presentes o futuros, corporales o inmateriales».

Fruto de la anterior son, entre otras, las leyes peruana y colombiana de garantías mobiliarias:

La peruana Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley n.º 28677, de 1 de marzo de 2006, aborda –en su Exposición de Motivos– la necesidad de reformar el sistema: Se achaca su deficiente funcionamiento a la dispersión normativa y se propone reunir en una sola ley y bajo un concepto único de garantía mobiliaria a las diversas figuras existentes, dotándoles de unas normas comunes de constitución, publicidad, prelación y ejecución⁶⁵.

En el mismo sentido se desarrolla la Ley colombiana 1676 del 20 de agosto de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. En el párrafo segundo de su artículo 3.º (titulado «Concepto de garantía mobiliaria y ámbito de aplicación»), se declara lo siguiente: «Independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, entre otros la venta con reserva de dominio, la prenda de establecimiento de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía, la consignación con fines de garantía y cualquier otra forma contemplada en la legislación con anterioridad a la presente ley».

[16.2.] El concepto funcional de la garantía mobiliaria no es exclusivo del Convenio de Ciudad del Cabo (2001) y de la Ley Modelo OEA (2002), entre los textos internacionales y continentales o regionales de referencia, sino que es predicable también –en cierto modo– de otros textos anteriormente cita-

«irreconciliables» con los sistemas del *Civil Law* (MUÑIZ ESPADA, E.; «El Convenio de *Cape Town* y sus protocolos sobre garantías mobiliarias», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 209-229, pp. 215-216): «Los Derechos nacionales muestran diferencias entre sí, pero todos tienen las mismas necesidades a la hora de actuar en el mercado, clásico, por otra parte, en la era de la globalización. La búsqueda de soluciones comunes es algo natural e inevitable» (p. 216).

⁶⁵ Marco A. CELI ARÉVALO (*Garantía Mobiliaria: Análisis y perspectivas*, Trujillo, septiembre 2010); en: http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA_MOBILIARIA_ANALISIS_Y_PERSPECTIVAS.pdf [Última consulta: 18.05.2017].

dos, que lo hacen compatible con el encuadre de las garantías mobiliarias entre los derechos reales limitados. Desligándose del clásico concepto formal de garantía mobiliaria –basado tradicionalmente en la prenda con desplazamiento de la posesión, como referencia– estos textos diseñan el sistema de garantías mobiliarias en torno a un concepto algo más amplio y funcional de la garantía.

Ahora bien, en la medida en que alguno de estos textos (en concreto, la Guía UNCITRAL 2010) insiste en el aspecto real y entra en definiciones que contienen este elemento, así como en la medida en que se hacen excesivas exclusiones de figuras que cumplen la función de garantía, o se combina (en el texto citado de UNCITRAL) el enfoque unitario con el no unitario, entramos –en mi opinión– en definiciones que dificultan una armonización jurídica, dadas las diferencias básicas que existen entre los sistemas continentales en este ámbito⁶⁶.

La Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL, 2016) rectifica el rumbo, introduce cambios significativos, y su traducción oficial al castellano mejora la de la Guía de 2010⁶⁷.

La Directiva 2002/47/CE, sobre acuerdos de garantía financiera, al suprimir las formalidades de constitución de la garantía, supera el concepto formal y se abre a un concepto funcional de la garantía; Sí, exige, sin embargo, una constancia escrita de la garantía a efectos de prueba de su existencia. De ella se ha dicho que pretende «facilitar el abandono de la cultura de acudir al notario para constituir garantías mobiliarias»⁶⁸.

El denominado Marco Común de Referencia (DCFR, 2009) extiende el régimen de las «garantías reales sobre activos muebles» a los derechos de garantía y a «la reserva de dominio, a través de los mecanismos estipulados para ello», así como –«con las modificaciones oportunas», a «derechos establecidos por un

⁶⁶ Por ejemplo, la definición de «garantía real» que encontramos en la Guía de Naciones Unidas (UNCITRAL, 2010) no satisface la sensibilidad del jurista español (al menos la versión española oficial del documento), pues se entiende como tal «un derecho de propiedad sobre bienes muebles que se constituya mediante un acuerdo y que garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo hayan calificado o no de garantía real. En el contexto del enfoque unitario de la financiación de adquisiciones, la expresión engloba tanto las garantías reales del pago de adquisiciones como las no destinadas a adquisiciones. En el contexto del enfoque no unitario, el concepto no incluye ningún derecho de retención de la titularidad ni de arrendamiento financiero». Y añade: «Si bien una cesión pura y simple de un crédito por cobrar no garantiza el pago ni otro tipo de cumplimiento de una obligación, para facilitar las consultas, el concepto de «garantía real» incluirá también el derecho del cesionario en virtud de una cesión pura y simple de un crédito. Dicho concepto no abarca los derechos personales ejercitables frente a un garante u otra persona responsable del pago de la obligación garantizada».

⁶⁷ El artículo 2 de la Ley Modelo (UNCITRAL, 2016) define la «garantía mobiliaria» como «i) todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de la obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada; y, ii) el derecho del cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar celebrada por acuerdo de partes».

⁶⁸ ZUNZUNEGUI, F.; «Una aproximación a las garantías financieras», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 415-429, p. 422).

fideicomiso con fines de garantía», «derechos de garantía sobre activos muebles constituidos por actos jurídicos unilaterales», y «derechos de garantía sobre activos muebles derivados del derecho patrimonial, siempre y cuando sean compatibles con el objeto de la ley»⁶⁹.

[17] A mi juicio, el concepto funcional de garantía mobiliaria que puede tener éxito en la unificación, modernización y armonización de los sistemas jurídicos es aquél basado precisamente en la función de preferencia para el cobro sobre un activo no inmueble, determinado o determinable, sin distinciones ni exclusiones de ningún género, si bien admitiendo reglas especiales cuando los supuestos particulares lo requieran.

De hecho, la reforma operada en materia de garantías mobiliarias el Código civil francés en 2006, si bien ha sido aplaudida por haber «conciliado la tradición latina y la búsqueda de la eficiencia, propugnada por los sistemas anglosajones», así como por haber incrementado la seguridad jurídica y el equilibrio de intereses de las partes y terceros, ha sido criticada por desaprovechar «la ocasión de realizar una auténtica reforma del derecho de garantías, limitándose a reconstruirlo e introducir ciertas novedades»; «Se reprocha al legislador (...) el mantenimiento de una pluralidad de prendas con regímenes dispersos» y «en especial, la disociación entre la reforma del derecho de garantías y la de los procedimientos colectivos» o concursales⁷⁰.

El denominador común de los textos internacionales y regionales o continentales propuestos en materia de garantías mobiliarias en el presente siglo como referencia para la unificación, modernización y armonización de los sistemas internos es el siguiente: Se supera el paradigma tradicional de la prenda con desplazamiento y se emplea un concepto funcional de garantía, respaldado por la publicidad registral como mecanismo de seguridad jurídica.

V. CLAVES DEL DESARROLLO DE LA REFORMA

[18] Las claves para el desarrollo de una reforma del sistema de garantías mobiliarias basada en el concepto funcional de garantía descrito son dos: 1. En primer lugar, un amplio margen de autonomía de la voluntad; y, 2. En segundo lugar, un adecuado sistema de publicidad.

⁶⁹ Artículo IX.-1:101 DCFR.

⁷⁰ ARANA DE LA FUENTE, I.; «La reforma francesa de las garantías mobiliarias», *InDret*, Barcelona, abril 2012, pp. 2-58, p. 9.

1. Un amplio margen de autonomía de la voluntad

[19] El primer elemento necesario para el desarrollo de un sistema que gira en torno a la garantía funcional es el carácter dispositivo de las normas que lo regulan, o –dicho de otro modo– dejar un amplio margen al principio de autonomía de la voluntad. Las restricciones han de ser las mínimas e indispensables para proteger la seguridad del tráfico y el equilibrio entre los intereses de las partes, evitando el abuso del derecho (artículo 7 del Código civil; En este sentido se desenvuelve también la jurisprudencia alemana).

El principio de autonomía de la voluntad tiene importantes ámbitos de aplicación práctica, pues supone elasticidad no sólo en cuanto a la forma de constitución⁷¹, sino, muy particularmente, a la hora de definir tanto el objeto de la garantía como la obligación garantizada (por ejemplo, las denominadas extensión vertical y horizontal de la garantía), y flexibilidad también en el diseño de los mecanismos de satisfacción del acreedor⁷².

1.1 *El objeto de la garantía mobiliaria*

[20] Uno de los rasgos del moderno mercado es la elasticidad del objeto de la garantía mobiliaria. Por definición, ha de ser éste un bien mueble: Ahora bien, el ensanchamiento del concepto tradicional de bien mueble es tal que quizás sea mejor hablar de activo mobiliario⁷³ o definir el objeto de la

⁷¹ La modernización del sistema de garantías mobiliarias comienza, como ha quedado indicado, por el abandono del modelo formalista de constitución de la garantía (con la cesión de la posesión, artículo 1863 del Código civil), para admitir otros mecanismos de constitución de la misma que no impliquen necesariamente desplazamiento de la posesión (en particular, el registral).

⁷² Esta flexibilización del sistema de garantías mobiliarias ha presidido, por ejemplo, la reforma francesa (GRIMALDI, Michel; «La prenda en el derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, pp. 17-25, p. 21-25): A juicio del presidente de la comisión reformadora –Grimaldi– la «flexibilización persigue fortalecer la eficacia de la garantía –sin sacrificar por ello los intereses del deudor– conforme con la tradición del Derecho francés, que pretende lograr un equilibrio entre la eficiencia económica y la protección social» (pp. 21-22). Por otra parte, la flexibilidad se considera la gran «baza (...) hacia donde se conduce ahora el nuevo derecho de garantías al que asistiremos», tras «el impacto económico del Convenio» de Ciudad del Cabo (MUÑIZ ESPADA, E.; «El Convenio de *Cape Town* y sus protocolos sobre garantías mobiliarias», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 209-229, p. 216). También Mauro BUSSANI («Los modelos de las garantías reales en *Civil* y en *Common Law*. Una aproximación de Derecho comparado», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 237-250, p. 250), argumenta a favor de una mayor flexibilidad de los sistemas de *Civil Law* alegando que la rigidez en materia de garantías reales «se revela costosa tanto para los inversores extranjeros como para los propios operadores económicos nacionales».

⁷³ La expresión bienes muebles ha abarcado sin problema los títulos cambiarios, toda vez que están incorporados a un documento (así, la letra de cambio, el pagaré y el cheque). Sobre las peculiaridades de

garantía mobiliaria por exclusión en relación con los bienes inmuebles: Así, es objeto de la garantía mobiliaria todo bien no inmueble. En esta línea define los bienes muebles el Código civil catalán⁷⁴, y también lo hace así la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC)⁷⁵. En el denominado Marco Común de Referencia europeo, la expresión inglesa «movables» se define como «corporeal and incorporeal property other than immovable property»⁷⁶.

[21] Será objeto de una garantía mobiliaria tanto un activo mueble tangible como intangible, determinado o determinable. Por ejemplo, puede ser objeto de una garantía el saldo de una cuenta corriente, una póliza de seguro⁷⁷, los derechos de explotación de una película de cine⁷⁸ o los bienes adquiridos para el rodaje del espectáculo, una marca, una patente, o el volumen de edificabilidad aprovechable⁷⁹, un crédito⁸⁰ (incluso futuro⁸¹), etc. Entre nuestros

esta modalidad de prenda, puede verse: CASTAÑER CODINA, J.; «La prenda de títulos cambiarios», *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, Tomo 1, vol. 1, Dir. L. Prats Albentosa, 2016, pp. 773-853.

⁷⁴ El artículo 511-2 del Código civil catalán: «*Bienes inmuebles y muebles*. (...) 3. Se consideran bienes muebles las cosas que pueden transportarse y los demás bienes que las leyes no califican expresamente como inmuebles».

⁷⁵ Dice así el tenor literal del artículo 312-2 de la Propuesta de Código civil de la APDC: «*Bienes muebles*. Se consideran bienes muebles todos aquellos bienes no comprendidos en el artículo anterior» (el artículo anterior —el 312-1—, se titula «*Bienes inmuebles*»).

⁷⁶ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Prepared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE and the RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian VON BAR and Eric CLIVE, Sellier, European Law Publishers, 2009, (Anexo de definiciones).

⁷⁷ Expresamente citado en la ley peruana.

⁷⁸ Al respecto, véase la monografía de Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *La hipoteca de propiedad intelectual* (Reus, 2006). A juicio de Anne-Caroline LAPORTE («Garantías reales sobre obras cinematográficas», en *La Ley. Derecho de los negocios*, n.º 267, enero-febrero 2013, 57, pp. 1-56), la garantía que se constituye sobre los derechos de explotación de la obra cinematográfica, que son los de carácter patrimonial (nunca sobre el derecho moral de autor), es una garantía real que se rige por las reglas generales de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento; En concreto, se trata de una hipoteca mobiliaria, descartándose la prenda sin desplazamiento en este caso. La inscripción en el Registro de Bienes muebles es requisito constitutivo de la garantía, para lo cual debe aportarse el contrato de producción (existiendo una presunción conforme a la cual los autores —director/realizador, guionistas, compositores— ceden a favor del productor, en virtud de dicho contrato, el derecho a la explotación de la obra, lo que le legitima para gravar ese bien, en principio), entre otros documentos. La película puede estar iniciada o concluida; En el primer caso, puede entenderse que se constituye una «hipoteca provisional», conforme afirma Antonio PAU PEDRÓN (citado por la autora). El verdadero problema radica en la ejecución de la garantía, dada su complejidad.

⁷⁹ Expresamente citado en la ley colombiana.

⁸⁰ En relación con la cuestión, es conocido el trabajo de A. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, 1988-IV, pp. 1033-1131. Mientras en Alemania se admite la cesión plena de créditos con función de garantía (gracias a su principio de transmisión abstracta del dominio), no sucede así en España, donde la garantía se consigue mediante la prenda del crédito: El autor subraya la función económica de la operación (pp. 1042-1043).

⁸¹ En cuanto a la garantía otorgada sobre créditos futuros, la doctrina estima que su eficacia en el concurso estará condicionada a la existencia de la relación contractual que da origen a los créditos con

autores, José M.^a Miquel se ha mostrado partidario de una reforma en este sentido⁸². Veamos a continuación cómo se contempla este aspecto en los textos internacionales y continentales de referencia, así como en las adaptaciones introducidas en los ordenamientos alemán y francés.

En su Introducción, la Ley Modelo interamericana sobre Garantías mobiliarias (OEA, 2002), al describir los objetivos por los que se rige, enumera en primer lugar el de «facilitar el acceso al crédito mediante la ampliación al máximo posible del espectro de bienes que pudiesen constituir una garantía». Siguiendo este modelo, la Ley peruana de la Garantía Mobiliaria (2006) permite que puedan ser afectados en garantía todo tipo de bienes muebles, específicos, genéricos, presentes, futuros, materiales o inmateriales, e incluso la totalidad de bienes muebles de un sujeto⁸³.

La Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Garantías mobiliarias (CNUDMI, 2016) prevé en su artículo 8 un listado de los «bienes que podrán gravarse», que comienza con una alusión genérica a «cualquier tipo de bien mueble» y se completa con tres especialidades: «una fracción de un bien mueble o un derecho indiviso sobre un bien mueble»; «una categoría genérica de bienes muebles»; y, por último, «todos los bienes muebles de un otorgante» (lo que requerirá especificar si se trata de los que pertenecen al otorgante al tiempo de constituirse el gravamen o bien los que le pertenezcan en cualquier momento anterior al pago o extinción de la obligación garantizada)⁸⁴. Pero la Ley Modelo CNUDMI no se queda aquí sino que prevé en su artículo 10 la extensión del objeto de la garantía a los productos identificables de los bienes gravados (por ejemplo, dinero), así como –en su artículo 11– la extensión de la garantía a los productos elaborados o a la mezcla resultante de la incorporación de un bien gravado, si bien limitándose al valor o proporción en la masa del producto gravado incorporado. En cuanto a los bienes futuros, la Ley Modelo citada admite que pueda acordarse la constitución de una garantía mobiliaria sobre uno de ellos, «pero esa garantía sólo quedará constituida cuando el otorgante adquiera derechos sobre el bien o facultades para gravarlo»⁸⁵.

función de garantía antes del concurso (por ejemplo, un contrato de suministro); En este sentido se pronuncia Manuel Ignacio FELIU REY («La prenda en garantía de créditos de futuros: un piélago pignoraticio», *La Ley*, Derecho de los Negocios, n.º 259, Sección Artículos, abril 2012, pp. 14-15).

⁸² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.; «Introducción», *Cuestiones Actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, 2013, pp. 13-22, p. 14. A la vez que afirma –en nota– que «esto no es nada nuevo» (citando a Salgado de Somoza, recordado por Vallet de Goytisolo), explica –en texto– que los deudores necesitan los bienes para su actividad empresarial, a la vez que «se requiere que ciertos activos dados en garantía como instrumentos financieros, mercancías o materias primas sean enajenables o transformables, sin que la garantía desaparezca». Todo ello justificaría «una regulación flexible de las garantías reales que favorezca la actividad empresarial sin perjudicar la potencia de los activos para garantizar el crédito».

⁸³ Artículo 4 LGM (Perú, 2006).

⁸⁴ Así lo dispone, de hecho, el artículo 9.2 de la Ley Modelo CNUDMI 2016, en relación con el 9.1. de la misma norma –al que se remite– y en el que se prevé que el acuerdo de garantía contenga una descripción de los bienes gravados «que permita razonablemente identificarlos».

⁸⁵ Artículo 6.2 Ley Modelo UNCITRAL 2016.

El Convenio de Ciudad del Cabo (UNIDROIT, 2001), al referirse a garantías internacionales sobre bienes de equipo se limita en cuanto a la definición del objeto, a materiales de equipo aeronáutico, ferroviario o espacial, pero el texto prevé expresamente la extensión de la garantía a la indemnización correspondiente al objeto (por ejemplo, en caso de deterioro o destrucción)⁸⁶. En cuanto al objeto, ha de ser identificable conforme al Protocolo correspondiente.

En la Directiva 2002/47/CE, por otra parte, constituyen el objeto de las garantías mobiliarias los activos financieros anotados en cuenta, básicamente, aunque también los títulos valores en soporte papel (con carácter residual)⁸⁷.

El europeo Marco Común de Referencia (DCFR) prevé como requisitos para la constitución de la garantía la existencia y transmisibilidad del objeto; Para determinados supuestos que puedan resultar dudosos prevé una regla que contribuya a su clarificación⁸⁸: Y así, declara que puede gravarse, por ejemplo, el derecho a reclamar el cumplimiento de obligaciones no dinerarias (aunque –si no fueran transmisibles– sólo serán gravables si pueden traducirse en un derecho al pago de dinero). En cuanto a los «activos futuros, genéricos o intrasferibles», resulta destacable que la norma citada se ocupe de ellos para declarar que sólo existirá la garantía cuando exista el activo (lo que no impide que quede comprometida antes), «se haya identificado específicamente o se convierta en susceptible de transmisión»; Esta misma regla se aplica cuando el derecho esté sometido a condición, adaptándola debidamente.

En Alemania, la evolución del sistema en materia de garantías mobiliarias –que admite la reserva de dominio y la fiducia en garantía como modalidades de garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión– afecta, entre otros aspectos, al objeto de la garantía; En este sentido, explica Mauricio Rodríguez Olmos dos nuevas modalidades de extensión del objeto de la garantía:

1.º En primer lugar, la «reserva prolongada». Habiendo sido aceptada, en los casos de reserva de dominio por parte del vendedor, la posibilidad de que el comprador –que ha pagado ya parte del precio– constituya garantía sobre su «derecho en vía de adquisición» (*Anwartschaftsrecht*), se considera «reserva prolongada» la extensión de la garantía, con consentimiento del vendedor, tanto al precio como «a los productos que resulten de la transformación o la reelaboración de los bienes originalmente adquiridos con reserva de la propiedad» (o reserva de dominio, en terminología española). La jurisprudencia alemana, explica el autor citado, admite por esta vía que el vendedor autorice al comprador «la reventa de la mercancía bajo reserva de propiedad» y que el comprador ceda «al vendedor la

⁸⁶ Artículo 2.5 del Convenio UNIDROIT 2001.

⁸⁷ ZUNZUNEGUI, F.; «Una aproximación a las garantías financieras», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.ª Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 415-429, p. 421). Sobre las garantías financieras, constituye una obra de referencia obligada el trabajo de K. M. LYCKOWSKA, *Garantías financieras*, Cizur Menor, 2013.

⁸⁸ Artículo IX.-2:104, en relación con el artículo IX.-2:102 DCFR.

pretensión del precio que reciba por esa reventa, al mismo tiempo que se autoriza al comprador para el cobro de dicho precio»⁸⁹.

2.º En segundo lugar, la denominada «extensión vertical de la garantía». En este caso, la garantía se extiende a los subproductos de los bienes sometidos originariamente a la reserva de dominio: «el objeto de la garantía se extiende a todas las mercaderías (actuales o que ingresen en el futuro) que se encuentren en un determinado establecimiento del empresario, de manera que este último pueda disponer de las mercaderías necesarias para el ejercicio de su actividad, y éstas serán reemplazadas por otras del mismo género y valor que entonces estarán gravadas por esa misma reserva de propiedad». Si, en lugar de una reserva de dominio, el negocio fuera la fiducia en garantía (o transferencia de propiedad con función de garantía⁹⁰), se admite igualmente la extensión vertical de la garantía⁹¹.

La reforma francesa del Código civil (2006) introdujo la «prenda sin tenencia» del acreedor, admitiendo como objeto de la misma bienes fungibles o no fungibles, determinados o determinables, corporales o incorporeales, presentes o futuros⁹². La prenda pasa de ser un contrato real, con desplazamiento posesorio como vía de constitución, a ser un contrato solemne pues se requiere –tras la reforma– que conste por escrito como requisito de validez⁹³. Junto a la posesión (en el caso de prenda con desplazamiento), se establece que el

⁸⁹ RODRÍGUEZ OLMOS, J. M.; *op. cit.*, pp. 8 y 10.

⁹⁰ Una vez pagada la deuda, la propiedad vuelve a ponerse a nombre del deudor que la gravó mediante la transferencia de la titularidad a favor del acreedor sometida a condición resolutoria.

⁹¹ RODRÍGUEZ OLMOS, J. M.; *op. cit.*, p. 10 (en relación a la reserva de dominio) y p. 14 (en relación a la fiducia en garantía).

⁹² ARANA DE LA FUENTE, I.; *op. cit.*, p. 20, entre otras. El legislador distingue la prenda de bienes incorporeales o «*nantissement*» como modalidad propia y distinta de la prenda de bienes corporales o «*gage*» (pp. 29-30). Se regula, también separadamente en el Código civil, la prenda de créditos, que «puede recaer sobre todo tipo de créditos, puros o condicionales; presentes o futuros», siempre que sean determinables (pp. 30-34, la cita es de la p. 31); En cuanto a la cesión de créditos en garantía, explica que puede configurarse de dos modos, sea como fiducia en garantía (a la que se aplicaría el régimen general incorporado al Código civil en 2008, pudiendo ser objeto de la garantía tanto créditos presentes como futuros, siempre que sean determinables, p. 46), sea como créditos «empresariales o profesionales» bajo el régimen de la denominada ley «Dailly» de 1981 (p.47). Al margen del Código civil, se mantienen numerosas leyes especiales sobre garantías mobiliarias de diverso tipo, entre las que la autora destaca, por ejemplo, la «prenda de créditos profesionales», la «prenda de fondos de comercio», la prenda de «participaciones en sociedades mercantiles», la prenda de «cuenta de instrumentos financieros», la de «fondos agrarios», la prenda de «películas cinematográficas», entre otras (p. 35).

⁹³ GRIMALDI, Michel; «La prenda en el derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, pp. 17-25, pp. 23-24. El autor explica cómo la flexibilización del objeto de la garantía mobiliaria constituyó uno de los objetivos de la reforma, admitiéndose tanto bienes corporales (individualizados o en conjunto, presentes o futuros, fungibles –incluida la prenda de stocks– o no fungibles), como bienes incorporeales (créditos presentes o futuros, flujos de créditos, instrumentos financieros –incluyendo la posibilidad de un «ajuste de los títulos pignorados», por ejemplo, acordando mediante una «cláusula de estabilización» la integración de títulos suplementarios en el objeto de la garantía si la bolsa baja).

Registro nacional de prenda sin desplazamiento constituya la base de publicidad del derecho de prenda⁹⁴.

1.2 La obligación garantizada

[22] El margen de actuación de la autonomía de la voluntad se amplía en relación con la obligación garantizada. Puede ésta ser una obligación presente o futura, determinada o determinable, ordinaria o sometida a condición o a modo, con una elasticidad adecuada a las necesidades del tráfico.

La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA, 2002), indica que su propósito es «regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables». Siguiendo este modelo, como antes quedó indicado, algunos países latinoamericanos han promulgado ya sus nuevas leyes de garantías mobiliarias. Y así, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley de la Garantía mobiliaria (Perú, 2006), declara que son asegurable mediante garantía mobiliaria «obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad», admitiéndose incluso la denominada garantía «abierta» o «sábana»⁹⁵. O el artículo 2.º de la colombiana Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, por su parte, declara la posibilidad de garantizar «obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables».

El mismo fenómeno se produce en países de la Europa continental que han introducido reformas en materia de garantías mobiliarias. Rodríguez Olmos explica cómo en Alemania se ensancha, en este ámbito, el margen de juego de la garantía. Con la figura de la «reserva ampliada» se condiciona la adquisición de la propiedad del comprador no sólo al pago del precio sino al pago de otros créditos a favor del vendedor. Se habla entonces de una «extensión horizontal de la garantía». Si, en lugar de reserva de dominio, el negocio fuera una fiducia en garantía, se admite igualmente la extensión horizontal de la garantía. En ambos casos, la jurisprudencia alemana limita el alcance de la garantía al valor del bien⁹⁶. También en la reforma francesa de las garantías mobiliarias se admite la fiducia «recargable», que consiste en extender la garantía a deudas distintas de las

⁹⁴ RODRÍGUEZ OLMOS, J. M.; *op. cit.*, p. 16.

⁹⁵ Lo determinante es la autonomía de la voluntad, esto es, que exista convenio entre las partes. CASTELLARES AGUILAR, R.; «Efectos de la garantía mobiliaria en el crédito bancario», *Actualidad Jurídica*, n.º 147, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Junio 2006, pp. 18-19 (citado por Marco A. CELI ARÉVALO (*Garantía Mobiliaria: Análisis y perspectivas*, *op. cit.*): Si bien antes sólo se admitía la garantía específica y para un solo crédito, ahora las partes pueden pactar la garantía a favor de créditos futuros o sometidos a condición.

⁹⁶ RODRÍGUEZ OLMOS, J. M.; *op. cit.*, p. 10 (en relación con la reserva de dominio) y pp. 14-15 (en relación con la fiducia en garantía).

garantizadas inicialmente (incluso a favor de un acreedor distinto del original), siempre que se prevea en el acto constitutivo⁹⁷.

La reciente Ley Modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias (Viena, 2016), en su artículo 7, enumera como «obligaciones que podrán garantizarse» las siguientes: «una o más obligaciones de cualquier tipo, ya sean presentes o futuras, determinadas o determinables, condicionales o incondicionales, fijas o fluctuantes».

[23] En relación con la materia, en España se introdujo en 2007 una modificación del texto de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (Ley 46/1954) en virtud del cual se reconocía la posibilidad de que se constituyera prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros. En 2011 se reforma el artículo 90.1.6. de la Ley concursal, de modo que dicha prenda sólo será eficaz en situaciones concursales si el crédito nace antes de la declaración de concurso o si –naciendo con posterioridad– resultare que la prenda estaba inscrita con anterioridad al concurso en un registro público o «se proceda a su rehabilitación» en virtud de lo dispuesto en el artículo 68⁹⁸.

1.3 *Los mecanismos de satisfacción del acreedor*

[24] Por último, en el ámbito de la autonomía de la voluntad, la modernización del sistema de garantías mobiliarias pasa por introducir mayor flexibilidad en la regulación de los mecanismos de satisfacción del acreedor, como se ha hecho ya en materia de garantías financieras a impulsos de la Directiva 2002/47/CE (y su transposición por el Real Decreto Ley 5/2005)⁹⁹.

[25] En relación con el sistema vigente se ha dicho que, al pretender evadir el fraude y al desconfiar del acreedor a la hora de realizar la garantía, ha diseñado «complejos y tediosos mecanismos de ejecución»; Así, se prohíbe el pacto comisorio, o se generan «procedimientos institucionalizados de venta de la garantía», judicial y notarial (diversificados, a su vez, en una variedad de

⁹⁷ RODRÍGUEZ OLMOS, J. M.; *op. cit.*, p. 19.

⁹⁸ FELIY REY, M. I.; «La prenda en garantía de créditos de futuros: un piélagos pignoraticio», *La Ley*, Derecho de los Negocios, n.º 259, Sección Artículos, abril 2012, pp. 12-13.

⁹⁹ FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ; «Las garantías financieras: Más baratas, más fáciles, más seguras», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, 2013, pp. 69-92, en especial, pp. 86-89. Junto a la «flexibilización absoluta de los mecanismos de ejecución» y el «amplio espacio de juego» que se deja al acreedor, el autor explica cómo se evitan los posibles riesgos de «oportunismo en la ejecución» a través de la «cláusula de salvaguarda» prevista en el Real Decreto, y tomada originariamente del norteamericano *Uniform Commercial Code*, conforme a la cual los procedimientos y cálculo de valores ha de hacerse de «manera comercialmente correcta» (p. 89).

textos normativos)¹⁰⁰, todo lo cual es susceptible de producir a la larga «consecuencias más perniciosas»¹⁰¹. Como reacción, paulatinamente, las normas parecen flexibilizarse¹⁰².

En este sentido, propicio a una mejora del sistema, se celebra –por ejemplo– que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, haya introducido modificaciones en el procedimiento extrajudicial de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (ahora titulado «venta extrajudicial»¹⁰³), dotando de un régimen jurídico renovado a la subasta notarial. La reforma aporta «al menos en el plano teórico, la seguridad jurídica y la agilidad en los trámites que históricamente se venía demandando en el plano de la ejecución de garantías

¹⁰⁰ Sin ánimo de exhaustividad, puede decirse que la ejecución de los bienes objeto de la garantía mobiliaria se rige por lo dispuesto en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil, conforme a la cual pueden distinguirse diversas modalidades de ejecución en función de cual sea la naturaleza de la garantía (artículos 861 y siguientes LEC): La regla general dispone que, a falta de convenio de realización, se realizarán los bienes en subasta judicial (artículo 694.1 LEC, en relación con el artículo 636 LEC), o bien, «a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento del ejecutante», con autorización judicial, por «persona o entidad especializada» (artículo 694.1 LEC, en relación con los artículos 636 y 641 CC). Existen, al margen de ella, reglas especiales: Por ejemplo, para la hipoteca naval (artículo 861. II LEC), la prenda sobre saldos de cuentas o dinero (que «el Tribunal entregará directamente al ejecutante, por su valor nominal»; artículo 694 LEC, en relación con el artículo 634 LEC), o las acciones y otras formas de participación sociales (que se rigen conforme a las leyes de los particulares mercados en los que estén admitidas o sean cotizadas, artículo 694 LEC, en relación con el artículo 635 LEC). Al referirse a la prenda de acciones y participaciones sociales, I. FARRANDO MIGUEL («Prenda de acciones y participaciones sociales», en *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, tomo 1, vol. 1, dir. L. PRATS ALBENTOSA, Wolters Kluwer, 2016, pp. 855-925) apunta la flexibilidad que existe en relación con el objeto en este caso, que puede «liberarse y ser sustituido» (p. 880), aspecto que recibe el influjo del movimiento armonizador al que asistimos.

En el Código civil encontramos alguna norma general y carente de desarrollo: De un lado, el artículo 1872 CC prevé la venta por subasta pública notarial de los bienes dados en prenda y remite al Código de comercio las reglas relativas a la venta en ejecución de garantías constituidas sobre valores cotizables; De otro lado, el artículo 1873 CC remite el régimen de ejecución de las «garantías constituidas en Montes de Piedad y demás establecimientos públicos» a las «leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subsidiariamente (a) las disposiciones de este título».

Para los bienes contemplados expresamente en la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, se regula expresamente –y con mayor detalle– el procedimiento de realización del valor de la garantía, que puede ser judicial o notarial. Si la subasta es notarial, se aplicarán en primer lugar las reglas especiales y, subsidiariamente, la Ley 2/1862, del Notariado.

¹⁰¹ CAPILLA CASCO, A./GARCÍA DE VIEDMA ALONSO, P.; «La ejecución de garantías mobiliarias. El nuevo régimen de subasta notarial que ha entrado en vigor el 15 de octubre de 2015», *La Ley mercantil*, n.º 18, Sección Sociedades, octubre 2015, ed. La Ley, 32 pp. 1-32, pp. 2-3.

¹⁰² En este sentido, por ejemplo, el antes citado artículo 636 LEC/2000, relativo al procedimiento de apremio, aplicable a la realización de los bienes pignoralados por remisión del artículo 694 LEC, introdujo importantes novedades, entre las que se cuenta la supresión del carácter imperativo de la subasta y la correspondiente admisión de remedios alternativos.

¹⁰³ La Ley de Jurisdicción Voluntaria modifica las normas procesales previstas en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión: Tras la supresión de los artículos 82 a 85 LHMPSD por la Ley 1/2007, de Enjuiciamiento civil (que vació de contenido la sección dedicada al «procedimiento judicial sumario»), la Ley de Jurisdicción Voluntaria modifica la redacción de los artículos que regulaban el «procedimiento extrajudicial», sección ahora rotulada «venta extrajudicial» (artículos 86-88 LHMPSD).

mobiliarias»¹⁰⁴ (por ejemplo, se contempla la subasta electrónica como instrumento de venta o subasta de los bienes). No obstante, si comparamos el sistema con otros recientemente actualizados o con los modernos textos de derecho internacional y europeo, comprobamos que aún puede ganarse mucho en unificación de remedios (frente a la dispersión normativa reinante) y flexibilización de medidas, que pongan a disposición de los particulares la norma más conveniente para el cumplimiento de sus intereses, con el límite razonable del abuso del derecho.

[26] Uno de los rasgos comunes a los regímenes dinamizados, como el francés¹⁰⁵ o el alemán, y a los textos internacionales y regionales o continentales citados, es –en concreto– la supresión de la prohibición del pacto comisorio –introduciendo límites con vistas a la protección del interés del deudor, o bien el mantenimiento de la prohibición pero introduciendo la excepción de aquellos casos en que se ampare el interés del deudor, lo que, en definitiva, conduce a soluciones semejantes. Veámoslo a continuación.

[26.1.] El Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales (UNIDROIT, 2001) admite la ejecución extrajudicial y mediante el acuerdo de las partes.

En relación con las medidas que puede adoptar el acreedor garantizado para el cobro del crédito en los casos de incumplimiento, el Convenio dispone que el acreedor puede optar entre la toma de posesión o control del bien objeto de garantía, su venta o arrendamiento, o el cobro de cualquier beneficio derivado de su gestión o explotación; El acreedor puede hacerlo directamente –una vez producido el incumplimiento– o bien solicitando una autorización u orden judicial expresa¹⁰⁶. No se dice por tanto que el acreedor pueda apropiarse directamente del bien, sino disponer del bien para el cobro de la deuda: Para que –producido el incumplimiento– pueda el acreedor apropiarse del bien, deberá acordarse entre las partes o bien ordenarse judicialmente (a petición del acreedor) que la propiedad del bien objeto de la garantía se entregue al acreedor en pago total o parcial de la obligación u obligaciones garantizadas¹⁰⁷. Se protege de este modo el interés del deudor, ya que –por ejemplo– el juez sólo autorizará la apropiación por el acreedor cuando exista una proporción o correspondencia entre el valor del bien

¹⁰⁴ CAPILLA CASCO, A. /GARCÍA DE VIEDMA ALONSO, P.; «La ejecución de garantías mobiliarias. El nuevo régimen de subasta notarial que ha entrado en vigor el 15 de octubre de 2015», *La Ley mercantil*, n.º 18, Sección Sociedades, octubre 2015, ed. La Ley, 32 pp. 1-32, p. 31.

¹⁰⁵ ARANA DE LA FUENTE, *op.cit.*, pp. 23 y 26-27, entre otras. La reforma del Código civil de 2006 en materia de garantías mobiliarias excluye la prohibición del pacto comisorio, salvo en lo que se refiere a los créditos al consumo, en cuyo caso el «*Code de la consommation* dispone que, en caso de insolvencia del prestatario» se apliquen las normas generales de la prenda «excepto la que permite el pacto comisorio» (p. 26).

¹⁰⁶ Artículo 8 del Convenio de Ciudad del Cabo (UNIDROIT, 2001, ratificado por España en 2013).

¹⁰⁷ Artículo 9.1 y 2 del Convenio de Ciudad del Cabo (UNIDROIT, 2001, ratificado por España en 2013).

y la cuantía de la deuda¹⁰⁸. Al ratificar el Convenio, España ha formulado «una más que discutible declaración (...) para excluir la auto-ejecución de la garantía»¹⁰⁹.

[26.2.] La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA, 2002) describe, entre sus objetivos, el de «procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante»; se trata de «establecer un sistema de ejecución moderno, eficiente y ágil»¹¹⁰. El procedimiento de ejecución comienza, en este caso, recurriendo al Juez para que dicte mandato de desposesión o desapoderamiento del titular del bien dado en garantía. Lo que resulta más discutible es que el mandato judicial «se ejecutará sin audiencia del deudor», en favor de una agilización del procedimiento, de cuya corrección responderá el acreedor si es demandado ante la jurisdicción civil ordinaria, pero sin que se paralice el proceso¹¹¹.

También en este caso la norma admite de forma expresa –conforme a lo dispuesto en el artículo 59– que los bienes muebles dados en garantía sean «vendidos privadamente, o tomados en pago, por el acreedor garantizado (...) por el precio de tasación o valuación»; La norma busca de este modo evitar que se vendan por un precio excesivamente bajo, perjudicando el interés del deudor, si bien la elección del perito por parte del acreedor¹¹² y no conjuntamente por acreedor y deudor deja un margen a la protesta del deudor en caso de una defectuosa valoración del bien a la baja. El mismo artículo admite la opción por el acreedor de la venta en subasta pública, «previa publicación en dos diarios de mayor circulación, con por lo menos cinco días de antelación, sin base y al mejor postor».

[26.3.] Como la anterior, la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre garantías mobiliarias (CNUDMI, 2016), ha previsto medios de defensa del deudor en el mismo procedimiento de ejecución, pero en este caso no se trata sólo de poner fin al proceso mediante el pago de la deuda¹¹³, sino también del derecho a solicitar medidas judiciales o administrativas en el caso de que el

¹⁰⁸ Artículo 9.3 del Convenio de Ciudad del Cabo (UNIDROIT, 2001, ratificado por España en 2013).

¹⁰⁹ HEREDIA CERVANTES, Iván; «Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo», *La Ley mercantil*, n.º 21, Sección Derecho Mercantil Internacional, enero 2016, ed. La Ley, 44, pp. 1-44, p. 31.

¹¹⁰ *Introducción*, párrafos II (letra f), y III.

¹¹¹ Artículo 57 de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA, 2002).

¹¹² El artículo 59 citado especifica que esa venta privada o toma de los bienes en cobro de la deuda, será admisible «siempre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado».

¹¹³ Artículos 58 Ley Modelo OEA (2002) y 51 de la Ley Modelo CNUDMI (2016).

acreedor garantizado no cumpla «las obligaciones que le corresponden»¹¹⁴. Entre las obligaciones del acreedor está la de «notificar su intención» de disponer del bien otorgado en garantía sin recurrir a un órgano judicial u otra autoridad, al otorgante, al deudor y a cualquier persona que tenga un derecho sobre el bien gravado, sea otro acreedor o un tercero que cumplan –a su vez– los requisitos detallados en la ley¹¹⁵.

En cuanto a la prohibición de pacto comisorio, luce también en este texto por su ausencia, al admitirse expresamente que el acreedor pueda apropiarse del bien en cobro de la deuda, «total o parcialmente», previa presentación de «una propuesta escrita» al otorgante, al deudor y a cualquier persona «que tenga un derecho sobre el bien gravado», sea otro acreedor o un tercero que cumplan – como en el caso anterior– los requisitos detallados en la ley¹¹⁶.

[26.4.] En Europa, la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, elimina también la prohibición del pacto comisorio e impulsa a evitar formalismos en la realización de la garantía¹¹⁷.

El europeo Marco Común de Referencia (DCFR), si bien mantiene la prohibición del pacto comisorio y declara nulos los acuerdos previos al impago en virtud de los cuales se prevea la adjudicación al acreedor del activo gravado en caso de falta de pago, introduce excepciones: En concreto, serán válidos tales acuerdos cuando el activo gravado sea un «fungible que cotiza a precios publicados en un mercado oficial», así como –y esta es la clave– cuando las partes hayan acordado «algún otro método que permita una pronta determinación de un precio de mercado razonable»; Ahora bien, esta última regla no es aplicable cuando el garante sea un consumidor¹¹⁸.

[26.5.] La reforma francesa del Derecho de garantías (2006) suprime, como antes se apuntó, la prohibición del pacto comisorio. Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede optar entre «la ejecución judicial o, de haberse estipulado, hacer efectivo el pacto comisorio»; Si el acreedor acude a

¹¹⁴ Artículo 74, Opción A y B, de la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias (CNUDMI, 2016).

¹¹⁵ Artículo 78 de la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias (CNUDMI, 2016).

¹¹⁶ Artículo 80 de la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias (CNUDMI, 2016).

¹¹⁷ En relación con la Directiva, se ha explicado que no condiciona la ejecución de la garantía a ningún procedimiento determinado sino a lo que acuerden las partes. Es más, no requiere como regla general la «notificación previa al deudor, ni aprobación judicial, ni subasta pública, ni periodo de espera adicional que pudieran ser exigidos de conformidad con el régimen tradicional de la prenda», si bien puede pactarse lo contrario (ZUNZUNEGUI, F.; «Una aproximación a las garantías financieras», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, pp. 415-429, p. 427).

¹¹⁸ Artículo IX.-7:105 DCFR. La norma introduce aún una cláusula más de protección del interés del deudor, al especificar que el acreedor sólo puede apropiarse de los bienes –cuando esté admitido el pacto comisorio– «por el valor de su precio de mercado, oficial o pactado, a la fecha de la adjudicación».

la ejecución judicial, puede a su vez elegir entre «solicitar de la autoridad judicial la venta forzosa de la cosa pignorada o bien que ésta le sea atribuida en propiedad»¹¹⁹. En caso de procedimiento de insolvencia del deudor, las garantías mobiliarias que mantienen excepcionalmente –como el derecho de retención– la preferencia para el cobro a favor del acreedor titular frente al resto de acreedores son las que implican desplazamiento de la posesión: El juez puede, en esos casos, autorizar al administrador para que libere el bien del gravamen, pagando al acreedor, o lo venda a fin de pagar al acreedor titular de la garantía con el precio obtenido por el bien; El pacto comisorio, sin embargo, queda sin efectos y no puede ejecutarse¹²⁰.

2. Un adecuado sistema de publicidad

[27] La publicidad de las garantías mobiliarias sirve a la protección del acreedor desde dos puntos de vista: 1.º Frente a terceros adquirentes del bien objeto de la garantía; y, 2.º Frente a otros acreedores (prelación de créditos). De ahí que un sistema moderno de garantías mobiliarias requiera una clara definición de los mecanismos de publicidad y del alcance de los mismos.

La posesión, como mecanismo esencial de publicidad de las garantías mobiliarias, sólo fue reemplazada por la publicidad registral para determinados tipos de estas garantías desde la Ley de Venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio). Actualmente, junto al Registro de bienes muebles, creado con la ley citada¹²¹, hay que tener en cuenta el Registro de garantías mobiliarias que, con sede en Dublín, da publicidad a las garantías internacionales sobre bienes de equipo que se rigen por el Convenio de Ciudad del Cabo. El denominado Marco Común de Referencia europeo (DCFR) propone la creación de un Registro europeo de garantías¹²².

Como veremos a continuación, la publicidad registral parece llamada a ocupar un importante papel en el nuevo panorama de las garantías mobiliarias, habida cuenta, además de que «la función publicitaria de la posesión es muy rudimentaria»: Se ha propuesto como modelo de referencia el registro de graváme-

¹¹⁹ ARANA DE LA FUENTE, I; *op.cit.*, pp. 23 y 24. La autora explica que la atribución judicial de los bienes pignorados «puede considerarse como una dación en pago», y que –en caso de valer el bien más que la deuda– el acreedor pagará al deudor el valor sobrante (p. 25). En caso de procedimiento colectivo –indica– no siempre se admitirá esta vía.

¹²⁰ ARANA DE LA FUENTE, I; *op.cit.*, pp. 25 y 27. En cuanto al pacto comisorio, la ventaja de evitar «dilaciones y gastos», así como «la concurrencia» con otros acreedores, queda paliada por la privación de efectos del pacto en caso de insolvencia que es, como apunta la autora, «cuando más lo necesita el acreedor» (p. 27).

¹²¹ Artículo 15 de la Ley de Venta a plazos de bienes muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio).

¹²² Artículos IX.-3:301 y siguientes DCFR.

nes mobiliarios del artículo 9 del *Uniform Commercial Code* ¹²³. En este sentido, se afirma que «la publicidad se presenta como uno de los ejes más acertados de la reforma llevada a cabo por el UCC» ¹²⁴.

Ahora bien, hay que advertir que la publicidad que perfecciona la constitución de la garantía en el sistema norteamericano del UCC, es una publicidad-noticia cuyo mecanismo –rellenar un formulario y depositarlo en una institución pública, conforme a lo legalmente previsto– puede variar en los distintos Estados de América (el formulario, por otra parte, advierte de la existencia del derecho pero no informa de la cuantía de la deuda u otras características del crédito). Se trata, además, de un «registro de deudores cuya consulta se caracteriza por la revisión de las garantías constituidas sobre una base personal mediante la enumeración alfabética de sus nombres» ¹²⁵. No existe por tanto en Estados Unidos una institución comparable al Registro de bienes muebles español y, mucho menos, al Registro de la propiedad ¹²⁶. Esta notable diferencia conviene tenerla en cuenta pues el nuestro es, en este concreto sentido, un sistema superior al americano, por más seguro y eficaz.

2.1 La protección frente al tercero adquirente

[28] Cuando un tercero adquiere un bien gravado, su interés como nuevo propietario entra en conflicto con el interés del acreedor garantizado. Si el deudor no paga la deuda, el acreedor tendrá que vencer al tercero adquirente para realizar su derecho, sea probando su mala fe, sea probando que no adqui-

¹²³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, 2006, pp. 91-122, p. 104). Añade el autor que, «por si fuere poco, en nuestro Derecho, como en otros, la mera entrega posesoria es insuficiente para sustanciar la oponibilidad de la prenda constituida frente a terceros, toda vez que se exige para ello su constancia en escritura pública *ex art. 1865 CC*»: A su juicio, ni la posesión, ni la escritura, ni «la constancia fehaciente de la fecha en la penda de créditos (cfr. art. 90.1.6.º LCon) constituyen verdaderos instrumentos de publicidad», recordando que «el protocolo de un notario es secreto» (p. 105). Y concluye que la forma más adecuada de publicidad de las garantías mobiliarias es la registral, pues «permite conocer de un modo seguro y reglado la extensión completa del gravamen constituido a todo tercero»: La organización y los principios rectores de un registro de garantías mobiliarias no coinciden necesariamente –explica– con los del Registro de la propiedad, siendo el modelo de referencia el norteamericano artículo 9 del *Uniform Commercial Code* (pp. 106 y siguientes).

¹²⁴ Mauro BUSSANI; «Los modelos de las garantías reales en *Civil* y en *Common Law*. Una aproximación de Derecho comparado», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, 2006, pp. 237-250, p. 242). No obstante, a juicio del autor, una garantía oculta no ha de ser sinónimo de complejidad e ineficacia (e invita a contrastar lo dicho con el derecho alemán, «en el que la reserva de dominio y la transmisión en garantía aceptan bastante bien la falta de publicidad»).

¹²⁵ J. TARABAL BOSCH; «El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea», en *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y prospectiva*, dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 85-106, p. 91.

¹²⁶ Recuérdese que así como en el Registro de la propiedad se inscriben los bienes inmuebles, en el Registro de bienes muebles se inscriben los *contratos* sobre bienes muebles.

rió por título oneroso y que –por tanto– es de peor derecho pues la causa de su adquisición es más débil y no puede presentar resistencia frente a la causa en virtud de la cual el acreedor pretende el cobro de la deuda (rige aquí el principio según el cual, entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último ¹²⁷).

[29] La protección del derecho de garantía frente al tercero adquirente del bien se hace irrefutable cuando el derecho esté inscrito en el Registro público correspondiente, ya que en estos casos es posible afirmar que el tercero, o conocía la existencia del derecho o –dadas las circunstancias– debía conocerla; es decir, no puede apreciarse la buena fe del tercero ¹²⁸. De ahí la importancia de la publicidad registral. A diferencia de los inmuebles, sin embargo, el registro de garantías mobiliarias no protege en el ordenamiento español al adquirente con los efectos derivados de la fe pública registral ¹²⁹; No se trata de un registro de bienes sino de contratos. La adopción de un sistema funcional de garantía probablemente encuentre en materia registral uno de los retos que merezcan mayor atención, no siendo a mi juicio recomendable un excesivo apegamiento al modelo anglosajón en esta materia sino más bien –quizás– aprovechar la experiencia y rigor que caracteriza al Registro de la propiedad español, si fuera posible ¹³⁰.

[30] Los textos internacionales y continentales publicados en materia de garantías mobiliarias en el siglo XXI hacen de la publicidad registral una clave del desarrollo del régimen jurídico de la materia.

Como quedó indicado, el Convenio de Ciudad del Cabo sobre Garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil (UNIDROIT, 2001), opera gracias a la creación de un Registro especializado (habrá uno para cada categoría

¹²⁷ Este principio está latente, no sólo en nuestro sistema sino en todos los sistemas vecinos (entre otros, pueden verse los artículos 1473 CC, 1295 CC, 1298 CC, 1297 CC, 643 CC, 464 CC y 34 LH).

¹²⁸ La cuestión es discutible y requiere un estudio más profundo por parte de quien escribe. En sentido semejante al apuntado en el texto, se pronuncia Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO («Derechos de garantía sobre bienes muebles», en *Derecho privado europeo*, S. CÁMARA, coord., p. 982; Citado por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, «La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, 2006, pp. 91-122, p. 102): Afirma que «cada vez hay que poner más en entredicho la presunción del poder de disposición del transmitente (...). Al menos para determinado tipo de bienes la apariencia que provoca la posesión debe tener como contrapeso la necesidad de que el tercero se informe de la situación del transmitente». En diverso sentido se pronuncia, por ejemplo, Encarna CORDERO LOBATO («Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 77-90, p. 78), que defiende que «en la mayoría de los casos está fuera de lugar imponer a los terceros como condición de una adquisición segura el que consulten el RBM».

¹²⁹ Al respecto, véase: CORDERO LOBATO, Encarna; «Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria», en *Garantías reales mobiliarias en Europa* (Marcial Pons, 2006, eds. M.^a Elena Lauroba y Joan Marsal, 2006, pp. 77-90, p. 78).

¹³⁰ La cuestión merece una reflexión y estudio más profundo que lo que se proponen estas páginas.

de bienes¹³¹). El comprador de los bienes, que los adquirirá gravados si la garantía está inscrita, los adquiere «libres de toda garantía no inscrita, aun cuando tuviera conocimiento de la misma»¹³². La infraestructura registral del sistema de garantías internacionales diseñado por el Convenio ha sido destacada como uno de sus rasgos modernizadores:

«Un aspecto particularmente innovador del Convenio de Ciudad del Cabo —explica José Ángel Estrella Faria, Secretario-General de UNIDROIT¹³³— consiste en ser el primer instrumento de armonización del derecho privado —con salvedad de las convenciones internacionales sobre registro de derechos de propiedad intelectual— acompañado por una infraestructura operacional que asegura su funcionamiento práctico: el Registro de Garantías Internacionales sobre Bienes Aeronáuticos».

La Guía Legislativa de Naciones Unidas sobre las Operaciones garantizadas (UNCITRAL, 2010) explica que uno «de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas» es la oponibilidad frente a terceros (eficacia *erga omnes* del derecho, distinta de la eficacia *inter partes*), y hace de la inscripción del derecho en un Registro público el «elemento esencial de este concepto»¹³⁴.

La Ley Modelo interamericana sobre Garantías mobiliarias (OEA, 2002) exige la publicidad como requisito de oponibilidad de la garantía, que comenzará a existir desde el momento de la inscripción registral, o bien desde el momento de la entrega o cesión del control sobre la cosa, si bien especifica —curiosamente— que el «comprador o adquirente de bienes muebles enajenados en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del deudor garante recibirá los bienes muebles libre de gravamen»¹³⁵.

La Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL/CNUDMI, 2016) dispone que la garantía mobiliaria se constituya «mediante un acuerdo de garantía»¹³⁶, pero sólo sea oponible frente a terceros desde que se inscriba en el Registro o bien desde la puesta al acreedor en posesión del

¹³¹ Al respecto, entre otros: TORRALBA MENDIOLA, E.; «El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», en *Análisis GA & C*, mayo 2014, www.gpmezacebo-pombo.com, pp. 1-3, p. 2.

¹³² Artículo 29 Convenio de Ciudad del Cabo, 2001.

¹³³ En *El aporte...*, *op. cit.*, p. 3. El autor explica que este Registro, «gestionado por una empresa privada», funciona «exclusivamente por medios electrónicos» y otorga «publicidad a las inscripciones de garantías, pero no es ni constitutivo de derechos ni conservador de documentos».

¹³⁴ Guía UNCITRAL, *Introducción*, A.8. El texto recomienda que la inscripción sea «rápida y poco costosa».

¹³⁵ Artículos 47-48 y 10, con la curiosa excepción de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Modelo OEA 2002, salvo que pueda interpretarse que esta regla es aplicable siempre que no quede probada la mala fe del adquirente.

¹³⁶ Artículo 6.1 de la Ley Modelo UNCITRAL 2016.

bien (lógicamente, cuando se trate de un bien corporal y se opte por este método de oponibilidad a terceros)¹³⁷.

El europeo Marco Común de Referencia (DCFR) diseña un sistema conforme al cual queda protegido el tercero adquirente de buena fe, considerándose que no existe buena fe cuando la garantía mobiliaria estuviera inscrita en el Registro, dado que —en ese caso— el tercero o conocía o, dadas las circunstancias, debía conocer su existencia¹³⁸.

2.2 *La prelación de créditos*

[31] En relación con la prelación de créditos, los textos internacionales y regionales dotan normalmente de igual eficacia a la inscripción registral que a la cesión de la posesión o del poder sobre la cosa. Sin embargo, el Convenio de Ciudad del Cabo da la prelación —en todo caso— a la garantía internacional sobre bienes de equipo inscrita frente a la no inscrita.

La *Introducción* a la Guía Legislativa de Naciones Unidas sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL/CNUDMI, 2010) declara expresamente que el «concepto de prelación es el eje de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas»¹³⁹. El Registro de garantías juega en este sentido un importante papel cuando haya sido el medio empleado para alcanzar la oponibilidad frente a terceros, si bien no se impone sobre la publicidad posesoria cuando esta última haya sido empleada como medio para ese mismo fin. Así, la Ley Modelo sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL/CNUDMI, 2016) propone que el «orden de prelación entre garantías mobiliarias que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el Registro se determinará en función del orden de inscripción, sin tener en cuenta el orden en que se hayan constituido esas garantías», si bien tiene en cuenta como criterio para ordenar la prelación entre garantías mobiliarias en que la oponibilidad se haya alcanzado por otro medio, el momento en que se alcanzó dicho efecto frente a terceros, y —en el caso de conflicto entre dos garantías, que se hicieron oponibles frente a terceros por distintos mecanismos— el «orden en que se haya efectuado la inscripción o se haya logrado la oponibilidad a terceros, según lo que haya ocurrido primero»¹⁴⁰.

En sentido semejante, la Ley Modelo interamericana sobre Garantías mobiliarias (OEA, 2002), prevé que la publicidad de la garantía mobiliaria determinará sus efectos frente a terceros, pudiendo darse ésta registralmente o bien «por

¹³⁷ Artículo 18.1 de la Ley Modelo UNCITRAL 2016.

¹³⁸ Artículo IX.-2:109 DCFR.

¹³⁹ Guía de las Naciones Unidas sobre Garantías mobiliarias (UNCITRAL, 2010), *Introducción*, puntos A.8, y A.1.

¹⁴⁰ Artículo 29 Ley Modelo UNCITRAL 2016.

la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por éste»¹⁴¹.

Conforme al denominado Marco Común de Referencia europeo (DCFR), el orden de prelación queda determinado por el «momento relevante», siendo éste la inscripción registral, o –en su caso– «el momento en que el derecho de garantía se hace de otro modo eficaz frente a terceros»¹⁴².

Sin embargo, como antes quedó apuntado, conforme al Convenio de Ciudad del Cabo sobre Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (UNIDROIT, 2001), tendrán primacía las garantías primeramente inscritas frente a todas las demás, posteriormente inscritas o no inscritas, incluso si al tiempo de inscribir la garantía se tenía conocimiento de la existencia de otra garantía no inscrita.

[32] Lo apuntado hasta el momento encuentra su piedra de toque en la situación concursal, donde el legislador debe conjugar los fines propios de las garantías reales con la finalidad propia del concurso, que consiste en la satisfacción del mayor volumen de créditos pendientes¹⁴³. Como es lógico, la seguridad del tráfico jurídico requiere que, llegado el concurso, la garantía mobiliaria preste al acreedor la misma seguridad que en situaciones extraconcursales, sin que cese –por motivo del procedimiento de insolvencia– la eficacia de su garantía, esto es, su preferencia para el cobro¹⁴⁴.

El modelo americano mantiene la garantía en el procedimiento concursal siempre que ésta se hubiere perfeccionado mediante la correspondiente publicidad; Hasta ese momento, el contrato puede producir efectos entre las partes, y desde ese momento los produce también frente a terceros. No sucede exactamente lo mismo en el vigente sistema español, al menos no para todas las garantías mobiliarias, algunas de las cuales pierden parte de su función si llegara el concurso, al quedar en suspenso y admitirse la intervención judicial o de los administradores del concurso a fin de preservar el valor de los bienes, evitando que sean malvendidos e incluso sujetándolos al servicio de la actividad empresarial a la que estuvieran afectos¹⁴⁵. Con todo, el impacto de lo que aquí veni-

¹⁴¹ Artículos 47-48 y 10 Ley Modelo OEA 2002.

¹⁴² Artículo IX.-4:101 DCFR.

¹⁴³ Una panorámica sintética se logra en GARCÍA VICENTE, J. R.; «Garantías reales y concurso: Últimas reformas y reformas pendientes», *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y prospectiva*, dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 359-369.

¹⁴⁴ En este sentido se pronuncia José María MIGUEL GONZÁLEZ; «Introducción», *Cuestiones Actuales de las garantías reales mobiliarias*, La Ley, 2013, pp. 13-22, pp. 14-18. El autor se refiere a garantías mobiliarias distintas de la prenda, así como figuras asociadas (en particular, a la reserva de dominio, el derecho de retención, o la transmisión de la propiedad en garantía o fiducia *cum creditore*).

¹⁴⁵ Véase, al respecto la obra de R. BLANQUER UBEROS, *Las garantías reales en el concurso* (Cuadernos Civitas, 2006). También, con un carácter más amplio, la ya citada: *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (dir. Elena LAUROBA LACASA, Marcial Pons, 2012).

mos llamando armonización del Derecho de garantías, a impulsos de los textos internacionales de referencia (en especial pudiera decirse que siguiendo los pasos del Convenio de Ciudad del Cabo) se deja sentir: La Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera se caracteriza por la «insensibilidad de esas garantías a las quiebras y embargos, suspensión y aplazamiento derivados de procedimientos colectivos»¹⁴⁶, aspecto plasmado en su transposición por el Real Decreto Ley 5/2005 (antes aludido).

De entre las garantías mobiliarias, se ha recordado que la prenda de créditos no sólo es la única garantía real regulada básicamente en la Ley concursal, sino que además, el hecho de estar reconocida como «privilegio especial en el concurso» despeja enormemente la cuestión de su régimen jurídico, al resolver «su aspecto principal»¹⁴⁷. También el *leasing* es tratado en la Ley concursal como una garantía¹⁴⁸.

VI. CONCLUSIÓN

[33] El panorama actual de las garantías mobiliarias apunta claramente a la necesidad y la lógica de una reforma del Código civil en la materia. Si, como se afirma en ocasiones, el futuro de las garantías está más asociado a las garantías mobiliarias que a las inmobiliarias, es porque se admite el modelo funcional de garantía, que permite al acreedor en muchos casos conservar la posesión del bien objeto de la garantía.

[34] La garantía funcional alude a un concepto amplio de garantía mobiliaria, definida por dos elementos esenciales: 1. La prioridad del acreedor

¹⁴⁶ CANDIAN, Albina; «La Directiva núm. 2002/47 en materia de garantías financieras: ¿El futuro de las garantías reales mobiliarias en Europa?», en *Garantías reales...*, 2006, pp. 231-250, p. 233. Para una perspectiva de conflictos de leyes: F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ; «La Ley aplicable a los acuerdos de garantía financiera: Régimen concursal», en *Garantías reales en escenarios de crisis: Presente y prospectiva*, dir. E. LAUROBA, Marcial Pons, 2012, pp. 227-239.

¹⁴⁷ GARCÍA VICENTE, J. R.; «La prenda de créditos: Aspectos generales», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 27-45, pp. 39-40 y p. 32. Críticos con la redacción del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal se muestran: PANTALEÓN PRIETO, A. F./GREGORACI FERNÁNDEZ, B.; «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, 2014, núm. 20, pp. 15-42.

¹⁴⁸ PARRA LUCÁN, M.^a A.; «La función de garantía del *leasing* financiero mobiliario», en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, 2006, pp. 177-207, (cita en este sentido el artículo 56 LC, p. 180, si bien este artículo habla de «ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas»; a la vez que señala la contradicción existente entre el artículo citado y el artículo 90 LC en esta materia). A juicio de la autora, «sólo en sentido amplio puede hablarse del *leasing* como garantía», calificación que «no permite aplicar al *leasing*, como a veces se pretende, las exigencias de publicidad previstas para la compra a plazos con reserva de dominio» (pp. 180-182).

garantizado para el cobro de la deuda sobre el bien objeto de garantía con preferencia frente a otros acreedores; y, 2. La constitución de la garantía sobre un bien, determinado o determinable, no inmueble.

[35] Junto al concepto funcional de la garantía mobiliaria, la armonización de nuestro sistema debería pasar por la flexibilización del régimen jurídico de las garantías, o, dicho de otro modo, por la ampliación del margen de la autonomía de la voluntad en lo referente a la forma y objeto de la garantía, a la obligación garantizada y a los mecanismos de satisfacción del acreedor.

[36] Para lograr este fin, es necesario complementar el sistema con un adecuado modelo de publicidad, que ha de ser registral. La publicidad registral garantiza la adecuada protección frente al tercero adquirente y el adecuado funcionamiento de la prelación de créditos.

CAPÍTULO 2

EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO RELATIVO A GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE ELEMENTOS DE EQUIPO MÓVIL Y SUS PROTOCOLOS

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL ¹⁴⁹

SUMARIO.—I. *El sistema de Ciudad del Cabo: principios, estructura y evolución.* 1. Origen y contexto. 2. Principios. 3. Claves del sistema de Ciudad del Cabo. 4. Estructura.—II. *El ámbito de aplicación del convenio y sus protocolos: elementos de equipo móvil, de alto valor e identificables.* 1. El criterio de internacionalidad y la aplicación a las transacciones internas. 2. El domicilio del deudor y otros factores de conexión alternativos. 3. Los criterios de movilidad, alto valor e identificación única. 4. La definición de las categorías de objetos en cada protocolo. A) Objetos aeronáuticos. B) Material rodante ferroviario. C) Bienes de equipo espacial. D) Equipo agrícola, minero y de construcción. 5. El tratamiento de partes y componentes y el principio de accesión.—III. *El cuerpo de normas sustantivas uniformes.* 1. Acuerdo de garantía. 2. Acciones en caso de incumplimiento. 3. El tratamiento de la garantía ante la insolvencia.—IV. *El sistema registral.* 1. Características del registro internacional. 2. Esfera de lo inscribible. 3. Normas de prioridad.—V. *La adhesión de España al convenio y el protocolo aeronáutico y su proceso de implementación.* 1. Declaraciones efectuadas en el momento de adhesión al convenio. 2. Análisis de las declaraciones ulteriores al convenio. A) Declaración efectuada bajo el artículo 39(1)(a) sobre derechos o garantías no contractuales. B) Declaración realizada bajo el artículo 40 sobre derechos o garantías no contractuales inscribibles en el registro internacional. C) Declaración realizada bajo el artículo 39(1)(b). D) La relación entre la declaración bajo el artículo 54(2) y la declaración ulterior bajo el artículo 53.3. Declaraciones realizadas al protocolo (punto nacional de acceso e IDERA): estado de la implementación.

¹⁴⁹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2016-77695-P, *La reforma del Derecho español de garantías mobiliarias en un contexto internacional*.

A) El funcionamiento del punto de acceso español. B) Inscripción de IDERA (autorización irrevocable para solicitar la cancelación de la matrícula de la aeronave y el permiso de exportación). 4. Futuras acciones para una implementación efectiva.

I. EL SISTEMA DE CIUDAD DEL CABO: PRINCIPIOS, ESTRUCTURA Y EVOLUCIÓN

1. Origen y contexto

El Convenio de Ciudad el Cabo representa uno de los instrumentos jurídicos internacionales de mayor significación y relevancia en el amplio e intenso proceso de armonización iniciado en la década de los 90 por organizaciones y agencias formuladoras tanto de ámbito regional como internacional¹⁵⁰ (*European Bank for Reconstruction and Development*, OHADA, Banco Asiático de Desarrollo, UNCITRAL, CNUDMI), para establecer un régimen jurídico común y uniforme de las garantías mobiliarias en el marco de las operaciones (transfronterizas) de financiación garantizada con activos (*asset finance*).

El Convenio fue adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica), de la que ha tomado su habitual denominación como Convenio de Ciudad del Cabo, entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001, bajo los auspicios de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law/Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO). Con sus, hoy¹⁵¹, 73 Estados contratantes (más la Unión Europea como Organización Regional de Integración Económica), y en vigor desde el 1 de marzo de 2006, el mapa de ratificaciones confirma el éxito del proyecto, muestra una amplia aceptación internacional y refleja una muy significativa y equilibrada participación de países con economías y tradiciones jurídicas diversas.

El objetivo del Convenio es establecer un régimen uniforme aplicable a los acuerdos de garantía sobre ciertas categorías de bienes de significativa importancia económica e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales, según lo inicialmente previsto) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. Las

¹⁵⁰ Sobre los diversos instrumentos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional según su alcance, naturaleza y carácter vinculante, ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 207, 1993, pp. 37-91.

¹⁵¹ Según datos de fecha 14 de mayo de 2017. Se puede consultar el estado de las ratificaciones (aceptaciones, aprobaciones o adhesiones), así como la entrada en vigor de cada uno de los instrumentos, en www.unidroit.org (Instruments/Security Interests/Status).

operaciones de financiación garantizada sobre activos en un contexto internacional acusan apreciables dificultades añadidas a la propia complejidad de la transacción derivadas, de un lado, de la disparidad en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantías en el Derecho Comparado y, de otro, de las dificultades para su reconocimiento y eficacia derivadas de la inscripción en registros locales y el efecto inadecuado de las normas de conflicto basadas en la *res sitae*. Estos efectos obstaculizadores se agravan de forma particular en sectores intensivos en capital y fuertemente dependientes del crédito, donde los bienes, de alto valor económico, son además inherentemente móviles por su propia naturaleza y las operaciones son naturalmente transfronterizas. Por tal motivo, la iniciativa armonizadora de UNIDROIT acierta al decidir concentrar los esfuerzos de unificación normativa en varios sectores específicos (concretamente, aeronáutico, ferroviario y espacial, y, en proceso, minero, agrícola y de construcción) para poder atender sus concretas necesidades de financiación.

El Convenio debía pues lidiar con dos problemas. De un lado, armonizar soluciones y elaborar reglas uniformes ante la patente disparidad en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantías en el Derecho Comparado. De otro lado, gestionar esta divergencia de enfoques jurídicos en las operaciones transfronterizas en relación con bienes de equipo de inherente movilidad o débil conexión territorial (objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario, equipo espacial). Para ello, se crea un concepto autónomo, unitario y funcional de garantía internacional¹⁵² para el que se establece un marco uniforme de sencillas reglas de prioridad, remedios para los casos de incumplimiento y medidas ante supuestos de insolvencia y se constituye un sistema registral propio para asegurar la oponibilidad a terceros e instrumentar el régimen de prioridad.

2. Principios

No hay un catálogo de principios en el Convenio, pero de los fines enunciados en el preámbulo y de sus disposiciones se extraen los siguientes¹⁵³:

a) Utilidad o sentido práctico, para reflejar adecuadamente las necesidades reales y las características específicas de las operaciones de financiación

¹⁵² GOODE, Roy, «The International Interest as an Autonomous Property Interest», *European Review of Private Law*, vol. 12, num.1, 2004, pp. 18-25.

¹⁵³ Idem, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, third edition, Roma: Unidroit, 2013, par. 2.17, p. 22.

garantizadas con activos y los contratos de arrendamiento con igual propósito, un estilo pragmático que define el modo en que todo el Convenio se aproxima a los problemas que aborda.

b) Autonomía de la voluntad, coherente con un contexto transaccional de relaciones transfronterizas, equipos de elevado valor o gran importancia económica, y operadores experimentados y debidamente asesorados.

c) Previsibilidad, que además de ser guía interpretativa del texto se concreta en diversos aspectos de su funcionamiento como la apuesta por la sencillez y la claridad en el establecimiento de las reglas de prioridad.

d) Transparencia, que preside todo el sistema registral y representa la esencia misma de la solución que ofrece el Convenio al problema regulatorio de las garantías en las modernas transacciones transfronterizas.

e) Sensibilidad a las diversas tradiciones jurídicas nacionales, que se articula lógicamente mediante una red de declaraciones y reservas, pero, sobre todo, que impacta de lleno en el núcleo mismo del Convenio al definir el concepto de garantía internacional. En efecto, como se explica más adelante, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio, el concepto de garantía internacional se diseña como un concepto paraguas que abarca garantías que derivan de diversos contratos (contrato constitutivo de garantía, contrato de venta con reserva de dominio, contrato de arrendamiento). La calificación de la garantía conforme a tales contratos se deja a la legislación nacional.

3. Claves del sistema de Ciudad del Cabo

Como ya se anticipaba, el objetivo del sistema de Ciudad del Cabo es establecer un régimen uniforme aplicable a determinados esquemas de financiación garantizada con activos (*asset-based finance*) sobre ciertas categorías de bienes de significativa importancia económica e inherente movilidad o difusa conexión territorial, que es lo que determina el carácter internacional de las operaciones y el potencial conflicto de jurisdicciones, para facilitar la financiación de la adquisición y el uso de tales equipos en condiciones eficientes.

Con este objetivo, el sistema de Ciudad del Cabo (el Convenio y sus Protocolos) se articula sobre tres elementos clave: una pieza conceptual, el concepto de garantía internacional; una pieza sustantiva, un cuerpo de normas uniformes para las garantías internacionales sobre constitución, prioridad, acciones en caso de incumplimiento e insolvencia; y una pieza adjetiva o registral, el modelo de Registro Internacional.

Primero, la creación de un concepto autónomo, unitario y funcional¹⁵⁴ de «garantía internacional» que agrupa un conjunto de esquemas contractuales¹⁵⁵ con función de garantía (garantías mobiliarias, ventas con reserva de dominio, arrendamientos) para los que establece un conjunto de reglas uniformes sobre constitución, medidas en caso de incumplimiento, efectos de las garantías en caso de insolvencia y prioridad. Por tanto, el Convenio se apoya en la construcción funcional de un concepto *sui generis* de «garantía internacional» que permite la aplicación de las reglas uniformes sobre constitución, efectos y prioridad a diversos esquemas contractuales con función de garantía sobre activos (*asset-based*): acuerdos de garantía, leasing, arrendamiento, o compra-venta con reserva de dominio. La original fórmula de armonización empleada por el Convenio consistente en diseñar un concepto autónomo de garantía internacional de base funcional; es decir, un concepto que agrupa y trata unitariamente diferentes esquemas contractuales en virtud de la función común que desempeñan e independientemente de la forma jurídica que adoptan. Se prima así la «intención» y la «sustancia» sobre la «forma»¹⁵⁶. El empleo de esta estrategia, denominada funcionalista, en el contexto de las legislaciones nacionales sobre garantías mobiliarias retoma un delicado debate entre tradiciones jurídicas en el Derecho Comparado que se puede condensar en el conflicto «funcionalismo *versus* formalismo».

Segundo, por tanto, la formulación de un cuerpo de reglas sustantivas uniformes aplicables a las garantías internacionales sobre constitución, oponibilidad, prioridad, acciones del acreedor en caso de incumplimiento y tratamiento de la garantía en caso de insolvencia.

Con una original y pragmática estructura dual Convenio-Protocolo, el instrumento de UNIDROIT ha podido adaptar y hacer aplicables el marco uniforme general proporcionado por las disposiciones comunes del Convenio a las particularidades de cada categoría de equipo mediante la adopción de un Protocolo específico; a la vez que ha permitido un avance del proceso de armo-

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, pp. 1605-1652.

¹⁵⁵ GARRO, Alejandro M., «El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas», en LARROUMET, Christian (Ed.) *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Paris: Panthéon-Assas, 2016, pp. 87-99.

¹⁵⁶ Con esta contraposición entre «forma» y «sustancia» se resume el debate, aún abierto, entre «funcionalismo» y «formalismo» al que nos referimos más adelante en este trabajo. BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions», 44 *McGill Law Journal*, 1998-1999, pp. 567-664.

nización a diversas velocidades según el grado de impulso o receptividad del sector o la dificultad de alcanzar soluciones adecuadas.

Tercero, el diseño de un Registro Internacional para cada categoría de objetos que permite la inscripción de las «garantías internacionales» (y otros derechos y situaciones inscribibles) para conferirles oponibilidad frente a terceros y articular las reglas de prioridad. Sintéticamente ¹⁵⁷ se puede describir el sistema registral de Ciudad del Cabo como un Registro electrónico de carácter internacional, estructurado mediante el sistema de folio real, para la inscripción no constitutiva de determinados derechos y garantías sobre determinadas categorías de bienes identificables de forma única con preferencia de rango ordenada por prioridad cronológica, con eficacia frente a terceros con independencia de la buena fe y a cargo de un Registrador «pasivo» que no lleva a cabo calificación registral; de consulta universal *on-line*, y sin aportación documental –*notice-filing* (o más precisamente modelo *notice registry* o *notice registration* ¹⁵⁸)–.

En el estado actual de desarrollo del sistema de Ciudad del Cabo, el Registro Internacional para objetos aeronáuticos es el único en funcionamiento y se encuentra plenamente operativo. De hecho, la dependencia de las reglas sustantivas del Convenio/Protocolo del sistema registral exige una plena coordinación entre la entrada en vigor del Protocolo y la puesta en marcha del Registro correspondiente ¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Un estudio detallado del Registro Internacional en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, en capítulo II.

¹⁵⁸ Precisa acertadamente CUMING, Ronald C. C., «Considerations in the design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 275-288, en p. 275 que el término *filing* pertenece a un escenario precisamente de aportación documental en el que se «archivan» los documentos presentados, mientras que en un entorno electrónico como el del Registro Internacional es más correcto emplear la expresión *registration* en la medida que el sistema registral se basa en «registros o anotaciones electrónicas». En el particular caso del Registro Internacional para elementos de equipo aeronáuticos, es además un modelo *notice-based* dada la mínima información susceptible de inscripción registral.

¹⁵⁹ En la *Resolution No. 1 of the Luxembourg diplomatic Conference on 23 February 2007* se constituye una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission – Rail PrepCom*) para la puesta en funcionamiento del Registro Internacional para material rodante ferroviario. En 2014 se designa y concluye el acuerdo con Regulis SA (filial de SITA) para la gestión del registro.

En la *Resolution 1 relating to the setting up of the Preparatory Commission for the establishment of the International Registry for Space Assets*, Anexo II del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Berlín, UNIDROIT 2012 –DCME–SP– Doc. 43, se fija un plazo de tres años desde la adopción del Protocolo el 9 de marzo de 2012 para la puesta en funcionamiento del sistema registral y la entrada en vigor del Protocolo espacial. En la sesión de diciembre de 2015, la Comisión Preparatoria (*Space PrepCom*) constituida con este objetivo finaliza la elaboración del Reglamento del Registro. En esta misma sesión se abordó la selección de la entidad encargada del registro y la designación de Autoridad de Supervisión.

4. Estructura

Uno de los rasgos más distintivos del sistema de Ciudad del Cabo es su original estructura modular y en dos niveles ¹⁶⁰. El sistema se compone, en un primer nivel, de un cuerpo único de normas generales contenidas en el Convenio y, en un segundo nivel, de un conjunto de disposiciones específicas para cada categoría de elementos de equipo móvil que se van articulando en diversos Protocolos. El carácter modular del sistema se despliega a través de los Protocolos con los que el Convenio interactúa, no bajo una relación de subordinación propia de un desarrollo reglamentario, sino como dos piezas complementarias que conforman conjuntamente, en cada caso, el Convenio aplicable a la categoría de objetos correspondiente. Así, en efecto, cada Protocolo contiene reglas específicas para la categoría de elementos de equipo móvil a la que se aplica —que pueden ampliar, alterar o derogar las reglas generales del Convenio—, determina la entrada en vigor del Convenio en relación con tal categoría de bienes y define exactamente el ámbito de aplicación, de modo que, en caso de discordancia entre las disposiciones del Convenio y las del Protocolo, prevalecen las de éste último por su especificidad.

La estructura en dos niveles del sistema y su operativa modular han sido, sin duda, uno de los factores coadyuvantes de su éxito y facilitador hoy de su expansión. La decisión, a lo largo del proceso de elaboración, de desvincular la formulación de las normas generales de las disposiciones específicas para cada categoría de elementos de equipo móvil permitió que la negociación se desarrollara a ritmos diferentes, atendiendo a las particularidades de cada sector e interactuando con la industria. De ese modo, el proceso pudo concluir con éxito con la adopción en 2001 del Convenio y el Protocolo Aeronáutico.

Como consecuencia de este original sistema de Convenio-Protocolos, el Convenio no puede operar independientemente de sus Protocolos, ni tampoco naturalmente podría hacerlo un Protocolo sin la cobertura del Convenio. Convenio y Protocolo, de hecho, conforman conjuntamente un único instrumento que ha de interpretarse como tal (art. 6.1 Convenio). El Convenio define originariamente su ámbito de aplicación en relación con tres categorías de objetos (art. 2.3.) pero no entra en vigor con respecto a una determinada categoría de elementos de equipo (art. 49.1 ¹⁶¹) hasta que se haya adoptado el Protocolo

¹⁶⁰ Que explico y describo con más detalle en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico...*, op. cit., pp. 28 y ss.

¹⁶¹ Artículo 49.1 del Convenio: «El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, pero únicamente respecto a las categorías de objetos a las cuales se aplica

correspondiente y además lo hace con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo. De modo que el Convenio, en relación con el equipo aeronáutico y sólo para tal categoría de bienes, (conjuntamente con el Protocolo Aeronáutico) entró en vigor el 1 de marzo de 2006. Una vez en vigor, conforme al artículo 49.2 Convenio, para cada Estado Contratante entrará en vigor únicamente respecto a las categorías de objetos a las cuales se aplica el o los Protocolos que el Estado haya ratificado, se haya adherido, aceptado o aprobación y con sujeción a dicho/s Protocolo/s.

Los Protocolos relativos a las tres categorías de bienes originariamente definidas en el Convenio (artículo 2.3) ya han sido adoptados - Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, el 16 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1 de marzo de 2006 (Protocolo Aeronáutico); Protocolo sobre material rodante ferroviario, el 23 de febrero de 2007 (en adelante, Protocolo Ferroviario o de Luxemburgo); Protocolo sobre bienes de equipo espacial, el 9 de marzo de 2012 (en adelante, Protocolo Espacial)—, si bien, de conformidad con el artículo 49, del Convenio, sólo el Protocolo Aeronáutico está actualmente en vigor¹⁶².

La estructura modular también confiere al sistema de Ciudad del Cabo una importante capacidad de expansión. De conformidad con el artículo 51 del Convenio, se contempla la posibilidad de que se valore extender la aplicación del Convenio de Ciudad del Cabo a otros elementos de equipo móvil que, no estando expresamente mencionados en el artículo 2.3, sean de gran valor e inequívocamente identificables. Con este método sectorial y quirúrgico, el sistema de Ciudad del Cabo demuestra una interesante fuerza expansiva.

Así, en 2014, el *UNIDROIT Governing Council* convino¹⁶³, tras la consecución de estudios y consultas previas¹⁶⁴, crear un *Study Group*¹⁶⁵ para discutir

un Protocolo: a) a partir del momento de entrada en vigor de ese Protocolo; b) con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo; y, c) entre los Estados que son partes en el presente Convenio y en dicho Protocolo.»

¹⁶² Para consultar el estado de las ratificaciones (aceptaciones, aprobaciones o adhesiones), así como la entrada en vigor de cada uno de los instrumentos, se puede acceder a www.unidroit.org (Instruments/Security Interests/Status).

¹⁶³ El Consejo acordó la constitución de un grupo de estudio para la elaboración del proyecto de Protocolo en su 93.^a sesión. El proyecto de Protocolo se aprobó en la 95.^a sesión, mayo 2016. En diciembre de 2016, se celebró un Simposio para la presentación por la Secretaría y el *Study Group* del borrador del texto con la participación de 16 Estados miembros.

¹⁶⁴ El proyecto del MAC Protocol se adoptó en el Programa de Trabajo de UNIDROIT en 2005. En 2006 se preparó un primer estudio preliminar sobre la viabilidad del MAC Protocol y se consultó a los Estados, recibiendo apoyo en términos generales. En 2009 y 2010, se llevaron a cabo consultas con la industria (Alemania y Estados Unidos). El estudio preparado por el *Center for the Economic Analysis of Law* (CEAL) en 2012/2013 estimó que un futuro MAC Protocol podría incrementar las ventas de este tipo de equipo hasta 600 Millones de USD en un periodo de 5 a 7 años e incrementar el PIB global en 3 trillones de USD.

¹⁶⁵ La autora de este trabajo ha sido miembro del *Study Group* junto con los profesores Mooney, Riffard, Von Bondungen, y Michel Deschamps. Todos los materiales de las reuniones, los borradores del

y elaborar un posible cuarto Protocolo para elementos de equipo en los sectores minero, agrícola y de construcción (*MAC Protocol*). El denominado MAC Protocol ha sido elaborado por el *Study Group*¹⁶⁶, siguiendo la estructura, la lógica y los principios de los protocolos previos (Aeronáutico, Espacial, y Ferroviario), y limitando así las desviaciones de las soluciones previas a aquellos casos que las especificidades de los sectores y de los objetos así lo han requerido. Ofrece, por tal motivo, un ilustrativo modelo de prueba para valorar la solidez de los principios del sistema de Ciudad del Cabo y la maleabilidad de sus principales soluciones, a la vez que plantea algunos desafíos que requieren un esfuerzo creativo y de adaptación del esquema del Convenio y los Protocolos previos.

Bajo la cobertura del artículo 51, el sistema de Ciudad del Cabo podrá expandirse, con futuros Protocolos, a otros sectores para la financiación del uso y la adquisición de equipos que satisfagan los criterios de identificabilidad, elevado valor y movilidad¹⁶⁷.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO Y SUS PROTOCOLOS: ELEMENTOS DE EQUIPO MÓVIL, DE ALTO VALOR E IDENTIFICABLES

El ámbito de aplicación del sistema de Ciudad del Cabo viene determinado, primero, por las reglas generales del Convenio que fijan los factores de conexión y describen los criterios generales de aplicación para todas las categorías de objetos y, segundo, por los criterios específicos de definición del objeto para cada categoría de elementos de equipo establecidos en el correspondiente Protocolo. Las particularidades de cada sector han requerido la implementación de fórmulas diversas de delimitación del ámbito objetivo y de descripción de los objetos a los que se aplica el régimen uniforme.

Las secciones 1, 2 y 3 a continuación analizar las reglas generales y comunes a todos los Protocolos, actuales y futuros. Bajo la sección 4 se estudian con detalles las reglas específicas establecidas en los Protocolos para cada categoría de bienes, incluyendo tanto los Protocolos adoptados hasta la fecha

texto, los informes solicitados y remitidos, y las versiones anotadas del Protocolo están disponibles en <http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/mac-protocol>.

¹⁶⁶ Los días 20 a 24 de marzo de 2017 se celebró en Roma la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales sobre el MAC Protocol. Las reuniones contaron con la asistencia de 128 participantes de 48 países y 11 organizaciones internacionales.

¹⁶⁷ BÖGER, Ole, «The case for a new Protocol to the Cape Town Convention covering security over ships», *Cape Town Convention Journal*, vol. 5:1, 2016, pp. 73-102.

—objetos aeronáuticos [*infra* 4.a)], material rodante ferroviario (*infra* 4.b), bienes de equipo espacial [*infra* 4.c)]—, como los que se encuentran en proceso de aprobación —equipo agrícola, minero y de construcción [*infra* 4.d)]—. La particular determinación de los bienes sujetos al ámbito de aplicación objetivo del Convenio plantea interesantes cuestiones sobre el tratamiento de partes, componentes y accesorios. Cada Protocolo adopta soluciones específicas y adecuadas a las características de los bienes en cada sector, que se exponen y comparan en la sección 5 de este apartado para concluir.

1. El criterio de internacionalidad y la aplicación a las transacciones internas

La postura adoptada en el sistema de Ciudad del Cabo para abordar la cuestión de la internacionalidad se articula con una solución original y pragmática que se encuentra, de hecho, en el origen de la necesidad de establecer un marco uniforme para los elementos de equipo móvil. Así, a diferencia de otros instrumentos internacionales, el Convenio no trata el carácter internacional de forma separada ni expresa, sino que lo presume inherente a la movilidad, real o potencial, de los objetos a los que se aplica. Esta aproximación a la internacionalidad ataca directamente la raíz de la dificultad regulatoria de las operaciones de financiación garantizada sobre elementos naturalmente móviles, con respecto a los cuales la *lex res sitae* resulta inadecuada o inoperante.

El efecto derivado de esta decisión de política legislativa es que el Convenio se aplica tanto a operaciones internacionales como a transacciones puramente internas, en las que todas las partes y el objeto afectado estén situados en el mismo Estado contratante en el momento de conclusión del acuerdo. El objeto puede variar su localización posteriormente, dotando a la operación de carácter transfronterizo, o permanecer en el Estado originario, manteniendo su ámbito nacional, y, en todo caso, puede hacerlo sin conocimiento del acreedor. O incluso, una transacción internacional puede derivar de una transacción previa originalmente interna (un sub-leasing que provenga de una operación previa de leasing nacional)¹⁶⁸. Todas estas vicisitudes resultan, en el esquema original del Convenio, irrelevantes, de modo que el instrumento internacional se aplica en todo caso por razón del objeto y el acuerdo de garantía.

No obstante, para atender la oposición de algunos Estados expresada durante las negociaciones a renunciar totalmente a la aplicación del Derecho in-

¹⁶⁸ GOODE, Roy, *Official Commentary, third edition, op. cit.*, p. 145 y par. 4.318, p. 397.

terno a operaciones puramente nacionales, se ha arbitrado en el Convenio una solución de compromiso en el catálogo de declaraciones. Así, un Estado podrá emitir una declaración, en el momento mismo de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación (artículo 50 del Convenio) al Protocolo o en un momento cualquiera posterior (artículo 57 del Convenio), por la que el Convenio no se aplique a una transacción que es una transacción interna con respecto a ese Estado y en relación con todos los tipos de objetos o algunos de ellos. Esta declaración de inaplicación no tiene, sin embargo, más que un efecto limitado. De un lado, porque si bien una garantía nacional no puede ser a todos los efectos una garantía internacional, le resultan, en todo caso, de aplicación los artículos 8 (4), 9 (1), 16, 29 y todas las provisiones aplicables a garantías o derechos inscritos (capítulo V, en particular, y además artículos 30, 35 (1) o 40 del Convenio). De otro lado, porque sólo si la garantía creada o provista por una transacción interna –tal y como es definida en el artículo 1 (n) del Convenio– está además inscrita en un registro nacional¹⁶⁹ –definición de garantía nacional según el artículo 1 (r) del Convenio–, resulta efectiva la declaración, para no distorsionar la estructura registral y de prioridad del Convenio. En efecto, las garantías nacionales pueden protegerse, resultándoles de aplicación las reglas de prioridad del Convenio como si de garantías internacionales se tratara, mediante la inscripción de un aviso de garantía nacional [artículo 1 (t) del Convenio] en el Registro Internacional.

Por tanto, una «garantía nacional» requiere la concurrencia de tres requisitos: que en el momento en que se celebra el contrato todos los intereses de las partes y el objeto estén localizados en un mismo Estado; que la garantía se haya inscrito en un registro nacional de ese mismo Estado; y que tal Estado haya emitido oportunamente la declaración al respecto del artículo 50¹⁷⁰. Si no se satisface alguno de estos elementos, el Convenio resultará aplicable íntegramente a la transacción y a la garantía por ella creada o provista¹⁷¹.

El requisito cuya determinación resulta más compleja y delicada es, sin duda, el de la localización del objeto. El Convenio ya había logrado eludir esta cuestión con su original fórmula de internacionalidad y, de hecho, en este pun-

¹⁶⁹ La rigurosidad interpretativa de este requisito de la inscripción previa es tal que resulta indiferente que la falta de inscripción se deba al hecho de que la garantía en cuestión no es inscribible bajo el Derecho nacional aplicable, el Estado contratante carezca incluso de registro o la persona legitimada no haya efectuado simplemente la inscripción.

¹⁷⁰ Como referencia, de los 73 Estados contratantes (más una Organización Regional de Integración Económica) en la fecha de la última consulta tan sólo 5 Estados habían depositado una declaración de acuerdo con el artículo 50 del Convenio (China, México, Panamá, Turquía y Ucrania). Disponible toda la información actualizada en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown> (última consulta 02/04/2017).

¹⁷¹ GOODE, Roy, *Official Commentary, third edition, op. cit.*, pars. 2.246-2.247, pp. 145-146.

to remite a los Protocolos la determinación de los criterios para establecer la situación del objeto en un Estado a los efectos de calificar la transacción como puramente interna.

En lo que se refiere a los objetos aeronáuticos, el artículo IV (2) establece los factores específicos de conexión a los efectos de la calificación de una «transacción interna». Dada la variedad de objetos aeronáuticos cubiertos por el Protocolo y su diverso tratamiento registral en las jurisdicciones nacionales, se prevén tres criterios especiales de localización: el Estado de matrícula de la aeronave de la cual es parte para determinar la localización de una célula de aeronave o de un motor de aeronave instalado, pues ambos objetos carecen de matrícula propia y separada; el lugar donde está físicamente situado para determinar la ubicación de un motor de aeronave no instalado y, por tanto, al que no podemos aplicar el criterio anterior; el Estado de su matrícula para situar un helicóptero, pues es objeto de matriculación propia.

El Protocolo Ferroviario diseña una fórmula específica y adaptada a las particularidades del material rodante para determinar el criterio de localización que define las transacciones internas. Así, de conformidad con el artículo XXIX.2¹⁷², a los efectos de una declaración bajo el artículo 50 del Convenio habrá de entenderse como transacción interna aquella relativa a un objeto (material rodante ferroviario) que, en su uso normal, sólo pueda operar sobre un sistema ferroviario específico en el Estado que realiza la declaración por razón del ancho de vía u otros elementos de diseño del equipo.

En el caso de los bienes de equipo espacial, la determinación de los criterios para considerar que un bien de equipo espacial está situado en un Estado resulta especialmente compleja y ha de tener en cuenta dos consideraciones particulares. De un lado, el hecho de que los bienes de equipo espacial pueden encontrarse en diversas fases operativas y de explotación, desde la fase terrestre y pre-lanzamiento a la orbital. Mientras que cuando el dispositivo se encuentra en tierra, no hay problema alguno para determinar su situación física, en el resto de fases de lanzamiento y puesta en órbita es preciso articular criterios específicos. De otro lado, la consideración de que el caso de los satélites y otros dispositivos espaciales no se produce, en realidad, un efecto transfronterizo sino un auténtico efecto de a-nacionalidad o a-territorialidad. El Protocolo opta por el criterio del registro para determinar la situación del bien de equipo espacial para los fines de calificar

¹⁷² Artículo XXIX.2 Protocolo Ferroviario: «For the purposes of Article 50(1) of the Convention, an «internal transaction» shall also mean, in relation to railway rolling stock, a transaction of a type listed in Article 2(2)(a) to (c) of the Convention where the relevant railway rolling stock is only capable, in its normal course of use, of being operated on a single railway system within the Contracting State concerned, because of track gauge or other elements of the design of such railway rolling stock.»

la transacción como nacional o puramente interna. De modo que, según el artículo I.3 se entenderá localizado en el Estado contratante que registra el bien de equipo espacial, o en cuyo registro el bien es inscrito, como «objeto espacial» a los fines de algunos de los instrumentos internacionales de Derecho Espacial¹⁷³.

En el futuro MAC Protocol sobre bienes de equipo agrícola, minero y de construcción no se contiene una regla específica para determinar la localización del objeto a los efectos de la calificación de una transacción como transacción interna. Considerando las categorías de bienes cubiertos por este cuarto Protocolo, la determinación de la situación del objeto no plantea dificultades especiales ni requiere un tratamiento diferente al del motor no instalado, bajo el Protocolo Aeronáutico. Por tanto, será la ubicación física del equipo la que determine su localización.

La situación del objeto es también relevante para la aplicación de un reducido número de disposiciones del Convenio y el Protocolo correspondiente. En algunos supuestos, los textos uniformes se remiten a la jurisdicción nacional competente y para determinarla se recurre al criterio de la ubicación del objeto. En particular, en lo que se refiere a los bienes de equipo espacial, la aplicación del artículo 43.1 del Convenio, sobre adopción de medidas provisionales¹⁷⁴, y del artículo XXII del Protocolo, sobre asistencia entre jurisdicciones en casos de insolvencia, dependen del Estado contratante donde se encuentre localizado el bien. Cuando el dispositivo no está en tierra, se considerará que este Estado contratante es alguno de los siguientes: el Estado contratante que haya registrado el objeto espacial (según nos hemos referido anteriormente conforme al artículo I.3); el Estado contratante que haya emitido la licencia que permite operar el bien de equipo espacial; o el Estado contratante en el que se encuentre el centro de la misión de control de tal dispositivo. No hay en el Protocolo ni una regla de prioridad entre las jurisdicciones potencialmente competentes ni criterios para resolver un posible conflicto.

¹⁷³ En particular: «i) el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, firmado en Londres, Moscú y Washington D. C. el 27 de febrero de 1967; ii) el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, firmado en Nueva York el 14 de enero de 1975; o, iii) la Resolución 1721 (XVI) B de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1961».

¹⁷⁴ Artículo 43.1 del Convenio: «Los tribunales de un Estado contratante elegidos por las partes y los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio está situado el objeto tienen jurisdicción para ordenar medidas en virtud de los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 13 y del párrafo 4 del artículo 13 respecto a dicho objeto.»

Las medidas del artículo 13 a las que se refiere esta disposición son: a) la conservación del objeto y su valor; b) la posesión, el control o la custodia del objeto; c) la inmovilización del objeto; y cualquier otra medida provisional que pueda ser ordenada, aplicándose todas ellas de manera comercialmente razonable (artículo 8.3 del Convenio).

El MAC Protocol ofrece también otro interesante caso en el que la situación del objeto es relevante para la determinación de la ley aplicable. El artículo VII, en la versión del instrumento discutida en la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales ¹⁷⁵, regula los efectos de la asociación de un objeto (bien de equipo agrícola, minero o de construcción) con un inmueble por razón de su instalación, incorporación, uso, función o destino –denominado en el Protocolo «immovable-associated equipment» ¹⁷⁶–. El tratamiento de estas situaciones de asociación o relación estrecha, física o funcional, entre el bien mueble y el bien inmueble, en las diversas jurisdicciones es notablemente dispar tanto en los criterios para su calificación, como en las consecuencias jurídicas ¹⁷⁷. Por ello, el Study Group propuso que el artículo VII se articulara como una disposición alternativa que contemplara tres diversas soluciones para que los Estados optaran mediante una declaración en el momento de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación del Protocolo ¹⁷⁸. Tanto la aplica-

¹⁷⁵ Study 72K–CGE1–Doc. 2 corr., disponibles en <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge01/s-72k-cge01-02corr-e.pdf>.

¹⁷⁶ Concepto uniforme que el Protocolo define en el artículo I.2.f) como «immovable-associated equipment» means agricultural, construction or mining equipment that is so associated with immovable property that an interest in the immovable property extends to the equipment under the law of the State in which the immovable property is situated».

¹⁷⁷ Sobre esta cuestión y el impacto creciente en la armonización de las normas sobre garantías mobiliarias, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Right of Accession, Ownership of Property, and Extension of Security Interests: Concepts, Conflicts, and Rules», *Philippines Journal of Legal Education*, vol. III, 2016, pp. 1-30. El trabajo concluye que la cada vez más visible colisión entre derechos de garantía sobre bienes muebles, sujetos a reglas uniformes, y la dispar regulación de las garantías sobre bienes inmuebles pone de manifiesto la necesidad de plantear iniciativas para el progresivo acercamiento de las normas nacionales sobre garantías sobre inmuebles.

¹⁷⁸ Article VI.–Association with immovable property. «1. This Protocol does not affect the application of any domestic laws that determine whether an international interest in immovable-associated equipment ceases to exist, is subordinated to any other rights or interests in the immovable-associated equipment, or is otherwise affected by the association of the equipment with immovable property, where the immovable-associated equipment is situated in a non-Contracting State. 2. A Contracting State, shall, at the time of ratification, acceptance, approval of, or accession to this Protocol, declare that the entirety of Alternative A, B, or C of this Article shall apply in relation to an international interest in immovable-associated equipment which is situated in the Contracting State. *Alternative A*: 3. An international interest in agricultural, construction or mining equipment continues to exist and retains its priority as against any other rights or interests in the immovable-associated equipment and is not otherwise affected by the association of the equipment with the immovable property, notwithstanding that the equipment is immovable-associated equipment. *Alternative B*: 3. This Protocol does not affect the application of any domestic laws that determine whether an international interest in immovable-associated equipment ceases to exist, is subordinated to any other rights or interests in the immovable-associated equipment, or is otherwise affected by the association of the equipment with immovable property to the extent that the equipment loses its individual legal identity. 4. Where agricultural, construction or mining equipment subject to an international interest is immovable-associated equipment and to the extent that it has not lost its individual legal identity, an interest in the immovable property that extends to that equipment has priority over the registered international interest in the equipment only if the following conditions are fulfilled: (a) the interest in the immovable property has been registered in accordance with the requirements of domestic law prior to the time of registration of the international interest in the equipment under this Protocol and registration

ción de la declaración efectuada por cada Estado como las consecuencias previstas bajo cada uno de las alternativas que la disposición ofrece tienen como punto de conexión la situación el objeto que ha devenido un bien de equipo asociado a un inmueble («immovable-associated equipment») y que es, naturalmente, la ubicación del bien inmueble.

2. El domicilio del deudor y otros factores de conexión alternativos

El Convenio suple la determinación de criterios de internacionalidad con la asunción de una naturaleza inherentemente móvil de los objetos. De esta movilidad, efectiva, potencial, o simplemente asumida, de los objetos resulta la consecuente inadecuación de la *lex res sitae*¹⁷⁹ como regla de conflicto. Por tanto, el Convenio adopta como factor de conexión general la situación del deudor en un Estado contratante en el momento de la celebración del contrato. El domicilio o la situación del acreedor, la situación del objeto, u otras circunstancias de la transacción son irrelevantes para la determinación de la aplicación del Convenio si el deudor está situado en un Estado contratante en el momento de la celebración del contrato. Por lo que también sería irrelevante para la aplicación del Convenio si la situación del deudor variara en un momento ulterior o fuera diferente en un momento previo a la celebración del contrato de garantía. A los efectos de determinar el lugar en el que está situado el deudor, el artículo 4 del Convenio ofrece cuatro alternativas: la ley bajo la que se haya constituido o formado, el lugar de su sede social o estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el lugar en el que esté situado su establecimiento comercial principal, si tiene varios, o, en su defecto, su residencia habitual. Si conforme a cualquiera de estos criterios, se considera que el deudor está situado en un Estado contratante, se aplica el Convenio con respecto a la categoría de bienes que corresponda.

of the interest in the immovable property continues to be effective; and (b) the equipment became associated with the immovable property prior to the time of registration of the international interest in the equipment under this Protocol. *Alternative C*: 3. This Protocol does not affect the application of any domestic laws that determine whether an international interest in immovable-associated equipment ceases to exist, is subordinated to any other rights or interests in the immovable-associated equipment, or is otherwise affected by the association of the equipment with immovable property. «

¹⁷⁹ Cuando la naturaleza de los bienes es tendencialmente móvil, «it is no solution to say that the *lex situs* governs: we require to know which *lex situs* to apply» –MORRIS, «The Transfer of Chattels in the Conflict of Law», 22 *British Yearbook of International Law*, 1945, pp. 232-248, cita en p. 233 -. Los resultados de esta «movilidad» reguladora no son en absoluto satisfactorios, SCHILLING, Theodor J. R., «Some European decisions on non-possessory security rights in Private International Law», 34 *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pp. 87-114.

La situación del deudor es el factor general y común de conexión para todos los Protocolos. No obstante, el Protocolo Aeronáutico añade un factor de conexión adicional para ampliar la esfera de aplicación del Convenio en relación con los objetos aeronáuticos [art. II (2) del Protocolo]. Sin perjuicio de los casos en los que resulte de aplicación el Convenio en virtud de la situación del deudor, además se aplicará en relación con un helicóptero o con una célula de aeronave perteneciente a una aeronave, inscritos en el registro de aeronaves de un Estado, denominado el Estado de matrícula, que sea un Estado contratante. Es un criterio adicional y alternativo, pero no un requisito necesario y acumulativo en el caso de objetos aeronáuticos, es decir, si el deudor está situado en un Estado contratante, no es relevante que el Estado de Registro no sea un Estado contratante (y a la inversa)¹⁸⁰. Naturalmente este factor de conexión alternativo (Estado de matrícula) no resulta aplicable a los motores de aeronaves pues estos no son susceptibles de inscripción o matrícula en los referidos Registros. Por tanto, puesto que la ubicación real del motor es irrelevante, la regla general de la situación del deudor en un Estado contratante será la que única que pueda determinar la aplicación del Convenio en conjunción con el Protocolo Aeronáutico.

3. Los criterios materiales de movilidad, alto valor e identificación única

Desde su origen, las decisiones de política legislativa y las soluciones conceptuales y estructurales más características del sistema de Ciudad del Cabo han venido determinadas por una singular y muy clara delimitación objetiva. El sistema uniforme se diseña para categorías de bienes móviles (elementos de equipo móvil), de alto valor, e identificables (de forma única). En las operaciones de financiación para la adquisición y el uso de estas categorías de bienes los problemas regulatorios, derivados de la inadecuación de la *lex situs*, y económicos (sectores intensivos en capital, naturaleza cíclica, estructura competitiva, complejidad técnica, alto valor de los bienes)¹⁸¹, se presentan con especial severidad y, por tanto, la necesidad de armonización resulta par-

¹⁸⁰ DESCHAMPS, Michel, «Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», *Rev. Dr. Unif./Unif. L. Rev.*, 2002-1, pp. 17-48, en p. 20.

¹⁸¹ Con respecto a la industria aeronáutica, SAUNDERS, Anthony; Srinivasan, Anand; WALTER, Ingo; WOOL, Jeffrey, «The Economic Implications of International Secured Transactions Law Reform: A Case Study», 20 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1999, pp. 309-352.

ticularmente intensa y acuciante en un contexto naturalmente transfronterizo con una marcada divergencia entre los sistemas nacionales ¹⁸².

La lógica del sistema de Ciudad del Cabo y su modelo de registro están vertebrados, de hecho, por la concurrencia en las categorías de objetos de estos tres criterios de movilidad, alto valor y carácter identificable. El Convenio, no obstante, no recoge de forma expresa los tres criterios al delimitar el ámbito de aplicación objetivo. Su referencia es indirecta, se presume, o se asocia al propio funcionamiento del registro. Así, según el artículo 2, una garantía internacional es una garantía constituida conforme al Convenio (artículo 7) sobre un objeto inequívocamente identificable de entre las categorías de elementos de equipo móvil enumeradas en el párrafo tercero de la propia disposición –células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; material rodante ferroviario; bienes de equipo espacial–. En la selección de estas categorías de bienes y su posterior determinación en el Protocolo sectorial, se tratan de satisfacer los tres criterios guía del sistema. En primer lugar, la movilidad se presume y no ha de constatar en cada transacción, de modo que la ausencia de un factor transfronterizo efectivo es irrelevante para la consideración del equipo como un objeto sujeto al Convenio. En segundo lugar, el alto valor no se estima ni se fija, sino que se considera naturalmente asociado al tipo de equipo seleccionado. En tercer lugar, la identificación única –matrícula, número de serie, modelo, otros identificadores– es un requisito esencial del funcionamiento del modelo registral ordenado por hoja real, si bien no lo es necesariamente para la creación de la garantía internacional en relación con todas las categorías de bienes. En efecto, mientras que el Protocolo Aeronáutico (artículo VII) considera necesario para la identificación del objeto en el acuerdo

¹⁸² La actual heterogeneidad conceptual y normativa parece tener sus raíces en la diferente acogida en el siglo XIX de las figuras del Derecho romano –ZWALZE, Willem J., «A Labyrinth of Creditors: a short introduction to the history of security interests in goods», en KIENINGER, Eva-Maria, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 38-53. Tal divergencia de actitudes se acentúa entre los sistemas del *common law*, que muestran una tendencia más orientada a los acreedores, y los del *civil law*, más propensos a atender las necesidades de los deudores– GOODE, Roy, «The Changing Nature of Security Interests», en NORTON, Joseph J.; ANDENAS, Mads (ed.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London: Kluwer Law International, 1998, pp. 1-4. Una incomprensión mutua que parte de la diversidad, casi incompatibilidad, de principios en materia de transmisión de la propiedad y se extiende a toda la disciplina de las garantías mobiliarias – DROBNIG, Ulrich, «Transfer of Property», en HARTKAMP, Arthur *et al.* (Ed.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Kluwer Law International, 2004, pp. 725-740; DROBNIG, Ulrich, «A Comparative Introduction to Security over Movables and Intangibles», en NORTON, Joseph J.; ANDENAS, Mads (Ed.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London: Kluwer Law International, 1998, pp. 5-13; y en la misma obra, WOOD, Philips R., «World-wide Security-classification of Legal Jurisdictions», pp. 39-47. Esta divergencia de principios puede sintetizarse en los siguientes juegos de variables: funcionalismo-formalismo, tipicidad-atipicidad de los derechos reales; principio de causalidad-principio de abstracción; prohibición o admisión del pacto comisorio; principio de publicidad-garantías ocultas.

de garantía la indicación del número de serie del fabricante, el nombre del fabricante y el modelo, tanto el Protocolo Ferroviario (artículo V) como el Protocolo Espacial (artículo VII) –así como recientemente el MAC Protocol (artículo V)– permiten la identificación en el contrato del objeto por unidad, por tipo o de forma genérica con una mención a todos los bienes de equipo de tal categoría presentes y futuros.

Los criterios del alto valor y la movilidad, de un lado, y el carácter identificable de forma única, de otro, facilitan además una relación de complementariedad entre el sistema de Ciudad del Cabo y otros instrumentos internacionales de armonización. Así, en particular, la Ley Modelo de CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, como referencia de un instrumento de armonización genuinamente internacional, prevé la coordinación con el sistema de Ciudad del Cabo en la implementación por los Estados de procesos de reforma o modernización de su legislación interna conforme a la Ley Modelo¹⁸³. Los Estados podrán decidir (artículo 1.3, letra e)¹⁸⁴ que la ley de garantías mobiliarias que adopten no se aplique a determinadas garantías mobiliarias por razón del objeto. Entre las exclusiones, la Ley Modelo se refiere a ciertos bienes sujetos a regímenes de garantía especiales y a un modelo registral de inscripción del objeto (*asset-based registration regimes*) que el Estado debería especificar de forma clara en la ley interna para articular la coordinación con estos regímenes especializados. Este modelo registral basado en la inscripción del objeto es una referencia clara al sistema de Ciudad del Cabo, frente al modelo de inscripción del deudor que vertebra la Ley Modelo.

La Ley Modelo proporciona esencialmente un modelo normativo para la reforma o modernización de la legislación interna del Estado promulgante, mientras que el Convenio de Ciudad del Cabo responde a las necesidades de las operaciones internacionales de financiación. Sin embargo, la singular concepción de la internacionalidad en el Convenio habilita la aplicación del texto

¹⁸³ En el mismo sentido, la Ley Modelo de la OEA sobre Garantías Mobiliarias facilita esta coordinación con el sistema de Ciudad del Cabo al prever regímenes especiales para ciertas categorías de objetos con un registro especializado. De modo que, si bien la implementación de la Ley Modelo regional no es un requisito previo para la adhesión al Convenio y sus Protocolos, su eventual adopción no sólo no dificulta, sino que, de hecho, asiste al Estado Contratante en la coordinación de los textos y facilita la operativa del instrumento internacional. WILSON, John M., «Movable Equipment Financing in Latin America: Application of the OAS Model Law, the Cape Town Convention and the Luxembourg Rail Protocol», *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 473-487, en p. 479.

¹⁸⁴ Artículo 1.3 Ley Modelo: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, la presente Ley no será aplicable a las garantías mobiliarias que graven: (...); e) Los demás tipos de bienes que indique el Estado promulgante, como los que estén sujetos a regímenes especiales de operaciones garantizadas e inscripción registral basada en los bienes con arreglo a otra ley, en la medida en que esa otra ley rijan las cuestiones previstas en la presente Ley».

uniforme a las transacciones puramente internas y, en tal sentido, el solapamiento con la Ley Modelo, amplia y abarcadora en su ámbito de aplicación, es posible. El cumplimiento de los criterios materiales que articulan el sistema de Ciudad del Cabo resolvería el solapamiento con una solución de compatibilidad y coordinación de ámbitos de aplicación.

4. La definición de las categorías de objetos en cada Protocolo

De acuerdo con la lógica en dos niveles Convenio-Protocolos, las categorías de objetos a los que se aplicaría el sistema uniforme de Ciudad del Cabo aparecen mencionadas en las disposiciones del Convenio (art. 2.3 y, para futuros Protocolos, art. 51), pero sujetas a la descripción y definición normativa que, en cada caso, se incorporen en el Protocolo correspondiente. Por ello, la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del sistema de Ciudad del Cabo debe realizarse, para cada sector, a partir de las disposiciones del Protocolo aplicable.

4.1. *Objetos aeronáuticos*

El artículo 2.3 del Convenio enumera como primera categoría de bienes susceptibles de quedar sujetos a una garantía internacional constituida conforme al texto uniforme «las células de aeronaves, los motores de aeronaves y los helicópteros». El Protocolo Aeronáutico, en su artículo I.2 de definiciones (letras a, b, c, e y l), describe, concreta y precisa los elementos de equipo móvil que comprende esta categoría de «objetos aeronáuticos». En la definición de los objetos aeronáuticos a los efectos del Protocolo, se reafirman además los criterios de movilidad, alto valor, y carácter identificable que vertebran el ámbito material del sistema del Ciudad del Cabo.

El Protocolo define, a estos efectos, cinco conceptos esenciales: aeronave, célula de aeronave, motor de aeronave, helicóptero y, en conjunto, objetos aeronáuticos. De la lectura conjunta de estas definiciones, se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre el ámbito objetivo del Protocolo Aeronáutico.

En primer lugar, se confirma el objetivo de que las reglas del Convenio-Protocolo gobiernen transacciones que impliquen objetos de gran valor o particular importancia económica entre operadores con experiencia en el sector. De ahí que en las definiciones de cada uno de los elementos se incluyan ciertos requisitos de propulsión o capacidad mínimos: al menos 1.750 libras de empu-

je o su equivalente, en el caso de motores de reacción; y, una potencia nominal de despegue en el eje de por lo menos 550 caballos de fuerza o su equivalente, en el caso de motores de turbina o de émbolo; al menos ocho (8) personas, incluyendo a la tripulación; o mercancías que pesan más de 2 750 kilogramos, para las células de aeronaves; y al menos cinco (5) personas, incluyendo a la tripulación; o mercancías que pesan más de 450 kilogramos, para los helicópteros. Se utilizan así umbrales cualitativos determinantes de cierta envergadura y relevancia económica referidos a dos de los parámetros esenciales de la definición técnico-finalista de aeronave, que no es, en sí misma, sin embargo, un «objeto aeronáutico» a los efectos del Protocolo: la aptitud para circular en el aire y la capacidad para transportar personas o cosas¹⁸⁵. De hecho, las definiciones legales de aeronave empleadas en algunos convenios internacionales inciden precisamente en su aptitud para sustentarse en la atmósfera¹⁸⁶. A la vez que otros textos añaden a esta aptitud la de servir al transporte de cosas o personas.

En este sentido, en nuestro país, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (en adelante, LNA)¹⁸⁷ define «aeronave» en su artículo 11 (letra a) como «toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores». Los avances científicos y tecnológicos han incorporado además al espacio aéreo nuevos objetos caracterizados fundamentalmente por su pilotaje por control remoto - drones, Remotely Piloted Aircraft (RPA), Unmanned Aerial Vehicle (UAV) -. Su creciente uso y penetración en el sector han requerido una adecuada respuesta regulatoria. Así, el artículo 11 LNA amplía la definición de aeronave para incorporar la «(c)ualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra»¹⁸⁸.

No obstante, la definición de aeronave sólo es pertinente en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo para la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio, a las que nos referimos a continuación, pero el ámbito objetivo de

¹⁸⁵ MORILLAS JARILLO, María José, «La aeronave como cosa compuesta. La singularidad del régimen de los motores», en MARTÍNEZ SANZ, Fernando; PETIT LAVALL, M.ª Victoria, *Estudios de Derecho Aéreo: aeronave y liberalización*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 91-107, en p. 92; TAPIA SALINAS, Luis, *Derecho Aeronáutico*, 2.ª edición, Barcelona: Bosch, 1993, p. 171.

¹⁸⁶ Convenio de Chicago de 1944, Anexo 7.

¹⁸⁷ Publicado en BOE núm. 176, de 23 de julio de 1960, con las modificaciones sucesivas hasta la más reciente de 15 de octubre de 2015.

¹⁸⁸ Modificado por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, BOE núm. 252, de 17 de octubre de 2014.

aplicación no viene definido por la noción de aeronave sino por la de «objeto aeronáutico» tal y como queda definido en el artículo 1 c) del Protocolo aeronáutico –células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros.

En segundo lugar, en coherencia con el Convenio de Ginebra sobre el Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves de 1948¹⁸⁹, quedan excluidos aquellos objetos aeronáuticos que se empleen para fines militares, aduaneros o de policía (art. XIII Convenio de Ginebra) –definición coincidente con la de Aeronaves de Estado que también quedan excluidas del Convenio de Chicago de 1944, art. 3–. La relevancia del uso debe constatare en el momento de celebración del acuerdo constitutivo de la garantía. Por tanto, se puede afirmar que las reglas del Convenio sobre objetos aeronáuticos se aplican a las transacciones de gran valor en el sector de la aviación civil; si bien, al interpretar restrictivamente la excepción, cubre también objetos aeronáuticos empleados con otros fines que podrían considerarse públicos o estatales como servicios médicos o tareas de extinción de incendios¹⁹⁰.

En tercer lugar, se constata que, aunque el catálogo de definiciones se abre con el término «aeronave» y se definen estas, a los efectos del Convenio de Chicago de 1944, como células de aeronaves con motores de aeronaves instalados en las mismas o helicópteros, salvo en el caso de los helicópteros, las aeronaves en conjunto no son «objetos aeronáuticos» de conformidad con el Convenio-Protocolo. La definición de aeronave es, sin embargo, pertinente para la aplicación de ciertas disposiciones (por ejemplo, las medidas consistentes en la cancelación de la matrícula de la aeronave, arts. IX y XIII del Protocolo). No impide esto que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, puedan celebrar un contrato referido a una aeronave, pero, en todo caso, la célula y el motor deben aparecer claramente identificados y las garantías sobre ellos inscritas de forma separada¹⁹¹. Independientemente, por tanto, de la consideración que de tales bienes haga la legislación nacional, se ha de asegurar el acceso separado de las garantías al Registro Internacional. Una

¹⁸⁹ En virtud del artículo XXIII del Protocolo, para todo Estado contratante que ya sea parte del Convenio de Ginebra, se entenderá este último reemplazado por lo que respecta a las aeronaves, tal y como se definen en el propio Protocolo, y a los objetos aeronáuticos. En lo que respecta a los demás derechos o garantías que no estén previstos ni queden afectados por el Convenio de Ciudad del Cabo, el texto ginebrino no será reemplazado.

¹⁹⁰ En el artículo 14 de la LNA se precisa que: «Se considerarán aeronaves de Estado: 1. Las aeronaves militares, entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar. 2. Las aeronaves no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales.»

¹⁹¹ El Registro Internacional ofrece funcionalidades mejoradas para permite realizar inscripciones multi-objeto, es decir, inscripciones que agrupan garantías internacionales (u otros derechos inscribibles) sobre varios objetos aeronáuticos.

previsión especialmente relevante tomando en consideración la estructura descentralizada que admite el Registro Internacional aeronáutico en relación con los denominados puntos de acceso nacionales (*entry point*) – artículo 18.5 del Convenio, artículo XIX del Protocolo aeronáutico, Section 12 del Reglamento –. En estos supuestos, hemos de garantizar que la entrada en el Registro Internacional a través del punto de acceso nacional no distorsiona las reglas de inscripción del Convenio. Es frecuente en la normativa registral nacional la referencia global a la inscripción de la «aeronave»¹⁹², con o sin previsión legal de la inscripción separada de los motores¹⁹³. En este sentido, es preciso recordar que la «aeronave» no es un «objeto aeronáutico» a los efectos del Convenio y su acceso al Registro Internacional. Se tendría, por tanto, que prever la posibilidad de inscribir separadamente las garantías relativas a las células de aeronaves, helicópteros y motores¹⁹⁴.

Precisamente de la misma definición se extrae la constatación de que los motores de aeronaves son tratados como objetos aeronáuticos separados a los efectos del Convenio. Esta separación del tradicional principio de accesión por incorporación, en virtud del cual, lo incorporado pasa a formar parte de la unidad dominical sobre el objeto receptor, se justifica por el alto valor de estos elementos aeronáuticos, que representan un importante porcentaje del valor total de la aeronave con escasa depreciación a lo largo de su ciclo de vida¹⁹⁵; su tratamiento empresarial como unidades móviles independientes¹⁹⁶, y una

¹⁹² Así, nuestra Ley de 16 de diciembre de 1954 *sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión* en su artículo 12 se refiere a la constitución de hipoteca mobiliaria sobre «aeronaves».

¹⁹³ Sin expreso reconocimiento legal, pero con la previsión de que el pacto en contrario pueda determinar otro alcance de la hipoteca mobiliaria (artículo 39 Ley de 16 de diciembre de 1954 *sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*), se admite por la Dirección General de Registros y del Notariado la inscripción separada de los motores.

¹⁹⁴ Nuevamente la Dirección General de Registros y del Notariado resuelve en su Resolución de 29 de enero de 2001 la cuestión de la posibilidad de inscripción de motores de aeronaves y piezas de repuesto. Así, confirma que los inscribibles en el Registro de Bienes Muebles los motores de aeronaves y piezas de repuesto, siempre que reúnan los caracteres de bienes identificables en los términos del artículo 6 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En su artículo 6.2., se establece que: «Se considerarán bienes identificables todos aquellos en los que conste impresa la marca, modelo en su caso, y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes.»

¹⁹⁵ MORILLAS JARILLO, María José, «La aeronave como cosa compuesta...», *op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁶ Para atender a necesidades de reemplazo programadas por labores de mantenimiento, las aerolíneas pueden contar con un stock de motores de repuesto, pero habitualmente y, desde luego, para casos imprevistos, se articulan ciertas fórmulas contractuales para la utilización temporal de motores como el arrendamiento a corto plazo (*Aircraft Engine Short-Term Lease Agreement*), el intercambio de motores (*Swap Agreements*) o la agrupación de motores (*Pooling Agreement*). MORILLAS JARILLO, María José, «La aeronave como cosa compuesta...», *op. cit.*, pp. 103-107. Y, en general, técnicas más sofisticadas de gestión de motores o de «propulsión» en el sector aeronáutico, WOOL, Jeffrey, «The Next Generation of International Aviation Finance Law...», *op. cit.*, p. 556.

creciente práctica profesional de financiación separada de los motores de aeronaves.

En este punto, el texto internacional hace gala del sentido práctico de sus reglas y su cercanía a los usos y prácticas de la industria. De hecho, en la normativa interna se permite que las partes determinen el alcance de la hipoteca mobiliaria pactando, por ejemplo, la exclusión de los motores¹⁹⁷ en línea con el Convenio. Igualmente, y sin perjuicio de la relación que existe entre el Convenio de Ciudad del Cabo y la Convención de Ottawa¹⁹⁸ –*Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional*, firmada en Ottawa el 28 de mayo de 1988¹⁹⁹, en relación con los objetos aeronáuticos²⁰⁰, encontramos un reconocimiento indirecto del tratamiento separado de los motores de aeronave en contratos de *leasing* en el artículo 7.3.c) de la citada Convención de 1988.

De acuerdo entonces con la definición de «objeto aeronáutico», observamos que los motores de aeronaves son tratados a todos los efectos como objetos independientes, estén o no instalados en una aeronave. Sin embargo, no hay en el texto una previsión semejante para los motores de los helicópteros. Significa esto que el motor instalado en un helicóptero no es un objeto aeronáutico independiente sino un accesorio de aquel que se rige por el principio de accesión. No puede estar consecuentemente sujeto a una garantía internacional separada bajo las reglas del Convenio. Razones técnicas explicarían este

¹⁹⁷ En virtud de la redacción del artículo 39 sobre la hipoteca de aeronaves de la Ley de 16 de diciembre de 1954 *sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*: «La hipoteca comprenderá, salvo pacto en contrario, la cédula, motores, hélices, aparatos de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliarios y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de ésta./ Los repuestos de almacén quedarán hipotecados con la aeronave, siempre que consten inventariados en la escritura de hipoteca».

E igualmente la definición de aeronave empleada por el Convenio de Ginebra de 1948, que, como ya hemos indicado, en lo referido a las garantías internacionales sobre objetos aeronáuticos reguladas en el Convenio de Ciudad del Cabo y su correspondiente Protocolo, queda reemplazada: «Para los fines del presente Convenio, la expresión «aeronave» comprenderá la célula, los motores, las hélices, los aparatos de radio y cualesquier otras piezas destinadas al servicio de la aeronave, incorporadas en ella o temporalmente separadas de la misma.»

¹⁹⁸ El artículo XXV del Protocolo declara, respondiendo a la remisión que el artículo 46 del Convenio hace al Protocolo para que determine la relación entre ambos textos internacionales: «El Convenio reemplazará a la *Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional*, firmada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, por lo que respecta a los objetos aeronáuticos.»

¹⁹⁹ Entró en vigor el 1 de mayo de 1995 tras el depósito de la tercera ratificación (artículo 16.1 de la Convención), disponible en www.unidroit.org.

²⁰⁰ Téngase en cuenta cómo define el contrato de arrendamiento financiero la Convención de Ottawa, al delimitar su ámbito de aplicación en el artículo 1. En particular, obsérvese que, de acuerdo con el apartado 3 de la disposición, la existencia de opción de compra, las eventuales condiciones de su ejercicio y las modalidades de continuación del acuerdo no son determinantes de la calificación del contrato. Una indiferencia ante estos factores que también comparte el Convenio de Ciudad del Cabo al definir el contrato de arrendamiento en la forma transcrita en el texto principal.

diferente tratamiento. La intercambiabilidad de motores de helicópteros es difícil y poco frecuente y se fabrican habitualmente previa petición.

La respuesta, sin embargo, es totalmente diferente cuando el motor no está aún instalado en el helicóptero o ha sido extraído o retirado del mismo. En estos casos, no sería conveniente prejuzgar²⁰¹ el tratamiento del motor a los efectos de la constitución de garantías internacionales por su eventual y futura incorporación en una aeronave; por ello, son susceptibles de una garantía internacional separada cuyos efectos y prioridad se preservan incluso tras la posterior incorporación a un helicóptero, aunque en tal momento deje de ser tratado como un objeto aeronáutico independiente [art. XIV (3) del Protocolo]²⁰².

Finalmente, la detallada descripción que las definiciones contienen de las categorías de objetos podría hacer pensar, en un primer momento, que tan sólo es aplicable a bienes terminados susceptibles de la debida identificación que exigen el Protocolo. Obsérvese, por ejemplo, la definición de célula de aeronave [art. I (2) e)] en la que, para limitar la descripción a objetos de gran valor o particular importancia económica, se refiere al otorgamiento por parte de la autoridad aeronáutica competente del certificado de tipo para el transporte del número mínimo de personas o del peso mínimo de mercancías establecidos en la disposición. Sin embargo, esta referencia no debe interpretarse en el sentido de que, para considerar un elemento de equipo aeronáutico como un objeto a los efectos del Protocolo, se exija el previo otorgamiento del certificado referido, pues esto significaría retrasar la calificación del objeto a un momento excesivamente tardío y hacerla depender de un trámite administrativo. En definitiva, para que una célula de aeronave sea considerada un objeto aeronáutico no precisa una certificación de tipo de las referidas, sino que basta con que, una vez instalados los motores correspondientes, podría recibir la citada certificación.

Partiendo de estas consideraciones podemos plantearnos entonces en qué medida pueden ser objetos aeronáuticos susceptibles de una garantía internacional elementos en proceso de construcción o fabricación. La pregunta es pertinente en la medida que la denominada *pre-delivery financing* es una de las técnicas de financiación frecuentes en el sector aeronáutico. En este punto, no encontramos la respuesta en las definiciones de las categorías de objetos sino en criterios mucho más pragmáticos u operativos en sede de la inscripción registral. Puesto que el Registro está ordenado por hoja real, la suficiente identi-

²⁰¹ GOODE, Roy, *Official Commentary, third edition, op. cit.*, par. 3.8, p. 170.

²⁰² Artículo XIV (3) del Protocolo: «La propiedad u otro derecho o garantía sobre un motor de aeronave no resultarán afectados por el hecho de que haya sido instalado en una aeronave o de que haya sido retirado de la misma.»

ficación del objeto es necesaria para que pueda articularse el régimen de los efectos y la prioridad asociados a las garantías internacionales inscritas. Por tanto, cabe afirmar que también las células de aeronaves, los motores de aeronaves y los helicópteros en proceso de construcción quedan cubiertos por las reglas del Convenio, siempre que dos criterios prácticos puedan satisfacerse. Primero, que el proceso de construcción esté lo suficientemente avanzado para que pueda identificarse el elemento como uno de los objetos cubiertos por el Protocolo²⁰³. Segundo, que puedan aplicarse los criterios de descripción del objeto exigibles para cumplir los requisitos de forma del acuerdo constitutivo de la garantía según el artículo 7 del Convenio: número de serie del fabricante, el nombre del fabricante y la designación del modelo genérico (no necesariamente el modelo específico que emplee cada operador según precisa el art. 5.3(c) (ii) de las Normas y Procedimiento para el Registro Internacional – Séptima edición, 2016, OACI Doc. 9864). Se seleccionan así criterios de descripción del objeto coherentes con los principios de sencillez y aplicación universal y uniforme, e independientes, en lo posible, de especificaciones o terminología nacionales.

4.2 *Material rodante ferroviario*

El Protocolo Ferroviario adopta, a diferencia del Protocolo Aeronáutico, una definición amplia, inclusiva²⁰⁴, y de tipo descriptivo para delimitar el ámbito material de aplicación. Así, de acuerdo con el artículo I.2.e), será «material rodante ferroviario», todo vehículo que circule sobre raíles fijos o, directamente en, sobre, o bajo un carril guía que permita su movimiento; junto con los sistemas de tracción, motores, frenos, ejes, bojes, patines toma-corrientes, partes y cualquier otro componente que esté unido al vehículo o integrado en el mismo, así como los datos, manuales y anotaciones relacionadas.

²⁰³ El necesario avance del proceso de construcción a efectos de matriculación en el Registro de Matrícula de Aeronaves se fijaba por el artículo 6 del Decreto 416/1969, de 13 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves* (BOE núm. 71 de 24 de marzo de 1969) mediante un criterio económico, que «se haya invertido, al menos, un tercio de la cantidad total presupuestada». Igual criterio cuantitativo que rige para permitir la hipoteca de aeronaves en construcción de acuerdo con el artículo 38 *in fine* de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre *Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión* (BOE núm. 352, de 18 de diciembre de 1954). El nuevo Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Matriculación de Aeronaves Civiles (BOE núm. 144, de 17 de junio de 2015), contempla el proceso de fabricación sin definir el estadio de desarrollo y articula la solución de las matrículas de prueba hasta la entrega al cliente.

²⁰⁴ ROSEN, Howard, «Creating an international security structure for railway rolling stock: an idea ahead of its time?», *Unif. L. Rev.*, num. 4, 1999, pp. 313-322, 1999, en p. 319.

A lo largo del proceso de elaboración y posterior negociación del Protocolo, la definición del material rodante ferroviario para delimitar el ámbito de aplicación ha evolucionado de forma muy apreciable²⁰⁵ acentuándose progresivamente el rasgo operativo (circulación sobre raíles) en la descripción, su carácter comprensivo e inclusivo, y un marcado pragmatismo para abarcar, con la mayor amplitud posible, todo tipo de material rodante, independientemente de su tamaño, capacidad, velocidad, finalidad de uso (pasajeros, mercancías o maniobras) o ámbito territorial de circulación²⁰⁶.

El rasgo común definitorio que aglutina esta variedad de elementos de equipo es su circulación en raíles o sobre o bajo vías de modo que su línea de movimiento viene gobernada, de algún modo, por esta guía o carril –rodando sobre carriles, sobre neumáticos, planeando o quedando suspendidos por fuerza electromagnética o de cualquier otro modo (mag-lev) sobre una vía, cable o raíl–²⁰⁷. Así, se entenderá a los efectos del Protocolo como material rodante ferroviario vagones, locomotoras, trenes de carga articulados, trenes de alta velocidad, tranvías, vehículos utilizados para tren ligero o metro, o teleféricos o funiculares. Sin embargo, no satisfacen el criterio de circulación guiada los trolebuses o los bitrenes o trenes de carretera cuyo movimiento no está determinado por un raíl o una vía.

²⁰⁵ El cambio en la técnica de descripción es muy visible si se compara, por ejemplo, la definición actual con versiones muy iniciales del texto como el borrador de trabajo de julio de 1999 (publicado en *Unif. L. Rev.*, num. 4, 1999, pp. 576-586): «railway rolling stock» means vehicles moveable either directly above (through magnetic levitation), or on flanged wheels on, a railway track being either, (i) self-propelled vehicles (*i.e.* locomotives, whether diesel, diesel electric, steam, gas turbine or electric, and whether its source of power is inside or outside the vehicles); (ii) tenders, motor cars and snow ploughs; (iii) any carriage, wagon or other vehicle for the transportation of (1) people and/or (2) goods including but not limited to tangible goods, mail, parcels, animals, chemicals, gases, petroleum based products and agricultural produce and other things capable of being transported and engines which may be installed on (i) - (iii) and which may be separated from such without requiring any modification or alteration thereto including all traction systems, engines, brakes, axles, bogies, and pantographs, and in each case including accessories and other equipment and parts installed or incorporated therein or attached thereto and all operating and technical data manuals, notebooks and other records relating to all or part of any of the foregoing. Notwithstanding the foregoing railway rolling stock shall not include: (a) underground, power cars or wagons; (b) [light rail passenger locomotives and wagons, whether automatically or manually driven]; (c) tram or trolley cars; (d) auto-racks, containers, swap bodies or other equipment attached to a wagon as a separate item of railway rolling stock».

²⁰⁶ ROSEN, Howard, «The Luxembourg Rail Protocol: A Major Advance for the Railway Industry», *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 427-448, en pp. 430-431.

²⁰⁷ Con esta perspectiva de equivalencia funcional, se incorporan en el sistema de Ciudad del Cabo y, por tanto, se facilita su acceso a la financiación, vehículos de transporte urbano o interurbano que circulan con soluciones muy variadas desde la levitación magnética hasta el desplazamiento sobre ruedas o neumáticos, CASTILLO-TRIANA, Rafael, «The Relevance of the Luxembourg Protocol for Central and South America», *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 461-472, en p. 468.

4.3 *Bienes de equipo espacial*

El Protocolo Espacial, en su artículo II.1, define el ámbito de aplicación de las reglas del Convenio con respecto a los bienes de equipo espacial²⁰⁸. Las normas del Convenio se aplicarán, para esta categoría de equipo móvil: a los bienes de equipo espacial, a la cesión de derechos y a la nueva o subsiguiente cesión de derechos de conformidad con el Protocolo²⁰⁹. La determinación del ámbito de aplicación ha sido probablemente una de las tareas más complejas en el proceso de elaboración del Protocolo y una fuente de frecuente disenso en las negociaciones por la heterogeneidad de los objetos y sus particularidades operativas y funcionales.

La configuración final de la esfera de aplicación nos ofrece además varios elementos interesantes que merecen una atención detenida. En primer lugar, en la delimitación definitiva de la esfera de aplicación del Protocolo espacial se concentra gran parte de las divergencias con el Protocolo Aeronáutico, y algunas similitudes con el Protocolo Ferroviario, que permiten analizar cómo las diferencias en la composición de la industria y en los usos y prácticas de los sectores se han reflejado en el régimen normativo. En segundo lugar, los criterios de determinación del ámbito de aplicación finalmente empleados en la versión adoptada del Protocolo espacial plantean cuestiones especialmente delicadas en relación con posibles conflictos entre el sistema de Ciudad del Cabo y otros instrumentos internacionales – internamente, con el propio Protocolo Aeronáutico; externamente, con la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional o alguno de los Tratados generales de Naciones Unidas como el relativo al registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, por ejemplo.

Los bienes de equipo espacial son el elemento central alrededor del que se articula la esfera de aplicación objetiva del Protocolo y las normas sustantivas del Convenio con respecto a esta categoría de bienes. La definición normativa de esta categoría de bienes ha tenido que resolver tres problemas principa-

²⁰⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «La financiación garantizada para la adquisición y el uso de satélites y otros bienes de equipo espacial», *Derecho de los Negocios*, núm. 265-266, noviembre 2012, pp. 21-47.

²⁰⁹ En este sentido, el Protocolo Ferroviario presenta un rasgo diferencial propio en el marco del sistema de Ciudad del Cabo que establece un régimen uniforme para la constitución de garantías (internacionales) sobre los bienes de equipo especificados en cada Protocolo, pero no contiene reglas para la cesión de derechos de créditos ni la constitución de garantías sobre créditos. Sobre estas últimas, como referencia esencial, PANTALEÓN PRIETO, Á. Fernando, «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 41, vol. 4, 1988, pp. 1033-1132; «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», *Estudios de derecho judicial*, núm. 8, 1998, pp. 175-194.

les: primero, cómo definir los bienes de equipo espacial dada la diversidad de activos existentes en el mercado espacial y el uso funcional o físicamente combinado de diferentes dispositivos (*infra* i); segundo, cómo distinguir los bienes espaciales de los objetos aeronáuticos teniendo en cuenta que se han de cubrir tanto la etapa orbital como la de tierra y lanzamiento y puesta en órbita y cómo afectan estas etapas a las garantías constituidas (*infra* ii); y, tercero, cómo identificar los bienes de equipo espacial a los efectos de la constitución de la garantía internacional y a los efectos de su inscripción en el registro internacional previsto, considerando la diversidad de bienes y dispositivos que se emplean en la industria (artículo XXX Protocolo Espacial)²¹⁰.

A partir de la genérica referencia en el Convenio [art. 2.3.c)] a los bienes de equipo espacial, las propuestas de redacción y de descripción para incorporar en el Protocolo han evolucionado y se han modificado significativamente en las sucesivas versiones del texto del proyecto de Protocolo²¹¹. La variedad de bienes y dispositivos que se emplean en las actividades desarrolladas en el espacio y que, por tanto, pueden formar parte del concepto de «bien de equipo espacial» a los efectos de su adquisición y uso bajo esquemas de financiación garantizada con activos dificulta la descripción de esta categoría de bienes. De ahí que, en el artículo I, letra k) del Protocolo se adopte una fórmula que, en mi opinión, obedece a un triple criterio: el criterio del origen, el criterio funcional o finalista y el criterio de la identificación.

Los tres criterios mencionados se deducen de la definición de «bien de equipo espacial» como «todo bien de identificación inequívoca fabricado por el hombre, situado en el espacio o concebido para su lanzamiento en el espacio»:

— Primero, el criterio del origen se refleja en el requisito de que sea un bien fabricado por el hombre. En este sentido, el marco jurídico existente reflejaba el perfil esencialmente público de la titularidad de los objetos lanzados al espacio. Se planteó entonces cómo abordar la financiación privada de objetos de titularidad estatal sin interferir en las normas de derecho internacional público vigentes. Por ello, se optó por distinguir terminológicamente los bie-

²¹⁰ Artículo XXX– Identificación de los bienes de equipo espacial con fines de inscripción.- «Una descripción del bien de equipo espacial conforme a los criterios de identificación previstos en el reglamento, es necesaria y suficiente para identificar el bien de equipo espacial con fines de inscripción en el Registro internacional.»

²¹¹ PORRAS, Daniel A., «The Preliminary Draft Protocol to the Cape Town Convention on Matters Specific to Space Assets», *Convergence*, vol. 5, 2009, pp. 200-216, en particular, p. 205; YUN, Zhao, «Revisiting Selected Issues in the Draft Protocol to the Cape Town Convention on Matters Specific to Space Assets», *J. Air L. & Com.*, num. 76, 2011, pp. 805-831, en pp. 813-816.

nes de equipo espacial de los denominados «objetos espaciales» (*space objects*) a los que se refieren los Tratados internacionales de Derecho espacial para insistir en la finalidad y el alcance jurídico-privado de las normas uniformes. Este término, de hecho, se descartó finalmente (también el de *space property*)²¹² en el Protocolo y quedó reemplazado por el de «bienes de equipo espacial» (*space assets*) para evitar confusiones con obligaciones de Derecho público²¹³, cubrir también los bienes en fase terrestre y de pre-lanzamiento y delimitar su aplicación al ámbito jurídico-privado coherentemente con los fines comerciales y de financiación del sistema de Ciudad del Cabo²¹⁴.

— Segundo, el criterio finalista o funcional, en virtud del cual se califica como bien de equipo espacial aquel situado en el espacio o concebido para su lanzamiento en el espacio. Con este criterio, especialmente en su segunda acepción, se facilita la identificación de los bienes de equipo espacial en las tres fases del proceso de puesta en órbita, se permite su calificación como tal aún en proceso de fabricación²¹⁵ o ensamblaje²¹⁶ y se ofrece un elemento de distinción funcional con los objetos aeronáuticos.

— Tercero, el criterio de la identificación vertebrada todo el sistema de Ciudad del Cabo dedicado a bienes de especial importancia económica susceptibles de identificación y permite su inscripción en el Registro internacional. En el caso del Protocolo Espacial, identificación y registrabilidad se tratan de una forma particular al condicionar la calificación de ciertos dispositivos o partes de dispositivos como bienes de equipo espacial a la posibilidad de que

²¹² El término «propiedad» en los sistemas del *civil law* podía generar confusión para su interpretación y aplicación en el contexto de normas dirigidas a regular diversos esquemas de financiación garantizada. PORRAS, Daniel A., «The Preliminary Draft Protocol...», *op. cit.*, p. 205.

²¹³ DAVIES, Stacey A., «Unifying the Final Frontier...», *op. cit.*, p. 464, nota 44.

²¹⁴ RIBBELINK, Oliver M., «The Protocol on Matters Specific to Space Assets», *European Review of Private Law*, 1-2004, pp. 37-45, en p. 39.

²¹⁵ La financiación de un proyecto espacial de lanzamiento y puesta en órbita de un satélite suele contemplar tres fases: la financiación de la fase de pre-lanzamiento (2 años), la fase de lanzamiento, test y entrega (6 meses) y la financiación post-lanzamiento durante la vida operativa útil del satélite (15 años). Fuente: Boeing, 2004, tal y como se recoge en el Anexo II del *Interim Report on the criteria for the identification of space assets to be employed in the preliminary draft Protocol to the Convention on international interests in mobile equipment on matters specific to space assets* (preparado por la Secretaría de UNIDROIT), elaborado tras la reunión conjunta entre representantes de los gobiernos y de la industria celebrada en Nueva York, los días 19 y 20 de junio de 2007. UNIDROIT 2009 C. G. E./SpacePr./S. C. I. R. S./W. P.3.

²¹⁶ STANFORD, Martin J., FONTMICHEL, Alexandre de, «Overview of the current situation regarding the preliminary draft Space Property Protocol and its examination by COPUOS», *Unif. L. Rev.*, 2001, 1, pp. 60-76, en p. 68. Una cuestión tratada y resuelta favorablemente en el Coloquio organizado por UNIDROIT en colaboración con el *European Centre for Space Law*, París, 5 de septiembre de 2003 del que dan noticia STANFORD, Martin J.; POULAIN, Bruno, «The Preliminary Draft Protocol to the Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets», *Unif. L. Rev.*, 2003, 3, pp. 664-667, en p. 666.

se puedan inscribir separadamente en el Registro internacional de conformidad con el Reglamento del Registro que se apruebe.

A la definición-marco anterior, el Protocolo añade una enumeración de dispositivos que quedan comprendidos en el concepto de bien de equipo espacial, sujetos, en determinados casos, a la posibilidad de que el futuro Reglamento del Registro Internacional permita efectuar una inscripción independiente sobre tales dispositivos²¹⁷. Es decir, el concepto de bien de equipo espacial comprende:

«i) un dispositivo espacial, por ejemplo, un satélite, una estación espacial, un módulo espacial, una cápsula espacial, un vehículo espacial o un vehículo de lanzamiento reutilizable, que incluya o no un bien de equipo espacial en el sentido de lo indicado en los apartados ii) o iii) *infra*;

ii) una cabida útil (destinada a telecomunicaciones, navegación, observación, aplicaciones científicas u otras) para la cual se puede efectuar una inscripción independiente conforme al reglamento; o

iii) una parte de un dispositivo espacial o una cabida útil tal como un transpondedor, para la cual se puede efectuar una inscripción independiente conforme al reglamento, con todos sus accesorios, piezas y equipos, integrados o fijos, así como todos los datos, manuales y registros correspondientes».

En la medida en que el concepto de bien de equipo espacial abarca objetos que pueden encontrarse en cualquiera de las etapas de lanzamiento al espacio (en tierra, pre-lanzamiento, lanzamiento, orbital), el criterio funcional o finalista es clave para distinguir los bienes de equipo espacial de los objetos aeronáuticos. Esta distinción determina así la delimitación de los ámbitos de aplicación de los Protocolos implicados, el aeronáutico y el espacial. Teniendo en cuenta que las fórmulas de descripción de los objetos empleadas por el Protocolo Aeronáutico y por el Espacial son diferentes, la delimitación de sus ámbitos de aplicación por razón del bien se lleva a cabo de la siguiente manera.

Primero, si de conformidad con el Protocolo Aeronáutico, el objeto está comprendido en el concepto de objeto aeronáutico (células de aeronaves, motores y helicópteros) según los criterios cuantitativos definidos, el Protocolo espacial no se aplicará. A menos que el bien, aun bajo la noción de objeto aeronáuti-

²¹⁷ *Section 5 Information required to effect registration del Space Registry Regulations as approved by the preparatory commission at its fourth session (11 December 2015) (Subject to amendments and final approval of Supervisory Authority). UNIDROIT 2015 –Prep. Comm. Space/4/Doc. 7 rev.*

co, se hubiere diseñado fundamentalmente para su uso en el espacio. En tal caso, el Protocolo Espacial resultará aplicable, incluso cuando el objeto no se encuentre en el espacio –por ejemplo, en tierra en la etapa de pre-lanzamiento o durante el lanzamiento y puesta en órbita.

Segundo, no obstante lo anterior, el Protocolo Espacial no se aplicará si el bien de equipo en cuestión, siendo un objeto aeronáutico, haya sido diseñado para estar en el espacio tan sólo de forma temporal.

Por tanto, en aquellos supuestos en los que ambos ámbitos objetivos de aplicación pueden solaparse el criterio de distinción es el finalista o funcional, es decir, el fin con el que se ha diseñado el objeto, bajo dos condiciones: que el uso en el espacio sea el principal y que no sea meramente temporal. En coherencia con este planteamiento, el artículo III del Protocolo Espacial advierte que el regreso a la Tierra de un bien de equipo espacial no afectará a los derechos o garantías que existan sobre el mismo.

4.4 *Equipo agrícola, minero y de construcción*

La elaboración del cuarto Protocolo, conocido como MAC Protocol, que extendería el Convenio de Ciudad del Cabo, bajo la habilitación del artículo 51, a categorías de nuevos elementos de equipo móvil no previstos inicialmente en el artículo 2.3 del Convenio, ha tenido que enfrentarse desde el momento inicial a las dificultades que la delimitación del ámbito de aplicación planteaba en estos sectores. A lo largo del todo el proceso de redacción y negociación, surgieron sistemáticamente dudas²¹⁸ sobre cómo identificar en los sectores de la minería, la agricultura y la construcción aquellos equipos que responden a los criterios de delimitación material que vertebran el sistema de Ciudad del Cabo. Además, también se debía valorar la idoneidad de la opción de elaborar un único Protocolo que cubriera tres sectores y cómo articular la adhesión de los Estados a un instrumento multisectorial.

Por tanto, el MAC Protocol resulta un componente particularmente singular y complejo en el sistema de Ciudad del Cabo y ofrece interesantes e innovadoras soluciones para resolver la delicada cuestión del ámbito de aplicación tanto en su perspectiva externa –la extensión a tres sectores–, como en su

²¹⁸ UNIDROIT 2006 – C. D. (85) 19, p. 10; UNIDROIT 2009 – C. D. (88) 17, pars. 143 – 147; UNIDROIT 2010 – C. D. (89) 17, pars 33 – 3.7; UNIDROIT 2011 – C. D. (90) 18, pars. 68 – 70; UNIDROIT 2012 – C. D. (91) 15, pars 46 – 47; UNIDROIT 2013 – C. D. (92) 17, pars. 44 – 48; UNIDROIT 2014 – C. D. (93) 14, pars. 34 – 38.

perspectiva interna –la elección de factores adecuados para la delimitación material de la esfera de aplicación²¹⁹.

La decisión de elaborar un Protocolo conjunto para los tres sectores debía tener en cuenta ciertas consideraciones. De un lado, de tipo técnico, la conveniencia de tratar en el mismo instrumento tres sectores tan diferentes y la viabilidad de un texto único capaz de coordinar eficazmente reglas adecuadas para cada categoría de objetos. De otro lado, de corte político, los diversos intereses que los Estados podrían tener en relación con cada uno de los sectores según el modelo económico, los colectivos afectados, o razones estratégicas o sociales²²⁰.

Para atender estas consideraciones y lograr así el máximo consenso entre los Estados, se implementa la decisión unitaria, pero con una fórmula de flexibilidad. El Protocolo cubre de forma unitaria y conjunta los tres sectores, pero los Estados podrán en el momento de acceso, aprobación, adhesión o ratificación optar por su aplicación a la totalidad o parcialmente a una o dos de las categorías de bienes y seleccionar cuáles (art. II.3). De igual modo, en un momento ulterior, un Estado Contratante podrá denunciar la aplicación del Protocolo, no sólo en su integridad, sino sólo con respecto a una o dos de las categorías cubiertas y previamente aceptadas en la ratificación (art. XXXI). Esta flexibilidad, sin embargo, no penetra en todo el articulado del texto, pues las declaraciones que los Estados realicen de conformidad con el Convenio y el Protocolo (art. XXVI) se aplicarán a todos los equipos a los que, en cada Estado, el Protocolo resulte de aplicación. Es decir, en los casos en los que el texto permite a los Estados realizar una declaración para la aplicación o exclusión de una disposición (*opt-in* u *opt-out*) o elegir entre las alternativas que los artículos VII y X ofrecen, tal decisión no podrá ser diferente para las diversas categorías de bienes²²¹. Como se explica a continuación, dada la peculiar fórmula elegida para delimitar el ámbito de aplicación, permitir a los Estados la realización de diferentes declaraciones o alternativas según la categoría de bienes no es adecuado porque genera dificultades en la aplicación y provoca el solapamiento entre las diversas categorías.

²¹⁹ MOONEY, Charles W.; DUBOVEC, Marek; BRYDIE-WATSON, William, «The Mining, Agricultural and Construction Equipment Protocol to the Cape Town Convention Project: The Current Status», *Unif. L. Rev.*, num. 21(2-3), 2016, pp. 332-360.

²²⁰ La consulta realizada a los Estados en 2008 recogió opiniones diversas y contrarias sobre la conveniencia de separar el proyecto unitario en tres Protocolos diferentes. Si bien algunos Estados se inclinaban por la separabilidad, otros muchos consideraban que razones de economía, eficiencia y agilidad aconsejaban mantener el enfoque unitario. UNIDROIT 2014 - Study 72K – SG1 – DOC. 2, p. 7.

²²¹ UNIDROIT, 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, par. 69, p. 8, disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge01/s-72k-cge01-report-e.pdf>.

Confirmada la decisión de mantener un Protocolo único para los tres sectores, una de las tareas más complejas que la elaboración del instrumento ha debido resolver es el diseño de una fórmula adecuada para delimitar el ámbito de aplicación.

En la delimitación del ámbito de aplicación era preciso conciliar dos intereses que pueden actuar en la práctica en sentido contrario. De un lado, la necesidad de mantener la lógica del sistema de Ciudad del Cabo como un instrumento aplicable a ciertas categorías específicas de bienes que satisfacen los criterios de alto valor, identificación única, y movilidad. De otro lado, la aspiración de asegurar el máximo beneficio económico para los Estados que decidan ratificar el Protocolo con una aplicación lo más amplia y comprensiva posible.

El punto de partida lógico para emprender esta tarea era tomar los tres criterios con los que el artículo 51 del Convenio delimita objetivamente el área de expansión del sistema uniforme y definirlos de forma específica para los sectores implicados. Sin embargo, este enfoque pronto se muestra extremadamente complejo, incierto y poco consistente en la práctica. La amplia diversidad de equipos empleados en la actividad agrícola, minera y de construcción y la disparidad en la *praxis* de la financiación sectorial dificultaban todo esfuerzo por configurar una solución basada en la aplicación de los criterios materiales del artículo 51. Si bien en el sector aeronáutico, la propia selección de los objetos – células de aeronaves, motores y helicópteros – implicaba de forma natural limitar la aplicación a equipos de alto valor sin necesidad de fijar adicionalmente un umbral cuantitativo, el rango de oscilación del valor de los objetos empleados en explotaciones agrícolas, mineras o de construcción es inmenso y podría conducir fácilmente a incorporar al Protocolo elementos de mínimo valor o comparativamente muy bajo. Pero la fijación de un límite cuantitativo para definir los equipos de alto valor tampoco es una solución óptima. Asimismo, al igual que en Protocolo Ferroviario, y a diferencia de los Protocolos Espacial y Aeronáutico, la presunción de movilidad innata en los equipos es mucho más débil.

Por tanto, es preciso buscar una fórmula que, obviando la definición de los criterios de alto valor, movilidad e identificación única, describa de forma clara y predecible aquellas categorías de objetos que, de hecho, satisfagan tales criterios. Tras valorar y comparar varias alternativas, en la reunión de enero de 2014²²² se propuso el uso del *Harmonized Commodity Description and Coding System* (en adelante, Harmonized System o HS) desarrollado por la

²²² El segundo *Issues Dialogue* que tuvo lugar en enero de 2014. UNIDROIT 2014 - Study 72K – SG1 – DOC. 2, p. 3.

Organización Mundial de Aduanas (WCO) para clasificar todos los productos y mercancías en el comercio internacional. El HS proporciona una nomenclatura uniforme para clasificar grupos de productos mediante códigos de seis dígitos. El sistema se utiliza para diferentes finalidades, como la aplicación de las tarifas aduaneras o la recogida de datos para estadísticas. Según la información proporcionada por la propia WCO²²³, el 98% de las mercancías en el comercio internacional está clasificado conforme al HS. Con estas características, el HS ofrecía una herramienta muy útil y eficaz para identificar las categorías de objetos susceptibles de ser incorporados al MAC Protocol.

Con la participación de la industria (*MAC Working Group*), se seleccionaron aquellos códigos que agrupan objetos que satisfacen los criterios materiales del artículo 51 y que se financian separadamente. Los códigos seleccionados se distribuyen en tres Anexos: Anexo 1 para equipo agrícola, Anexo 2 para equipo de construcción y Anexo 3 para equipo empleado en la minería.

Con esta innovadora solución, el MAC Protocol define (art. I.2)²²⁴ su ámbito de aplicación mediante la remisión a los códigos del Harmonized System adjuntos en el Anexo correspondiente. De este modo, no se ha de realizar un test previo ni ulterior para verificar el cumplimiento de los criterios del artículo 51 de los bienes identificados en los códigos, ni la finalidad del uso o el uso real o potencial del equipo en alguno de estos sectores es relevante, ni el propósito para el que el equipo ha sido diseñado es un factor de interés. Si el equipo está contenido en los códigos enumerados en el Anexo, y sólo en tal caso, el Protocolo se aplicará. Por ello, si un código aparece incluido en varios anexos porque describe equipos susceptibles de utilización en varios sectores, la finalidad principal o el uso efectivo serán irrelevantes. Si un Estado sólo hubiera ratificado el Protocolo en relación con una de las categorías de objetos, el instrumento se aplicará a todos los objetos cubiertos por los códigos del Anexo que corresponda con total independencia del uso efectivo de un concreto equipo en ese u otro sector²²⁵. Por ejemplo, si un Estado ratificara el Protocolo sólo en relación con el equipo agrícola (Anexo 1), las garantías sobre los objetos cubiertos por el código 842919²²⁶, que está incluido en el Anexo 1 pero

²²³ <http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/overview/what-is-the-harmonized-system.aspx> (última consulta 21/4/2017).

²²⁴ Artículo I.2.a), b) y h): «a). «agricultural equipment» means an object that falls under a Harmonised System code listed in Annex 1 to the Protocol (...); b). «construction equipment» means an object that falls under a Harmonised System code listed in Annex 2 to the Protocol (...); h). «mining equipment» means an object that falls under a Harmonised System code listed in Annex 3 to the Protocol (...).»

²²⁵ UNIDROIT 2016 - Study 72K - CGE1 - Doc. 4, p. 14.

²²⁶ En la versión del texto publicada como UNIDROIT 2017 - Study 72K - CGE1 - Report - Appendix IV: «842919: Self-propelled bulldozers, angledozers, graders, levelers, scrapers, mechanical sho-

también en los Anexos 2 y 3, quedarán sujetas al Convenio (en relación con el Protocolo), en cualquier caso, sin que tenga relevancia alguna que tales equipos (excavadoras, niveladoras, cargadoras) se empleen efectivamente en una actividad agrícola o estén incorporados, por el contrario, a una explotación minera o de construcción.

Esta original e innovadora solución técnica, que diseña con maestría la delimitación material del Protocolo y asegura su consistencia interna, plantea, sin embargo, dos delicadas cuestiones asociadas a la interacción del Protocolo con otros instrumentos.

De un lado, la relación con otros Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo. Las diferentes técnicas empleadas en los Protocolos para delimitar su ámbito de aplicación pueden producir solapamientos. El amplio criterio operativo del Protocolo Ferroviario (circulación por, sobre o bajo una guía o raíl) absorbería todo vehículo empleado en una explotación minera o en la actividad de construcción cubierto a su vez por códigos incluidos en los Anexos del nuevo Protocolo. Este solapamiento no es admisible en el sistema, no sólo por la incertidumbre sobre las reglas materiales aplicables, sino fundamentalmente por una indeseable duplicación en la inscripción. Esta colisión podía resolverse mediante soluciones *ex post* de prioridad que asumieran el solapamiento de los ámbitos de aplicación y establecieran un orden de preferencia, o bien mediante una solución *ex ante* en sede del ámbito de aplicación que previniera y evitara la coincidencia objetiva de los instrumentos. Se ha optado por una solución quirúrgica absoluta (art. II.4)²²⁷, evitando la coincidencia de ámbitos de aplicación, de modo que no se aplicará el nuevo Protocolo a objetos (aun incluidos en los códigos) que a los efectos de los respectivos Protocolos sean «objetos aeronáuticos», «material rodante ferroviario», o «bienes de equipo espacial».

De otro lado, la interacción con el Harmonized System de la WCO que le sirve de base. El estudio realizado sobre el funcionamiento y la estructura del HS y presentado al *Study Group*²²⁸ analiza el proceso de modificación de los códigos por el WCO y valora el posible impacto que estos posibles cambios nominales, estructurales, o materiales (renumeración, división de códigos, adi-

vels, excavators, shovel loaders, tamping machines and road rollers -- Bulldozers and angledozers – Other».

²²⁷ Artículo II.4 MAC Protocol: « 4. This Protocol does not apply to objects falling within the definition of «aircraft objects» under the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, «railway rolling stock» under the Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock or «space assets» under the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets.»

²²⁸ UNIDROIT 2016 – Study 72K – SG4 – DOC. 8, Appendix I.

ción de códigos nuevos, eliminación de códigos por obsolescencia, correcciones, supresión de sub-códigos) tienen sobre la estabilidad y la consistencia del sistema de nomenclatura uniforme. La dependencia del Protocolo del HS para la delimitación de su ámbito material requiere implementar un proceso de seguimiento y aceptación de los eventuales cambios futuros. El ámbito de aplicación del MAC Protocol no queda cristalizado en el momento de su adopción ni siquiera permanecería inalterado para un Estado Contratante desde el momento de adhesión o ratificación.

Esta eventualidad despierta delicadas cuestiones sobre la vinculación de los Estados a un Tratado de ámbito mudable y confines inciertos. Así lo plantearon algunas delegaciones²²⁹ en la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales celebrada en Roma en marzo de 2017. Dada la seriedad del problema y su afectación directa a las decisiones de política legislativa más distintivas del Protocolo, se constituyó un grupo de trabajo especial (*Working Group on Amendments Provisions*) para analizar alternativas y proponer al plenario. El grupo de trabajo logró alcanzar una solución de consenso, consistente en mantener intacta la lógica y la estructura del MAC Protocol con su base en los códigos HS y su listado en Anexos y trabajar en la implementación de un equilibrado procedimiento de revisión, propuesta, control y aceptación de los cambios por los Estados (art. XXXII resultante)²³⁰. La nueva versión del texto del artículo XXXII fue aprobada en la sesión en pleno por el Comité de Expertos como una solución aceptable y adecuada.

La elaboración del MAC Protocol es un interesante e ilustrativo proceso de puesta a prueba de la solidez, consistencia y maleabilidad de los principios, las estructuras y las reglas del sistema de Ciudad del Cabo y de evaluación de su fuerza expansiva a otros sectores. Además de la sofisticada y original solución adoptada para delimitar el ámbito de aplicación, el nuevo instrumento ha debido también afrontar otras situaciones inexistentes en los Protocolos previos y que enfrenta con soluciones innovadoras, propias, y muy singulares.

5. El tratamiento de partes y componentes y el principio de accesión

La lógica, la propia configuración normativa y, en gran medida, el éxito del sistema de Ciudad del Cabo dependen esencialmente de la decisión de establecer un marco uniforme para los esquemas contractuales con función de

²²⁹ UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, p. 15.

²³⁰ UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, pp. 15 y 16, ver párrafos 140 a 148.

garantía sobre objetos perfectamente identificables de forma única que permitiera, de hecho, una inscripción basada en el bien y no en el deudor. Esta decisión de política implica, de un lado, limitar las categorías de bienes a aquellos que dispongan de identificadores únicos y que respondan a una práctica consolidada de financiación separada.

Las implicaciones más inmediatas de este enfoque pragmático, constatado con la industria, se proyectan sobre dos áreas. De un lado, la identificación suficiente de los objetos a los efectos de su inscripción en el Registro internacional correspondiente. De otro lado, el tratamiento de las partes, componentes o accesorios instalados, incorporados o de algún modo asociados al bien con respecto a la extensión del derecho de garantía. Esta delimitación del objeto es absolutamente esencial para la coordinación del texto uniforme con otros instrumentos internacionales o con la ley nacional aplicable, para la correcta aplicación de las normas de prioridad, y para la determinación de la preservación de derechos previos en casos de instalación, incorporación o asociación. Por tanto, son precisas reglas de delimitación material del concepto de «objeto» y normas para articular la relación entre bienes que son «objetos» a los efectos del instrumento internacional y bienes que no lo son.

El Convenio establece una regla general, en sede de prioridad, aplicable a todas las categorías de bienes, salvo modificación ulterior en el Protocolo. El artículo 29.7 establece que «(e) l presente Convenio: a) no afecta a los derechos que una persona tenga sobre un elemento, que no es un objeto, antes de la instalación del elemento en un objeto si los derechos continúan existiendo después de la instalación en virtud de la ley aplicable; y; b) no impide la creación de derechos sobre un elemento, que no es un objeto, instalado anteriormente en un objeto, cuando esos derechos se crean en virtud de la ley aplicable». La definición de «objeto» y su extensión objetiva vendrán determinadas por el texto uniforme y no por la legislación nacional. Cada uno de los Protocolos ofrece una descripción del objeto y su extensión según las particularidades de las categorías de bienes.

Bajo el Protocolo Aeronáutico, el concepto de objeto aeronáutico²³¹ incluye todos los módulos y otros accesorios, piezas y equipos instalados, incorporados o fijados (por ejemplo, hélices, ordenadores, o motores instalados en un helicóptero), y todos los datos, manuales y registros relacionados con los

²³¹ Y así suele definirse en los contratos el objeto de la garantía, arrendamiento o reserva de dominio: «*Piezas de la Aeronave*: el Fuselaje, cualquier elemento de aviónica, instrumento, unidad, componente, parte, aparato, anexo, accesorio, mobiliario y demás equipamiento, de cualquier naturaleza, que esté instalado sobre la Aeronave, el Fuselaje, en la Fecha de Entrega, o cualquier otro elemento que se suba a bordo, instale o una a la Aeronave, o al Fuselaje.»

misimos. Significa esto que forman parte del objeto al que se incorporan y no puede constituirse sobre ellos independientemente una garantía internacional de acuerdo con el Convenio, sino que siguen la garantía del objeto aeronáutico en la medida que lo integran y aseguran su valor económico. Por ello, en la práctica contractual se regulan con especial cuidado los efectos que la instalación o desinstalación de piezas puede implicar en la preservación de la posición del acreedor garantizado²³². Sin embargo, en coherencia con el principio de respeto a las garantías nacionales que inspira el texto internacional, el Convenio no afecta a los derechos de garantía creados bajo la ley aplicable sobre un elemento que no sea considerado un objeto y se mantienen estos derechos tras la instalación del elemento en un objeto si así lo prevé la legislación nacional que resulte aplicable (por ejemplo, la reserva de dominio sobre unas hélices incorporadas posteriormente en una aeronave) [art. 29 (7) del Convenio y art. XIV (4) del Protocolo que declara la aplicación del artículo del Convenio referido a los elementos, que no sean un objeto, incorporados en una célula de aeronave, un motor de aeronave o un helicóptero]. Supuestos que también se contemplan con detalle en la *praxis* comercial²³³. Esta regla no sería aplicable, sin embargo, a un motor incorporado en una aeronave porque en virtud del

²³² MORILLAS JARILLO, María José, «Algunos aspectos del leasing de aeronaves en España», *RDM*, núm. 208, abril-junio 1993, pp. 471-586, en pp. 517-519.

Así, por ejemplo, en un contrato de leasing de aeronave se establece: «El Arrendatario también se compromete, hasta la Fecha de Vencimiento y, en su caso, hasta la devolución de la Aeronave al Arrendador, a su propia costa, a sustituir o hacer que se sustituyan lo antes posible, aquellas Piezas que puedan, en su caso, incorporarse, instalarse o unirse a la Aeronave, y que estén, en su caso, desgastadas, se hayan perdido, robado, destrozado, embargado, confiscado, dañado de forma irreparable o hayan devenido inservibles para su uso ordinario, por cualquier motivo, bajo circunstancias distintas de aquellas que impliquen una Pérdida Total. Aquellas Piezas que se retiren de la Aeronave seguirán siendo propiedad del Arrendador, con independencia de donde están situadas, hasta que se sustituyan por una Pieza que se incorpore, instale o una a la Aeronave y que cumpla los requisitos de sustitución de Piezas antes especificados; a partir de dicho momento, las Piezas retiradas dejarán de estar sujetas a los términos de este Contrato, y el derecho de propiedad sobre las mismas pasará al Arrendatario. Salvo que se disponga lo contrario, el derecho de propiedad sobre la Pieza de repuesto pasará inmediatamente al Arrendador en el momento de incorporarse, instalarse o unirse a la Aeronave, y dicha Pieza de repuesto quedará sujeta al presente Contrato y se considerará parte de la Aeronave, a todos los efectos del mismo, en la misma medida que las Piezas que estuvieran incorporadas, instaladas o unidas a la Aeronave en la Fecha de Entrega.»

²³³ En un contrato de leasing de aeronave, se prevé: «Cualquier Pieza de repuesto que se incorpore, instale o una a la Aeronave podrá ser propiedad de otra persona, o estar sujeta a una carga en favor de otra persona, o podrá someterse a los contratos de intercambio que sean habituales en la práctica de las compañías aéreas, si el Arrendatario, a su costa, y lo antes posible, (i) transfiere el derecho de propiedad sobre dicha Pieza de repuesto al Arrendador, libre de cargas o (ii) sustituye dicha Pieza por una que sea propiedad del Arrendatario; en ambos casos, la Pieza de repuesto quedará sometida al presente Arrendamiento y será considerada parte de la Aeronave, a todos los efectos, en la misma medida que las Piezas que estuvieran incorporadas, instaladas o unidas a la Aeronave en la Fecha de Entrega. Hasta que esto ocurra, la Pieza retirada y sustituida por la Pieza de repuesto, seguirá siendo propiedad del Arrendador, con independencia de donde se encuentre.»

Convenio es considerado un «objeto aeronáutico» independiente a los efectos de la constitución de una garantía internacional separada.

La particularidad del Protocolo Aeronáutico es, por tanto, el tratamiento, avalado por la práctica comercial de financiación separada, del motor como un objeto aeronáutico independiente y la desviación así del principio de accesión.

En el sector ferroviario, sin embargo, la financiación separada de los motores y otros accesorios no es relevante ni frecuente. Consistente con esta constatación de la industria, el Protocolo Ferroviario [art. I.2.e)] no separa los motores ni otras piezas o elementos instalados y describe con amplitud el concepto de «material rodante ferroviario» que comprende los sistemas de tracción, motores, frenos, ejes, bojes, patines toma-corrientes, partes y cualquier otro componente que esté unido al vehículo o integrado en el mismo, así como los datos, manuales y anotaciones relacionadas. Ninguno de los elementos descritos son objetos a los efectos de la constitución de garantías internacionales.

El Protocolo Espacial se desvía de las soluciones de los Protocolos anteriores para atender las especiales características del sector. La enumeración de dispositivos que añade el Protocolo (art. I.2.k) a la definición de bien de equipo espacial refleja así otra de las particularidades del Protocolo Espacial que lo distingue de los Protocolos Aeronáutico y Ferroviario. Es una enumeración abierta y funcional que permite la constitución de garantías internacionales sobre dispositivos y partes de dispositivos espaciales en el sentido indicado en el artículo. Este amplio alcance de la garantía responde, de un lado, al alto valor económico de algunos de estas partes de dispositivos que justificaría su financiación separada²³⁴ (como los transpondedores), pero, de otro lado, plantea algunos problemas sobre su adecuada identificación y también para la ejecución de las garantías, si varios dispositivos operan física o funcionalmente conectados²³⁵, a la vez, que choca con el principio de accesión que en muchas jurisdicciones se aplica a los bienes compuestos.

Esta separación del principio de accesión, sin embargo, no es una estrategia propia del Protocolo Espacial, como hemos visto. El Protocolo Aeronáutico ya había optado primero por apartarse de este principio tradicional para reflejar en el concepto normativo de las diversas categorías de bienes las prácticas comerciales de cada industria. En consecuencia, dada esta complejidad, originaria o derivada, funcional y física de los bienes de equipo espacial, el Protocolo recoge expresamente en su artículo III que los derechos de propie-

²³⁴ Informe UNIDROIT 2010 – C. G. E. Space Pr./5/W. P.5.

²³⁵ YUN, Zhao, «Revisiting Selected Issues in the Draft Protocol ...», *op. cit.*, p. 816.

dad o de garantía sobre un bien espacial no se verán afectados por ninguna operación de acoplamiento en el espacio de tal bien a otro bien de equipo espacial ni por la instalación o desinstalación del bien en relación con otro bien de equipo espacial. De este modo, se consiguen articular coherentemente los derechos concurrentes sobre diversos dispositivos, que se califican separadamente como bienes de equipo espacial, pero que forman parte de bienes compuestos sin los efectos del principio de accesión.

El nuevo Protocolo sobre equipos de minería, agricultura y construcción (MAC Protocol) también ofrece una interesante solución mixta. Entre los códigos seleccionados para incluir en los Anexos, algunos de ellos se refieren a partes, componentes o piezas que se instalan en otros equipos para poder operar y que en la práctica del sector se financian separadamente. Estas partes o componentes pasan entonces a ser tratados como objetos susceptibles de la constitución de garantías internacionales. Otras partes, componentes o accesorios, sin embargo, forman parte del objeto principal a los efectos de la extensión de la garantía o quedan sujetos al artículo 29 del Convenio cuando resulte de aplicación.

Para articular este dispar tratamiento de partes y componentes, en la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales se completaron las definiciones de cada una de las categorías de equipo agrícola, minero y de construcción [art. I.2.a), b) y h)]²³⁶ añadiendo la precisión de que un objeto, descrito en un código HS del Anexo, incluirá todo accesorio, parte o componente instalado, incorporado o asociado de algún modo, siempre que no esté cubierto por un código HS separado, así como todos los datos, manuales y registros relacionados.

III. EL CUERPO DE NORMAS SUSTANTIVAS UNIFORMES

1. Acuerdo de garantía

La autonomía de la garantía internacional en su constitución y su operativa se logra desconectando su configuración y los requisitos para su nacimiento de la legislación nacional. Para constituir una garantía internacional sobre

²³⁶ Según la versión publicada en el informe de la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales celebrada en Roma en marzo de 2017 - UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report – Appendix IV, se añade a las tres definiciones: «(...) including all installed, incorporated or attached accessories, components and parts which do not fall within a separate Harmonised System code listed in that Annex, and all data, manuals and records relating thereto.»

algunos de los objetos de su ámbito de aplicación basta con un acuerdo de los citados en el Convenio - un contrato constitutivo de garantía, un contrato con reserva de dominio, o un contrato de arrendamiento - que satisfaga los sencillos requisitos del artículo 7 del Convenio. Es absolutamente irrelevante que tal garantía encuentre en el Derecho nacional un equivalente o que cumpla con las condiciones para su constitución bajo la ley aplicable. Es en este sentido en el que se puede proclamar la autonomía del concepto de garantía internacional.

La autonomía de la garantía internacional no es, sin embargo, plena. La propia existencia del contrato, la capacidad de las partes, la válida emisión del consentimiento y cualquier otra cuestión relativa a su perfección se rigen por la ley aplicable. En particular, el momento en el que se considera concluido el acuerdo, dato, sin embargo, relevante para el juego de determinadas disposiciones del Convenio [*i.e.*, Arts. 3, 25 (2) o 60] está determinado por las reglas aplicables de la legislación nacional. No obstante, el Convenio ha tratado de unificar una serie de sencillos requisitos formales nuevamente autónomos e independientes, en todo lo posible, del Derecho nacional. La relativa sencillez de los requisitos puede implicar que una garantía válidamente constituida de conformidad con la legislación nacional constituya también una garantía internacional. En tal caso, ambas garantías conviven, con la salvedad de que, si no se recurre a la inscripción en el Registro internacional, se corre el riesgo de perder la prioridad, y con la advertencia de que ni el deudor ni el acreedor podrán hacer valer derechos reconocidos por la ley nacional que entren en conflicto con el Convenio.

De acuerdo con el artículo 7 del Convenio, el acuerdo deberá constar por escrito, referirse a un objeto sobre el cual el otorgante de la garantía, el vendedor condicional o el arrendador goce de poder de disposición, identificar el objeto de conformidad con el Protocolo y, en caso de un contrato constitutivo de garantía, identificar las obligaciones garantizadas ²³⁷.

1.1 *Escrito*

El acuerdo debe constar por escrito, requisito que aparece generosamente definido en el artículo 1 nn) del Convenio para incluir naturalmente (aunque

²³⁷ Son, por cierto, requisitos muy familiares, en contenido y terminología, para el ordenamiento estadounidense, en concreto, para el *Uniform Commercial Code*. LARSEN, Paul B.; SWEENEY, Joseph C.; GILICK, John E., *Aviation Law. Cases, Laws and Related Sources, Chapter 15. Aircraft Ownership and Financing*, Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 793.

con una expresión poco convincente) la información en soporte digital²³⁸. La descripción de «escrito» no sólo incorpora los requisitos de constancia y ulterior accesibilidad, sino que además añade el requisito de la necesaria aprobación, es decir, fundamentalmente firma manuscrita o electrónica²³⁹.

1.2 Poder de disposición

El acuerdo de constitución o previsión de la garantía internacional debe referirse a un objeto sobre el que el otorgante, el vendedor condicional o el arrendador tengan poder de disposición. Poder de disposición no significa derecho de propiedad sobre el objeto, ni debe tampoco interpretarse en el sentido material o vulgar del término, significando estar en posesión del objeto²⁴⁰. Debe recurrirse a una interpretación jurídica de la libre disposición. Así, la garantía podría constituirse por titulares condicionales, si bien la eficacia del derecho quedará condicionada, suspensiva o resolutoriamente, al cumplimiento de la condición. El titular de un derecho real limitado sobre el objeto, por ejemplo, un usufructuario, podría gravar la cosa; por tanto, debe aceptarse la constitución de una garantía real por quien no es propietario de la cosa. Más aún, una disposición sin la debida autorización por parte de un representante podría desplegar los efectos de transferir la propiedad u otro tipo de derecho sobre el objeto, propiedad del principal, a un tercero, si disfrutaba aparentemente de autoridad bastante para ello²⁴¹ o el tercero actúa de buena fe y quien dispone posee el objeto transferido con el consentimiento del propietario.

²³⁸ Artículo 1 nn) del Convenio: «escrito designa un registro de información (incluyendo la información teletransmitida) que existe en forma tangible o de otro tipo y que puede reproducirse en una forma tangible posteriormente, y que indica por medios razonables la aprobación de una persona.»

²³⁹ De este modo, esta ampliada definición de «escrito» como «escrito firmado» recuerda a la anterior regulación en el Derecho español del «documento electrónico», hoy ya liberado de la carga de la firma tras la reforma de 2007. Críticas manifestadas ya con anterioridad por la autora en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital», *Actas de las XVII Jornadas de Archivos Municipales de Madrid*, «Los archivos municipales y la administración electrónica 1988-2008» celebradas en Madrid los días 29 y 30 de mayo, BOCM, Madrid: Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid-Grupo de Archiveros Municipales de Madrid, 2008, pp. 49-65.

²⁴⁰ Así pareció entenderlo el Tribunal Supremo español en su sentencia de 27 de marzo de 1926 al declarar que el deudor no podía pignorar por segunda vez la cosa por no hallarse en poder de la misma por causa de la desposesión que implicó la primera prenda. Críticamente con esta restrictiva interpretación jurisprudencial, BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fasc. II, abril-junio 1990, pp. 539-572, en pp. 554-555.

²⁴¹ GORDILLO, Antonio, *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978; comentario de la obra por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *ADC*, tomo 32, 1979, pp. 478-489; teniendo en

Así mismo, en el marco del propio Convenio, al permitir la inscripción del derecho del arrendatario en un contrato de leasing que celebra un contrato de sub-leasing con un tercero, se reconoce el poder de disposición del primero sobre el objeto arrendado cuando concede un contrato de subarriendo sobre el mismo. El poder de disposición puede manifestarse así en forma de constitución de una garantía, transmisión con reserva de dominio o entrega en leasing. Por tanto, el poder de disposición puede ser reconocido por la legislación nacional aplicable o por la propia Convención.

De hecho, propiedad y libre disposición no serían, en opinión de algunos autores, en nuestro ordenamiento interno requisitos de validez del contrato de prenda o del de hipoteca inmobiliaria sino condiciones para la constitución de una garantía oponible a terceros²⁴², más aún, la prenda posesoria puede adquirirse *a non domino* si el acreedor pignoraticio es de buena fe.

Esta interpretación generosa y laxa del poder de disposición es coherente con la concepción del derecho de garantía real mobiliaria como un derecho posesorio propio de los sistemas de *common law* y de los derechos de inspiración romanística. El deudor no transfiere al acreedor garantizado en virtud de la garantía real mobiliaria la titularidad del bien sino un derecho a la posesión del bien en caso de incumplimiento.

1.3 Identificación del objeto

La suficiente identificación del objeto en el contrato de garantía es una condición previa necesaria para proceder a su inscripción puesto que el Registro está organizado bajo la estructura de hoja real. El nivel de identificación no es tan riguroso como para impedir los acuerdos que incluyan objetos en proceso de fabricación, siempre que hayan alcanzado una fase del proceso de manufactura que permita satisfacer los requisitos de identificación exigidos por el Protocolo respectivo, ni para excluir la posibilidad de acuerdos constitutivos de garantías

cuenta (GORDILLO, *op. cit.*, pp. 132-133) que la figura del representante aparente no coincide con la del *falsus procurator* –RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Naturaleza y situación del contrato del “falsus procurator”», *ADC*, tomo 29, fasc. III, julio-septiembre 1976, pp. 1047-1136.

²⁴² CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los Derecho de Garantía, Tomo II*, *op. cit.*, pp. 164-165. CORDERO LOBATO, Encarna, «Comentario al artículo 1857 Cc», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª edición, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 2109-2112, en p. 2110, «el contrato otorgado por un no propietario o por quien carece de facultades para establecer gravámenes no es nulo, pero sí es inhábil para producir el efecto de constituir un derecho real de garantía, salvo que éste se adquiera «a non domino» (...), y también salvo que el pignorante o hipotecante devenga propietario o adquiera las facultades necesarias para gravar con posterioridad a la celebración del contrato».

sobre una propiedad futura, en la medida en que se pueda describir suficientemente y no sólo con una simple referencia a su pertenencia a una de las categorías de objetos del artículo 2.3. del Convenio. Así, por ejemplo, para que la descripción de un objeto aeronáutico sea necesaria y suficiente para identificar el objeto para los efectos del apartado c) del artículo 7 del Convenio y del apartado c) del párrafo 1 del artículo V del presente Protocolo, debe contener el número de serie del fabricante, el nombre del fabricante y la designación del modelo.

Esta relación directa entre descripción suficiente del objeto en el acuerdo e identificación bastante a efectos registrales es intensa y evidente en el régimen de los equipos aeronáuticos, pues atendía satisfactoriamente a las condiciones naturales del mercado, de las transacciones habituales en la industrial y de los equipos; sin embargo, no es el único planteamiento posible²⁴³, ni, por tanto, necesario para la operativa del sistema. De ahí que las características específicas de otros de los sectores cubiertos por el Convenio hayan recomendado separarse de esta regla de equivalencia. En el Protocolo sobre material rodante ferroviario se ha adoptado una solución diferente. A los efectos del artículo 7 del Convenio, es decir, en lo que se refiere a los requisitos mínimos de forma del acuerdo mediante el que se crea o prevé una garantía para que se constituya como garantía internacional, el artículo V del Protocolo sobre material rodante ferroviario impone requisitos de identificación del objeto amplios y flexibles. Según este artículo, la descripción en el contrato será suficiente si el material rodante ferroviario al que se refiere se identifica singularmente por artículo, o genéricamente por tipo, o mediante una declaración que establezca que el acuerdo cubre todos los elementos de material rodante ferroviario presentes o futuros, o todos los elementos de esta categoría presentes o futuros excluyendo ciertos objetos identificados por unidad o por tipo. Esta flexible, amplia y más imprecisa descripción del objeto ferroviario, para que sea suficiente entre las partes, puede no satisfacer la necesaria precisión que exige su inscripción en el Registro. Por eso, el artículo XIV del Protocolo Ferroviario se refiere, a los solos efectos registrales, a las formas de identificación del material rodante que en esta sede debe ya ser única y precisa. Requisitos, cuya determinación remite al Reglamento del Registro competente.

En consecuencia, de todo ello podemos concluir que la aparente equivalencia que resulta del Protocolo sobre objetos aeronáuticos entre identificación del objeto para el nacimiento de la garantía internacional y registrabilidad no

²⁴³ La Ley Modelo de la OEA permite, de hecho, descripciones específicas cuando la naturaleza de los bienes así lo permita o aconseje, pero también las descripciones genéricas cuando la garantía consiste, por ejemplo, en un inventario, bienes fungibles y futuros o intangibles (art. 7. IV).

es una relación necesaria para la estabilidad del complejo sistema Convenio-Protocolos y que son precisamente las características de cada sector las que van modulando las soluciones generales del Convenio en decisiones concretas para cada industria mediante los Protocolos específicos.

La flexibilidad que inyecta el artículo V del Protocolo Ferroviario al régimen de garantías internacionales sobre tales objetos permite, en la práctica, que no sea necesario un nuevo acuerdo cada vez que el deudor adquiere un elemento adicional, permite la celebración de acuerdos referidos a flotas de vagones de ferrocarril en vez de a unos o varios vagones individualmente identificados. Es la misma solución adoptada en el Protocolo Espacial (art. VII) y en el MAC Protocol (art. V). Bajo el Protocolo aeronáutico, esta referencia genérica al objeto con expresiones del tipo «todos los activos» o similar (por ejemplo, mediante la constitución de garantía sobre un pool de motores) no satisface el requisito de determinación suficiente del objeto de acuerdo con el artículo 7 del Convenio y, por tanto, no cumple una de las condiciones necesarias para que la constitución de una garantía internacional. De igual modo, esta diversa interpretación sobre el nivel suficiente de identificación del objeto crea también divergencias entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales y, a su vez, entre garantías nacionales y garantías internacionales.

1.4 *Determinación de las obligaciones garantizadas*

En el caso de un contrato constitutivo de garantía, las obligaciones garantizadas en virtud del acuerdo deben estar determinadas. Para cumplir este requisito de determinación, no es necesario, sin embargo, que se fije una cantidad concreta ni una cantidad máxima garantizada²⁴⁴, ni siquiera identificar específicamente las obligaciones garantizadas. De no ser así, se estaría obstaculizando la garantía de obligaciones futuras y se estaría incentivando el establecimiento de cuantías irrazonablemente elevadas por exigir su cuantificación adelantada. Además, el requisito de la determinación previa y expresa de la obligación garantizada resulta incompatible con muchas prácticas financieras de préstamos con garantía como las líneas de crédito. También la exigencia de determinación de las obligaciones aparece igualmente atenuada al reconocerse expresamente que una garantía asegure varias obligaciones que no están deter-

²⁴⁴ En la Ley Modelo de la OEA (*Ley Modelo Inter-Americana sobre Garantías Mobiliarias*), sin embargo, el contrato de garantía debe al menos fijar una cantidad máxima de la obligación garantizada (art. 7. III).

minadas, sino que son determinables por referencia a una cláusula de globalización, tan habituales en la práctica bancaria²⁴⁵.

A pesar de la expresa referencia a una cuantía o suma determinada, la garantía puede referirse a obligaciones no monetarias.

En la medida que el Protocolo Aeronáutico extiende su ámbito de aplicación a los contratos de venta²⁴⁶, encontramos en su artículo V el equivalente al artículo 7 del Convenio que venimos estudiando sobre las formalidades que deben satisfacer, en este caso, los contratos de venta. Con una redacción prácticamente idéntica, el artículo V reitera tres de los requisitos ya analizados: constancia por escrito, identificación del objeto y poder de disposición sobre el objeto, en este caso, lógicamente del vendedor. Falta naturalmente la referencia a la determinación de las obligaciones garantizadas pues es una condición únicamente aplicable, como así establece la letra d) del artículo 7 del Convenio a los contratos constitutivos de garantía y, por tanto, no es extensible a los contratos de venta. En su apartado 2, el artículo V del Protocolo configura un contrato de venta *sui generis*, que lógicamente no incluye la venta con reserva de dominio que tiene su propio régimen, independiente en gran medida de los conceptos y requisitos de la legislación nacional. Lo define así como un contrato que transfiere al comprador los derechos del vendedor sobre el objeto aeronáutico de conformidad con los términos del contrato.

2. Acciones en caso de incumplimiento

La primera de las piezas básicas del régimen jurídico uniforme que configura el Convenio para las garantías internacionales consiste en un conjunto

²⁴⁵ Tras la reforma de la Ley Hipotecaria acometida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007).

²⁴⁶ En el asunto *Peter Ireland, et al., Plaintiffs v. Robert L. Dodson, SR., et al., Defendants*, Case N.º 07-0482-JAR, *United States District Court for the District of Kansas*, 2007 U. S. Dist. LEXIS 62257; 74 *Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan)* 327 de 22 de agosto de 2007, se discute la aplicación del Convenio (y el Protocolo aeronáutico) a una compraventa internacional de aviones (Boeing 727, series 100 y 200) y algunos equipos de radio entre un comprador australiano y la empresa vendedora con sede en Kansas (Estados Unidos). Aunque la discusión deriva, primero, en la conveniencia y el alcance de una prueba pericial de experto sobre el ámbito de aplicación del Convenio de Ciudad del Cabo y, posteriormente, en la pertinencia del otorgamiento de una «*preliminary injunction*» –2007 U. S. Dist. LEXIS 81344, de 1 de noviembre de 2007–, la cuestión litigiosa es el alegado incumplimiento contractual del vendedor por falta de entrega. En lo que aquí interesa y en la medida de la información disponible sobre el caso, el tribunal advierte que el Convenio no regula las condiciones de la compra en lo que se refiere a las obligaciones y los derechos de las partes.

de medidas y derechos a favor del acreedor garantizado (vendedor condicional o arrendador, según los casos) para tutelar su crédito en caso de que concurran ciertos supuestos cualificados.

El principio de autonomía de la voluntad domina, en primer lugar, todo el sistema del capítulo III del Convenio bajo la rúbrica «Medidas ante el incumplimiento de las obligaciones» (art. 11). Será el acuerdo (por escrito) entre el acreedor y el deudor el que defina los supuestos que se consideran incumplimiento o, que no siéndolo estrictamente, permitan la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos regulados en los artículos 8 a 10 y 13 del Convenio (más los específicos previstos en cada Protocolo). Por tanto, los supuestos acordados por las partes, en el momento de concluir el contrato, que activan la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos correspondientes al acreedor no se reducen al estricto incumplimiento de las obligaciones, sino que pueden incluir cualquier otra eventualidad que implique, al parecer de las partes, una redistribución de los riesgos (*i.e.* la insolvencia del deudor o un cambio del socio o de los socios de control de la compañía deudora).

En el caso, ciertamente inusual, de que las partes no determinen estos supuestos en el contrato, el Convenio (art. 11.2) cualifica el incumplimiento a los efectos de la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 8 a 10 y 13 del Convenio (además de lo específicamente previsto al respecto en los Protocolos) como «sustancial» en el sentido de que prive sustancialmente al acreedor de aquello que tiene derecho a esperar en virtud del contrato, en el momento de su conclusión, no en atención a circunstancias posteriores. Se recurre así a una expresión ya conocida en los textos internacionales, en particular, en el particular concepto *sui generis* que la Convención de Viena elabora de «cumplimiento esencial» (art. 25 Convención de Viena), aunque sin añadir la previsión de que la parte que haya incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación, esto es, los estándares subjetivo y objetivo del test de previsibilidad. Supuestos de impago en el tiempo acordado, de cumplimiento tardío si de los términos del acuerdo se deduce que el plazo es esencial, de falta de aseguramiento suficiente del objeto o de disposición no autorizada del objeto son casos típicos de incumplimiento sustancial bajo el Convenio; pero también se contemplan contractualmente como supuestos de «default» el incumplimiento de obligaciones de información o la superación de un determinado ratio de endeudamiento general. Se trata, en definitiva, de evitar que incumplimientos menores o de escasa importancia activen inexorablemente el instrumental de medidas y acciones previstas. De hecho, en la práctica comercial, los pequeños incumplimientos suelen condu-

cir a las partes a la renegociación, pero raramente a la resolución del contrato. De este modo, la determinación convencional de los supuestos de incumplimiento actúa como mecanismos de control entre las partes y de seguimiento de la relación contractual.

Para la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos reconocidos a favor del acreedor garantizado (vendedor condicional o arrendador) no es preciso que la garantía internacional esté inscrita en el Registro Internacional; que es, sin embargo, un requisito previo para asegurar la prioridad de la garantía. La inscripción está destinada fundamentalmente a dar noticia (*give notice*) a los terceros de la garantía internacional y, en consecuencia, anudar a esta publicidad una serie de efectos en materia de prioridad. El registro, sin embargo, no afecta a la aplicación de las reglas sustantivas que establecen los remedios del acreedor en caso de incumplimiento o de ocurrencia de otras eventualidades así determinadas. La inscripción aporta oponibilidad frente a los terceros, pero no afecta a los efectos *inter partes* del contrato.

La estructura a la que responde el capítulo III del Convenio es claro reflejo del particular modelo circular, en dos niveles y de base funcional con el que definíamos la opción regulatoria del texto internacional al establecer el concepto de garantía internacional y determinar su ámbito de aplicación. En efecto, tras haber calificado el acuerdo de garantía según las categorías del Derecho interno aplicable, se vuelve al texto internacional para aplicar el régimen sustantivo uniforme de la garantía internacional consistente en un conjunto de medidas ante el incumplimiento, disposiciones para situaciones de insolvencia y unas reglas básicas de prioridad. Pero, a pesar de la deseada uniformidad, el efecto de la divergente categorización de los acuerdos con función de garantía en el Derecho Comparado, obliga al Convenio a mantener esta disparidad de trato también en sede de remedios del acreedor. De ahí que, de la simple lectura de los artículos 8 a 10 del Convenio, se comprenda que la calificación del acuerdo como constitutivo de garantía, de venta con reserva de dominio o de arrendamiento, no es irrelevante, sino que, bien al contrario, implica la previsión de diversos remedios a favor del acreedor garantizado coherentes con su calificación como titular de un derecho de garantía, o de un verdadero derecho de propiedad.

Mientras que dos extensas disposiciones (artículos 8 y 9) detallan las medidas aplicables al acreedor garantizado, una sucinta provisión (artículo 10) condensa los sencillos remedios disponibles para el vendedor condicional o el arrendador. Esta diferente extensión de los artículos dedicados en cada caso refleja claramente que, en realidad, el vendedor condicional y el arrendador en la medida que sean tratados como propietarios, les corresponden las facultades absolutas

propias de esta condición. Pero será el Derecho interno el que confirme o discrepe con esta ecuación y sus resultados. Por tanto, si la ley nacional aplicable califica el contrato con reserva de dominio como un contrato de garantía y equipara así la posición del vendedor condicional a la de un acreedor garantizado, se aplicarán las medidas establecidas en los artículos 8 y 9 y no las del artículo 10.

De acuerdo con el artículo 8, el acreedor garantizado puede tomar la posesión o el control del objeto gravado en su beneficio, vender o arrendar dicho objeto o percibir los ingresos o beneficios provenientes de la gestión o explotación del mismo. El artículo 9, a su vez, establece el mecanismo para que se pueda adjudicar al acreedor la propiedad del objeto gravado con el fin de satisfacer así total o parcialmente las obligaciones garantizadas. De estas cuatro medidas, la consistente en arrendar el objeto gravado está sujeta a la eventual declaración de los Estados contratantes prevista en el artículo 54 (1). De acuerdo con esta disposición, los Estados contratantes podrán en el momento de depositar su ratificación, adhesión, aceptación o aprobación declarar que el acreedor garantizado no podrá arrendar el objeto en su territorio mientras se encuentre éste situado en su territorio o controlado desde el mismo.

De conformidad con el artículo 10, el vendedor condicional o el arrendador podrán dar por terminado el contrato y tomar posesión o recuperar el control sobre el objeto. Cualquier otra medida, como proceder a la venta o al arrendamiento del objeto, ni necesita consentimiento del deudor, ni implica el derecho de éste último a obtener el excedente que resulte de la venta sobre la cuantía de la deuda garantizada. Las partes podrían, no obstante, acordarlo y, en tal caso, así se aplicaría, siempre que no vulnerara algunas de las disposiciones imperativas del Convenio. Conviene además poner en conexión esta disposición con las reglas de prioridad del Convenio establecidas en el artículo 29 para valorar la posición de los compradores condicionales o arrendatarios con respecto a otras garantías internacionales previamente inscritas [Artículo 29 (4)].

Al igual que con respecto a las medidas disponibles para el acreedor garantizado, el Convenio prevé la posibilidad de que las acciones del artículo 10 se ejerzan extrajudicialmente o mediante la debida orden judicial. Nuevamente es la declaración de los Estados contratantes en virtud del artículo 54 (2) la que determinará la viabilidad del ejercicio de estas medidas sin intervención judicial.

Una vez determinadas las medidas correspondientes a la calificación o recalificación del acuerdo, pueden ser de aplicación otras medidas adicionales previstas en el Protocolo específico, en la legislación aplicable, o acordadas por las partes (artículo 12 del Convenio). La autonomía de la voluntad de las partes que permitía definir los supuestos de incumplimiento o las demás even-

tualidades capaces de activar la aplicación de las medidas previstas, se extiende también a la propia determinación de otras medidas adicionales e incluso a la modificación o inaplicación de los efectos de estas disposiciones del Convenio, siempre que no sean contrarias a las disposiciones imperativas del capítulo III según quedan enumeradas en el artículo 15. En este último caso, la autonomía de la voluntad no sólo se refiere a los eventuales pactos entre el acreedor y el deudor, en cada tipo de contrato, sino a todo acuerdo entre el acreedor y cualquier otra persona interesada, según se define en el Convenio, para inaplicar o modificar los efectos de las disposiciones del Convenio en sus relaciones recíprocas, salvo aquellas cuya aplicación es imperativa.

Los Protocolos sectoriales, tratando de responder a las especiales exigencias de cada industria, pueden añadir medidas específicas o modificar las disposiciones del capítulo III de Convenio. Así, el Protocolo Aeronáutico añade en su artículo IX dos acciones adicionales especialmente adaptadas a la categoría de los equipos gobernados por el mismo: solicitar la cancelación de la matrícula de la aeronave y pedir la exportación y transferencia del equipo aeronáutico en cuestión del Estado en el que se encuentre situado a otro. De este modo, se permite al acreedor modificar la nacionalidad de la aeronave, de acuerdo con los términos del acuerdo y la legislación aplicable, y solicitar su traslado en consecuencia al nuevo Estado de su nacionalidad o, de hecho, a otro Estado. Estas medidas están disponibles para todos los acreedores, esto es, acreedor hipotecario, vendedor condicional o con reserva de dominio o arrendador y, en este sentido, complementan no sólo a los artículos 8 y 9, sino también al artículo 10 del Convenio e, incluso, al artículo 13, puesto que pueden solicitarse, para los objetos aeronáuticos, también como medidas provisionales sujetas a la decisión definitiva.

La ley aplicable puede prever otras medidas adicionales que resultarán aplicables si no contradicen las disposiciones imperativas del Convenio según las detalla el artículo 15. Además, la legislación nacional vuelve a ser relevante en materia procedimental pues será la ley del lugar en el que tal medida se deba aplicar la que prescriba el procedimiento que deba seguirse en cada caso [tomando en consideración lo previsto en el artículo 54 (2) del Convenio con respecto a la necesidad de una autorización judicial].

3. El tratamiento de la garantía ante la insolvencia

El valor de una garantía se mide finalmente por su efectividad en un procedimiento de insolvencia. Un régimen completo y eficaz para las operaciones

garantizadas requiere una adecuada y coherente combinación con las reglas aplicables a las situaciones de insolvencia donde concurren los intereses del deudor y de todos sus acreedores, garantizados o no, privilegiados u ordinarios.

La regla general es, de acuerdo con el artículo 30 del Convenio, que en cualquier procedimiento de insolvencia contra el deudor (o el cedente según artículo 37), la garantía internacional inscrita en virtud del Convenio con anterioridad al inicio de dicho procedimiento –según el momento que determine la ley concursal aplicable [artículo 1(d)]– será efectiva, es decir, se reconocerá a su titular la acción de ejecución o realización forzosa de la garantía sobre el objeto afecto quebrando el principio *par conditio creditorum*. Este reconocimiento se extiende a los derechos y garantías no contractuales inscritos de conformidad con el artículo 40 y las garantías nacionales protegidas mediante inscripción de un aviso en el Registro Internacional en virtud del artículo 50 (2).

Esta declaración no implica *sensu contrario* la inmediata y automática negación de todo efecto en el procedimiento de insolvencia a las garantías internacionales no inscritas. En su apartado segundo, el artículo 30 advierte que no perderá eficacia en caso de insolvencia del deudor una garantía internacional no inscrita antes del inicio del procedimiento correspondiente si la ley aplicable nacional le reconoce (al equivalente de la garantía internacional en el Derecho interno) tal eficacia sin necesidad de previa inscripción. Con todo, una garantía internacional no inscrita siempre es más vulnerable a la ley concursal aplicable que una garantía internacional inscrita.

Sin embargo, el artículo 30 (3) del Convenio puede ser modificado por los Protocolos. Así resulta del complejo artículo XI del Protocolo Aeronáutico que ofrece un régimen especial para los objetos aeronáuticos en los procedimientos de insolvencia en línea con las modernas estrategias de financiación en la industria. Su aplicación depende de la previa declaración del Estado contratante, en la medida que actúe como jurisdicción principal en el procedimiento concursal, y es susceptible de exclusión (no modificación), en su integridad, por voluntad de las partes (artículo IV (3) del Protocolo). Esta disposición, considerada una de las de mayor relevancia económica del instrumento y redactada bajo una fórmula alternativa, opera en relación con el artículo XXX en virtud del cual «(u)n Estado contratante podrá declarar en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo, o en el de la adhesión al mismo, que aplicará íntegramente la Alternativa A o íntegramente la Alternativa B del artículo XI y, en tal caso, especificará los tipos de procedimiento de insolvencia (o «situaciones de insolvencia»), si corresponde, a los que se aplicará la Alternativa A y los tipos de procedimiento

de insolvencia, si corresponde, a los que se aplicará la Alternativa B. Un Estado contratante que formule una declaración en cumplimiento de este párrafo especificará el período requerido en el artículo XI». El plazo al que se refiere el artículo XI es el denominado «período de espera». De conformidad con la Opción A, en una situación de insolvencia, el administrador de la insolvencia o el deudor, harán entrega del objeto aeronáutico al acreedor garantizado en ese plazo o, si fuera más breve, en el plazo en el que el acreedor hubiera tenido derecho a la posesión del objeto aeronáutico de conformidad con la ley aplicable, distinta del Convenio y el Protocolo.

El Protocolo Espacial adopta exactamente la misma fórmula alternativa con dos opciones (Alternativa A y B) y de igual contenido que en el Protocolo Aeronáutico para los bienes de equipo espacial (artículo XXI del Protocolo Espacial).

Sin embargo, el Protocolo de Luxemburgo ofrece en este caso una respuesta propia, seguida posteriormente también por el MAC Protocol en su estadio de desarrollo actual. El artículo XI del Protocolo Ferroviario –y con posterioridad el artículo X del MAC Protocol– quiebra la dualidad de alternativas sobre la que se construyó el régimen de insolvencia en el Protocolo Aeronáutico para añadir una tercera opción (Alternativa C) que actúa como vía intermedia entre el modelo para riguroso o estricto de la Alternativa A (*rule-based*) y el discrecional de la Alternativa B. La nueva alternativa retiene los elementos básicos de protección del acreedor que vertebran la Alternativa A, pero con el reconocimiento de una mayor discreción del tribunal para suspender la reposición del bien por el acreedor en ciertas circunstancias.

Los tribunales de los Estados contratantes aplicarán estos artículos de los respectivos protocolos de conformidad con la declaración formulada por el Estado contratante siempre que sea la jurisdicción de insolvencia principal. Si un Estado contratante no formula declaración alguna, el artículo referido no se aplicará y será, por tanto, la legislación concursal nacional la ley aplicable a los supuestos de insolvencia.

En relación con estas disposiciones sobre el tratamiento de los derechos de garantía en el procedimiento de insolvencia, los Estados Miembro de la Unión Europea se encuentran en una situación muy particular. En su adhesión al Convenio y el Protocolo Aeronáutico²⁴⁷, la Unión Europea, en su estatus de

²⁴⁷ *Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (2009/370/CE), D.O. L 121/3, 15.5.2009.

Organización de integración económica regional²⁴⁸, realizó una serie de declaraciones que limitan el margen de actuación y afectan a la capacidad de los Estados miembros en cuanto a las condiciones de la ratificación al no permitir que éstos realicen determinadas declaraciones específicas en sus instrumentos de adhesión. No obstante, los Estados Miembros podrían acometer las reformas oportunas en la ley nacional para obtener los mismos resultados sustantivos que si la declaración hubiera sido hecha. Ante la imposibilidad de realizar determinadas declaraciones por los límites impuestos por la Unión Europea en su decisión de adhesión, los Estados deben considerar la conveniencia de recurrir a técnicas de implementación para obtener un resultado funcionalmente equivalente. Es decir, proceder a reformar normas existentes o adoptar reglas nuevas para conformar un marco jurídico aplicable a las operaciones de financiación garantizada con soluciones equivalentes a las que proporcionaría el Convenio bajo una serie de declaraciones. Esta situación es especialmente crítica porque algunas de las declaraciones incluidas en el paquete de las OCDE *qualifying declarations* que habilitan para el descuento del Convenio de Ciudad del Cabo han quedado bloqueadas para los Estados Miembro por la declaración de adhesión de la Unión Europea. Efectivamente, el paquete de declaraciones que habilitan para aprovechar una reducción en el coste de la financiación en los términos del ASU (*Aircraft Sector Understanding* (versión de 1 de febrero de 2017)²⁴⁹ incluye declaraciones referidas a los artículos X

²⁴⁸ Superados los iniciales enfrentamientos entre la Comisión Europea y algunos Estados miembros sobre cuestiones competenciales en materia concursal del Convenio, la Unión Europea accedió al Convenio mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009. El Convenio y su Protocolo aeronáutico han entrado en vigor para la Comunidad Europea el 1 de agosto de 2009. El Convenio y su Protocolo vinculan, en consecuencia, también a los Estados Miembros en la medida en que contienen disposiciones referidas a aspectos en los que la Comunidad goza de competencia y deben adoptar las medidas oportunas para cumplir e implementar tales disposiciones. Sin embargo, la adhesión de la Comunidad no implica la obligación de los Estados de ratificar el Convenio con sus Protocolos, aunque seguramente anuncie próximas ratificaciones. De hecho, la concurrencia en el instrumento de UNIDROIT de competencias distribuidas entre la Comunidad y los Estados permitiría afirmar que, sin la adhesión de la Comunidad, los Estados no podrían ratificar enteramente y con plenos efectos el Convenio y sus Protocolos - CRANS, B. «The Implications of the EU Accession to the Cape Town Convention», *Air and Space Law*, vol. 35, num. 1, 2010, pp. 1-7-. Con todo, en el momento de la adhesión de la Comunidad, Irlanda y Luxemburgo ya eran parte, individualmente, del sistema de Ciudad del Cabo y, por otro lado, la decisión de adhesión no es aplicable a Dinamarca. De ahí que, tras la solicitud por Dinamarca el 30 de marzo de 2015, del acuerdo de la Unión Europea sobre su propuesta de ratificación, se haya autorizado mediante Decisión (UE) 2015/1380, de la Comisión, de 10 de agosto de 2015, al Reino de Dinamarca a ratificar el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 [notificada con el número C(2015) 5553], siempre que Dinamarca formule unas declaraciones previstas en el artículo 55 del Convenio y el artículo XXX, apartado 5, del Protocolo similares a las formuladas por la Unión Europea (OJ L 213, 12.8.2015, pp. 6-8).

²⁴⁹ 1 February 2017 Arrangement on Officially Supported Export Credits [TAD/PG(2017)1] que reemplaza la versión previa de 1 de febrero de 2016, Annex III, Sector Understanding on Export Credits

y XI del Protocolo Aeronáutico, en particular, para la fijación de un plazo para la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 13 del Convenio. La única vía entonces, evitando la confrontación, sería la adaptación del Derecho interno para proveer soluciones funcionalmente equivalentes a las ofrecidas por las declaraciones no disponibles

IV. EL SISTEMA REGISTRAL

Junto con el concepto de garantía internacional y el conjunto de reglas uniformes, el tercer pilar en el que se apoya el sistema de Ciudad del Cabo es la creación de un Registro Internacional. Con la misma filosofía Convenio general/Protocolos específicos, se prevé la creación de un Registro para cada categoría de bienes. Actualmente, sólo el Registro Internacional para equipo aeronáutico es plenamente operativo. Bajo la supervisión de la ICAO, la compañía Aviareto, Limited, con sede en Dublín, opera como registrador del Registro Internacional de equipo aeronáutico. El acceso, la consulta, la inscripción y los demás detalles del funcionamiento del Registro se regulan en su Reglamento de Normas y Procedimientos, así como, al ser íntegramente electrónico, en los Términos de Uso del sitio (www.internationalregistry.aero).

La función del Registro es dar noticia (*notice registration* sin aportación documental), asegurar la oponibilidad a terceros y permitir el juego de las reglas de prioridad de las garantías internacionales y otros derechos y acuerdos susceptibles de inscripción (no sólo garantías internacionales, garantías internacionales futuras, cesiones y cesiones futuras de garantías internacionales, adquisiciones de garantías internacionales por subrogación legal o contractual y acuerdos de subordinación de rango, sino también avisos de garantías nacionales y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción). Si bien la correspondiente garantía se perfecciona sin necesidad de inscripción, que no es constitutiva, una vez inscrita en el Registro Internacional es oponible a terceros y adquiere prioridad sobre cualquier garantía inscrita con posterioridad y cualquier garantía no inscrita en el Registro, incluso aunque, e independientemente de que, conociera con anterioridad la existencia de la garantía inscrita posteriormente o no inscrita. Por tanto, la inscripción no es un requisi-

for Civil Aviation (ASU) 1] disponible, junto con información y documentación adicionales en <http://www.oecd.org/tad/xcred/aircraftsectorunderstandings.htm>.

Lista de países que cumplen las condiciones previstas en los artículos 35 y 38 del Apéndice II del ASU y que, por consiguiente, resultan cualificados para obtener el descuento del Convenio de Ciudad del Cabo: <http://www.oecd.org/tad/exportcredits/ctc.htm>.

to constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros ²⁵⁰.

1. Características del Registro Internacional

Para el cumplimiento de tal función de publicidad, se ha configurado un Registro esencialmente público, íntegramente electrónico, sin calificación registral de un Registrador que se denomina «pasivo» y que se soporta esencialmente en la operativa facilitada por su arquitectura electrónica.

No obstante, si bien el Registro es único, centralizado e internacional, se ofrece a los Estados contratantes la posibilidad de que designen uno o varios puntos de acceso al Registro Internacional bajo dos posibles modalidades: punto de acceso directo, que transmite directamente la información de la inscripción al Registro Internacional, o punto de acceso autorizante, que sólo autoriza la transmisión de la información –generalmente con el otorgamiento de un código previo (*Unique Authorization Code*, UAC)–, sobre ciertas operaciones relativas a células de aeronaves y helicópteros (nunca puede ser obligatorio para motores de aeronaves) respecto de los que es el Estado de matrícula. Todos los puntos nacionales de acceso designados por los Estados contratantes ²⁵¹ que al optado por esta opción hasta la fecha operan en la actualidad como puntos autorizantes.

La clave para la estabilidad y consistencia del sistema registral internacional es que la existencia de un punto de acceso nacional no altere los requisitos sustantivos de las garantías internacionales ni los requisitos formales para su inscripción de conformidad con el texto uniforme, ni podrá significar la imposición de procedimientos o requisitos, distintos de los establecidos en el Convenio y el Protocolo que pudieran resultar en la efectiva e injustificada denegación de acceso al Registro Internacional.

Sin embargo, los puntos nacionales de acceso no forman parte del sistema del Registro Internacional por lo que quedan regulados por la normativa nacional que resulte aplicable. El establecimiento de reglas de funcionamiento y procedimientos adecuados para el punto nacional de acceso es, no obstante,

²⁵⁰ FURNISH, Dale Beck, «The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos y Declarativos de las Garantías Reales Mobiliarias*)», *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 36, num. 1, Summer 2003, pp. 99-121-

²⁵¹ Según datos de 25 de septiembre de 2017, nueve Estados Contratantes han designado un punto nacional de acceso: Albania, Brasil, China, España, Estados Unidos de América, Méjico, Emiratos Árabes Unidos, Ucrania y Vietnam.

esencial porque pueden afectar a la inscripción de una garantía en el Registro Internacional y, en consecuencia, al despliegue de los efectos derivados de la inscripción. Tengamos en cuenta que, como regla general y de conformidad con el apartado 12.7 de las *Normas y Procedimientos para el Registro Internacional* (ICAO Doc 9864, sexta edición 2014), en caso de existir un punto de acceso nacional, toda inscripción en el Registro Internacional que eluda los procedimientos previstos por el punto nacional de acceso devendría inválida. De modo que, si se designa un punto de acceso, pero no se articula debidamente su funcionamiento o los procedimientos son inadecuados, las partes podrían ver imposibilitada o retrasada la inscripción de sus garantías con los consiguientes efectos en prioridad y oponibilidad. Por todo ello, si bien, como veremos, está prevista una excepción a la regla general de invalidez (ap. 12.8 *Normas y Procedimientos para el Registro Internacional*), el efecto útil del sistema registral de Ciudad el Cabo depende, en tal medida, del funcionamiento de los puntos de acceso nacionales.

2. Esfera de lo inscribible

La relación entre el ámbito de aplicación de las reglas sustantivas del Convenio y la esfera de lo inscribible en el sistema registral no es de coincidencia plena. Junto con las garantías internacionales, tienen también acceso al Registro derechos o intereses que no son garantías internacionales y además determinadas reglas del Convenio se pueden aplicar a derechos que no son garantías internacionales y que ni siquiera son objeto de inscripción.

El artículo 16 del Convenio enumera una serie de garantías, derechos y acuerdos susceptibles de acceder al Registro que, en cada caso, se establezca para cada categoría de objetos. De la lectura de esta disposición se concluye de inmediato que no hay coincidencia entre el concepto de garantía internacional y garantía inscribible en el Registro Internacional. Es decir, ni la inscripción en el Registro confiere a la garantía inscrita el carácter de internacional ni queda el acceso al Registro vedado a derechos, garantías o privilegios que no sean garantías internacionales. La inscripción no es un hecho calificador de la garantía internacional pero sí determinante para articular las reglas de prioridad (con las excepciones que veremos de ciertas garantías que gozan de prioridad sin precisar inscripción).

En la enumeración referida del artículo 16.1 podemos distinguir, de un lado, los tipos de garantías inscribibles que una vez inscritas serán tratadas como «garantías inscritas» a los efectos de la aplicación de las reglas de prio-

ridad, y, de otro lado, los acuerdos o situaciones jurídicas referidos, en este caso, a garantías internacionales, que son susceptibles de inscripción (cesiones, adquisiciones por subrogación legal o contractual, acuerdos de subordinación). Con respecto a las primeras, que se podrían denominar de adquisición originaria²⁵², el Convenio confirma que los siguientes garantías y derechos tienen acceso al Registro Internacional²⁵³ que para categoría de objetos se constituya: las garantías internacionales, las garantías internacionales futuras²⁵⁴, los avisos de garantías nacionales²⁵⁵ y los derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción²⁵⁶. A estos tipos de garantías con acceso

²⁵² GOODE, Roy, *Official Commentary. Revised Edition, op. cit.*, 2008, pp. 23-26.

²⁵³ Es interesante plantear, a este respecto, la situación de los *derechos y garantías preexistentes*. Salvo que en virtud del artículo 60.1 el Estado contratante declare otra cosa, no se les aplica el Convenio, conservando la prioridad que tuvieran según la ley aplicable antes de la fecha en que tenga efecto el Convenio que es la fecha más tardía de entre las dos siguientes: la entrada en vigor del Convenio y la incorporación como Estado contratante del Estado donde el deudor esté situado. Sin embargo, en lo que aquí interesa, el apartado tercero del artículo 60 incorpora una regla de Derecho transitorio que afecta a los derechos y garantías preexistentes. Mediante la oportuna declaración, un Estado contratante puede fijar una fecha (tras el transcurso de al menos 3 años desde que tenga efecto la declaración) a partir de la cual, a los efectos exclusivamente de prioridad, el Convenio y el Protocolo resulten aplicables a los derechos y garantías preexistentes. La cesión de un derecho preexistente o la adquisición por subrogación tras la fecha en la que tenga efecto el Convenio no afecta a su tratamiento como derecho preexistente, pues no crean una nueva garantía internacional, sino que tan sólo transfieren el derecho preexistente manteniendo la fecha de constitución del mismo. Si quedan cubiertos por la declaración, se aplicarán entonces los efectos descritos que, insistimos, afectan sólo a la prioridad y no suponen la aplicación de otras disposiciones del Convenio. Si las partes, por el contrario, decidieran reemplazar el acuerdo pre-Convenio por uno nuevo, concluido tras la entrada en vigor del Convenio, o incluso recurrieran a la novación del contrato previo, nace entonces una garantía internacional que se rige por el Convenio en todas sus disposiciones, pero el acreedor pierde su prioridad pre-Convenio con respecto a los derechos y garantías anteriores.

²⁵⁴ De acuerdo con el artículo 1(y) del Convenio, son garantías internacionales futuras aquellas garantías que se prevé crear o constituir sobre un objeto como garantías internacionales en el futuro, supeditadas a que ocurra un hecho determinado cuya ocurrencia es incierta (incluso el propio hecho de la adquisición de un derecho sobre ese objeto por el deudor). Tienen el mismo tratamiento sustantivo y registral que las garantías internacionales y, por tanto, acceden al Registro Internacional pendientes de la ocurrencia del hecho futuro. De hecho, el carácter futuro de la garantía no se hace constar en el certificado que emita el Registrador y la fecha de prioridad queda fijada en el momento de la inscripción de la garantía internacional futura y no en el momento de concurrencia del hecho esperado.

²⁵⁵ Son aquellas garantías creadas por una transacción interna con respecto a las cuales, en virtud de una declaración de las previstas en el artículo 50, el Estado Contratante afectado decide excluir la aplicación (parcial) del Convenio, como ya hemos tenido ocasión de analizar. Con todo, y este es el punto de especial interés, la exclusión de las reglas del Convenio no es total sino limitada. En primer lugar, las reglas de prioridad del Convenio, y no las del Derecho interno, son las aplicables a las garantías nacionales. En segundo lugar, algunas otras disposiciones del Convenio como las de los artículos 8.4, 9.1 o 16, o las del capítulo V resultan de aplicación a las garantías nacionales. En tercer lugar, aunque no pueda inscribirse como garantía internacional, se puede hacer constar en el Registro Internacional correspondiente un aviso de garantía nacional (art. 16) que asegura su prioridad en la misma forma en que se beneficiaría de ella una garantía internacional inscrita.

²⁵⁶ En virtud del artículo 40 del Convenio, los Estados contratantes podrán declarar que ciertos derechos o garantías no contractuales constituidos de acuerdo con su legislación aplicable podrán inscribirse en el Registro Internacional correspondiente y ser tratados como garantías internacionales, a pesar de su naturaleza no contractual (*i.e.* embargos, privilegios legales). Al igual que los referidos en el artículo 39

al Registro habría que añadir los que eventualmente pudieran prever los Protocolos para cada categoría de objetos (así, por ejemplo, el Protocolo Aero-náutico prevé la inscripción de las ventas y ventas futuras de objetos aeronáuticos). Con respecto al segundo grupo de supuestos, que denominaríamos de adquisición derivada, se inscribirán en el Registro Internacional que corres-ponda las cesiones y las cesiones futuras de garantías internacionales, la ad-quisición de garantías internacionales por subrogación legal o contractual de acuerdo con la ley aplicable y los acuerdos de subordinación de rango, que no trataremos aquí.

En este sentido, mediante la creación del Registro, el Convenio diseña un mecanismo de extensión de la efectividad internacional de derechos más allá de los nacidos y calificados como garantías internacionales. En consecuencia, la noción de «garantía inscrita» en el Registro Internacional es más amplia que la noción de «garantía internacional».

Hay garantías, derechos o acuerdos que acceden al Registro Internacional pero no son estrictamente garantías internacionales y hay derechos o privile-gios a los que se les aplican algunas reglas del Convenio, pero no son garantías internacionales e incluso, pueden no ser inscribibles en el Registro Internacio-nal. Con respecto a este último caso, hay que referirse a lo previsto en el ar-tículo 39. En virtud de esta disposición, un Estado contratante podrá formular una declaración en la que especificará los derechos o garantías no contractua-les que gozarán de una prioridad equivalente a una garantía internacional ins-crita o, incluso, si así se determina en la declaración, que tengan prioridad so-bre una garantía internacional inscrita, en el marco o no de un procedimiento de insolvencia (*i.e.* créditos laborales, créditos fiscales, premios por salvamen-to, derechos de retención que permiten en diversas situaciones al poseedor conservar la cosa hasta que le sean satisfechos por el deudor ciertos créditos relacionados con el objeto). La previsión de tan potente reserva de los Estados al ratificar, adherirse, aceptar o aprobar Convenio, permitiéndoles dar priori-dad a ciertos derechos frente a las garantías internacionales inscritas, ha sido

del Convenio, estos derechos y garantías no son contractuales, por tanto, no nacen de un acuerdo entre las partes, requisito de constitución de las garantías internacionales. Pero a diferencia de los previstos en el artículos 39, en este supuesto la prioridad se depende de su registro y acceden al Registro sin ser en puri-dad garantías internacionales, ni siquiera son contractuales. Ante la falta de inscripción, el derecho o ga-rantía no contractual no gana la prioridad que le confiere el Convenio y, de hecho, sus reglas resultan de muy reducida aplicación. Tan sólo su titular aparece tratado como «persona interesada» (artículo 1 (m)) a los efectos del ejercicio de medidas para el caso de incumplimiento del capítulo III (*i.e.* recibir un aviso por escrito y con una antelación razonable del acreedor garantizado que ante el incumplimiento del deudor decida vender o arrendar el objeto, artículo 8.4 del Convenio).

objeto de críticas²⁵⁷ al considerar que aumenta intensamente la complejidad del texto, reduce su efecto uniformador y empeora la posición de los acreedores titulares de garantías internacionales con una seria carga de incertidumbre. Todo ello, se entiende, sin necesidad de que tal derecho o garantía no contractual se inscriba, lo que lo distingue del supuesto previsto en el artículo 40 cuyo efecto es menos perturbador porque requiere la previa inscripción de los derechos o garantías no contractuales para ganar prioridad.

3. Normas de prioridad

Las sencillas reglas establecidas en el artículo 29 del Convenio (junto con o modificadas por las disposiciones de los Protocolos) se aplican única y exclusivamente a garantías inscritas. Salvo para las garantías o los derechos no contractuales que preservan su prioridad sin inscripción en virtud del artículo 39, las reglas de prioridad del Convenio no gobiernan la prelación entre garantías no inscritas, que se resolverá de acuerdo con la ley aplicable. Lógicamente, los Estados no contratantes no están vinculados por las reglas de prioridad del Convenio, salvo que sus normas de conflicto los remitan a su aplicación.

La prioridad está basada en dos factores: la efectiva inscripción en el registro y su anterioridad o precedencia temporal. En definitiva, una garantía inscrita gozará de prioridad sobre toda garantía inscrita posteriormente o sobre cualquier garantía o derecho no inscrito. Una garantía no inscrita (salvo lo previsto en el artículo 39 del Convenio) carece de prioridad por el mero hecho de la falta de inscripción independientemente de que ésta se deba a que la garantía no era inscribible porque no pertenecía a una categoría susceptible de inscripción conforme al Convenio-Protocolo, a que no fuera inscribible porque se encontrara fuera del ámbito de aplicación territorial del Convenio en el momento de conclusión del acuerdo o a que la inscripción haya expirado o se haya cancelado. Es decir, una garantía no inscrita es aquella que nunca se registró, siendo irrelevante que se hubiera podido inscribir o no, aquella cuya inscripción expiró o se canceló por cualquier motivo.

Como refuerzo de la anterior afirmación, el conocimiento de la existencia de una garantía no inscrita es absolutamente irrelevante a los efectos de la aplicación de las reglas de prioridad. Tan sólo la efectiva y vigente inscripción

²⁵⁷ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, «Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo para elementos de equipo aeronáutico», en MARTÍNEZ SANZ, Fernando; PETIT LAVALL, M.ª Victoria, *Estudios de Derecho Aéreo: aeronave y liberalización*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 57-72, en pp. 64-65.

es determinante para asegurar su prelación. Una garantía o un derecho no inscritos (insistimos, salvo los del artículo 39) pierden su prioridad en relación con las garantías inscritas aun cuando sus titulares tengan conocimiento de tal derecho, garantía o interés.

De acuerdo con el Convenio (artículo 29.3), el comprador del bien afecto adquiere su derecho de propiedad sobre el mismo sujeto exclusivamente a las garantías que ya consten inscritas con anterioridad y, por tanto, libre de cualquier otra garantía no inscrita, aunque tenga conocimiento de su existencia. El efecto de prioridad que el Convenio confiere a la inscripción en el Registro Internacional de una garantía con respecto a la adquisición ulterior del bien prevalece sobre las eventuales normas de derecho interno que protegieran al adquirente de garantías previas en determinadas circunstancias²⁵⁸ – por ejemplo, el comprador de buena y el que adquiere el bien en el curso ordinario del negocio²⁵⁹.

La solución, sin embargo, es necesariamente distinta si nos referimos, en particular, a los objetos aeronáuticos. En la medida en que el ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a las ventas de objetos aeronáuticos, que son susceptibles de inscripción en el Registro Internacional Aeronáutico [artículo III del Protocolo en relación con el artículo 16 (1) letra a) del Convenio], el sistema de reglas de prioridad se altera para recoger como fecha relevante y requisito de prioridad la inscripción de la venta. Así, el artículo XIV bifurca en dos párrafos el tratamiento de la prioridad del comprador de un objeto aeronáutico reemplazando la regla contenida en el artículo 29 (3) del Convenio –como expresamente indica el artículo III del Protocolo en su segundo párrafo–. De un lado, confirma que el comprador adquiere el bien libre de toda garantía ulteriormente inscrita o no inscrita, independientemente de su conocimiento. Para que esta regla de prioridad básica opere es preciso que se tome como referencia la fecha de inscripción de la venta, pues el precepto se aplica expresamente a una «venta inscrita». De otro lado, sin embargo, advierte que la adquisición quedará sujeta a toda garantía inscrita en el momento de la adquisición. En este punto no es la fecha de la inscripción de la venta la determinación sino, según el tenor de la disposición, el momento de la adquisición. Tal planteamiento tiene sentido porque el comprador puede conocer hasta ese momento las garantías previas que resulten debidamente inscritas y conforme a tal información adoptará su decisión de compra. No obstante, pa-

²⁵⁸ DESCHAMPS, Michel, «Les règles du priorité...», *op. cit.*, p. 37.

²⁵⁹ KOZOLCHYK, Boris, *La contratación comercial en el Derecho Comparado*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 207-208.

rece que²⁶⁰ esta opción por el momento de adquisición, en realidad, representa una desviación desafortunada de la regla general del orden temporal de inscripción como criterio de prioridad y resulta en una indeseada inconsistencia, derivada de un cambio ulterior en la redacción del texto, con el párrafo 1 del mismo artículo y el artículo 29 del Convenio.

De hecho, la redacción del precepto deja sin solución aparente los conflictos que pudieran surgir en el período que trascurra entre la adquisición y la efectiva inscripción de la venta. Si recurrimos a las reglas generales del Convenio, una venta inscribible y no inscrita será tratada como una «garantía no inscrita» que en virtud del artículo 29 (1) ve relegada su prioridad con respecto a toda garantía inscrita²⁶¹. Solución que apremiaría al comprador a desplegar un muy diligente comportamiento para acelerar la inscripción de la venta tras la conclusión del contrato, reduciendo así el período de incertidumbre sobre el mantenimiento de la prioridad esperada.

Por tanto, en el Protocolo Espacial que adopta el mismo enfoque sobre las ventas y ventas futuras, se repara esta inconsistencia del artículo XIV.2 del Protocolo Aeronáutico para reconducir la solución normativa sobre las reglas de prioridad al principio general del orden temporal de la inscripción. El artículo XXIII.2 del Protocolo Espacial aclara así que el vendedor de un bien de equipo espacial adquiere el bien sujeto a las garantías inscritas con anterioridad a la inscripción de la venta en el Registro Internacional, y no con anterioridad al momento de la adquisición.

Tras esta cuestión que nace en sede de prioridad, reside, en realidad, una decisión de política legislativa de corte substantivo por la que, en atención a las prácticas del sector y las particularidades de los bienes en ambos sectores, se opta en los Protocolos Aeronáutico y Espacial. Con el fin de aprovechar las ventajas de transparencia y oponibilidad que proporciona el sistema registral de Ciudad del Cabo, el Convenio deja a los Protocolos la decisión de extender las disposiciones del mismo, en la medida en que sean aplicables, a las ventas y ventas futuras para cada categoría de objetos, permitiendo así su acceso al Registro Internacional y la aplicación de las reglas de prioridad. El ejercicio de esta opción no implica que los contratos de ventas pasen a considerarse contratos constitutivos de garantías, pero permite aprovechar la arquitectura registral y el régimen de prioridades que la inscripción lleva anudado. La extensión de este tratamiento registral también a las ventas futuras permite a las partes

²⁶⁰ GOODE, Roy, *Official Commentary*, Third Edition, 2013, par. 5.70, p. 466.

²⁶¹ DESCHAMPS, Michel, «Les règles du priorité...», *op. cit.*, p. 38.

proteger la prioridad de su futuro derecho y prevenir disposiciones no autorizadas del bien objeto del contrato por su contraparte.

El Protocolo Espacial (artículo IV) sigue en este punto, a diferencia del Protocolo Ferroviario, la senda del Protocolo Aeronáutico extendiendo la aplicación de algunas de sus disposiciones a los contratos de venta como si las referencias a un acuerdo que crea o prevé una garantía internacional fueran referencias a un contrato de venta y como si las referencias a una garantía internacional, a una garantía internacional futura, al deudor y al acreedor fueran referencias a una venta, a una venta futura, al vendedor y al comprador.

Además de la extensión a las ventas y ventas futuras de bienes de equipo espacial, el Protocolo Espacial se distingue apreciablemente de los dos Protocolos anteriores con la incorporación de una interesante novedad en su ámbito de aplicación: el concepto de derechos del deudor y la extensión de su esfera de aplicación a la cesión de tales derechos en las condiciones que prevé el Protocolo.

Las dos consideraciones anteriormente apuntadas afectan al ámbito de aplicación del Protocolo Espacial, es decir, a la aplicación de las disposiciones del Convenio a los bienes de equipo espacial pero también condicionan paralelamente la esfera de lo inscribible en el Registro Internacional. Pues, también serán inscribibles las cesiones de derechos del deudor vinculados al registro de una garantía internacional sobre bienes de equipo espacial.

El Protocolo Ferroviario, sin embargo, no sigue la solución de extensión de los Protocolos Aeronáutico y Espacial y opta por no aplicar el instrumento sectorial a las ventas y las ventas futuras²⁶². El potencial riesgo para el titular de un eventual conflicto entre una inscripción en un registro nacional y la inscripción en el Registro Internacional era prácticamente inexistente en el sector ferroviario que carecía, en términos generales, de registros nacionales equivalentes sobre material rodante²⁶³.

No obstante, adopta una singular decisión al permitir la inscripción en el Registro Internacional de «avisos de venta». El artículo XVII aclara que tanto la inscripción de estos avisos como los resultados de la búsqueda de los mismos tendrán única y exclusivamente valor informativo y, por tanto, no generarán efecto alguno bajo el Convenio o el Protocolo. Significa esto que la ins-

²⁶² HARRIS, Steven L., «The International Rail Registry», *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 531-549, en p. 540; ROSEN, Howard, «The Luxembourg Rail Protocol: A Major Advance...», *op. cit.*, pp. 442-444.

²⁶³ ROSEN, Howard; FEETWOOD, Martin; VON BODUNGEN, Benjamin, «The Luxembourg Rail Protocol - Extending Cape Town Benefits to the Rail Industry», *Unif. L. Rev.*, num 17, 2012, pp. 609-632, en p. 616.

cripción de un aviso de venta no asegurará ningún tipo de prioridad bajo el Protocolo ni implicará la aplicación de las disposiciones propias de las garantías internacionales. No obstante, la legislación nacional no uniforme podría darle algún valor o asociarle efectos sobre la prioridad a esta inscripción voluntaria de un aviso de venta en el Registro Internacional. La inscripción de un aviso, por ejemplo, podría cuestionar, de acuerdo con la legislación nacional, la solidez de la posición de buena fe de un comprador ulterior frente al adquirente previo de un aviso inscrito. Los avisos se refieren sólo a ventas y no a las ventas futuras cuya inscripción, dado el tratamiento que le confiere el Protocolo, sería muy improbable y seguramente inútil a los efectos de prioridad nacional²⁶⁴.

En el proceso de elaboración del MAC Protocol se valoró la conveniencia de seguir el modelo extensivo de los Protocolos Aeronáutico y Espacial, el modelo intermedio del Protocolo Ferroviario sobre la posibilidad de inscripción de los avisos de venta o incluso optar por una solución más estricta que ni siquiera habilitara el acceso de los avisos de venta al Registro. Las características de los equipos, el sistema registral nacional, y el volumen de las transacciones aconsejaban apartarse del modelo aeronáutico y espacial. Las posibles ventajas para la seguridad en el tráfico, la transparencia en el sector y la actividad del Registro Internacional inclinaron la elección hacia la implementación del modelo ferroviario. Así, el artículo XVIII de la versión del texto del MAC Protocol analizada en el Comité de Expertos Gubernamentales (Roma, marzo 2017) reproduce en los mismos términos la solución del artículo XVII del Protocolo Ferroviario.

Si bien es claro también aquí que la inscripción de un aviso de venta no tiene efecto alguno conforme al Convenio o el Protocolo, se discutió en la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales si serían positivos o negativos los eventuales efectos que la legislación nacional pudiera anudar a su inscripción²⁶⁵. De un análisis comparado por jurisdicciones²⁶⁶, se concluirá sobre la conveniencia de mantener la solución o la oportunidad de configurar una política propia para estos sectores.

²⁶⁴ ROSEN, Howard, *et al.*, «The Luxembourg Rail Protocol - Extending Cape Town...», *op. cit.*, p. 617.

²⁶⁵ UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, p. 10.

²⁶⁶ Un primer estudio de Derecho comparado sobre el tratamiento de las diversas situaciones en las que un aviso de venta podría tener impacto según la legislación nacional en diversas jurisdicciones ya fue elaborado y presentado al *Study Group* para ponderar las opciones y preparar el texto del Protocolo. Adjunto como Apéndice VIII en el documento UNIDROIT 2016 - Study 72K – CGE1 – Doc. 4, Appendix VIII, pp. 107 y ss.

V. LA ADHESIÓN DE ESPAÑA AL CONVENIO Y EL PROTOCOLO AERONÁUTICO Y SU PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN

España es un Estado Contratante del Convenio de Ciudad del Cabo en relación con los objetos aeronáuticos tras su adhesión al Convenio y posteriormente al Protocolo Aeronáutico.

La incorporación de España al sistema de Ciudad del Cabo presentó algunas particularidades derivadas de un proceso de adhesión escalonado y dilatado en el tiempo y la realización de declaraciones ulteriores al Convenio en el momento de la adhesión al Protocolo. El proceso se inició con la adhesión al Convenio en 2013²⁶⁷, pero no se completó definitivamente hasta la adopción del Protocolo en 2015. Con fecha 1 de febrero de 2016, se publica en el BOE²⁶⁸ el instrumento de adhesión de España al *Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*. De acuerdo con el artículo 49.2 del Convenio²⁶⁹, el 1 de marzo de 2016 ha entrado en vigor para España el Convenio de Ciudad del Cabo junto con su Protocolo Aeronáutico, es decir, las disposiciones del Convenio en relación con la categoría de objetos que regula el Protocolo –los elementos de equipo aeronáutico: células de aeronaves, helicópteros y motores– y en las condiciones que en él se determinan.

Por tanto, aunque desde la adhesión al Convenio en 2013, España aparecía formalmente como un Estado Contratante, en la práctica, el sistema de Ciudad del Cabo no era para nuestro país plenamente operativo hasta la adhesión y entrada en vigor de alguno de los Protocolos. Por tanto, hasta el 1 de marzo de 2016 no eran aplicables en nuestro país las disposiciones del Convenio y, desde tal fecha, lo son únicamente en relación con el equipo aeronáutico²⁷⁰.

Además, bajo la habilitación del artículo 57 del Convenio que permite a los Estados parte formular declaraciones ulteriores, excepto la prevista en el artículo 60, España aprovechó la adhesión al Protocolo Aeronáutico para aña-

²⁶⁷ El 28 de junio de 2013, el Reino de España depositó el instrumento de adhesión ante UNIDROIT, junto con una serie de declaraciones, al Convenio de Ciudad del Cabo y el 4 de octubre de 2013 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el instrumento de adhesión, el texto del Convenio y las declaraciones de los Estados Contratantes hasta la fecha.

²⁶⁸ BOE núm. 27, de 1 de febrero de 2016.

²⁶⁹ El depósito del instrumento de adhesión fue aceptado por UNIDROIT con fecha 27 de noviembre de 2015. Con posterioridad, el 15 de diciembre de 2015 se procedió a la entrega del instrumento de adhesión al Secretario General de UNIDROIT.

²⁷⁰ Sobre esta situación anómala derivada de un proceso escalonado de adhesión, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «*The accession by Spain to the Cape Town Convention: a first assessment*», *Uniform Law Review*, 2014, pp. 1-23.

dir a las dos únicas declaraciones realizadas en el momento de adhesión al Convenio [bajo los artículos 52 y 54(2) Convenio], no sólo declaraciones al Protocolo, sino otras declaraciones ulteriores al Convenio. La realización de estas nuevas declaraciones, algunas ciertamente esperadas y previsibles, obliga a hacer algunas precisiones adicionales sobre la fecha de entrada en vigor.

De acuerdo con el artículo 57(2), una declaración ulterior no será efectiva hasta transcurrido un periodo de seis meses desde la notificación al Depositario que en este caso fue el depósito del instrumento de adhesión al Protocolo Aeronáutico. Como el periodo previsto para la entrada en vigor en el artículo 49(2) del Convenio es, sin embargo, de tres meses, surgen dos fechas relevantes y se abren tres escenarios temporales: antes de la entrada en vigor el 1 de marzo de 2016, entre el 1 de marzo y el 1 de junio de 2016, y a partir del 1 de junio de 2016²⁷¹.

Conforme a los tres escenarios definitivos, se concluye que la entrada en vigor del Convenio para el equipo aeronáutico el 1 de marzo de 2016 estuvo sujeta únicamente a las declaraciones inicialmente realizadas por España en el momento de adhesión al Convenio (artículos 52 y 54(2)) y a las declaraciones realizadas al Protocolo [artículos XIX(1), XXIX y XXX(1)]. Sin embargo, las nuevas declaraciones realizadas al Convenio [artículos 39(1)(a), 39(1)(b), 40 y 53], con ocasión de la adhesión al Protocolo Aeronáutico, no fueron efectivas, de conformidad con el artículo 57(2), hasta el 1 de junio de 2016, salvo que la propia declaración indique otra cosa.

Esta previsión abrió un posible periodo transitorio entre la entrada en vigor del instrumento el 1 de marzo y la fecha en la que las declaraciones ulteriores comenzaron a ser efectivas. La particular redacción de cada una de las declaraciones, no obstante, planteó escenarios de transitoriedad diferentes. Las declaraciones bajo los artículos 39(1)(b), 40 y 53 no ganaron efectividad hasta el 1 de junio de 2016, pero la redacción de la declaración bajo el artículo 39(1)(a) –se aplica sobre cualquier garantía internacional registrada incluso con anterioridad a la propia adhesión de España al Protocolo– hizo irrelevante el periodo transitorio.

A partir de su fecha de entrada en vigor, teniendo en cuenta las consideraciones que sobre las declaraciones realizadas se han planteado, el Convenio y el Protocolo se aplican a las garantías, creadas o provistas por alguno de los acuerdos previstos en el Convenio (contrato constitutivo de garantía, compraventa con reserva de dominio, contrato de arrendamiento, y parcialmente las

²⁷¹ Se analizan con detalle y se explican las implicaciones de esta entrada en vigor en dos tramos en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Claves para la aplicación en España del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico: análisis del estado de implementación y cuestiones críticas», *Bitácora Millenium DIPr*, num. 3-4, pp. 100-127, 2016, en www.milleniumdipr.com.

ventas) sobre equipo aeronáutico tanto en operaciones internacionales como en transacciones puramente internas, pues España acertadamente no ha realizado ninguna declaración bajo el artículo 50. De acuerdo con los criterios de aplicación territorial, se aplicará el Convenio cuando el deudor se encuentre situado²⁷² en España como Estado contratante, independientemente de la situación del acreedor; o, alternativa y adicionalmente, cuando la aeronave a la que pertenece la célula de aeronave o el helicóptero estén inscritos en el Registro de Matrícula de Aeronaves²⁷³.

La entrada de España en el sistema de Ciudad de Cabo tiene un importante valor estratégico para la industria, facilita el acceso en condiciones competitivas de las empresas al mercado internacional de financiación y representa un claro estímulo para la modernización del marco jurídico nacional (normas sustantivas y sistema registral) aplicable a las operaciones garantizadas en línea con los estándares internacionales uniformes.

Esta posición de España como Estado parte del sistema de Ciudad del Cabo y la importancia estratégica en la economía nacional de otros sectores, con un elevado nivel de internacionalización, como el ferroviario, el de construcción o el espacial, aconsejarían además que España considerara su adhesión futura al resto de Protocolos.

Los beneficios esperados de esta incorporación al sistema uniforme se traducirían, en primer lugar, en las ventajas inherentes a la unificación normativa que reduce las incertidumbres de las operaciones transfronterizas de financiación garantizada (sobre activos, *asset-based finance*), en un ámbito particularmente afectado por apreciables divergencias sustantivas entre tradiciones jurídicas y agravado por la inadecuación de la clásica regla *lex rei sitae* cuando las transacciones se refieren a equipos naturalmente móviles. En segundo lugar, en la reducción del coste de acceso al crédito para los operadores nacionales y una oferta más amplia de financiación en mejores condiciones en el mercado internacional.

²⁷² Como ya hemos analizado con anterioridad, a los efectos de determinar cuándo el deudor está situado en un Estado contratante, el artículo 4 ofrece cuatro criterios alternativos –la ley bajo la que se haya constituido o formado, el lugar de su sede social o estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el lugar en el que esté situado su establecimiento comercial principal, si tiene varios, o, en su defecto, su residencia habitual–.

²⁷³ Con fecha 22 de mayo de 2015, se aprobó, mediante Real Decreto 384/2015 (BOE núm. 144, de 17 de junio de 2015), el nuevo Reglamento de Matriculación de Aeronaves Civiles (en adelante, el Reglamento) reemplazando el antiguo Reglamento hasta ahora vigente de 1969, que queda expresamente derogado. El Real Decreto se dicta al amparo de la habilitación del artículo 32 y de la disposición final cuarta de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea para que el Gobierno dicte las disposiciones necesarias de desarrollo y ejecución de la ley.

Estos beneficios esperados por la incorporación al sistema de Ciudad del Cabo no se activan, sin embargo, automáticamente con la simple adhesión, primero, al Convenio y, ahora, al Protocolo Aeronáutico, y, en un futuro, a otros Protocolos. La efectividad plena y completa del «efecto útil» del sistema de Ciudad del Cabo depende del ajuste de dos variables fundamentales. De un lado, la selección de las declaraciones realizadas al Protocolo y el Convenio, tanto en el momento inicial de la adhesión como ulteriormente con ocasión de la adopción del Protocolo. De otro lado, una adecuada implementación²⁷⁴ del sistema uniforme en el ordenamiento nacional mediante acciones dirigidas a facilitar la adaptación efectiva de las piezas sustantivas y registrales. Ciertamente, en el caso de España, no ha sido necesaria la adopción de una ley específica de implementación del instrumento internacional, que tras su publicación oficial (art. 96 Constitución Española) ya forma parte del Derecho interno, pero la simple confianza en el principio de primacía de las normas internacionales en el sistema jurídico no garantiza un ajuste sin fricciones ni basta para una implementación efectiva.

Una implementación inadecuada, parcial o tardía no sólo genera el riesgo de diluir las ventajas del sistema uniforme o incluso desactivar totalmente los beneficios esperados, sino que además puede producir disfunciones muy poco deseables en la aplicación del instrumento internacional como Derecho doméstico en el ordenamiento jurídico. Estas acciones de implementación han de ser además consistentes con las declaraciones realizadas en relación con ambos textos y garantizar, de hecho, su efectividad en el ordenamiento interno²⁷⁵.

En las próximas secciones, se analizan con detalle las declaraciones iniciales y posteriores que ha efectuado España para determinar con exactitud las condiciones de la adhesión y las acciones de implementación adoptadas o en proceso.

1. Declaraciones efectuadas en el momento de adhesión al Convenio

En el momento de adhesión al Convenio, España únicamente realizó dos declaraciones: bajo el artículo 52, en relación con el estatus de Gibraltar; y bajo el artículo 54(2), exigiendo que todo recurso de que disponga el acreedor

²⁷⁴ WOOL, J., «Treaty Design, Implementation, and Compliance Benchmarking Economic Benefit – a Framework as Applied to the Cape Town Convention», *Uniform Law Review*, 2012, p. 633.

²⁷⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention: the accession of Spain to the Aircraft Protocol», *Uniform Law Review*, 2016, pp. 1-30.

de conformidad con cualquiera de las disposiciones del Convenio, y cuyo ejercicio no esté subordinado en virtud de sus disposiciones a una petición al tribunal, podrá ejercerse únicamente con la autorización del tribunal.

Sobre estas declaraciones realizadas en primer lugar con ocasión del depósito del instrumento de adhesión al Convenio, conviene brevemente recordar dos cuestiones de interés.

De un lado, que de conformidad con el artículo XXXI del Protocolo Aeronáutico –artículo XXIX(1) del Protocolo Ferroviario y artículo XLI del Protocolo Espacial– tales declaraciones se considerarán realizadas en relación con las respectivas categorías de bienes, salvo que se indicara lo contrario. Por tanto, salvo que en el instrumento de adhesión al Protocolo Aeronáutico se hiciera constar otra cosa, la declaración realizada bajo el artículo 54(2) será aplicable a los bienes aeronáuticos tras la ratificación del Protocolo y su entrada en vigor. Esta extensión automática obliga a replantear el acierto de esta declaración y considerar así la conveniencia de atenuar sus efectos mediante declaraciones ulteriores, en particular, bajo el artículo 53²⁷⁶, como de hecho así se hizo.

De otro lado, de conformidad con el artículo 57, pueden realizarse en el instrumento de adhesión al Protocolo declaraciones subsiguientes al Convenio que entrarán en vigor de acuerdo con lo indicado en tal disposición. De ahí que en el instrumento de adhesión al Protocolo Aeronáutico (*infra* 2), se optara por efectuar declaraciones ulteriores al Convenio.

2. Análisis de las declaraciones ulteriores al Convenio

2.1 Declaración efectuada bajo el artículo 39(1)(a) sobre derechos o garantías no contractuales

Si bien España no realizó en el momento de adhesión al Convenio ninguna de las declaraciones posibles bajos los artículos 39 y 40, estas declaraciones eran esperables y, de hecho, se han concretado en el momento de la adhe-

²⁷⁶ En efecto, como ya argumenté en otro lugar –*The accession by Spain to the Cape Town Convention: a first assessment, op. cit.*, pp. 9-11–, el riesgo que la declaración efectuada bajo el artículo 54(2) implica es que impidiera la aplicación de los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento que requieren la intervención de notario o de registrador, pero no de autoridad judicial. Aunque podría forzarse la interpretación, quizá infructuosamente, de los artículos 13 y 14 para obtener este resultado, la forma más adecuada es precisamente la de proceder a realizar una declaración bajo el artículo 53, como se propone, que defina «tribunales relevantes» a tales efectos, como todos los tribunales y autoridades competentes de conformidad con la legislación española.

sión al Protocolo. Las disposiciones referidas permiten a los Estados Contratantes, exclusivamente mediante la formulación de declaraciones y en los términos previstos en ellas, alterar la regla básica y esencial que vertebró el sistema de Ciudad del Cabo en virtud de la cual una garantía inscrita prevalece sobre una garantía no inscrita. De modo que, una garantía no inscrita carece de prioridad por el mero hecho de la falta de inscripción independientemente de que ésta se deba a que la garantía no era inscribible porque no pertenecía a una categoría susceptible de inscripción conforme al Convenio-Protocolo, a que no fuera inscribible porque se encontrara fuera del ámbito de aplicación territorial del Convenio en el momento de conclusión del acuerdo o a que la inscripción haya expirado o se haya cancelado. Es decir, una garantía no inscrita es aquella que nunca se registró, siendo irrelevante que se hubiera podido inscribir o no, aquella cuya inscripción expiró o se canceló por cualquier motivo.

La garantía internacional (inscrita) prevalece sobre las garantías nacionales y otros derechos o privilegios reconocidos por la ley nacional, en principio, no inscritas ni inscribibles, salvo las excepciones que permite el propio sistema de Ciudad del Cabo. De ahí que, en caso de que una garantía nacional y una garantía internacional puedan coexistir, como es fácilmente viable dado los sencillos requisitos para la constitución de una garantía internacional, la prioridad conferida por el sistema de Ciudad del Cabo es indiscutiblemente preferible. Además, en la medida en que las garantías internacionales del Convenio son garantías consensuales (o contractuales), los derechos o privilegios no consensuales no pueden «convertirse» en garantías internacionales.

Los artículos 39 y 40, por tanto, permiten a los Estados Contratantes modular parcialmente este sistema para rescatar la prioridad de ciertos derechos o privilegios, bien otorgándoles carácter inscribible en el Registro Internacional o bien, incluso, reconociéndoles prioridad aun sin inscripción posible. España hace uso de las tres opciones que el Convenio otorga a los Estados en virtud, respectivamente, de los artículos 39(1)(a), 39(1)(b) y 40.

Bajo el artículo 39(1)(a), España declara que *todas las categorías de derechos o garantías no contractuales que conforme a la ley española tienen y tendrán prioridad en el futuro sobre una garantía relativa a un objeto que sea equivalente a la del titular de una garantía internacional inscrita, tendrán prioridad en igual medida sobre una garantía internacional inscrita, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia, y tanto si fue registrada antes o después de la adhesión del Reino de España.*

De tal forma, España formula la declaración, como la propia disposición permite, mediante una descripción genérica que se remite a «todas las categorías de derechos o garantías no contractuales que conforme a la ley española»

tengan prioridad (sobre una garantía equivalente a la garantía internacional), reguladas en el momento de la declaración o que puedan gozar de tal prioridad en el futuro, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia y, además, independientemente del momento de la inscripción. Esta amplia redacción de tipo genérico obliga a integrar la declaración con la legislación vigente en cada momento. Teniendo en cuenta, no obstante, que los privilegios que se regulan en las normas que se indican a continuación se reconocen sobre la aeronave y no sobre un objeto aeronáutico en el sentido del Convenio, se puede entender que actualmente la declaración estaría refiriéndose a los créditos preferentes previstos en el artículo 133²⁷⁷ LNA, el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores²⁷⁸, en las condiciones y con los límites allí establecidos, y el artículo 41²⁷⁹ de la LHMPsD²⁸⁰ (sujeta al requisito de inscripción allí previsto). Esta prioridad otorgada mediante la declaración es una prioridad nacional, no una prioridad conferida por el Convenio. La confirmación de su naturaleza nacional implica que otro Estado Contratante reconocerá o no esta prioridad de los derechos o privilegios no consensuales en virtud de lo que determinen las normas de conflicto que resulten aplicables, pero no como prioridad reconocida directamente por el Convenio.

La relevancia de esta declaración bajo el artículo 39(1)(a) es que tiene un amplio e intensísimo efecto sobre la regla general de prioridad de las garantías internacionales inscritas. Primero, por la descripción genérica que requiere indagar en la legislación vigente para identificar privilegios o derechos no contractuales y además confirmar su preferencia sobre «garantías equivalentes» a

²⁷⁷ De conformidad con esta disposición y en el orden de prelación allí relatado:

Primero. Los créditos por impuestos, derechos y arbitrios del Estado, por la última anualidad y la parte vencida de la corriente.

Segundo. Los salarios debidos a la tripulación por el último mes.

Tercero. Los créditos de los aseguradores por las dos últimas anualidades o dividendos que se les adeuden.

Cuarto. Las indemnizaciones en concepto de reparación de daños causados a personas o cosas, con las limitaciones previstas

Quinto. Los gastos de auxilio o salvamento de la propia aeronave, accidentada o en peligro.

²⁷⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicado en BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. En particular, pero no exclusivamente, «(l)os créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca (...)».

²⁷⁹ Artículo 41 LHMPsD: «Sólo gozarán de preferencia sobre la hipoteca mobiliaria las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave, por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquel en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones».

²⁸⁰ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, BOE núm. 352, de 18 de diciembre de 1954.

las garantías internacionales. Segundo, porque deja abierta la entrada a cualquier privilegio que la ley nacional reconozca en el futuro. Tercero, porque se proyecta sobre cualquier garantía internacional registrada incluso con anterioridad a la propia adhesión de España al Protocolo. Al optar España por este criterio temporal, se salva la apertura de un periodo transitorio entre el 1 de marzo y el 1 de junio de 2016 pues en el momento en que sea eficaz la declaración se aplica sobre cualquier garantía internacional independiente del momento de su inscripción. Finalmente y de forma muy significativa, porque los privilegios y derechos cubiertos por la declaración prevalecen sin necesidad de inscripción. Esta ausencia les resta visibilidad y aumenta inevitablemente la incertidumbre en su aplicación pues requiere la indagación en la legislación nacional vigente para confirmar el privilegio y determinar su alcance. No obstante, como analizamos a continuación, el ámbito material del artículo 39(1)(a) ha de ponerse en relación con el de la declaración realizada bajo el artículo 40 pues ambas disposiciones son mutuamente excluyentes.

2.2 *Declaración realizada bajo el artículo 40 sobre derechos o garantías no contractuales inscribibles en el Registro Internacional*

Bajo el artículo 40, los Estados Contratantes pueden también declarar en cualquier momento que ciertos derechos o garantías no contractuales sobre cualquier categoría de objetos pueden inscribirse en el Registro internacional competente (el Registro de objetos aeronáuticos) y tratarse como garantías internacionales. De este modo, mediante esta declaración, los Estados permitirían la aplicación del sistema de Ciudad del Cabo, concebido para garantías de origen contractual, a derechos o garantías no contractuales. Así, estos derechos o garantías pueden ganar prioridad sobre otras garantías internacionales en la medida en que se inscriban con anterioridad.

A diferencia del artículo 39(1)(a) previamente analizado, la declaración bajo esta disposición debe especificar y listar los derechos o garantías no contractuales cubiertos por la declaración, por lo que la declaración presentada por España incluye expresamente los «derechos de una persona que haya obtenido una orden judicial que autorice el embargo de un objeto aeronáutico para el cumplimiento total o parcial de la resolución de un tribunal» y «gravámenes u otros derechos de una entidad estatal en relación con impuestos u otros tributos no abonados». Asimismo, la operativa de ambas declaraciones es diferente en la medida en que bajo el artículo 40 los derechos o garantías no contractuales dependen de la inscripción en el Registro internacional (competente). Por ello, las

declaraciones son mutuamente excluyentes y, en caso de solaparse, es preciso analizar los efectos derivados, pues, si resultara de aplicación el artículo 40, si la garantía no contractual no se inscribe toda garantía internacional goza de prioridad sobre ella y será la legislación nacional aplicable la que resuelva los conflictos y la prioridad entre esa garantía y otros derechos o garantías no inscritos.

Si se compara la descripción general de la declaración bajo el artículo 39(1)(a) con los intereses expresamente incluidos en la lista del artículo 40 se observa un solapamiento en el ámbito de cobertura. En particular, al integrar la descripción general con, entre otras disposiciones, el artículo 133 LNA comprobamos que «(l)os créditos por impuestos, derechos y arbitrios del Estado, por la última anualidad y la parte vencida de la corriente» son susceptibles de quedar subsumidos en la segunda de las categorías listadas en la declaración bajo el artículo 40 que se refiere a «gravámenes u otros derechos de una entidad estatal en relación con impuestos u otros tributos no abonados». No hay en esta segunda descripción una limitación temporal ni cuantitativa («última anualidad y la parte vencida de la corriente»), de modo que, en la medida en que pueda absorber la totalidad o parte de los créditos contemplados en el primer párrafo del artículo 133 LNA el régimen del artículo 40 del Convenio prevalece.

La relevancia de esta constatación es entonces que estos gravámenes u otros derechos por impuestos o tributos no abonados sólo tendrán prioridad si se inscriben en el Registro internacional. Faltando la inscripción, la declaración del artículo 39 no protege su prioridad porque el requisito de la inscripción impuesto en el artículo 40 prevalece. Esta afirmación entonces se hace particularmente crítica al comprobar que la declaración del artículo 40 no tiene aplicación retroactiva ni resuelve la transitoriedad creada por su fecha de efectividad posterior. Por tanto, habría que afirmar que desde el 1 de marzo hasta el 1 de junio de 2016 ni los «derechos de una persona que haya obtenido una orden judicial que autorice el embargo de un objeto aeronáutico para el cumplimiento total o parcial de la resolución de un tribunal» ni los «gravámenes u otros derechos de una entidad estatal en relación con impuestos u otros tributos no abonados» son inscribibles en el Registro Internacional y, por tanto, no pueden ni conservar ni ganar prioridad sobre las garantías internacionales que se constituyan sobre los mismos objetos.

En el caso de España, que se ha adherido al Protocolo Aeronáutico, las declaraciones realizadas bajo los artículo 39 y 40 se entienden realizadas en virtud de tal Protocolo (artículo XXXI) de modo que se refieren a derechos o garantías no contractuales sobre equipo aeronáutico y la inscripción habrá de realizarse en el Registro Internacional para esta categoría de objetos.

2.3 *Declaración realizada bajo el artículo 39(1)(b)*

La declaración efectuada bajo el artículo 39(1)(b) responde a la versión estándar y pretende garantizar el derecho de un proveedor de servicios públicos, estatal, privado o intergubernamental (*i.e.* Eurocontrol, AENA Aeropuertos) a embargar o detener, en virtud de las leyes de tal Estado, un objeto aeronáutico para el pago de cantidades adeudadas por los servicios prestados. Técnicamente, esta declaración no contempla en su redacción una fórmula para salvar la apertura del período transitorio, como hace la realizada bajo el artículo 39(1)(b) que se abre entre el 1 de marzo y el 1 de junio que es la fecha en que la declaración se hace efectiva.

Por tanto, habría que aceptar que, en caso de que surgiera una situación como la descrita en el periodo transitorio, el Convenio habría de aplicarse sin la declaración del artículo 39(1)(b). Esta declaración se remite al derecho de las referidas entidades a detener o embargar un objeto que esté reconocido por la legislación nacional del Estado que efectúa la declaración. Además, a diferencia del artículo 39(1)(a), incluye también derechos de retención que deriven de un contrato. Por todo ello, en el periodo de transición hay que asumir que inevitablemente estos derechos no están protegidos frente a la aplicación de las disposiciones del Convenio, hasta que la declaración ganó efectividad y además sin aplicación retroactiva.

2.4 *La relación entre la declaración bajo el artículo 54(2) y la declaración ulterior bajo el artículo 53*

Finalmente, España también ha realizado una declaración ulterior bajo el artículo 53 del Convenio que ha de interpretarse en relación con la declaración efectuada bajo el artículo 54(2) en el momento de adhesión al Convenio en 2013. Esta interacción entre ambas declaraciones y el lapso temporal abierto por el diferente momento en que han sido realizadas y su fecha de entrada en vigor, plantea interesantes cuestiones interpretativas y de aplicación.

La declaración realizada bajo el artículo 54(2) tenía el efecto, poco deseable, de exigir la autorización de un tribunal para el ejercicio de los medios de tutela que el Convenio y el Protocolo ponen a disposición del acreedor sin autorización judicial. Es decir, impediría el recurso a vías de ejecución que pueden resultar más ágiles, efectivas y adecuadas en un entorno empresarial y entre partes especialmente sofisticadas. Y, además, estaría potencialmente excluyendo la participación de autoridades no judiciales que, sin embargo, inter-

vienen en la ejecución de garantías en el Derecho español, como el caso de los notarios.

La declaración del artículo 53 no desactiva la aplicación de la declaración previa, pero viene a atenuar en cierta medida sus efectos menos deseables. El artículo 53 permite a los Estados designar el «tribunal» o los «tribunales» competentes a los efectos de las disposiciones allí indicadas. De una forma abierta y circular, la declaración bajo el artículo 53 precisa que *todos los tribunales y autoridades competentes de conformidad con las leyes del Reino de España serán los tribunales relevantes a efectos del artículo 1 y el capítulo XII del Convenio*.

Con esta fórmula, el requisito de «autorización de un tribunal» queda referido a las autoridades que de conformidad con las leyes españolas resulten, en cada caso y en cada momento, competentes en relación con el ejercicio de las acciones específicas que conforme al Convenio y el Protocolo el acreedor tiene disponibles en caso de incumplimiento del deudor que amplían apreciablemente las que tradicionalmente viene reconociendo el Derecho español. No significa la declaración que cualquier medida pueda ser ejecutada judicial o extrajudicialmente, pues la autoridad no judicial que intervenga ha de ser competente en cada caso y tal competencia viene determinada por la legislación española vigente. Esta dependencia de la legislación nacional, no obstante, puede derivar en una limitación o condicionamiento no deseado del ejercicio de la medida reconocida en el Convenio o Protocolo cuando tales acciones no se corresponden con remedios nacionales en la medida en que la legislación interna debe contemplar la competencia de la autoridad nacional para la ejecución. Pero, ciertamente, con la declaración del artículo 53 sí se despeja cualquier duda interpretativa sobre la aplicación de los procedimientos extrajudiciales ante Notario o cualquier otro que prevea la ley aplicable ante Secretario judicial, Registradores o Notarios. La solución es indirecta, pero permite acomodar la rigurosa declaración del artículo 54(2) con la situación real y efectiva del ordenamiento jurídico español en relación con la ejecución de las garantías.

La declaración bajo el artículo 53, no obstante, no fue efectiva hasta el 1 de junio de 2016, lo que podría ocasionar en el periodo transitorio dudas sobre el alcance que deba darse a la necesaria «autorización de un tribunal» para la ejecución de medidas en caso de incumplimiento durante ese plazo.

La conclusión sobre el efecto de la declaración bajo el artículo 53 sobre el artículo 54(2) es relevante además para determinar en qué medida España estaría satisfaciendo la tabla de declaraciones (*qualifying declarations*) que habilitan para el acceso al denominado *Cape Town Convention discount* en virtud del

Aircraft Sector Understanding (versión de 1 de octubre de 2017) ²⁸¹. En particular, si la interpretación dada por la declaración bajo el artículo 53 a «tribunal» es suficiente para cumplir con la declaración obligatoria, pero alternativa, prevista en el Anexo 1 del Acuerdo ASU referido, artículo 2 d) que está requiriendo la ausencia de necesaria autorización de un tribunal. Si no fuera así, sería preciso entonces asegurar una solución interna equiparable para la obtención «rápidamente» de medidas provisionales sujetas a la decisión definitiva (artículo X del Protocolo en relación con artículo 13 del Convenio).

El juego de declaraciones bajo los artículo 54(2) y 53 debe combinarse finalmente con la declaración realizada al Protocolo en relación con el artículo XIII. Como se analiza a continuación, esta declaración ya implica que el Estado Contratante ha aceptado para la cancelación de matrícula y exportación una ruta alternativa a la judicial. No obstante, para evitar posibles problemas interpretativos, se optó por incluir en la declaración una frase aclaratoria que advierte que la declaración realizada bajo el artículo 54(2) no se aplica en este caso, es decir, para el ejercicio de IDERA.

3. Declaraciones realizadas al Protocolo (punto nacional de acceso e IDERA): estado de la implementación

En el momento de la adhesión al Protocolo Aeronáutico, España ha realizado declaraciones de conformidad con el artículo XIX(1) designando un punto nacional de acceso; el artículo XXIX con respecto al status de Gibraltar; y el artículo XXX(1) sobre la autorización para solicitar la cancelación de la matrícula y el permiso de exportación (IDERA). Las cuestiones de implementación y aplicación relevantes de las declaraciones efectuadas surgen en relación con la primera (*infra* a) y la tercera (*infra* b).

3.1 El funcionamiento del punto de acceso español

Una de las principales áreas críticas en el proceso de implementación se refiere a la operatividad de la declaración realizada bajo el artículo XIX(1) del

²⁸¹ 1 October 2017 Arrangement on Officially Supported Export Credits [TAD/PG(2017)8] que reemplaza la versión previa de 1 February 2017 Arrangement on Officially Supported Export Credits [TAD/PG(2107)1], Annex III, Sector Understanding on Export Credits for Civil Aviation (ASU) 1] –disponible, junto con información y documentación adicionales en <http://www.oecd.org/tad/xcred/theexportcreditsarrangementtext.htm>–. Lista de países que cumplen las condiciones previstas en los artículos 35 y 38 del Apéndice II del ASU y que, por consiguiente, resultan cualificados para obtener el descuento del Convenio de Ciudad del Cabo: <http://www.oecd.org/tad/exportcredits/ctc.htm> (fecha de consulta: 9 de mayo 2017).

Protocolo en virtud de la cual España designa un punto nacional de acceso al Registro Internacional. Con la designación del Registro de Bienes Muebles como punto nacional de acceso, España opta legítimamente por una posibilidad que el sistema de Ciudad del Cabo ofrece a los Estados Contratantes, aunque el número de Estados que han recurrido a esta designación ha sido hasta la fecha muy reducido²⁸². Estos puntos nacionales de acceso no forman parte técnicamente del sistema registral internacional por lo que quedan sujetos a la legislación nacional. De ahí que resulte absolutamente esencial garantizar que las normas sustantivas y procedimentales que se adopten para proceder a la implementación del punto nacional de acceso sean plenamente consistentes con los principios y reglas del Convenio, el Protocolo y los Reglamentos y Procedimientos del Registro Internacional.

La redacción de la declaración designando el punto de acceso nacional confirma que se ha optado por un modelo autorizante y no directo de punto de acceso, alineándose así España con el resto de Estados que también han designado puntos de acceso nacionales. Conforme a esta decisión, las acciones de implementación que se adapten para permitir el funcionamiento del punto de acceso y los procedimientos que se habiliten deben corresponderse con esta modalidad y facilitar las acciones previstas de forma consistente con la operativa de los puntos autorizantes. A tal efecto, es preciso analizar con detenimiento las acciones de implementación, o que de algún modo afectan a la implementación, acometidas hasta la fecha de entrada en vigor.

El Real Decreto 384/2015²⁸³, de 22 de mayo de 2015, del nuevo Reglamento de Matriculación de Aeronaves Civiles (en adelante, el Reglamento) aprovechó para incorporar en su disposición adicional 6.^a (en adelante, DA6) un conjunto de previsiones dirigidas a la implementación de la decisión (anunciada y ulteriormente confirmada en el instrumento de adhesión) de designar un punto nacional de acceso. Sin embargo, técnicamente, no puede calificarse la DA6 como una auténtica norma de ejecución, implementación o adaptación del sistema de Ciudad del Cabo al ordenamiento jurídico español, en la medida en que es anterior a la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico y, por tanto, la configuración que las declaraciones finalmente realizadas por el Estado Contratante confieren al conjunto Convenio-Protocolo no eran definitivas.

²⁸² En la fecha de entrada en vigor para España (1 de marzo de 2016), han procedido a designar puntos de acceso 9 de los 64 Estados parte del Protocolo: Albania, Brasil, China, México, España, Emiratos Árabes, Ucrania, Estados Unidos de América y Vietnam.

²⁸³ Publicado en BOE núm. 144, de 17 de junio de 2015.

En efecto, la aplicación del Convenio y el Protocolo en relación con un Estado Contratante ha de realizarse en atención a las declaraciones iniciales o ulteriores efectuadas y efectivas en cada momento. Los efectos y el alcance de las declaraciones realizadas se determinan por el propio Convenio o, en su caso, el Protocolo, pero los Estados contratantes no puede alterar discrecionalmente el alcance de las declaraciones permitidas. Las opciones de las que dispone un Estado Contratante al adherirse al Convenio o sus Protocolos se articulan y concretan en el instrumento de adhesión correspondiente y en las condiciones que los textos internacionales permiten, no en el Derecho nacional, salvo que el propio Convenio (o Protocolo) remita a la legislación interna o permita al Estado Contratante optar por la aplicación de su Derecho nacional como alternativa a las soluciones del texto internacional. En cualquier otro caso, ni el Derecho nacional puede pretender alterar el efecto y alcance de las declaraciones efectuadas de conformidad con el Convenio ni obstaculizar su eficacia.

La DA6 anticipa la decisión de España de designar un punto de acceso nacional que finalmente se confirma en el instrumento de adhesión de conformidad con el artículo XIX(2) del Protocolo Aeronáutico. Tanto la opción de designar el Registro de Bienes Muebles como punto nacional de acceso, como la modalidad bajo la que ha de operar, se hacen efectivas mediante la declaración válidamente realizada en las condiciones y con el alcance que permiten el Convenio y el Protocolo en el instrumento de adhesión depositado ante UNIDROIT. Por tanto, la DA6 se enmarca, ha de aplicarse e interpretarse de conformidad con las disposiciones del sistema uniforme y de acuerdo con las opciones elegidas por España en las declaraciones efectuadas.

El análisis de la DA6, sin embargo, desvela algunas inconsistencias con el esquema conceptual y operativo del sistema de Ciudad del Cabo, que ya han sido expuestas en trabajos previos²⁸⁴, en relación, de un lado, el modelo de punto de acceso autorizante y, de otro, el carácter autónomo e independiente de la legislación nacional de las garantías internacionales²⁸⁵. No obstante, las

²⁸⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. «El nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, y el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo sobre garantías internacionales en elementos de equipo aeronáutico», *Revista de Derecho de Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, vol. 15, 2015, pp. 235-257. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. «La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo y su implementación: una primera valoración del nuevo Reglamento de Matriculación de Aeronaves», *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 2, 2015, pp. 88-112 –Parte I <http://www.millenniumdipr.com/ba-29-la-adhesion-de-espana-al-protocolo-aeronautico-del-convenio-de-ciudad-del-cabo-parte-i>, Parte II: <http://www.millenniumdipr.com/ba-30-la-adhesion-de-espana-al-protocolo-aeronautico-del-convenio-de-ciudad-del-cabo-parte-ii->.

²⁸⁵ También, HEREDIA CERVANTES, I., «El convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su ratificación por España», *El Notario del Siglo XXI*,

contradicciones detectadas han de considerarse simplemente aparentes. Pues, de un lado, las normas nacionales no podrán alterar o modificar las disposiciones del Convenio internacional (artículo 96 Constitución Española) que se aplicarán prevalentemente; y, de otro lado, la propia DA6 reconoce esta prevalencia y, de hecho, expresa claramente la intención de acomodarse a las normas internacionales aplicables: «sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas internacionales» (DA6, párrafo primero). Además, y de forma muy reveladora, cuando la DA6 se refiere de forma específica al Convenio de Ciudad del Cabo, reitera la prevalencia del instrumento internacional y la intención de la norma nacional de plegarse a sus disposiciones, al recordar (DA6, letra a), tercer párrafo) que los «requisitos sustantivos y formales de la garantía o del derecho internacional inscribible y los del procedimiento ante el Registro Internacional se rigen por lo previsto en el correspondiente instrumento internacional».

En suma, la DA6 ha de interpretarse y aplicarse de modo tal que permita el funcionamiento del Registro de Bienes Muebles como punto nacional de acceso autorizante, modalidad por la que ha optado España en la declaración efectuada de conformidad con el artículo XIX(2) del Protocolo: «autorizará» o «podrá autorizar» la transmisión de la información.

Por tanto, con estos antecedentes, ciertas acciones eran necesarias para asegurar que el Registro de Bienes Muebles funcione como punto nacional de acceso autorizante. La Resolución de 29 de febrero de 2016 de la Dirección General de Registros y del Notariado que aprueba los formularios de acceso al Registro Internacional sobre Bienes aeronáuticos viene precisamente a facilitar la aplicación del sistema internacional en el ordenamiento español y a completar las acciones procedimentales para la implementación del punto de acceso de tipo autorizante. En tal sentido, la Resolución es consistente con el instrumento internacional en las condiciones aplicables para España, y con la DA6 que ha de interpretarse y aplicarse a su vez de acuerdo con el sistema de Ciudad del Cabo.

Un punto de acceso nacional autorizante emite a petición de las partes un código específico (UAC), previamente configurado conforme a unos parámetros concretos para cada punto de acceso que se comunicarán al Registro Internacional, y que las partes emplearán cuando procedan a realizar la inscripción directamente en el Registro Internacional. Por tanto, no hay una inscripción

abril 2013, num. 48. CARRASCO PERERA, Á. TORRALBA MENDIOLA, E., «El "Borrador" de Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias no es congruente con el sistema de garantías sobre aeronaves diseñado por el convenio de Ciudad del Cabo», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 30 julio 2014, 8365.

previa de la garantía internacional en el registro nacional para su acceso posterior al Registro Internacional, el funcionamiento de los puntos de acceso autorizantes no se articula mediante la comunicación directa del punto de acceso al Registro Internacional, y no hay un constancia de reserva internacional sino la inscripción por las partes como *transacting user entities* –o sus representantes (*professional user entity*)– de una auténtica garantía internacional que gana por tal motivo la prioridad que como tal le corresponde.

Como Anexo I de la Resolución, se aprueba el formulario en virtud del cual se podrá solicitar la emisión por el punto nacional de acceso (RBM-Registro Provincial de Bienes Muebles de Madrid) del Código de Autorización (UAC-*Unique Authorizing Code*). Se debe completar el formulario con la información básica allí requerida: datos del solicitante, descripción del bien, negocio jurídico (objeto de inscripción en el Registro Internacional para seleccionar de una lista de opciones), duración, fecha de otorgamiento, intervinientes. La Resolución además establece de forma indubitada que «los datos o la documentación que podrá exigir el punto de acceso nacional para la emisión del código de autorización se limitarán estrictamente a los contemplados en el formulario». No cabría, por tanto, la exigencia de otra información o la solicitud de documentos (o requisitos)²⁸⁶ adicionales a los que quedara sujeta la emisión del código.

Cumplimentado debidamente el formulario en esos términos, se remite al punto de acceso nacional que está emitiendo ya, desde la entrada en vigor del Convenio para España el 1 de marzo de 2016, códigos de autorización en un plazo de 24 horas desde la solicitud. Puesto que el código de autorización está vinculado a una situación inscribible en el Registro Internacional, se emitirá un código de autorización diferente para cada objeto que sea un objeto aeronáutico en el sentido del Convenio y el Protocolo, es decir, para la célula de aeronave, pero no para la aeronave en su conjunto, para el helicóptero y para el motor, en su caso.

El uso del punto nacional de acceso es obligatorio²⁸⁷ para las células de aeronave y los helicópteros matriculados en España o en proceso de matriculación –con matrícula provisional o definitiva, artículos 21 y 23 Reglamento–, pero será de carácter voluntario para los motores de aeronaves, que al carecer de inmatriculación no permiten la aplicación del factor de conexión territorial del Estado de matrícula. La solicitud del código de autorización será necesaria claramente para la inscripción de garantías internacionales y de garantías in-

²⁸⁶ En el formulario de solicitud del código, los números de identificación (NIF o CIF) de los intervinientes sólo se exigen «si se dispone del mismo».

²⁸⁷ HEREDIA CERVANTES, I., «Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo», *La Ley Mercantil*, num. 21, 2016, p. 6.

ternacionales futuras. Bajo el sistema de Ciudad del Cabo hay además otras situaciones inscribibles (artículo 16.1: además de garantías internacionales y garantías internacionales futuras, avisos de garantías nacionales, garantías o derechos no contractuales inscribibles, subrogaciones, ventas y ventas futuras, derechos o garantías preexistentes, cesiones y cesiones futuras, acuerdos de subordinación). Por tanto, interesa plantearse si todas las acciones que el Convenio designa como «inscripción» y que incluyen además de la inscripción, la modificación de una inscripción, la prórroga o la cancelación, en relación con todas las situaciones inscribibles indicadas dependen de la solicitud previa del código al punto nacional de acceso. Ni la literalidad de declaración ni la lista de posibles situaciones inscribibles que incluye el formulario de solicitud de la Resolución ofrecen una respuesta definitiva.

Han de tenerse en cuenta, por tanto, los criterios siguientes. Primero, que el punto de acceso no podrá intervenir en inscripciones de derechos y garantías no contractuales sujetos a inscripción ni de avisos de garantías nacionales sometidos al ordenamiento de otro Estado. Por tanto, cuando el formulario se refiere a derechos o garantías no contractuales, sólo podrá referirse a aquellas que sometidas al Derecho español son susceptibles de inscripción en el Registro Internacional en virtud de la declaración realizada por España bajo el artículo 40. Segundo, que, teniendo en cuenta la anterior limitación, aunque entre las situaciones listadas en el formulario hay también referencias a la inscripción de derechos preexistentes o de avisos de garantías nacionales, no pueden resultar aplicables pues España no ha realizado la declaración bajo el artículo 60 ni bajo el artículo 50. Tercero, puesto que sólo podrán inscribirse en el Registro Internacional las situaciones previstas en el artículo 16.1, la eventual emisión de un código por el punto de acceso para un derecho, garantía o situación no inscribible en el Registro no tendría valor alguno ni habilitaría una inscripción que no sea conforme al sistema uniforme. En tal sentido, llama la atención la inclusión en el formulario de situaciones ajenas a la esfera de lo inscribible en el Registro Internacional como «garantía parcial internacional» o «cesión global». Finalmente, sólo contempla el formulario la solicitud de código para las acciones de inscripción y cancelación de la inscripción, pero no parece prever ni la modificación ni la prórroga. Esta ausencia puede interpretarse como una intención expresa de no intervenir en tales acciones, que no requerirían teóricamente código, o, por el contrario, como una omisión no deseada. En este último caso, entenderíamos que se aceptaría la solicitud de código para modificar o prorrogar mediante el formulario, bien haciendo constar de otro modo el tipo de acción prevista o bien solicitando un código como inscripción o como cancelación que permita su uso para otros fines.

En cualquiera de los casos, la emisión del código de autorización no podrá sujetarse a una previa inscripción de la garantía en el Registro de Bienes Muebles.

No habría inconveniente, sin embargo, en que el punto de acceso nacional decidiera realizar una anotación para dejar constancia de la propia solicitud y emisión de un código de autorización único. Esta eventual anotación no puede dejar constancia más que de la solicitud y posterior emisión del código y, en su caso, de todos o algunos de los datos requeridos en el formulario de solicitud. Esta práctica permitiría, por ejemplo, que la emisión del código constara en la certificación que se solicitara al Registrador en relación con un determinado objeto, a efectos de publicidad formal. No asegura, sin embargo, la efectiva inscripción de la garantía internacional en el Registro Internacional que el interesado deberá verificar a través de los procedimientos de búsqueda del propio Registro Internacional, puesto que, tras la emisión del código, podrían las partes no haber efectuado la inscripción en el Registro Internacional, podría haberse cancelado o haber expirado (artículo 21 Convenio). De igual modo, el conocimiento de la emisión del código tampoco revelaría las inscripciones que no requieren obligatoriamente la solicitud de código de autorización al punto de acceso, para las que el punto de acceso nacional no sea competente, o las realizadas cuando los factores de conexión no determinaban la intervención del punto nacional. Estas vicisitudes han de confirmarse consultando el Registro Internacional.

Una situación diferente a la analizada, que se limita a considerar la anotación de la emisión del código de autorización, es si, con base en el formulario de solicitud de código de autorización de acuerdo con la Resolución, el Registrador de Bienes Muebles puede practicar algún tipo de asiento registral de garantía internacional. Como ya se ha indicado, las garantías internacionales y las garantías nacionales pueden coexistir sujetas cada una de ellas, respectivamente, a las normas internacionales y nacionales aplicables. La creación y posterior inscripción de una garantía internacional de conformidad con los requisitos y reglas del Convenio pueden ir acompañadas del cumplimiento de los requisitos nacionales, lo que permitiría además la constitución de una garantía nacional. Si fuera así, ambos regímenes pueden coexistir pero, en ningún caso, podrá depender la creación o la inscripción de una garantía internacional ni del cumplimiento de normas distintas a las internacionales, ni de la constitución previa de una garantía nacional en virtud de las normas nacionales ni de la previa inscripción, conforme a los criterios registrales nacionales, de una garantía internacional en el registro local para inscribirla en el Registro Internacional o para solicitar el código de autorización del punto nacional de acceso autorizante.

Lo planteado en la consulta formulada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles Provincial de Madrid de 25 de abril de 2016 (referencia Sec. 3.^a R. 603/2016-10.2) es si cabría interpretar la referencia que la DA6.^a hace a la inscripción en sentido amplio como asiento registral, y, en tal caso:

— Primero, si, *ante la imposibilidad de aportar en el momento de la presentación del formulario la documentación necesaria conforme a la legislación española para su inscripción, (si) sería posible extender una anotación preventiva de garantía internacional en base al formulario aportado, creada «ad hoc», y a la cual daría carta de naturaleza la propia disp. adicional 6.^a con rango de Real Decreto en la interpretación anteriormente expuesta en orden a su armonización con el Convenio, o*

— Segundo, *(s)i finalmente, por no ser posible la anotación «ad hoc» de mera publicidad de la garantía internacional, cabría la posibilidad de practicar anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables del título, esto es del «formulario», al no reunir el mismo los requisitos exigidos para su inscripción por la legislación española.*

En atención a la respuesta de la Dirección General, «no existiría, en principio obstáculo, para la práctica de una anotación preventiva con una duración de 4 años (plazo general) y con posibilidad de conversión en inscripción si durante su vigencia se aportan los documentos necesarios conforme a la legislación interna, y estos son calificados favorablemente por el registrador», aplicando por analogía la disposición adicional 2.^a de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Esta anotación preventiva de garantía internacional y su eventual transformación en inscripción definitiva no afectan, en modo alguno, a la garantía internacional que se crea, subsiste y tiene los efectos que le son propios de acuerdo con el Convenio y el Protocolo y su inscripción en el Registro Internacional e independientemente de las normas nacionales. En definitiva, entre otras situaciones, las partes pueden no desear completar nunca la vía nacional, de modo que la anotación preventiva expira sin que se practique inscripción alguna. Si por los motivos que concurran en cada caso, las partes aportan los documentos necesarios conforme a la legislación interna y estos son calificados favorablemente por el registrador, se procede a la inscripción de la garantía que corresponde según la legislación nacional por conversión de la anotación preventiva. Esta retroactividad no altera en nada el curso que haya seguido la garantía internacional que dio origen a la anotación ni su prioridad que siempre será de acuerdo con las reglas de prioridad del Convenio y prevalecerá sobre las garantías nacionales.

En la medida en que esta interpretación asegure un procedimiento respetuoso y consistente con las disposiciones del Convenio y el Protocolo y la lógica del Registro Internacional, en los términos expuestos, de modo que no implique una sujeción de la inscripción de la garantía internacional a requisitos nacionales, un retraso o un condicionamiento de la emisión del código de autorización a documentos adicionales o a datos diferentes a los expresamente solicitados en el formulario, no debería plantear problemas de admisibilidad en el marco del sistema de Ciudad del Cabo.

3.2 *Inscripción de IDERA (autorización irrevocable para solicitar la cancelación de la matrícula de la aeronave y el permiso de exportación)*

El artículo IX del Protocolo Aeronáutico añade a los remedios que el Convenio ofrece al acreedor en caso de incumplimiento, otras dos medidas específicamente previstas para los objetos aeronáuticos: la cancelación de matrícula de la aeronave (la referencia es aquí correctamente a la aeronave y no a los objetos aeronáuticos) y la exportación y transferencia física del objeto de un territorio a otro. La cancelación de matrícula y exportación desde la jurisdicción del operador son medidas críticas para la efectividad de los remedios en caso de incumplimiento en cuanto que permiten la reintroducción en el mercado y re-comercialización de la aeronave y su re-matriculación en otro Estado ya bajo el control de acreedor garantizado. Ante la posibilidad de que el ejercicio de estas medidas pueda resultar costoso, largo y complejo, y, en ocasiones, de resultados inciertos, el Protocolo incorpora una solución uniforme (artículo XIII, «ruta IDERA»), aunque sujeta a la declaración positiva de cada Estado Contratante, para la cancelación de matrícula y exportación conforme a las normas internacionales y no a los procedimientos de la legislación nacional.

En efecto, para asegurar la máxima operatividad de ambas medidas, si el deudor concede una autorización irrevocable, el artículo XIII ofrece unas reglas básicas comunes para el ejercicio de estas medidas reconociendo los efectos de la autorización irrevocable (IDERA) otorgada por el deudor a favor de una «persona autorizada» para la cancelación y solicitud del permiso de exportación, estableciendo su inscripción en el registro, y exigiendo a las autoridades registrales y administrativas del Estado (Estado Contratante que ha realizado la declaración) la cooperación y asistencia a la persona autorizada para el ejercicio de tales remedios. Esta importante disposición es sólo aplicable si el Estado Contratante ha realizado una declaración en tal sentido bajo el artículo XXX(1).

En ausencia de declaración, se aplicarían las normas y procedimientos nacionales del Estado de matrícula. España efectuó esta declaración en el momento de adhesión al Protocolo. Puesto que constituyen ambas medidas piezas fundamentales del instrumental tuitivo puesto a disposición del acreedor, la declaración de aplicación del artículo XIII forma parte de las declaraciones que cualifican (*qualifying declarations*) para el *Cape Town Convention discount*.

Así, si se presenta la autorización irrevocable (IDERA) a la autoridad de registro competente, dicha autorización deberá inscribirse, y no podrá ser revocada por el deudor sin el consentimiento escrito de la parte autorizada. De este modo, únicamente la persona autorizada (o la persona que ésta certifique que designó, de acuerdo con los requisitos que exija el registro competente) y en las condiciones de la autorización podrá proceder a la solicitud de cancelación de matrícula y permiso de exportación, siempre de conformidad con las normas aplicables sobre seguridad aeronáutica (para la exportación únicamente), y las autoridades competentes prestarán su cooperación y asistencia para ejecutar con prontitud la medida solicitada. Naturalmente, la autorización para cancelación de matrícula y solicitud de exportación tan sólo garantiza a la persona autorizada la posibilidad de proceder a la exportación desde la jurisdicción de origen, pero no asegura la exportación a un Estado de destino específico, puesto que tal exportación podría estar prohibida o condicionada de acuerdo con las normas de control de la exportación del Estado de matrícula.

La IDERA no ha de reconducirse a fórmulas de apoderamiento nacionales ni quedar sujeta a los requisitos domésticos pues es una categoría propia del Protocolo que directamente reconoce y determina las condiciones para su efectividad. No obstante, en todo aquello que ni el Convenio ni el Protocolo regulen (capacidad, poder de disposición, condiciones para la designación de un representante, firma) se habrá de aplicar la legislación nacional (y, por tanto, sus normas conflictuales) del Estado de matrícula.

La autorización para la cancelación y exportación con los efectos previstos en el Protocolo habrá de emitirse en el formulario incluido como Anexo del Protocolo o un formato «sustancialmente» idéntico. El Anexo II de la Resolución de 29 de febrero reproduce el formulario del Anexo del Protocolo, sin cambios. No se han establecido, sin embargo, reglas o procedimientos específicos para la inscripción, cancelación o revocación, designación o solicitud y ejercicio ante el registro competente²⁸⁸ para la implementación de la declaración realizada.

²⁸⁸ El Aviation Working Group propone una regulación modelo de implementación para consideración y guía de los Estados Contratantes. Mayo 2015 (<http://www.awg.aero/assets/docs/IDERA%20Regu->

Teniendo en cuenta que el objetivo de IDERA es la cancelación de matrícula y la solicitud del permiso de exportación, la autoridad de registro competente ante la que se presenta para inscripción y ante la que se ejercita posteriormente las respectivas solicitudes ha de ser el Registro de Matrícula de Aeronaves civiles.

Ante la ausencia de unas reglas de implementación, se plantean algunas cuestiones. Primero, bajo qué tipo de asiento se practica el registro de IDERA –artículo 8 Reglamento contempla inscripciones y anotaciones–. Segundo, si podrá ejercitarse con base en un IDERA la cancelación de una matrícula provisional. Tercero, de la Resolución de 29 de febrero parece interpretarse que el formulario IDERA se presenta ante el punto nacional de acceso pero realmente su inscripción y ejercicio es ante el Registro de Matrícula. Además, no cabría calificación del Registrador de Bienes Muebles más allá del empleo del formulario aprobado en la Resolución como Anexo II (y las cuestiones ya planteadas con anterioridad que no resuelve el Convenio ni el Protocolo).

Sin perjuicio de la actuación ágil y coordinada de los registradores competentes del RBM y del Registro de Matrícula de Aeronaves, la elaboración de unas normas y procedimientos básicos para regular la inscripción, cancelación o revocación, designación o solicitud y ejercicio ante el registro de la solicitud de IDERA sería, sin duda, una acción deseable²⁸⁹ para completar la implementación efectiva en el ordenamiento español del sistema de Ciudad del Cabo.

4. Futuras acciones para una implementación efectiva

La aplicación efectiva en España del Convenio de Ciudad de Cabo y el Protocolo Aeronáutico recomienda, además, la adopción de otras medidas y acciones para completar progresivamente el proceso de implementación.

En primer lugar, conviene acometer una revisión de las normas procesales²⁹⁰ para valorar su adecuación al ejercicio de todos los remedios que el sistema de Ciudad del Cabo pone a disposición del acreedor garantizado en caso

lation%20-%20AWG%20Model%20-%20%20FINAL%20NOV2014X%20%282%29%20%28revised%20May%202015%29%20final.pdf).

²⁸⁹ En el mismo sentido, sobre la conveniencia de la adopción de medidas de adaptación a nuestro ordenamiento, para lo que podría haberse aprovechado la ocasión del nuevo Reglamento de Matriculación de Aeronaves, HEREDIA, I., «Análisis de la adhesión de España...», *op. cit.*

²⁹⁰ CARRASCO, A.; RUEDA, C.; TORRALBA, E., «Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment: Should Spain Ratify It and How?», *Analysis GA&P*, April 2014, p. 1.

de incumplimiento –esencialmente, artículos 8 a 10 del Convenio, y remedios del Protocolo.

En segundo lugar, ante la imposibilidad que tienen los Estados Miembros de realizar una declaración bajo el artículo XI del Protocolo y optar por la Alternativa A en materia de insolvencia, comprobar si la legislación interna proporciona o puede proporcionar una solución funcionalmente equivalente a los efectos de satisfacer las *qualifying declarations*.

En tercer lugar, sería oportuno aprovechar la oportunidad de la incorporación en el ordenamiento español del sistema uniforme para evaluar la conveniencia de alinear las normas nacionales con las internacionales, cuando sea necesario y en la medida en que la duplicación de soluciones, generales o sectoriales, no aporte ventaja alguna ni esté justificada – concepto de objeto aeronáutico, no incorporación de los motores, extensión de la hipoteca sobre aeronave, aeronave en construcción.

Con ocasión de esta revisión del Derecho nacional interno, se podría abrir un proceso de análisis más completo y profundo de nuestro sistema de garantías mobiliarias e impulsar así un debate más amplio sobre la oportunidad y conveniencia de una reforma de mayor calado.

De igual modo, en el contexto de una modernización del sistema español de garantías, España debería considerar la conveniencia de la adhesión a otros Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo, en atención a la importancia estratégica que los respectivos sectores tienen en la economía española (ferroviario, espacial, minero, agrícola y construcción).

CAPÍTULO 3

LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS

JORGE FELIU REY²⁹¹

SUMARIO.—I. *Introducción*.—II. *Antecedentes*: 1. Antecedentes mediatos. 2. Antecedentes inmediatos.—III. *Estructura*: 1. Ámbito de aplicación y disposiciones generales. 1.1. Enfoque funcional, unitario y comprensivo. 1.2. Autonomía contractual. 1.3. Normas generales de conducta. 1.4. Origen general y principios generales. 2. Constitución de una garantía mobiliaria. 2.1 Normas generales. 2.2. Normas específicas para determinados tipos de bienes. 3. Oponibilidad de una garantía mobiliaria a terceros. 3.1. Métodos principales. 3.2. Métodos particulares. 4. El sistema registral. 5. Prelación de las garantías mobiliarias. 5.1. Normas generales. 5.2. Normas específicas para determinados tipos de bienes. 6. Ejecución de una garantía mobiliaria. 7. Conflicto de leyes. 7.1. Bienes corporales. 7.2. Bienes incorpóreos.—IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de garantías mobiliarias representa hoy una de las piezas estratégicas del modelo económico y juega, por ello, un papel esencial en el funcionamiento del mercado internacional de la financiación. Ante una activi-

²⁹¹ Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2016-77695-P, *La reforma del Derecho español de garantías mobiliarias en un contexto internacional*. El autor agradece al profesor Alejandro Garro, entre otras muchas cosas, la oportunidad de haber participado en el Grupo de trabajo VI de CNUDMI durante las deliberaciones de la Ley Modelo y la Guía de Incorporación desde el año 2016. De igual modo, agradecer a ASADIP y a CEDEP la posibilidad de haber formado parte de sus delegaciones durante esas sesiones.

dad comercial y empresarial altamente competitiva y ampliamente internacionalizada, marcada por un extraordinario dinamismo y acelerada por los embates de la evolución tecnológica y los cambios sociales, el Derecho se ve inmerso en la necesidad de acometer profundas reformas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, para responder a estos nuevos desafíos.

En particular, como en tantas otras disciplinas vertebradas por un indiscutible factor transnacional, el régimen de las garantías mobiliarias está siendo objeto de un intenso y multiforme proceso de armonización internacional que está, de hecho, inspirando y alentando procesos internos de modernización y reforma. Entre las diversas iniciativas en las que las principales agencias formuladoras supranacionales están trabajando, la elección de los proyectos de armonización de las reglas reguladores de las garantías mobiliarias se justifica por su íntima conexión con el mercado y las condiciones de la financiación.

En efecto, es opinión común que la financiación es un elemento clave en el desarrollo económico y social, ya que, las economías modernas son altamente dependientes de la disponibilidad, el acceso y las condiciones del crédito.

Como economías esencialmente crediticias, la existencia y las condiciones de funcionamiento del mercado de la financiación son determinantes para la supervivencia, la consolidación y la expansión de las iniciativas y proyectos empresariales, y definen en gran medida los factores de éxito de las políticas de impulso del emprendimiento y los elementos facilitadores de la cohesión social²⁹². El mercado de la financiación, no obstante, acusa ciertos fallos que distorsionan su funcionamiento, ralentizan la fluidez del crédito y merman la oferta de fondos. De ahí que las garantías, como instrumento para minimizar los riesgos y atenuar las disfunciones de ese mercado, puedan facilitar el cumplimiento con éxito de estas funciones atribuidas.

Desde el punto de vista del análisis económico, las disfunciones existentes en el mercado de la financiación tienen su fundamento en los problemas que se originan esencialmente por la existencia de asimetrías de información, que a su vez se concretan principalmente en los problemas de selección adversa y riesgo moral²⁹³.

²⁹² KOZOLCHYK, Boris, «Secured Lending and Its Poverty Reduction Effect», *Texas International Law Journal*, vol. 42, 2006, pp. 728 y ss.

²⁹³ FLEISING, Heywood, «The proposed Unidroit Convention on mobile equipment: economic consequences and issues», *Uniform Law Review*, vol. 4, 1999, p. 254. McCORMACK, Gerard, *Secured credit and the harmonisation of law. The UNCITRAL Experience*, Edward Elgar, Glos, 2011, pp. 55 y 56. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 28 y ss.

Efectivamente, la falta de información plena, equilibrada, y común entre el financiador y el financiado para valorar la operación (puesto que mientras que este último conoce su situación, estima los riesgos implicados y sabe del destino del crédito, el primero carece inicialmente de esta información que debe averiguar con los costes y las limitaciones que implica) conlleva que el financiador valore sus riesgos con una información insuficiente. En definitiva, el financiador no conoce naturalmente con certeza si el financiado va a poder devolver el crédito, y por ello, tan sólo estima con la información disponible el riesgo de impago o de pago atrasado que asume (asimetría de la información). De ahí que, la probabilidad de recuperación del crédito por el financiador va a depender de la capacidad que tenga de averiguar e identificar la probabilidad de incumplimiento con un coste que no supere los beneficios esperados e integrar estos factores en sus esquemas de gestión de riesgo. La dificultad de esta tarea de discriminación entre posibles proyectos y sus promotores puede conducir a un tratamiento erróneamente igualitario que penaliza, de forma particularmente intensa, a los potenciales financiados con menor riesgo (selección adversa)²⁹⁴. El problema es identificarlos, lo que supone articular mecanismos que analicen los factores adecuados determinantes de la solvencia y la fiabilidad de los solicitantes de crédito. Por otro lado, esa falta de información acarrea el riesgo de que la finalidad a la que se destina el crédito sea distinta a la pretendida originariamente al poderse destinar a actividades que de haber sido conocidas por el financiador no se hubiera otorgado el crédito (riesgo moral)²⁹⁵.

Estas disfunciones del mercado inciden directamente en el acceso y el coste del crédito. En la práctica, se traduce normalmente, en que el prestamista o financiador «tiene que compensar este riesgo tomando medidas que resulten familiares para la mayoría de los deudores: otorgar créditos por montos pequeños a altas tasas de interés, a plazos de pago cortos, a individuos conocidos»²⁹⁶.

Estos riesgos provocados por la asimetría de información pueden ser mitigados mediante la utilización de garantías. La información que debería sumi-

²⁹⁴ STIGLITZ, Joseph; WEISS, Andrew, «Credit Rationing in Markets with Imperfect Information», *American Economic Review*, vol. 71, 3, 1981, p. 393. En este sentido, FLEISING, Heywood; DE LA PEÑA, Nuria; CANTUARIAS, Fernando, *Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*, CEAL-UPC, Perú, 2000, p. 29. El prestamista «no puede compensar totalmente el riesgo mayor por medio de tasas de interés más altas, porque un deudor que acepta pagar tasas de interés más altas puede estar ocultando la magnitud de su compromiso en un proyecto muy arriesgado o, peor aún, puede ocurrir que no tenga la intención de pagar los intereses ni el crédito».

²⁹⁵ El prestamista «puede estar convencido de la confianza depositada en el deudor cuando le otorga un préstamo por un monto pequeño, pero puede temer un comportamiento distinto si le otorga un crédito de mayor envergadura», FLEISING, Heywood y otros, *Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*, cit., p. 29.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 29

nistrar el financiado es suplida por el valor de la garantía²⁹⁷. De igual forma, si se ajusta el valor de la garantía al importe del préstamo, el riesgo moral se reduce, ya que el temor a un uso distinto del préstamo desaparece al tener un bien que cubre la financiación otorgada. Por último, también afecta a la selección adversa, reequilibrando el proceso de selección y discriminación de proyectos y evitando una penalización en las condiciones de la financiación a los proyectos con menor nivel de riesgo.

Ahora bien, la existencia de un sistema de garantías, concebido en abstracto, no es suficiente para un efectivo funcionamiento del mercado de la financiación que facilite el acceso al crédito de forma sencilla y a bajo coste. Se debe establecer un modelo de garantías que, en su concepción, en la determinación de sus principios, y en la formulación de sus soluciones y sus reglas, promueva este funcionamiento ágil, eficiente y previsible del mercado de la financiación, que facilite la disponibilidad de crédito, mejore las condiciones de acceso y reduzca los riesgos y costes asociados a las operaciones de financiación²⁹⁸.

Pero no sólo en el ámbito nacional. Efectivamente, las divergencias entre las regulaciones de los distintos países, que no resultan tan apreciables en operaciones puramente internas, se manifiestan y agudizan de forma particularmente visible en operaciones internacionales o con algún componente transfronterizo. Efectivamente, la financiación «doméstica», hasta épocas recientes, se ha podido acoger con razonabilidad al sistema normativo propio del país (o a otros derechos nacionales en aplicación de normas de conflicto o la elección de las partes en las materias en las que cabe el acuerdo). Pero el movimiento de capitales y la financiación por parte de inversores extranjeros, principalmente, han implicado un replanteamiento de los sistemas de garantías actuales. Como hemos hecho mención al comienzo de este trabajo, el acceso a la financiación es un elemento clave en las economías modernas, y su disponibilidad a bajo coste va a depender sustancialmente del modelo de garantías que resulte de aplicación.

En este sentido, cuando el financiador toma la decisión de financiar, las expectativas de mejor protección de su crédito le harán valorar la efectividad del sistema jurídico aplicable para la tutela de su derecho y elegir en consecuencia o determinar las condiciones. En definitiva, el financiador valorará que el régimen aplicable le ampare eficazmente contra un posible incumplimiento

²⁹⁷ FLEISING, Heywood; SAFAVIAN, Mehnaz; DE LA PEÑA, Nuria, *Reforming Collateral Laws to Expand Access to Finance*, World Bank, Washington D. C., 2006, p. 29

²⁹⁸ En este mismo sentido, GULLIFER, Louise, «Conclusions and Recommendations», en GULLIFER, Louise, AKSELI, Orkun (eds.) *Secured transactions law reform. Principles, Policies and Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, p. 505.

del financiado, otorgando unas reglas claras sobre la prelación de créditos concurrentes y unos medios eficientes para la recuperación del crédito.

Si considera que el régimen legal al que debe acogerse no satisface estos intereses, entonces someterá sus operaciones, en la medida y con la extensión que sea posible, otro régimen legal más beneficioso que sí los satisfaga (*forum shopping*) o, de no ser posible, agrave las condiciones del crédito o llegue a no concederlo. Se incorpora así a la ya complejidad de estas operaciones consideraciones adicionales sobre eventuales limitaciones de orden público.

Esta transnacionalidad creciente y cada vez más amplia y frecuente, bien, en un primer momento, porque determinados países han necesitado mayor financiación a efectos de desarrollo (p.ej. países del este de Europa tras la caída del muro), bien, posteriormente, por una labor de armonización y de modernización²⁹⁹, se ha procedido por las diversas instituciones internacionales y regionales a llevar a cabo iniciativas en esta materia.

En este contexto, la CNUDMI ha estado trabajando desde hace décadas en conseguir este objetivo, culminando su trabajo con la promulgación, entre otros instrumentos de gran importancia, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (en adelante, LMGM).

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión general de la LMGM en su contexto, exponiendo sus antecedentes, los objetivos y principios en los que se inspira, y analizando, en conjunto, su estructura, principales disposiciones y soluciones vertebrales de la Ley. No es un estudio exhaustivo y completo de un texto extenso y complejo, que plantea numerosas cuestiones para una valoración crítica y un análisis comparado. Se ofrece, por tanto, una primera aproximación a este complejo instrumento, dejando para ulteriores trabajos un análisis más profundo.

²⁹⁹ Se han vertido, no obstante, algunas críticas sobre la labor armonizadora y modernizadora llevada a cabo por determinados organismos supranacionales, en concreto, advirtiendo del riesgo de un posible nuevo imperialismo [jurídico] como consecuencia de la excesiva influencia de determinados modelos jurídicos. En este sentido, McCORMACK, Gerard, *Secured credit and the harmonisation of law. The UNCITRAL Experience*, cit., McCORMACK, Gerard, «American private law writ large? The Uncitral secured transactions guide», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 3, 2011, pp. 597 y ss. McCORMACK, Gerard, «UNCITRAL, Security Rights and the globalisation of the US Article 9». [Http://works.bepress.com/gerard_mccormack/2](http://works.bepress.com/gerard_mccormack/2). En contra y en el caso concreto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, se justifica el enfoque unitario y funcional, BAZINAS, Spiros, «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», en *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013, p. 141, *not dictated by ideological considerations or preferences for one or the other national legal system. It is a practical response to the main problem of secured transactions laws around the world, that is, the fragmentation of secured transactions law into multiple laws dealing differently with the transactions that fulfil the same security functions.*

II. ANTECEDENTES

1. Antecedentes mediatos

La iniciativa de CNUDMI en materia de garantías mobiliarias se puede remontar a finales de la década de los años 60. Efectivamente, en el Primer periodo de sesiones (1968), varias de las delegaciones propusieron, entre los temas que debían de formar parte del futuro programa de trabajo de la Comisión, las «garantías y seguridades»³⁰⁰. La Comisión decidió incluir como tema prioritario el Derecho relativo a los pagos internacionales, seleccionando como uno de los temas específicos comprendido en esta amplia categoría, la armonización y unificación del Derecho relativo a «garantías y seguridades» (en adelante, nos referiremos a las «seguridades» como garantías).

Como consecuencia de esta decisión, en el año 1969, la Secretaría general elaboró un informe titulado *Estudio preliminar de las garantías y seguridades en lo referente a los pagos internacionales*³⁰¹, en el que concluía, entre otras cuestiones, la posibilidad de que la Comisión promoviera la compilación de información sobre las leyes nacionales relativas a garantías; la eliminación de ciertas anomalías de la legislación sobre esta materia y la simplificación de los procedimientos, con miras a estimular el comercio internacional y; el establecimiento de un marco para unas garantías reconocidas y aplicables internacionalmente³⁰². El citado Informe fue objeto de consulta en el Segundo periodo de sesiones (1969), pero ante la imposibilidad de los delegados de examinarlo se decidió aplazar su examen para el siguiente periodo de sesiones³⁰³.

En el Tercer periodo de sesiones (1970)³⁰⁴, se constató, a partir de los informes presentados y por las discusiones que discurrieron en el seno de la Comisión, la gran diversidad normativa existente en materia de garantías reales, una de las razones principales, de hecho, de su limitado uso en las transacciones internacionales. De igual modo, la Comisión manifestó la necesidad de excluir de su consideración las garantías reales sobre barcos y aviones por ser

³⁰⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones*, Suplemento N.º 16, A/7216, párrafo 40. En este texto y en algunos posteriores (vide infra), «garantías» se refiere a las personales, y «seguridades», a las garantías reales.

³⁰¹ A/CN.9/20 y A/CN.9/20/Add.1.

³⁰² A/CN.9/20, párrafo 39.

³⁰³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo cuarto período de sesiones*, Suplemento N.º 18, A/7618, párrafos 96 a 99.

³⁰⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo quinto período de sesiones*, Suplemento N.º 17, A/8017.

objeto de acuerdos internacionales, y, la necesidad de concentrarse en obtener información de las normativas nacionales en materia de garantías reales aplicables a transacciones internacionales, y en la difusión de esa información³⁰⁵. De tal modo, la Comisión solicitó al Secretario General que hiciese un estudio de las normas sobre garantías reales sobre mercaderías según los principales ordenamientos jurídicos y que pusiese la información a disposición de la Comisión.

En el Octavo periodo de sesiones (1975)³⁰⁶, y conforme a lo expuesto anteriormente, la Comisión tuvo ante sí dos informes: el primero titulado *Estudio sobre las garantías reales (Study on security interest)*³⁰⁷ elaborado por el prof. Ulrich Drobnig; el segundo, el informe elaborado por el Secretario General, *Garantías reales en las mercaderías*³⁰⁸. La Comisión decidió por unanimidad, la ampliación del trabajo realizado por el prof. Ulrich incorporando el derecho de otros países; y la viabilidad sobre el alcance y contenido de las normas uniforme sobre garantías reales en las mercaderías³⁰⁹.

En el Décimo periodo de sesiones (1977)³¹⁰ y conforme a lo acordado en el octavo periodo, se presentaron ante la Comisión tres informes: el primero, elaborado por el Secretario General dando respuesta a lo solicitado en la octava sesión, proseguir «el estudio de viabilidad sobre el posible alcance y contenido de las normas uniformes sobre garantías reales en las mercaderías» y la elaboración de un informe final sobre el estudio de viabilidad³¹¹. El segundo, la ampliación del estudio realizado por el prof. Drobnig para incluir, principalmente, la legislación sobre garantías reales en los países socialistas³¹². El tercero era la respuesta a la solicitud de varios representantes de que se reflejara por escrito el informe verbal presentado por la Secretaría en relación sobre el artículo 9 del UCC de Estados Unidos de América en el octavo periodo de sesiones³¹³.

En la citada Comisión, las discrepancias entre los representantes sobre la viabilidad de establecer un sistema de normas uniformes en materia de garantías reales eran notorias. La Comisión se centró en tres posibles métodos de

³⁰⁵ Ídem, párrafos 139 y ss.

³⁰⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo período de sesiones*, Suplemento N.º 17, A/10017.

³⁰⁷ ST/LEG/11.

³⁰⁸ A/CN.9/102.

³⁰⁹ A/10017, párrafo 63.

³¹⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones*, Suplemento N.º 17, A/32/17.

³¹¹ *Garantías reales. Informe del Secretario General*. A/CN.9/130.

³¹² *Informe del Secretario General: estudio de las garantías reales* A/CN.9/131 y Anexo.

³¹³ *Nota de la Secretaría sobre el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos*.

armonización: «a) Preparación de normas sobre conflicto de leyes; b) Creación de normas sustantivas exclusivamente aplicables a las transacciones internacionales; c) Unificación de las leyes nacionales sobre garantías reales mediante una ley uniforme aplicable tanto a las transacciones nacionales como a las internacionales»³¹⁴. De las tres propuestas planteadas, la que más apoyo recibió fue la tercera, «la preparación de normas uniformes basadas en un enfoque funcional que sirviera de base para la unificación de las leyes nacionales y se aplicara tanto a las transacciones nacionales como a las internacionales»³¹⁵.

De ahí que la Comisión decidiera, entre otras cuestiones, que el Secretario General presentara para la Duodécimo periodo de sesiones un nuevo informe sobre la posibilidad de establecer normas uniformes sobre las garantías reales y sobre su posible contenido, así como que mantuviera las consultas con organizaciones internacionales e instituciones bancarias y mercantiles sobre la creación de una garantía real internacional para el comercio internacional³¹⁶.

Conforme a tal decisión, adoptada en el Duodécimo periodo de sesiones (1979)³¹⁷, el Secretario General presentó el informe titulado «garantías reales: posibilidad de establecer normas uniformes para ser utilizadas en la financiación del comercio»³¹⁸. El citado informe exponía, por un lado, los problemas inherentes a la diversidad legislativas de los Estados en materia de garantías mobiliarias y, por otro, la necesidad de modernizar algunas de estas legislaciones a los requerimientos actuales. Para ello, la mejor vía para alcanzar simultáneamente la uniformidad y promover la modernización de los textos legislativos nacionales debía ser una Ley Modelo y no una Convención (lo cual supondría un nuevo método de trabajo para la Comisión), que presente diversas alternativas para aquellas provisiones que puedan suponer mayor conflicto en su transposición. De ahí que el Secretario General propusiera a la Comisión que, siendo las garantías reales un tema de mucha importancia para financiar transacciones comerciales, era necesario lograr la uniformidad de las regulaciones de los Estados en esta materia, no a través de una Convención, sino de una Ley Modelo que sirviera «a) para ayudar a los países a modernizar su legislación en materia de garantías reales; b) para imponer un enfoque común para la solución de los problema inherentes a un régimen de garantías

³¹⁴ A/CN.9/165, párrafo 4.

³¹⁵ *Ibidem*, párrafo 5.

³¹⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones*, Suplemento N.º 17, A/32/17, párrafo 37.

³¹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones*, Suplemento N.º 17, A/34/17.

³¹⁸ A/CN.9/165.

reales; y, de este forma, c) poner a disposición de los comerciantes otro posible medio de financiación de las transacciones comerciales»³¹⁹.

En el seno de la Comisión se reflejaron dos opiniones. La primera, partía de la idea de que las garantías reales estaban firmemente construidas sobre conceptos legales particulares de varios ordenamientos jurídicos y que era necesario antes unificar otras áreas del derecho, como la insolvencia, para alcanzar un acuerdo en materia de garantías. Por otro lado, las garantías reales estaban muy afectadas por directrices de política pública y por la diversidad de criterios en los distintos ordenamientos respecto a los requisitos de registro y publicidad, lo que hacía muy difícil alcanzar una base normativa común. Con estos impedimentos, lograr estos objetivos requeriría un gran esfuerzo, que se desviaría de otros objetivos prioritarios del trabajo de la Comisión. Esta posición sugería la preparación, sin embargo, de normas uniformes de conflicto³²⁰. La segunda, mantenía la opinión opuesta. Precisamente las importantes diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos son la razón principal para proceder a la unificación o armonización, ya que esas divergencias interfieren en el comercio internacional y el mercado de la financiación. De esta forma, a través de una Ley Modelo, los Estados que contaran con leyes de garantías mobiliarias más rudimentarias podrían modernizarlas y, del mismo modo, con el tiempo, la Ley modelo permitiría ir reduciendo las diferencias existentes entre las diversas legislaciones nacionales³²¹.

La Comisión decidió que el Secretario General, conforme a la sugerencia propuesta en su informe de llevar a cabo la unificación a través de una Ley Modelo, preparase un informe sobre las cuestiones que debían examinarse en la preparación de leyes uniformes sobre garantías reales y que propusiera la forma en que podrían decidirse tales cuestiones³²².

En el 13.º periodo de sesiones (1980)³²³, se presentó a la Comisión el informe elaborado por el Secretario General titulado «garantías reales, cuestiones que deben considerarse en la preparación de normas uniformes»³²⁴, que como su título indica, presentaban a la Comisión cuestiones principales y específicas que se debían de tener en cuenta para elaborar normas uniformes en esta materia. Las discusiones en el seno de la Comisión³²⁵, revelaron, una vez más, la

³¹⁹ A/CN.9/165, párrafos 60 y 61.

³²⁰ A/34/17, párrafo 52.

³²¹ A/34/17, párrafo 53.

³²² A/34/17, párrafo 54.

³²³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/35/17.*

³²⁴ A/CN.9/186.

³²⁵ A/35/17, párrafos 26 y 27.

complejidad de la materia y los diferentes puntos de vista existentes en los diversos ordenamientos respecto a determinadas figuras jurídicas (v.gr. reserva de dominio). Por estos y otros motivos, la Comisión decidió no seguir con esta materia, dejando de tener carácter de prioritario. Sin embargo, todos los trabajos realizados serían muy útiles para cuando el proyecto se retomase en el futuro ³²⁶.

Si bien es cierto que la CNUDMI abandonó el trabajo en garantías reales, UNIDROIT dedicó parte de sus recursos a esta materia, en concreto al derecho de crédito con garantía, que finalizaría en la década siguiente con la terminación de dos convenciones.

2. Antecedentes inmediatos

En la década de los 90, con ocasión de varias conferencias internacionales, como resultado de la atención prestada por legisladores internacionales, regionales y nacionales, así como por instituciones financieras ³²⁷ que llevaron a cabo diversas iniciativas ³²⁸ y, de las propuestas presentadas en el Congreso de la CNUDMI (1995) «Hacia un Derecho Mercantil Uniforme para el siglo XXI», se retoma de nuevo el interés por esta materia. De hecho, UNIDROIT en el año 1993 había comenzado a preparar una Ley modelo en materia de garantías mobiliarias, que tuvo que abandonar por darle el Consejo de Administración de UNIDROIT baja prioridad por la necesidad de terminar con los trabajos relativos a las garantías en equipo móvil.

No es hasta el año 2000 cuando se puede afirmar que comienza directamente y de forma ininterrumpida esta tarea en la CNUDMI, impulsada por la elaboración por parte del Secretario General de un informe especial sobre ga-

³²⁶ A/35/17, párrafo 28.

³²⁷ GARRO, Alejandro M., «El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas», en LARROUMET, Christian (ed.) *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Panthéon-Assas, Paris, 2016, p. 92.

³²⁸ Estas iniciativas pueden clasificarse según su ámbito de referencia, de competencia y de impacto: regionales e internacionales. Entre las primeras, podemos destacar la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) para un régimen moderno de operaciones garantizadas (1994); los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas (1997); la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a garantías reales (1997). Con posterioridad a la década de los 90 encontramos la Ley modelo interamericana de Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (LMOEA) (2002); el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo (2003); y el Borrador de Marco Común de Referencia (DRAFT) en Europa (2009). La iniciativa de UNIDROIT sobre garantías en bienes de equipo de alto valor, identificables y potencialmente móviles, condujo a la adopción del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías interacciones sobre bienes de equipo móvil (2001) y sus sucesivos protocolos (aeronáutico 2001, ferroviario 2007, espacial 2012, y, en proceso, sobre equipo minero, agrícola y construcción).

rantías reales³²⁹, que es presentado y considerado en el 33.º período de sesiones (2000)³³⁰. La Comisión reconoce³³¹ entonces la importancia que estaban adquiriendo las garantías reales tanto en el plano internacional como nacional, «en particular de las posibilidades que abría la legislación moderna sobre crédito con garantía para aumentar la oferta de crédito a más bajo costo y, de esa manera, promover el desplazamiento transfronterizo de bienes y servicios»³³², al igual que para mitigar las desigualdades de acceso al crédito a bajo costo que padecían los países en desarrollo. De igual modo, se puso de manifiesto la necesidad de coordinar las posibles iniciativas en esta materia con los trabajos que estaba realizando UNIDROIT sobre garantía sobre bienes específicos, así como con respecto al régimen de insolvencia. Después de los debates, la Comisión acordó, entre otras decisiones, que la Secretaría preparase un estudio detallado de los problemas en materia de derecho de crédito con garantías y las posibles soluciones («o una ley uniforme sobre los bienes de toda índole en comparación con un conjunto de principios con una guía o una ley uniforme sobre determinados tipos de bienes»³³³), para examinarlo en el 34.º período de sesiones.

En cumplimiento del tal mandato, la Secretaría elabora un nuevo informe titulado «posible labor futura en materia de garantías reales»³³⁴, presentado a la Comisión en su 34.º período de sesiones (2001)³³⁵. En el seno de la Comisión predominó la opinión de la importancia que tenía los créditos garantizados para la economía, y que un sistema deficiente en esa materia podría traer repercusiones muy desfavorables para el sistema económico y financiero de un país. El acceso al crédito a un bajo costo fomentaría el crecimiento, la competitividad y el comercio internacional³³⁶. Por tales motivos, la Comisión decidió la creación de un grupo de trabajo «con el mandato de desarrollar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial»³³⁷.

En esta ocasión, antes de elaborar una Ley Modelo, se acuerda la preparación de una Guía Legislativa cuya finalidad es *prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas* (...) te-

³²⁹ A/CN.9/475. *Con miras a informar a la Comisión sobre las actividades en curso en la esfera de las garantías reales.*

³³⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/55/17.*

³³¹ A/55/17.

³³² A/55/17, párrafo 455.

³³³ A/55/17, párrafo 463.

³³⁴ A/CN.9/496.

³³⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/56/17.*

³³⁶ A/56/17, párrafos 347 y ss.

³³⁷ A/56/17, párrafos 347 y ss.

niendo por objeto *ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente de las operaciones garantizadas, así como a los que ya cuenten con un régimen en vigor, pero que deseen modernizarlo y armonizar sus propias leyes con las de otros Estados*³³⁸. En el año 2007 se aprueba la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas (en adelante, la Guía), la cual se inspira en diversos instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones³³⁹, pero principalmente, en el régimen del art. 9 UCC³⁴⁰, al optar por enfoque unitario y funcional³⁴¹, y hacer depender los efectos de la garantía frente a terceros y su prioridad, principalmente, de un registro de notificaciones³⁴². De una forma simple, la Guía se estructura³⁴³ partiendo del establecimiento de unos objetivos³⁴⁴ clave a partir de los cuales *debería elaborarse un régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas*, de unos principios jurídicos básicos³⁴⁵ *en los que debería fundamentarse el régimen*³⁴⁶ y de un apartado dedicado a la terminología e interpretación. A partir de ahí comienza a tratar en diversos capítulos, y en un orden lógico, los componentes esenciales de un régimen de garantía (ámbito de aplicación, constitución de una garantía, oponibilidad a terceros, el sistema registral, la prelación, los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía, derechos y obligaciones de terceros deudores, ejecución, financiación de adquisiciones, conflicto de leyes, transición y repercusiones de la insolvencia en las garantías). En todos estos capítulos se recogen los comentarios sobre las diversas aproximaciones en distintas tradiciones jurídicas, la opción que adopta la guía y las recomendaciones³⁴⁷ que propone.

³³⁸ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 1.

³³⁹ En la propia Guía, pp. 3 y 4, se enumera los instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones en los cuales se inspira la Guía.

³⁴⁰ Conforme a MCCORMACK, Gerard, «UNCITRAL, Security Rights and the globalisation of the US Article 9», cit., *The Guide follows the broad contours of Article 9 of the United States Uniform Commercial Code though it is not an exact copy*. Pero también toma como referencia BAZINAS, Spiros, «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», cit., pp. 139 y 140, nota al pie 28, entre otros, *Canadian Personal Property Security Acts (PPSA)*, *New Zealand's PPSA*, determinadas convenciones internacionales y la LMOEA.

³⁴¹ Una referencia en el análisis crítico de funcionalismo, BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions», *McGill*, vol. 44, 1998, pp. 567-664.

³⁴² BAZINAS, Spiros, «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», cit., pp. 139 y ss.

³⁴³ Sobre este aspecto, BAZINAS, Spiros, «Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», en DE LACY, John (ed.) *The Reform of UK Personal Property Security Law*, Routledge-Cavendish, Oxon-New York, 2010, pp. 458 y ss.

³⁴⁴ Son once objetivos, recogidos en la Guía, pp. 20-23.

³⁴⁵ Son doce principios, recogidos en la Guía, pp. 23-28.

³⁴⁶ Guía, p. 20.

³⁴⁷ Son 242 recomendaciones en total las que recoge la Guía. En su Anexo I vienen especificadas todas ellas.

Con posterioridad se elaboran el Suplemento Relativo a las Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual (2010)³⁴⁸, y, como ocurrió con la LMOEA donde la materia registral juega un papel esencial en su implementación³⁴⁹, la Guía del Registro de Garantías Reales (2013)³⁵⁰.

En coherencia con estos documentos, y con el objetivo de ayudar a los Estados a aplicar las recomendaciones de la Guías anteriormente citadas³⁵¹, la Comisión en su 46.º período de sesiones (2013)³⁵² confirmó la decisión adoptada en su 45.º período de sesiones (2012)³⁵³ en virtud de la cual se trasladó el mandato al Grupo de Trabajo VI para que elaborase una Ley Modelo en materia de Garantías Mobiliarias (entonces denominada «sobre operaciones garantizadas») «que fuera sencilla, breve y concisa», la cual fue aprobada en el 49.º período de sesiones (2016)³⁵⁴ bajo el título *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*. Si bien es cierto que en las primeras versiones en español se le denominó *Ley de operaciones garantizadas*, por la inadecuación de la terminología y la imprecisión de la denominación cuando se traducía del inglés a otras lenguas y para otras tradiciones jurídicas, distintos delegados de habla no inglesa³⁵⁵ solicitaron un cambio en el título del instrumento que pasó finalmente a titularse *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias*.

³⁴⁸ Aprobada en su 43.º período de sesiones, celebrado del 21 de junio al 9 de julio de 2010.

³⁴⁹ GARRO, Alejandro M., «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review*, vol. XV, 2010, p. 394. WILSON, John M., «Model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions», *Uniform Law Review*, vol. XV, 2010, pp. 520 y ss. Reglamento Modelo para el Registro en virtud de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Aprobado por la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), en su segunda sesión plenaria del 9 de octubre de 2009) [OEA/Ser. K/XXI.7\ CIDIP-VII/doc.3/09 rev. 3].

³⁵⁰ Aprobada en su 46.º período de sesiones, celebrado el 16 de julio de 2013.

³⁵¹ El mandato de la Comisión fue claro, la ley modelo debía estar basada «en las recomendaciones generales de la Guía sobre las Operaciones Garantizadas y en consonancia con todos los textos preparados por la CNUDMI», vide infra nota al pie 61.

³⁵² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/68/17, párrafo 194.*

³⁵³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/67/17, párrafo 105.*

³⁵⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/71/17 (párrafo 119).* La decisión de aprobación por parte de la Comisión se llevó a cabo en la 1032.ª sesión, celebrada el 1 de julio.

³⁵⁵ A este respecto es de destacar las observaciones realizadas por la delegación española (A/CN.9/887, p. 15, párrafos 72 y 73). Justifica el cambio de denominación por «Ley Modelo sobre Garantías Reales Mobiliarias», ya que «La expresión «secured transactions», en inglés, ha sido y es de muy amplio uso en el ámbito jurídico, tanto en su versión práctica, como en la académica o en la actividad legislativa. Este prolífico uso le ha otorgado un significado que no ofrece confusión. La situación es, sin embargo, bien distinta en el caso de su traducción literal al español. La expresión «operaciones garantizadas» ni ha sido o es tan habitualmente utilizada, ni ha adquirido un sentido inconfundible, ni, en fin, es una expresión que sirve para describir correctamente el contenido del texto. La Ley Modelo solo se ocupa de las garantías sobre bienes muebles, y, en español, «operaciones garantizadas» puede referirse tanto a bienes muebles

Aprobada la LMGM, la CNUDMI recomienda a los Estados que la incorporen en su Derecho interno, adaptando este lo más posible al contenido de aquella. Para facilitar esta tarea, el Grupo VI comenzó con la elaboración de una *guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (en adelante Guía de Adaptación), la cual está actualmente en preparación, pretendiéndose aprobar en el presente año³⁵⁶. Su finalidad, tal y como expone en sus primeras páginas es «explicar brevemente la finalidad de cada una de las disposiciones de la Ley Modelo y su relación con las recomendaciones»³⁵⁷ de la Guía u otros textos de la CNUDMI sobre el mismo tema.

III. ESTRUCTURA

La LMGM se compone de 107 artículos más otros 33 que se insertan dentro del capítulo dedicado al sistema registral bajo el título *Disposiciones Modelo sobre el Registro* (en adelante, DMR). Se estructura en nueve Capítulos, tratando cada uno de ellos de los elementos más importantes del sistema normativo de las garantías mobiliarias, consiguiendo así dotar a la materia de una sistemática coherente y unitaria. Efectivamente, la LMGM comienza con el establecimiento del ámbito de aplicación y las disposiciones generales (capítulo I), para seguir con un orden lógico, con las reglas de constitución de una garantía mobiliaria (capítulo II), oponibilidad a terceros (capítulo III), sistema registral (capítulo IV), prelación (capítulo V), derechos y obligaciones de las partes y los terceros obligados (capítulo VI), ejecución (capítulo VII), conflicto de leyes (capítulo VIII) y, un último capítulo, dedicado a disposiciones transitorias (capítulo IX). En la mayoría de los capítulos se establecen, en primer lugar, reglas generales, incluyendo, en su caso, concretas excepciones, y, en segundo lugar, reglas específicas para determinados tipos de bienes.

En este trabajo vamos a seguir esta estructura, exponiendo así las principales características que definen la LMGM y las particularidades en relación con algunos tipos de bienes.

como a bienes inmuebles. A mayor abundamiento, en español «operaciones garantizadas» pueden ser tanto aquellas cuyo cumplimiento se garantiza por un derecho real (prenda, hipoteca, etc.), como aquellas otras que cuentan con un derecho de crédito frente a un tercero (fianza, aval). La Ley Modelo no regula éstas últimas, induciendo, con ello, a engaño al lector sobre el contenido de la normativa».

³⁵⁶ A los efectos de este trabajo hemos estado trabajando con las siguientes versiones de la Guía de Adaptación, A/CN.9/WG. VI/WP.73 y A/CN.9/WG. VI/WP.71 /Add.3-Add.6, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento N.º 17, A/72/17 (párrafo 216). La decisión de aprobación por parte de la Comisión se llevó a cabo en la 1067.ª sesión, celebrada el 20 de julio.

³⁵⁷ Guía de Adaptación, p. 3, párrafo 1.

1. **Ámbito de aplicación y disposiciones generales**

El capítulo I determina, en cinco artículos, el Ámbito de aplicación y disposiciones generales de la LMGM. Aun siendo ciertamente estos artículos típicamente introductorios de cualquier texto normativo, gozan además de un valor inspirador en la medida en que reflejan los objetivos y principios establecidos en las recomendaciones de la Guía y que vertebran la LMGM con el objetivo de alcanzar su finalidad: *aumentar la oferta de crédito financiero y reducir el costo de este mediante la creación de un marco normativo aplicable a la constitución de garantías reales sobre bienes muebles que sea eficiente, moderno y fomente la seguridad jurídica*³⁵⁸.

1.1 *Enfoque funcional, unitario y comprensivo*

Desde la primera lectura de los artículos que conforman este capítulo I se puede percibir uno de los principios rectores de la LMGM en línea con lo establecido en los principios fundamentales y recomendaciones de la Guía³⁵⁹: establecer un régimen global único de las garantías mobiliarias, aplicable a toda garantía contractualmente pactada sobre bienes muebles gravados en garantía de pago o cumplimiento de una obligación. Para ello, la LMGM opta por un *enfoque funcional, integrado y global*.

De este modo, frente a los sistemas legales³⁶⁰ que tienen una pluralidad de tipos de garantías (prenda ordinaria e irregular, hipoteca mobiliaria, etc.) y cada uno de ellos sometido, total o parcialmente, a un régimen jurídico distinto, con ámbitos de aplicación, y requisitos de validez y eficacia establecidos de forma diferenciada, separada y dispersa, la LMGM opta en primer lugar, por un concepto único de garantía mobiliaria (enfoque integrado o unitario). En este sentido, se define este término, como *todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera que sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada*³⁶¹ (enfoque funcional). En el momento en

³⁵⁸ Guía de Adaptación, pp. 4 y 5, párrafo 4.

³⁵⁹ Recomendaciones 1.ª, 2.ª y 8.ª Guía, p. 24, párrafo 62.

³⁶⁰ Sobre este aspecto y los diversos sistemas, FELIU REY, Jorge, «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, vol. 29, 2016.

³⁶¹ Art. 2.w)i) LMGM. Por específicas razones, también se incluye en el concepto de garantía mobiliaria, *el derecho del cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar celebrada por acuerdo de partes* [art. 2.w)ii) LMGM].

que estemos ante una garantía mobiliaria se aplicará el régimen establecido en la Ley, unificándose, por tanto, la regulación (art. 1 LMGM)³⁶².

Como resulta patente en la propia definición, el concepto de garantía mobiliaria se construye sobre la función que cumple independientemente del nombre que le den las partes, así como de la forma que adopte. El elemento clave es la función que cumple (*substance over form*³⁶³). De este modo, como regla general, todo contrato suscrito entre las partes que tenga como función garantizar el cumplimiento de una obligación, quedará sometido al régimen establecido en la LMGM³⁶⁴. Esto implica, como regla general, que también aquellos contratos que utilizan la propiedad para garantizar el cumplimiento de la operación (V. gr. reserva de dominio), queden sometidos a la citada regulación por la equivalencia de la función perseguida³⁶⁵.

Del mismo modo, de estos primeros artículos se desprende, junto con el enfoque unitario y funcional, un enfoque comprensivo. Conforme a las recomendaciones de la Guía³⁶⁶, la LMGM establece que la garantía mobiliaria se podrá crear, salvo las excepciones establecidas en ella, respecto de cualquier obligación, presente o futura, determinada o determinable; sobre cualquier tipo de bienes muebles corporales o inmateriales, actuales o futuros y; por toda persona física o jurídica, incluidos los consumidores. De ahí que se pueda

³⁶² Art. 1 LMGM *La presente Ley se aplicará a las garantías reales sobre bienes muebles.*

³⁶³ Conforme a ella, la sustancia de la transacción tiene más importancia que la forma, y por consiguiente toda transacción que tiene como función garantizar son clasificadas como garantía, independientemente de su forma, AKSELI, Orkun, *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, Routledge, Oxon-New York, 2011, p. 23. BAZINAS, Spiros, «Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», cit., p. 471.

³⁶⁴ GARRO, Alejandro M., «El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas», cit., p. 93. BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., pp. 484 y 485.

³⁶⁵ Esta cuestión fue discutida en el seno del Grupo de trabajo. De ahí que, en la Guía (párrafo 9, p. 69), y como consecuencia de las discusiones entre los partidarios de incluir o no bajo el mismo concepto de garantía aquellos contratos que utilizan la propiedad para garantizar el cumplimiento de la operación, se adoptaron dos enfoques distintos respecto a la financiación de adquisiciones: el enfoque unitario y el enfoque no-unitario. Este último régimen se puede apreciar en la Guía, en la sección de Terminología y recomendaciones (p. 536, recomendaciones 187 y ss) donde se especifica las recomendaciones para el enfoque no unitario. Conforme a BAZINAS, Spiros, «Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», cit., p. 471 ambos enfoques fueron designados para implementar una las políticas fundamentales de la Guía, asegurar que mecanismos funcionalmente equivalentes sean tratados de la misma manera o similarmente (Recomendación 8.^a). Este enfoque no-unitario no aparece recogido en la LMGM. Su supresión ha sido criticada por la delegación suiza, manifestando «por qué en el proyecto de ley modelo solo se conserva el enfoque unitario de las garantías que garantizan la financiación de una adquisición, abandonando de esa forma el enfoque no unitario que también propone la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas; cada uno de esos enfoques sigue teniendo sus ventajas y habría sido preferible que así se hubiera tenido en cuenta en la ley modelo» (A/CN.9/887, p. 17, párrafo 83).

³⁶⁶ Recomendación 2.

afirmar, como ya se hizo respecto a la normativa estadounidense (art. 9 UCC), que una de las principales características sea su exhaustividad, pues «todo lo abarca; todo lo devora, lo cubre todo»³⁶⁷. De esta forma queda reflejado otro de los objetivos de la Guía, *permitir que los deudores se valgan del pleno valor inherente de sus bienes para respaldar el crédito adeudado*³⁶⁸.

Por tanto, y como regla general, la LMGM se aplicará a las garantías reales sobre bienes muebles y a las cesiones puras y simples de créditos por cobrar celebradas por acuerdo entre las partes (art. 1 apartados 1 y 2 LMGM). Por el contrario, no se aplicará los derechos o bienes establecidos en los apartados 3 y 4 de la Ley Modelo (v. gr. valores intermediados; los derechos de propiedad intelectual cuando las disposiciones de la LMGM sean incompatibles con la correspondiente Ley de Propiedad Intelectual; en general, los derechos de cobro que nazcan o dimanen de contratos financieros que se rijan por acuerdos de compensación global; y aquellos otros que establezca el Estado promulgante, normalmente aquellos que estén sujetos a regímenes especiales de operaciones garantizadas e inscripción registral (p. ej. Aeronaves)).

Al respecto debemos advertir que la LMGM se aparta en alguna medida de lo establecido en la Guía respecto al ámbito de aplicación. Por un lado, la LMGM excluye expresamente las garantías reales tanto sobre el derecho a solicitar el pago como a percibir el producto en virtud de una garantía independiente o una carta de crédito [art. 1.3.a)], a diferencia de la Guía, que incluye el derecho a recibir el pago de una promesa independiente [recomendación 2.a)]. Su exclusión obedece a evitar una mayor complejidad de la LMGM. Por otro, la LMGM incluye dentro del ámbito de aplicación los valores no intermediados [a sensu contrario art. 1.1.3.c)], a diferencia de la Guía que excluye de su ámbito de aplicación todos los tipos de valores [recomendación 4.c)].

1.2 Autonomía contractual

Este principio, inspirado en el artículo 6 de la Convención sobre la Cesión de Créditos³⁶⁹ y basado en las recomendaciones 1.i) y 10.^a de la Guía, se establece en el artículo 3 de la LMGM. Su finalidad es reconocer la libertad a las partes, entendiéndose por estas cualesquiera cuyos derechos se vean afectados por la LMGM³⁷⁰,

³⁶⁷ En palabras de GILMORE, Grant, *Security interests in personal property*, vol. I, Reprint, 1999, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark., p. 295

³⁶⁸ Guía, p. 21, párrafo 50.

³⁶⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001).

³⁷⁰ Conforme a Guía de adaptación, párrafo 71, pueden ser, por ejemplo, *entre el acreedor garantizado y el otorgante, entre el acreedor garantizado y un reclamante concurrente, entre el acreedor garan-*

para que puedan pactar lo que estimen conveniente en relación con sus derechos y obligaciones, para ajustar así la transacción y sus condiciones a sus necesidades³⁷¹. Se resume en la aspiración, como enuncia el principio de la Guía, de *dar facilidades en vez de imponer formalidades*³⁷². En definitiva, el régimen que adopta la LMGM al respecto es de flexibilidad para responder a las necesidades que demandan las partes con el fin de promover y facilitar la concesión de crédito garantizado³⁷³ —v. gr. qué se entiende por incumplimiento [art. 2.j) y 52.1 LMGM]—. Esta flexibilidad se refleja también en la no «interferencia» de la LMGM en los acuerdos para utilizar otros mecanismos alternativos de solución de controversias (art. 3.3 LMGM).

Ahora bien, este amplio margen a la autonomía de la voluntad se ve limitado, sin embargo, con unas pocas y limitadas excepciones que evitan posibles abusos o eliminan incertidumbres³⁷⁴. Por tanto, y conforme a la Guía, *toda regla imperativa debería tener como único objetivo asegurar la equidad y proteger los intereses legítimos de terceros*³⁷⁵.

Las referidas limitaciones de la autonomía de las partes son las siguientes. En primer lugar, las normas de naturaleza imperativa que expresamente se mencionan en el apartado 1.º del artículo 3 LMGM. En concreto, los artículos 4 (normas generales de conducta), 6 (constitución de una garantía mobiliaria y requisitos del acuerdo de garantía), 7 (descripción de los bienes gravados y de las obligaciones garantizadas), 53 (obligación de la parte que esté en posesión del bien gravado de actuar con diligencia razonable), 54 (obligación del acreedor garantizado de devolver el bien gravado), 72.3 (la imposibilidad, antes del incumplimiento, de que el otorgante o el deudor puedan renunciar unilateralmente o modificar de común acuerdo los derechos posteriores al incumplimiento que les confiere el art. 72) y, por último, los artículos 85 al 107 (conflicto de leyes).

En segundo lugar, la limitación de la eficacia del pacto a las partes que lo celebran, ya que no afectará lo acordado a los derechos y obligaciones de quienes no sean parte en él (art. 3.2. LMGM).

Por último, entendemos que se deberán tener en cuenta los límites a la autonomía de la voluntad establecidos en cada una de las legislaciones nacionales, en concreto, la normativa de consumidores que pueden recoger normas proteccionistas que limiten esta autonomía de la voluntad con el objetivo de proteger sus derechos.

tizado y el deudor de un crédito por cobrar gravado, o entre el otorgante y el deudor de un crédito por cobrar.

³⁷¹ Recomendación 1.i).

³⁷² Guía, p. 27, párrafo 70.

³⁷³ Guía, p. 65. Recomendación 1.a).

³⁷⁴ Guía de adaptación, párrafo 72.

³⁷⁵ Guía, p. 27.

1.3 Normas generales de conducta

El artículo 4 LMGM, basado en la recomendación 131 de la Guía, recoge la norma de naturaleza imperativa en virtud de la cual los derechos y obligaciones se deben ejercitar y cumplir de buena fe y de manera razonable desde el punto de vista comercial. La diferencia respecto a la Guía es que en ella tales estándares de conducta se establecían en el capítulo dedicado a la ejecución de una garantía real, pasando ahora a formar parte, sin embargo, de las disposiciones generales de la LMGM, lo que implica que se consideren un deber de conducta que vertebra todo el sistema y no sólo la fase de ejecución³⁷⁶. Dada su naturaleza imperativa (art. 3.1 LMGM), las partes no podrán renunciar a ella ni de forma unilateral ni mediante acuerdo entre ellas.

La inclusión de ambos principios, buena fe y razonabilidad, en la LMGM parece reflejar, por un lado, la intención de recoger y coordinar en el texto tradiciones jurídicas distintas, y, por otro lado, una utilización cada vez más frecuente en textos internacionales como consecuencia de su materialización en la contratación internacional. No se puede afirmar que ambos sean equivalentes, de hecho, ciertamente, debemos aceptar que son distintos³⁷⁷.

La cuestión que se suscita es qué se debe de entender por *razonabilidad desde un punto de vista comercial* ya que la LMGM no ofrece ninguna definición. La Guía de Adaptación intenta aclarar este concepto partiendo de la idea de que tal estándar se refiere a *las medidas que podría adoptar una persona razonable en circunstancias similares a las que pudiera enfrentar el otorgante en un caso particular*³⁷⁸. Estas medidas razonables pueden ser muy variadas al responder a diferentes respuestas que la persona en tales circunstancias adoptaría bajo este parámetro. En este sentido, no refleja simplemente una actuación conforme al principio de buena fe, si no que recoge ampliamente otras acciones y medidas que mejor atienden las expectativas razonables de la otra parte en tales circunstancias. Si el acreedor garantizado no

³⁷⁶ Tanto en la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera, como en el RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de contratación pública, se establece un mecanismo *a posteriori* que puedan aplicar los tribunales en relación con la ejecución, valoración de la garantía financiera y el cálculo de las obligaciones financieras, consistente en que las mismas se han llevado a cabo de una manera *comercialmente correcta*. Sobre este aspecto, vid. CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015. LYCZKOWSKA, Karolina, *Garantías Financieras*, Thomson Reuter-Civitas, Madrid, 2013. Aunque hay que precisar que la versión en inglés de la Directiva utiliza la expresión *commercially reasonable manner*.

³⁷⁷ Sobre este principio, NICOLAU, Noemí Lidia, «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado», *Revista de derecho privado*, vol. 94, 1, 2010, fecha de consulta 27 abril 2017, pp. 3 y ss.

³⁷⁸ Párrafo 76.

actúa conforme a este principio de razonabilidad desde el punto de vista comercial será responsable del daño causado a las personas que resulten perjudicadas³⁷⁹.

1.4 *Origen internacional y principios generales*

El artículo 5 establece los criterios de interpretación: internacionalidad, uniformidad y buena fe. De una primera lectura del artículo podemos ya observar que se inspira en el en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³⁸⁰, al igual que en el artículo 4 tanto de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico como sobre Firma Electrónica, y el artículo 2A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial³⁸¹.

Puesto que la LMGM no solo es un instrumento de modernización para facilitar la reforma de los derechos nacionales, sino que pretende ser además un instrumento de armonización, su interpretación debe estar guiada por los principios de internacionalidad y uniformidad. Esto implica que la interpretación y la aplicación de los conceptos y las reglas de la LMGM se debe desvincular en todo lo posible de términos y concepciones nacionales no uniformes. De este modo, se trata de evitar el riesgo de una interpretación apegada a conceptos nacionales que agrave las divergencias existentes entre tradiciones jurídicas.

El artículo 5 LMGM, en su segundo párrafo, añade, a las reglas de interpretación, una regla de integración. Para aquellas cuestiones relativas a materias gobernadas por la propia Ley, pero no expresamente resueltas en ella, la LMGM se remite a lo que denomina «los principios generales en los que se basa esta Ley». Con este método de integración de lagunas, equivalente al adoptado por el artículo 7.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre

³⁷⁹ En el ámbito de ejecución, la Guía (p. 299, párrafo 15) expone como ejemplo el supuesto en que el acreedor garantizado «no actúa con buen sentido comercial al enajenar los bienes gravados y a causa de ello obtiene una suma menor que la que se hubiera obtenido de haberse obrado con buen sentido comercial, deberá resarcir por daños y perjuicios a toda persona perjudicada por esa minusvalía».

³⁸⁰ El artículo 7 CNUCCIM establece que (1) *en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.* (2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.*

³⁸¹ Guía de Adaptación, p. 24, párrafo 77.

los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, pero sin el recurso subsidiario a la Ley nacional aplicable, por razón de la naturaleza no convencional de esta Ley Modelo, entendemos que se pretende crear un sistema autosuficiente que facilite la identificación de soluciones consistentes con los principios de la Ley sin recurrir a una ley no uniforme. No hay en la LMGM un catálogo expreso de estos principios que hay que buscar en la Guía legislativa o inferir de las soluciones o disposiciones de la propia LMGM. Por ese motivo, se sugiere que los Estados promulgantes incluyan en la respectiva Ley nacional de garantías mobiliarias los principios inspiradores.

2. Constitución de una garantía mobiliaria

El capítulo (II), dedicado a la Constitución de una garantía mobiliaria, está compuesto por dos secciones. La primera, bajo el título de normas generales, dedica siete artículos a perfilar el régimen general. La segunda establece en cinco artículos normas específicas para determinados tipos de bienes.

Como primera cuestión debemos remarcar que la naturaleza de las garantías mobiliarias bajo la LMGM es consensual. Siguiendo las pautas de la Guía, la LMGM define, en lo que aquí interesa, «garantía mobiliaria» como *todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo (...) o el derecho del cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar celebrado por acuerdo de partes* [art. 2.w)]. De esta definición se extrae la naturaleza convencional de este tipo de garantías, es decir, la garantía nace de un pacto entre las partes, de un acuerdo de garantía. Por tanto, la LMGM no incluye en su ámbito de aplicación las garantías legales o judiciales, las garantías no consensuales. Esta afirmación es tajante en el texto de la LMGM, *una garantía mobiliaria se constituye mediante un acuerdo de garantía* (art. 6.1). Entendiéndose por esto último, y seguiremos empleando la terminología de la LMGM, *todo acuerdo celebrado entre un otorgante y un acreedor garantizado en que se estipule la constitución de una garantía mobiliaria, independientemente que las partes lo denominen o no acuerdo de garantía y todo acuerdo que se estipule una cesión pura y simple de un crédito por cobrar* [art. 2.e)]. Este acuerdo deberá cumplir, como expondremos en epígrafes posteriores, una serie de requisitos mínimos.

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, la validez de una garantía no exige la inscripción en ningún registro o llevar a cabo acto adicional alguno³⁸² distinto al propio acuerdo de garantía³⁸³. Con ello se trata de alcanzar uno de los objetivos de la Guía, *facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente*³⁸⁴ y uno de sus principios fundamentales la *distinción entre validez* (y eficacia) *entre las partes y la validez* (eficacia) *frente a terceros*³⁸⁵. La Guía, y consecuentemente la Ley Modelo, opta por separar la fase de constitución (*creation*) de la garantía real, de la oponibilidad (*effectiveness*) frente a terceros. La constitución hace referencia a la validez del otorgamiento de una garantía sobre un bien y su exigibilidad entre las partes, y como expondremos más adelante, esta nace del acuerdo entre las partes. La segunda, como un acto aparte, hace referencia a la oponibilidad de la garantía frente a terceros³⁸⁶. Esto implica que una garantía puede ser válida y eficaz entre las partes por estar constituida adecuadamente, pero no oponible ante terceros por no cumplir con alguno de los métodos exigidos por la LMGM para que pueda ser oponible³⁸⁷. Este paso previo de constitución es un requisito previo ineludible para que pueda ser oponible. Es decir, una garantía no será oponible si no está constituida válidamente.

2.1 Normas generales

La primera cuestión en la que se centra este capítulo es la de determinar cuándo se constituye una garantía mobiliaria y los requisitos que debe cumplir el acuerdo de garantía. Como regla general, se podría afirmar que una garantía

³⁸² La Ley Modelo, por tanto, se mantiene en la línea de otras leyes modelo (p.ej. Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias), y se separa de otras normas armonizadoras donde la inscripción es un requisito de validez. Como por ejemplo la *Model Law on Secured Transactions European Bank for Reconstruction and Development* (EBRD) en los supuestos de *Registered Charge* donde la falta de inscripción implica su invalidez, evitando de este modo las garantías secretas (art. 6.2) (Dentro del concepto unitario de «Charge», distingue entre «registered charge», «unpaid vendor's charge», o «possessory charge»).

³⁸³ Sobre si el contrato puede crear por sí solo el derecho de garantía, véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho civil*, vol. 41, 4, 1988, pp. 1034 y ss.

³⁸⁴ Recomendación 1.c).

³⁸⁵ Guía, p. 25, párrafo 65.

³⁸⁶ Guía, pp. 112 y 113. GARRO, Alejandro M., «The Creation of a Security Right and Its Extension to Acquisition Financing Devices», *Uniform Law Review*, vol. 15, 2010, p. 381.

³⁸⁷ BAZINAS, Spiros, «Modernising and harmonising secured credit law: the example of the uncitral draft legislative guide on secured transactions. Part 1», *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2006, pp. 21 y 22.

quedará constituida cuando se hayan adoptado todos los requisitos de validez frente al otorgante.

Para ello es necesario, en primer lugar, que el otorgante tenga derecho sobre el bien objeto de la garantía o facultades para gravarlo. De este párrafo se pueden extraer dos cuestiones. La primera tiene relación con la posibilidad de constitución de garantías sobre bienes futuros. La LMGM permite la estipulación de estos acuerdos, pero no se constituirá la garantía hasta que el otorgante tenga derechos sobre ellos o facultades para gravarlo. La segunda, y en relación con esto último, la aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, en virtud del cual el otorgante no podrá otorgar al acreedor más derechos que el que tenga o pueda tener, de ahí que el graven recaerá sobre el derecho que tenga el otorgante sea real o contractual. Por tanto, sólo se constituye la garantía cuando el otorgante adquiera derechos sobre el bien o facultades para gravarlo (art. 6.1 y 2 LMGM).

En segundo lugar, deben cumplirse unos requisitos esenciales. A este respecto, la LMGM, en consonancia con las recomendaciones de la Guía³⁸⁸, establece pocos y flexibles requisitos para la constitución de la garantía³⁸⁹. Respecto a la forma, el acuerdo de garantía puede ser escrito o verbal, dependiendo de si existe o no desplazamiento posesorio (art. 6.3 y 4). Entendiéndose por forma escrita también la comunicación electrónica en la medida en se pueda acceder a la información contenida en ella en un momento posterior [art. 2.u)]. Respecto a la necesidad de que conste por escrito en los supuestos de no desplazamiento posesorio, la LMGM incluye en el art. 6.3 dos opciones establecidas entre corchetes, así (...) *todo acuerdo de garantía deberá [celebrarse] [probarse] mediante un escrito (...)*. Dependiendo de la opción que elija el legislador nacional los efectos del acuerdo de garantía serán distintos. De este modo, si opta por la expresión *celebrarse*, los acuerdos que no consten por escrito no surtirán efectos. Por el contrario, si opta por la expresión *probarse*, los acuerdos de garantía son eficaces si las condiciones pactadas constan por escrito estando firmado por

³⁸⁸ Recomendación 1 (c) «Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente»

³⁸⁹ GARRO, Alejandro M., «The Creation of a Security Right and Its Extension to Acquisition Financing Devices», cit., pp. 379 y 380. A este respecto es de destacar el requisito de identificación de los bienes gravados, el cual se aparta de la necesidad de la exactitud en la identificación (razonable identificación dependiendo esta de las circunstancias y el tipo de bien); y la forma, que, salvo concreta excepción (que el acreedor garantizado tenga la posesión del bien), deberá revestir forma escrita.

otorgante, y del que se infiera la intención de este último de constituir la garantía ³⁹⁰.

En relación con los requisitos de contenido, la LMGM establece cuatro, el último de ellos potestativo para los Estados promulgantes. El primero, la identificación del acreedor garantizado y el otorgante. Este último podrá ser el deudor de la obligación garantizada o un tercero ³⁹¹.

El segundo y el tercero de los requisitos están relacionados con la descripción tanto de la obligación garantizada como del bien gravado. Recordemos que la o las obligación/es garantiza/s podrá/n ser de cual tipo, presentes o futuras, determinadas o determinables, condicionales o incondicionales, fijas o fluctuantes ³⁹². La amplitud respecto del tipo de obligaciones que puede garantizar tiene como finalidad, entre otras, facilitar el acceso a determinadas operaciones financieras carentes de determinación y especificación iniciales de alguno de los elementos por la propia operativa de la transacción (v.gr. los acuerdos de crédito renovable para que el otorgante compre existencias) ³⁹³. Lo mismo se puede predicar respecto de los bienes gravados, pues podrá ser cualquier bien mueble. Más aún, en aras de facilitar el acceso al crédito, la LMGM expresamente establece que también se pueden gravar una fracción del bien, un derecho indiviso sobre un bien mueble, una categoría genérica de bienes muebles o todos los bienes muebles de un otorgante (art. 8 LMGM).

En relación con la descripción, y este es un elemento particularmente importante ³⁹⁴, no se exige que sea precisa respecto de los bienes gravados ni de las obligaciones garantizadas, estableciendo la LMGM la regla de que la descripción se deberá realizar *de un modo que permita razonablemente identi-*

³⁹⁰ Guía de Adaptación, párrafo 83. Incluye como ejemplo de documento por escrito, una oferta formulada por escrito por el otorgante, cuya aceptación por el acreedor garantizado se infiera de la conducta de este. En los primeros borradores de la LMGM (p. ej. A/CN.9/WG. VI/WP.57) se establecía (art. 7) que el acuerdo de garantía *deberá concertarse por escrito, o deberá quedar alguna constancia escrita del mismo, que, por sí misma y juntamente con la conducta de las partes, ponga de manifiesto la intención del otorgante de constituir una garantía real.*

³⁹¹ Conforme a la definición de la LMGM [art. 2.dd)], por otorgante se entenderá, i) *Toda persona que constituya una garantía mobiliaria con el fin de asegurar el cumplimiento de su propia obligación o la de otra persona;* ii) *El comprador u otro adquirente de un bien gravado que adquiera sus derechos con el gravamen de una garantía mobiliaria;* y iii) *El cedente en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar celebrada por acuerdo de parte.*

³⁹² Art. 7 LMGM y recomendación 16.

³⁹³ Guía, pp. 80 y ss. Guía de Adaptación, párrafo 86. BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 488.

³⁹⁴ No sólo por la función que cumple, sino también la importancia queda reflejada en que en la versión final de la LMGM le dedica un artículo separado (art. 9), mientras que en los borradores originales (p. ej. A/CN.9/WG. VI/WP.57) estaba incluido dentro del artículo dedicado al contenido mínimo de un acuerdo de garantía, siguiendo la recomendación 14 de la Guía.

ficarlos (art. 9.1 LMGM). A este respecto la propia LMGM establece dos ejemplos de descripción, uno respecto a los bienes y otro en relación con la obligación garantizada. Se cumplirá con el requisito de la descripción respecto de los bienes gravados, cuando *se indique que los bienes gravados son todos los bienes muebles del otorgante (...) o todos los comprendidos en una categoría genérica* (art. 9.2 LMGM). Respecto de las obligaciones garantizadas, cuando *se indique que la garantía mobiliaria asegura el cumplimiento de todas las obligaciones que se adeuden al acreedor garantizado en cualquier momento* (art. 9.3 LMGM). Entendemos que la descripción deberá ser acorde con la posibilidad de identificar el bien a los efectos de la realización de valor futuro, por lo que en algunos casos deberá ser precisa y, en otros casos, será suficiente como hemos mencionado, una descripción genérica. También respecto a la descripción, la Guía expone que en relación con la descripción del bien gravado si el otorgante posee sólo un derecho contractual de uso la garantía sólo podrá gravar su derecho contractual de uso, por lo que en el acuerdo de garantía se deberá identificar el bien gravado en cuanto derecho contractual del otorgante³⁹⁵.

El último requisito, opcional para cada Estado promulgante, es que se indique el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía mobiliaria. La finalidad es facilitar la creación de nuevas garantías sobre el mismo bien, ya que si un posible nuevo acreedor garantizado conoce el importe máximo por el que se puede ejecutar una garantía y el valor del bien gravado es superior a aquel, resulta lógico que haya más probabilidades de que se utilice el mismo bien para nuevas garantías y, por ende, se maximice el uso de los activos para la obtención de crédito.

Además de estos elementos esenciales, y conforme a uno de los principios fundamentales de la LMGM, la autonomía de la voluntad, las partes podrán incluir en el acuerdo de garantía los pactos que estimen más convenientes. Entre esos pactos cabría incluir, por ejemplo, la limitación en la extensión de la garantía mobiliaria al producto identificable del bien gravado³⁹⁶; los relativos a los supuestos de incumplimiento, ya que este no tiene por qué coincidir únicamente con el general de incumplimiento de la obligación garantizada dejando a las partes libertad para fijar otros posibles supuestos³⁹⁷; los pactos que se pueden incluir en el acuerdo de garantía, en relación con la autorización por parte del acreedor garantizado de vender, arrendar o licenciar el bien gra-

³⁹⁵ Guía, p. 84.

³⁹⁶ Art. 10.1 LMGM. Recomendación 19. Guía de Adaptación párrafo 92.

³⁹⁷ Guía, pp. 297 y 298.

vado libre de la garantía real³⁹⁸; o el pacto relativo al derecho del acreedor garantizado a obtener la posesión del bien sin recurrir al órgano judicial u otra autoridad que indique el Estado promulgante³⁹⁹.

Dentro de este capítulo dedicado a la constitución se establecen otras normas dirigidas a la protección del acreedor garantizado, en particular, en lo relativo a la extensión de la garantía mobiliaria, entendida, por un lado, como continuidad o permanencia del gravamen sobre el bien en el supuesto de enajenación, mezcla en una «masa»⁴⁰⁰ o por la transformación del bien gravado en un «producto elaborado»⁴⁰¹; y, por otro, a todo lo que se reciba en relación con el bien gravado, denominado en la LMGM como «producto»⁴⁰².

Efectivamente, como principio general, con excepciones que trataremos en el apartado dedicado a la prelación, la garantía real sobre un bien continúa gravando ese bien después de su enajenación⁴⁰³. Pero es posible que ese bien sea adquirido sin gravamen, se haya destruido o perdido o, aun existiendo haya generado algún tipo de producto. En esos supuestos, la LMGM establece, siguiendo las recomendaciones de la Guía, que toda la garantía mobiliaria sobre un bien gravado se extenderá al producto identificable de ese bien, así como al producto del producto⁴⁰⁴ (v. gr. la venta de existencias⁴⁰⁵ que estén originariamente gravadas, hará extensible la garantía a los créditos por cobrar). Lo esencial es la identificación del producto en relación con el bien (en el ejemplo, la relación entre el crédito y el bien vendido). A este respecto, la LMGM también establece una serie de reglas en relación con el posible supuesto de que determinados productos (dinero o fondos acreditados en una cuenta bancaria) se mez-

³⁹⁸ Guía, pp. 217. Art. 34.2 y 3 LMGM.

³⁹⁹ Art. 77.2 LMGM.

⁴⁰⁰ El art. 2 z) define «masa» como *el bien corporal que se obtenga cuando un bien corporal se mezcle con otro u otros bienes corporales del mismo tipo de tal modo que todos ellos pierdan su identidad propia*.

⁴⁰¹ El art. 2.hh) LMGM define «producto elaborado» como *el bien corporal que se obtenga cuando un bien corporal se una o asocie físicamente de tal modo a otro u otros bienes corporales de distinto tipo, o cuando uno o más bienes corporales se sometan a un proceso tal de fabricación, ensamblado o elaboración, que todos ellos pierdan su identidad propia*.

⁴⁰² El art. 2.gg) LMGM define «producto» como *todo lo que se reciba en relación con un bien gravado, incluso lo que se perciba a raíz de la venta u otra forma de transmisión, el arrendamiento o el cobro de un bien gravado, o en virtud de haberse concedido una licencia respecto de él, así como los frutos civiles y naturales de un bien gravado, las indemnizaciones por concepto de seguros, los pagos derivados de reclamaciones por defectos, daños o pérdida de un bien gravado, y el producto del producto*.

⁴⁰³ Recomendaciones 31 y 79.

⁴⁰⁴ Art. 10 LMGM. Recomendación 19.

⁴⁰⁵ El art. 2.v) LMGM define «existencias» *los bienes corporales que el otorgante tenga en su poder con el fin de venderlos o arrendarlos en el curso ordinario de sus negocios, incluidas las materias primas y los bienes en proceso de transformación*.

clen con otros bienes del mismo tipo (en el ejemplo anterior, que el dinero de la enajenación del bien se deposite en una cuenta bancaria donde hay más dinero).

Por último, LMGM⁴⁰⁶ contempla el supuesto en que el bien gravado se haya mezclado (v.gr. se deposita aceite gravado junto con otro aceite) o transformado en un producto elaborado (v. gr harina gravada que se transforma en pan). En este supuesto, también la garantía se extiende a la masa o al producto elaborado, pero al respecto la LMGM establece unas reglas precisas respecto a la extensión de la garantía como a la posibilidad de conflicto entre varios acreedores garantizados respecto a la masa o al producto elaborado. Refiriéndonos sólo a la extensión de la garantía, en el supuesto de «masa» el criterio de extensión de la garantía es la cantidad⁴⁰⁷, mientras que en el «producto elaborado» es el valor⁴⁰⁸. De esta forma, en el caso del aceite mezclado, si la cantidad gravada depositada originariamente representa una tercera parte del total de la mezcla, la disminución de la cantidad existente en el depósito, implicará que yo siga teniendo como garantía una tercera parte de lo que quede. En cambio, en productos elaborados, si el valor objeto de la garantía es 50 y el producto elaborado es 200, la garantía mobiliaria se limita a 50.

2.2 Normas específicas para determinados tipos de bienes

Además de las normas generales, la LMGM contempla en cinco artículos sucesivos normas específicas para determinados tipos de bienes relacionados con la constitución de una garantía mobiliaria.

La primera regla específico se refiere a determinados créditos por cobrar⁴⁰⁹. La LMGM, siguiendo la regla del art. 9 de la Convención sobre la Cesión de Crédito, elimina los posibles efectos frente a terceros de los pactos establecidos entre el acreedor y deudor en virtud de los cuales se limite el derecho a constituir una garantía mobiliaria sobre un crédito por cobrar, por lo que éstos no afectarán a la constitución de una garantía sobre el crédito. Es decir, el pacto limitativo no afectará a terceros, independientemente de las posibles responsabilidades del otorgante de la garantía como consecuencia del incumplimiento del pacto. Igualmente, el mero incumplimiento del pacto limi-

⁴⁰⁶ Art. 11 LMGM. Recomendaciones 22 y 91.

⁴⁰⁷ Art. 11.2 LMGM, (...) *se limitará a la misma proporción de la masa que la que exista entre la cantidad del bien gravado y la cantidad total de la masa inmediatamente después de la mezcla.*

⁴⁰⁸ Art. 11.3 LMGM, (...) *se limitará al valor que tenía el bien gravado inmediatamente antes de que pasara a formar parte del producto elaborado.*

⁴⁰⁹ Art. 13 LMGM. Recomendación 24.

tativo no podrá implicar, la resolución ni del contrato que dio origen al crédito ni del acuerdo de garantía.

La misma regla se aplicaría al derecho de cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria⁴¹⁰. Es decir, el pacto limitativo entre el otorgante y la institución depositaria que limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía mobiliaria frente a tercero no surtirá efecto sobre la garantía mobiliaria que grave un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

La segunda se refiere a la extensión de la garantía sobre un documento negociable sobre los bienes corporales a los que se refiere el derecho documentado⁴¹¹. De esta forma se evita el otorgar dos garantías separadas, la del documento negociable y la de los bienes corporales que comprende.

La tercera⁴¹² hace referencia a la relación entre derechos sobre el bien corporal y derechos de propiedad intelectual. A este respecto, si sobre un bien corporal se ejercen derechos de propiedad intelectual, para que la garantía sobre el bien corporal se extienda a estos últimos debe reflejarse en el acuerdo de garantía. En este sentido, la Guía de Adaptación, pone como ejemplo, la constitución de una garantía sobre un ordenador (*hardware*). Esta no se hará extensiva, *per se*, a los derechos de propiedad intelectual contenido en él (por ejemplo, sobre el *software*)⁴¹³.

3. Oponibilidad de una garantía mobiliaria a terceros

Uno de los principios fundamentales recogido en la Guía es *la distinción entre la validez (y eficacia) entre las partes y la validez (eficacia) frente a terceros*⁴¹⁴ de una garantía mobiliaria. Como ya hemos hecho mención en el apartado anterior relativo a la constitución de la garantía mobiliaria, una vez constituida la garantía será válida y exigible entre el acreedor garantizado frente al otorgante (*inter partes*). Si además queremos que la garantía sea oponible a terceros (*erga omnes*) se deberá cumplir con una serie de requisitos establecidos en la propia LMGM⁴¹⁵. Por tanto, una garantía mobiliaria legalmente

⁴¹⁰ Art. 15 LMGM. Recomendación 26.

⁴¹¹ Art. 16 LMGM. Recomendación 28.

⁴¹² Art. 17 LMGM. Recomendación 243 del Suplemento sobre la propiedad intelectual.

⁴¹³ Guía de adaptación, pp. 32 y 33, párrafo 117.

⁴¹⁴ Guía página 25, párrafo 65.

⁴¹⁵ Recomendación 29. De esta forma la LM opta por seguir, en cierta manera, las directrices del art.9 UCC que regula el régimen de las *secured transactions*, y que distingue entre *attachment* [§9-203] y *perfection* [§9-308 y ss.]. Pero a diferencia de la LMGM y la Guía, la constitución de una garantía (*attachment*) conforme al régimen general del art. 9 UCC, salvo disposición contraria contenida en el, es eficaz entre las partes pero también frente a determinados terceros (§ 9-201 (a)) [Sobre esta declaración de principio y sus limitaciones vid. (HAWKLAND, W. D., LORD, R. A., LEWIS, C. C., & ROGERS, J. S., *Uniforme Commercial*

constituida será válida y exigible entre las partes, independientemente de que sea oponible o no frente a terceros⁴¹⁶.

La oponibilidad se logra a través de los métodos contemplados en la LMGM, los cuales cumplen también la función, como regla general, de establecer un sistema de prelación respecto a acreedores garantizados concurrentes sobre el mismo bien objeto de garantía. La LMGM distingue varios métodos para lograr la oponibilidad a terceros, unos principales y otros particulares dependiendo de la naturaleza del bien; aunque también reconoce, como exponremos a continuación, la posible oponibilidad automática de una garantía real sobre determinados bienes.

Se permite el cambio de método de oponibilidad, pero para mantenerla desde el primer momento en que se logró tal efecto es necesario que en ningún momento deje de ser oponible a terceros⁴¹⁷, ya que si hubiera un periodo de tiempo donde la garantía dejase de ser eficaz frente a terceros, se tendrá en cuenta el momento en que se restableció la oponibilidad y no desde su origen (arts. 21 y 22 LMGM)⁴¹⁸.

3.1 *Métodos principales*

El método principal o general para lograr la oponibilidad es la «inscripción» de una notificación de la garantía en el Registro (art. 18.1 LMGM)⁴¹⁹, la cual se podrá llevar a cabo incluso antes de que se constituya o de que se celebre el acuerdo de garantía al que se refiera la notificación (art. 4 DMR), lo único es que no surtirá los efectos propios de la inscripción hasta que se constituya efectivamente la garantía.

Series, Vol. 8, Danvers: West Group, 2012, pp. 9-893 y ss. De igual modo §9-203 donde se establecen los requisitos en virtud del cual el security interest es *enforceable* contra el deudor y terceras partes con respecto al *collateral*]. Cumpliendo la *perfection* la función de determinar la prioridad entre garantías, o en otras palabras, los requisitos necesarios para tener los mejores derechos posibles contra otros terceros (otros acreedores, subadquirientes del deudor y, en particular, contra cualquier representante de los acreedores en procedimientos de insolvencia abiertos por o contra el deudor) [*Official Comment §9-308 (2)*]. WHITE, J. J., & SUMMERS, R. S., *Uniform Commercial Code. Practitioner Treatise Series* (6 ed., Vol. 4). St. Paul: West, 2010, p. 111. VENEZIANO, Anna, «Attachment/Creation of a Security Interest», en *The Future of Secured Credit in Europe*, vol. Special Volume 2, De Gruyter Recht, Berlin, 2008., p. 118. Conforme a este régimen (UCC), una unperfected security interest tiene un gran valor, ya que puede tener prioridad frente a otros acreedores, SIGMAN, Harry C., «Perfection and Priority of Security Rights», en EIDENMÜLLER, H., KIENINGER, E. M. (eds.) *The future of Secured Credit in Europe*, vol. SIGMAN, Harry C., De Gruyter Recht, Munich, 2008, p. 145]

⁴¹⁶ Recomendación 30.

⁴¹⁷ Recomendación 46.

⁴¹⁸ Recomendación 47.

⁴¹⁹ Recomendación 32.

El segundo de los métodos principales que recoge la LMGM se aplica a los bienes corporales mediante el tradicional desplazamiento posesorio del bien gravado al acreedor garantizado (art. 18.2 LMGM)⁴²⁰. Debemos resaltar que el concepto de *posesión* está definido en la propia Ley, entendiéndose por tal *la posesión efectiva de un bien corporal ejercida por una persona o su representante, o por una persona independiente que reconozca que ejerce la posesión en nombre de la primera* [art. 2.ee) LMGM].

Expuesto los dos métodos principales la LMGM contempla, al igual que ocurría con la constitución de la garantía mobiliaria que se hacía extensible al producto, los bienes mezclados en una masa o transformados en un producto, al establecer reglas en relación a la posible oponibilidad automática sobre estos bienes. De esta forma, si la garantía mobiliaria sobre un bien gravado es extensible al producto identificable de ese bien (art. 10 LMGM), el producto de ese bien, siempre que sea dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, será oponible a terceros de forma automática sin necesidad de acto ulterior alguno (art. 19.1 LMGM). Si el producto es, por el contrario, otro tipo de bien, entonces será oponible siempre y cuando se adopte alguno de los métodos de oponibilidad establecidos en la LMGM dependiendo del tipo de bien en que consista el producto. Ahora bien, para no desproteger al acreedor garantizado en este último supuesto, la LMGM deja a los Estados promulgantes⁴²¹ el establecimiento de un plazo, desde que nazca el producto, durante el cual el producto será oponible a terceros. Antes de que transcurra el plazo será necesario, para que siga siendo oponible, que adopte alguno de los métodos de oponibilidad (art. 19.2 LMGM).

En cambio, si una garantía mobiliaria sobre un bien corporal oponible a un tercero se mezcla en una masa o se transforma en un producto elaborado, siempre y cuando la garantía se extienda a ellos, será oponible sin necesidad de acto ulterior alguno (art. 20 LMGM).

Por último, esta sección de normas generales de la LMGM dedica un artículo a la oponibilidad de garantías mobiliarias de adquisición sobre bienes de consumo⁴²². A este respecto la Ley establece que la oponibilidad sobre estos bienes y siempre que el precio de adquisición sea inferior a una suma que indique el Estado promulgante, la oponibilidad frente a terceros será automática

⁴²⁰ Recomendación 34.a.i)

⁴²¹ Recomendación 179. La Guía de Adaptación aclara (párrafo 120), que los plazos que se indican en ésta son sugerencias y no recomendaciones para que el Estado promulgante tenga en cuenta a la hora de analizar qué sería adecuados en su caso. Lo mismo respecto a la medición del tiempo, si los días se computan o no como días laborables.

⁴²² El artículo 2.1) define «bienes de consumo» como *los bienes que el otorgante utilice o se proponga utilizar principalmente con fines personales, familiares o domésticos*.

desde el momento de constitución de la garantía mobiliaria, sin necesidad de acto ulterior alguno (art. 24 LMGM). De esta forma, y como indica la Guía de Adaptación, se consigue un equilibrio entre el interés del consumidor de constituir una garantía sobre sus bienes para obtener crédito y el del acreedor garantizado de no estar obligado a inscribir una notificación de su garantía cuando el precio de la operación es de poca cuantía ⁴²³.

3.2 *Métodos particulares*

Los métodos particulares van a depender del tipo de bien, y su incorporación en la LMGM tiene como finalidad acomodarse a específicas prácticas financieras ⁴²⁴. Los bienes se refieren a los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria (art. 25 LMGM), documentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos (art. 26 LMGM), y valores no intermediados inmaterializados (art. 27 LMGM).

Respecto al primero, derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, se añaden, respecto al método general de oponibilidad frente a terceros (art. 18 LMGM), otros tres métodos específicos para estos bienes ⁴²⁵. El primero, si el acreedor garantizado es la institución depositaria, la mera constitución de la garantía a favor de ella conlleva automáticamente su oponibilidad a terceros. El segundo, la oponibilidad se consigue a través de un acuerdo de control ⁴²⁶ entre el otorgante, acreedor garantizado y la institución depositaria, en virtud del cual, esta última acepta seguir las instrucciones del acreedor garantizado en relación con el pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin que se requiera el ulterior consentimiento del otorgante. El último, si el acreedor garantizado se convierte en titular de la cuenta.

El segundo de los supuestos está en relación con el artículo 16 LMGM sobre la extensión de la garantía mobiliaria de un documento negociable sobre los bie-

⁴²³ Guía de Adaptación, párrafo 126. Ese equilibrio dependerá del precio que se establezca como referencia. A este respecto, la Guía pone como ejemplo que «el precio podría ser varias veces el costo de la inscripción o equivaler al costo de los enseres domésticos duraderos más comunes, o podría fijarse en un nivel que no justificara incurrir en los gastos que conlleva la ejecución de una garantía mobiliaria».

⁴²⁴ BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 491.

⁴²⁵ Recomendación 49.

⁴²⁶ El artículo 2.d.ii) define «acuerdo de control» respecto a los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, *todo acuerdo celebrado por escrito entre la institución depositaria, el otorgante y el acreedor garantizado conforme al cual la institución depositaria acepte seguir las instrucciones del acreedor garantizado en relación con el pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin que se requiera el ulterior consentimiento del otorgante.*

nes corporales comprendidos en el documento⁴²⁷. Si la garantía mobiliaria que grava el documento negociable es oponible a terceros, entonces los bienes comprendidos en el documento también lo son. A este respecto, además del método general de inscripción registral, se establece en la LMGM como método alternativo, la posesión del documento negociable. Pero la elección de ese método de oponibilidad tiene dos consecuencias. La primera, que la extensión automática de la oponibilidad a los bienes comprendidos en el documento será efectiva siempre y cuando los bienes estén incorporados al título, en caso contrario no podrá ser oponible a terceros. A este respecto, si el documento negociable o los bienes incorporados al mismo se devuelven al otorgante o a otra persona con el fin de su comercialización⁴²⁸, la propia Ley deja libertad a los Estados promulgantes para que establezcan un breve periodo de tiempo durante el cual la garantía siga siendo eficaz frente a terceros. La segunda, que el traslado de la posesión del título al acreedor garantizado no sea un método para lograr la oponibilidad a terceros, sino un elemento esencial para que la garantía quede constituida por acuerdo verbal⁴²⁹.

Por último, una novedad que no contempla la Guía. Como hemos mencionado reiteradas veces, la LMGM incluye dentro de su ámbito de aplicación los valores no intermediados, a diferencia de la Guía que excluye de su ámbito de aplicación todos los tipos de valores. De tal modo, la novedad se encuentra en el artículo 27 LMGM, que contempla dos métodos de oponibilidad para los valores no intermediados inmaterializados, distintos y complementarios a los generales: la anotación en los libros del emisor y, al igual que los derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la celebración de acuerdo de control entre el otorgante, el acreedor garantizado y el emisor.

4. El sistema registral⁴³⁰

El Registro es uno de los pilares clave de cualquier sistema de garantías mobiliarias. En el caso concreto de la LMGM, esta afirmación también es de

⁴²⁷ Recomendaciones 51, 52 y 53.

⁴²⁸ Como bien advierte al Guía de Adaptación (párrafo 130), la versión de la LMGM realiza algunos cambios respecto a la recomendación 53. En este sentido, se añade en el art. 26.3 de la LMGM las palabras «o el bien comprendido en él»; y la alusión a las operaciones físicas de «carga o descarga» se omitió por considerar que las palabras «comercialicen el bien» eran lo suficientemente amplias para abarcar no solamente los negocios jurídicos como la compraventa y la permuta, sino también las operaciones físicas como la carga y descarga.

⁴²⁹ Guía, p. 153, párrafo 158.

⁴³⁰ Como hemos hecho mención en la introducción, en este trabajo sólo nos vamos a dedicar a exponer, de forma neutra, el contenido de la LMGM. Nos reservamos para otro trabajo una visión crítica de la misma, y, en particular, respecto al sistema registral

aplicación. Efectivamente, y como punto de partida, porque uno de los objetivos de la Guía es *incrementar la certeza y la transparencia previniendo la inscripción de una notificación en un registro general de las garantías reales*⁴³¹, siendo uno de sus principios el *establecimiento de un registro general de las garantías reales*⁴³². Igualmente, porque a través de él se permite, en mayor o menor medida, el cumplimiento de otros objetivos y principios (v. gr. distinguir la validez entre las partes y la oponibilidad a terceros, establecer un orden de prelación claro y previsible, dar facilidades en vez de imponer formalidades,...). De ahí que el primer artículo de la LMGM que trata del sistema registral (art. 28), basado en la recomendación 1 f)⁴³³, se titule *creación del Registro*, cuya finalidad es *dar cumplimiento a las disposiciones de la LMGM que se refieren a la inscripción registral de notificaciones relativas a garantías mobiliarias*.

A continuación del citado artículo se establecen un conjunto de disposiciones bajo el título *Disposiciones Modelo sobre el Registro* (en adelante, DMR), conformado por 33 artículos basados en las recomendaciones de las distintas Guías. Su separación como un cuerpo aparte obedece a la opción legislativa de permitir que los Estados promulgantes decidan cómo quieren incorporarlas, bien dentro de la propia ley de garantías mobiliarias, en otra disposición normativa separada, o en una combinación de ellas (parte en la Ley de garantías mobiliarias, parte en otro instrumento jurídico).

Expuesta su importancia en aras de conseguir los objetivos y cumplir con los principios recogidos en la Guía, para poder entender el sistema registral por el que opta la LMGM, debemos partir del principio expuesto en el epígrafe anterior, *la distinción entre la validez (y eficacia) entre las partes y la validez (eficacia) frente a terceros*⁴³⁴. Conforme a ello, no es necesario ningún acto añadido a los propios de la constitución para que la garantía sea válida y eficaz entre las partes, de ahí que el sistema registral cumpla, principalmente, la función de oponibilidad frente a terceros y ayude a establecer, como expondremos en el siguiente epígrafe, el orden de prioridad entre distintos acreedores. Por otro lado, también debemos tomar en consideración que otro de los objetivos que subyace o que se puede extraer del contenido de la Guía es el de abaratar los costes y reducir el tiempo en la tramitación, así como el respeto y solución de los problemas de confidencialidad.

⁴³¹ Guía, p. 22, párrafo 54.

⁴³² Guía, p. 26, párrafo 66.

⁴³³ La Recomendación 1 f) se expresa en los siguientes términos: *Fomentar una mayor transparencia y seguridad jurídica en materia de bienes gravados para fines de garantía, mediante la inscripción de una notificación de una garantía real en un registro general de las garantías reales*.

⁴³⁴ Guía página 25, párrafo 65.

Por tales motivos la LMGM opta por un sistema registral de avisos (*notice-filing* conforme a la doctrina norteamericana⁴³⁵), por lo que no se inscribe el acuerdo de garantía sino una «notificación»⁴³⁶ que contengan determinados parámetros de información que hacen posible la oponibilidad de la garantía. Por tanto, la «inscripción»⁴³⁷ registral no es documental, esto es, del acuerdo en sí, del contrato de garantía. No estamos, en realidad, ante un registro de documentos, donde el registrador califica el acuerdo conforme al derecho sustantivo y procede, en su caso, a su inscripción. Todo lo contrario, lo que se inscribe es una notificación que incluye determinados campos predeterminados que describen parte del contenido del acuerdo, pero no se inscribe el contrato de garantía ni se comunica el contenido total del mismo. Por tanto, el registro que vertebra la LMGM es un registro de avisos, donde la inscripción de la notificación otorga un derecho de prelación de una garantía mobiliaria constituida frente a otras garantías constituidas o que se constituyan sobre el mismo bien.

La justificación que se puede extraer de la Guía para optar por este sistema es porque se presume más eficiente: simplifica el proceso de registro, minimiza las cargas burocráticas, posibles retrasos y costes, reduce el riesgo de errores y de responsabilidad, asegura la confidencialidad y es suficiente para lograr el objeto del registro que es su efectividad frente a terceros⁴³⁸. Esta eficiencia es mayor si se opta por un Registro electrónico, tipología que recomienda las respectivas Guías⁴³⁹.

Respecto a la parte sustantiva, y como características principales, la DMR establece tres tipos de notificaciones, la inicial, la de modificación y la de cancelación⁴⁴⁰, dependiendo, como se extrae de su denominación, del momento y

⁴³⁵ A este respecto es claro el *Official Comment §9-502* del UCC, *this section adopts the system of «notice filing». What is required to be filed is not, as under pre-UCC chattel mortgage and conditional sales acts, the security agreement itself, but only a simple record providing a limited amount of information (financing statement)*. Sobre este tipo de registro llevando a cabo una comparación entre el modelo estadounidense, canadiense y el adoptado por la LMOEA vide DUBOVEC, Marek, «UCC Article 9 Registration System for Latin America», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, 2011, pp. 117 y ss.

⁴³⁶ Conforme a la Guía del Registro (p. 6), por notificación se entenderá *una comunicación escrita enviada al registro (en soporte papel o electrónico) que contenga información relativa a una garantía real; podrá tratarse de una notificación inicial, una modificación de enmienda o una notificación de cancelación*.

⁴³⁷ Conforme al art. 1.e) DMR se entiende por inscripción, *la incorporación al fichero registral de la información contenida en una notificación*.

⁴³⁸ BAZINAS, Spiros, «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», cit., p. 147. De igual modo, conforme a los objetivos y principios fundamentales de un registro eficaz contenidos en la Guía de Registro (p. 8)

⁴³⁹ Guía del Registro, pp. 36-38, párrafos 82 a 89. Guía, pp. 161 y 162, párrafos 10 al 14. El modelo de registro internacional diseñado por el Convenio de Ciudad del Cabo es enteramente electrónico. Sobre este Registro vide RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, pp. 143 y ss.

⁴⁴⁰ Definidas en el art. 1 apartados f), g) y h) DMR

la finalidad por la que se inscribe. Cada una de ellas cuenta con normas específicas respecto de su contenido y legitimación para inscribirlas.

En relación con el contenido de una notificación inicial, por ser esta la que luego se modifica o cancela, la DMR, siendo coherente con el sistema registral de avisos por el que opta, exige un contenido determinado de información (art. 8 DMR⁴⁴¹). De este modo la notificación contendría el dato identificador y la dirección del otorgante (arts. 8.a) y 9 DMR); el dato identificador y la dirección del acreedor garantizado o de su representante (arts. 8.b) y 10 DMR); una descripción de los bienes gravados (arts. 8c); y 11 DMR), el plazo de vigencia de la inscripción si así lo exige la Ley (arts. 8 d) y 14 DMR); y si el Estado promulgante opta por la opción de incorporar en el acuerdo de garantía el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía mobiliaria (art. 6.3.d) LMGM) también se incluirá este dato (art. 8 e) DMR).

La intención de este modelo «minimalista»⁴⁴² es que la información contenida en la notificación actúe como aviso a terceros, potenciales financiadores, sobre los activos del deudor que pueden estar sujetos a otras garantías. Este tercero, si lo requiere, podrá solicitar más información al deudor. De este modo se salvaguarda la confidencialidad de las transacciones sin mermar las funciones de prioridad e información-aviso⁴⁴³.

La inscripción de la notificación surtirá efecto desde el momento en la información contenida en el mismo se incorpore al fichero registral pudiendo acceder a ella las personas que consulten el fichero registral (art. 13 DMR)⁴⁴⁴. El periodo de incorporación al registro de la información y su posterior consulta será menor o mayor, dependiendo de si se opta por un registro electrónico o no, respectivamente. Para las notificaciones de cancelación, la DMR ofrece dos opciones que también dependen de si en el modelo de Registro elegido, para la consulta pública, se eliminan (y archivan) las notificaciones inscritas o se conservan. Para el primer supuesto, la notificación de cancelación surtirá efecto a partir de la fecha y hora en el que las personas no puedan acceder a la información. Si se opta por la segunda opción, el momento de inscripción se concretará en el momento que se incorpore la notificación al fichero registral de modo tal que puedan acceder a ella las personas que lo consulten.

⁴⁴¹ Recomendaciones 57 y 69 de la Guía. Recomendaciones 24 y 25 de la Guía sobre un registro.

⁴⁴² CUMING, R. C. C., «The Registry System of the (draft) Convention on International Interest in Mobile Equipment and the (draft) Aircraft Equipment Protocol», *Revue du Notariat*, vol. 103, marzo 2001, pp. 45, nota 43.

⁴⁴³ BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 493.

⁴⁴⁴ Recomendación 70 de la Guía. Recomendación 11 de la Guía sobre un registro.

Otra de las cuestiones que tratan las DMR es la búsqueda de información en el Registro. Para ello, las DMR establecen dos criterios de búsqueda (art. 22 DMR). El primero y principal es el dato identificador del otorgante. El segundo, y alternativo, es el número de inscripción de la notificación inicial⁴⁴⁵. No se contempla en la LMGM, aunque fue discutido en el seno del grupo de trabajo, la posibilidad de incluir como criterio de búsqueda el número de serie del bien gravado (v. gr., y por ser el caso más frecuente, los vehículos a motor que en los registros de determinados países es el porcentaje mayor de inscripciones). Esto no implica, que el Estado promulgante no pueda naturalmente incluirlo como criterio de búsqueda en su respectiva normativa⁴⁴⁶.

Otra de las peculiaridades de las DMR, de conformidad con las recomendaciones de la Guía y la Guía del Registro⁴⁴⁷, es la inclusión de disposiciones relativas a las tasas o costes registrales. Se parte del principio de que, para facilitar las inscripciones y consultas al registro, los costes por tales servicios no deben ser excesivos. Para ello, la Guía recomienda *que los derechos que se cobren por utilizar el registro no sean superiores a lo requerido para que el sistema pueda autofinanciarse*⁴⁴⁸. De este modo, las DMR (art. 33) establece dos opciones. La primera (A), cobrar tasas por los servicios, dejando a cada Estado promulgante que las determine (si cobra por todos los servicios o solo por alguno; por el tipo de notificación; si la tasa es menor por usar medios electrónicos en vez de papel, etc.), pero siempre teniendo como referencia la finalidad de cobertura de gastos. La segunda (B), que no se cobre ningún tipo de tasa y que sea el Estado promulgante quien acarree con el gasto, con la intención de fomentar la financiación garantizada y la utilización del Registro.

Por último, quisiéramos dejar constancia de ciertas normas que se recogen en las DMR y que, si bien han sido discutidas en las respectivas guías, no han sido objeto de recomendación específica⁴⁴⁹. La primera regla se refiere a la eficacia de la inscripción de notificaciones de modificación o de cancelación no autorizadas por el acreedor garantizado (art. 21 DMR). La segunda a los efectos de la transmisión de un bien gravado con posterioridad a la inscripción

⁴⁴⁵ Recomendación 54 h) de la Guía y Recomendación 34 de la Guía del Registro. Sobre este aspecto, en el mismo documento, pp. 125 y 126, párrafos 264 al 267.

⁴⁴⁶ Sobre esta cuestión vid la Guía, pp. 168 y 169, párrafos 34 al 36. Igualmente, la Guía del Registro (p. 125, párrafo 266) advierte que, si adopta este criterio, el Estado promulgante *debería ofrecer orientación en el reglamento sobre lo que constituye el número de serie correcto de las categorías indicadas de bienes identificados por número de serie y diseñar su registro de manera que las notificaciones inscritas puedan consultarse y recuperarse haciendo referencia a ese número*.

⁴⁴⁷ Recomendaciones 54 i) de la Guía y 36 de la Guía de Registro.

⁴⁴⁸ Guía, p. 169, párrafo 37.

⁴⁴⁹ BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 494.

(art. 26 DMR). Por último, las reglas relativas a la corrección de errores cometidos por el Registro (art. 31 DMR) y la limitación de responsabilidad de éste (art. 32 DMR).

5. Prelación de las garantías mobiliarias

Otro de los objetivos claves de la Guía es *establecer un orden de prelación claro y previsible*⁴⁵⁰. La finalidad de estas pautas de diseño de las reglas de prioridad es evidente para asegurar un sistema eficaz y eficiente de garantías. Al futuro acreedor no sólo le interesa conocer si el bien está gravado, sino también, y entre otras cosas, saber el orden de prelación de su derecho sobre el bien frente a otros acreedores con derechos o intereses concurrentes. En este sentido, la propia LMGM define el concepto de prelación, entendiéndose por tal, *la preferencia de que goza el derecho de una persona sobre un bien gravado frente al derecho de un reclamante concurrente*⁴⁵¹.

Para lograr tal objetivo, la LMGM establece un conjunto de normas que intentan resolver cualquier disputa entre posibles acreedores concurrentes, bien sean respecto a las garantías mobiliarias constituidas por el mismo o distintos otorgantes, entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados, y entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales. Para determinar el orden de prelación en esos distintos supuestos la LMGM establece unas reglas de carácter general (incluyendo concretas excepciones) y otras, de carácter especial, aplicables a determinados bienes.

Este orden de prelación es extensible, con carácter general, en primer lugar, a todas las obligaciones garantizadas, tanto presentes como futuras, lo que resulta lógico al permitir la LMGM la constitución de una garantía mobiliaria en relación con cualquier obligación. En segundo lugar, y en los supuestos de oponibilidad utilizando el método de inscripción de una notificación en el Registro, el orden de prelación abarcará todos los bienes gravados descritos en la notificación, independientemente si los bienes los ha adquirido el otorgante antes o después de la inscripción de la notificación (art. 44 LMGM)⁴⁵².

⁴⁵⁰ Recomendación 1.g) de la Guía. Esta establece que «es preciso que un régimen moderno de las operaciones garantizadas enuncie reglas claras que permitan a los acreedores, al iniciar una operación, determinar de forma fiable, puntual y económica la prelación de sus garantías reales» (Guía página 22 párrafo 55).

⁴⁵¹ Art. 2. ff) LMGM.

⁴⁵² Recomendaciones 97 a 99 de la Guía.

De igual modo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que inspira la LMGM (art. 3), las reglas que determinan el orden de prelación se pueden modificar convencionalmente a través de los acuerdos de subordinación (art. 43 LMGM), pero estos acuerdos, por sus efectos únicamente obligacionales, solo vinculan a las partes del mismo, por lo que no quedarán también subordinados otros acreedores ajenos al acuerdo⁴⁵³.

Por último, y antes de exponer las normas generales y específicas, debemos simplemente comentar, ya que será objeto de explicación en los siguientes subapartados, que si bien la LMGM en materia de prelación sigue a la Guía respecto a las recomendaciones establecidas en ella, podemos encontrar en la LMGM nuevas disposiciones que no contempla la Guía. Estas nuevas disposiciones se refieren a conflictos entre garantías mobiliarias sobre un mismo bien otorgadas por diferentes personas y, conflictos entre garantías mobiliarias sobre valores no intermediarios.

5.1 Normas generales

En términos general, se podría afirmar que la regla básica que establece el orden de prelación en la LMGM se basa en el tradicional principio de *prior in tempore, potior in iure*. Pero esta regla debemos concretarla o matizarla dependiendo del supuesto concreto de concurrencia en el que nos encontremos. Para ello, podríamos dividir los supuestos de concurrencia contemplados en la sección de normas generales de la LMGM en tres grupos: acreedores concurrentes respecto a las garantías mobiliarias constituidas por el mismo o distintos otorgantes; entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados; y, por último, entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales.

Respecto al primer grupo, acreedores concurrentes respecto a las garantías mobiliarias constituidas por el mismo o distintos otorgantes, se hace patente, con carácter general el principio anteriormente citado. Por tanto, la garantía que primero se haya hecho oponible a terceros será la que goce de prelación. Si el método utilizado para lograr la oponibilidad ha cambiado a lo largo de la vigencia de la garantía mobiliaria (v. gr. de la posesión a la inscrip-

⁴⁵³ Recomendación 94 de la Guía. A este respecto, la Guía de Adaptación (pp. 15 y 16, párrafos 50 y 51) aclara que los acuerdos de subordinación pueden ser bilaterales (suscritos entre un acreedor garantizado y un otorgante, entre dos o más acreedores garantizados o entre un acreedor garantizado y otro reclamante recurrente) o pueden ser un acuerdo unilateral. De igual modo es tajante respecto a los efectos de acuerdo de subordinación, esta *obliga únicamente a las partes que hayan consentido en ella y no subordina los créditos de ninguna parte*.

ción), eso no significa que el momento que se tome como referencia a efectos de prelación cambie, a no ser, que en algún momento la garantía haya dejado de ser oponible a terceros, es decir, se haya interrumpido su eficacia frente a terceros. En ese supuesto la referencia para conocer el grado de prelación se habrá modificado al momento en que se haya obtenido de nuevo la oponibilidad ulterior frente a terceros (art. 31 LMGM)⁴⁵⁴.

Así, en los supuestos de concurrencia de garantías mobiliarias constituidas por el mismo (art. 28 LMGM) o por distintos otorgantes (art. 29 LMGM) las reglas generales aplicables son las siguientes: a) si la oponibilidad se ha hecho mediante inscripción de una notificación en el Registro de notificaciones, el orden de prelación entre garantías mobiliarias se determinará por el orden de inscripción, sin tener en cuenta el momento en que se hayan constituido⁴⁵⁵; b) si el método es distinto de la inscripción de una notificación, el orden de prelación se determinará en función del orden en que hayan adquirido eficacia frente a terceros; c) si el método es inscripción de la notificación en el registro y otro método distinto, el orden de prelación se determinará en función de quién haya obtenido la oponibilidad en primer lugar.

A partir de estas reglas generales, la LMGM establece una serie de excepciones en relación con la concurrencia de garantías mobiliarias respecto a bienes corporales mezclados en una masa o transformados en un producto elaborado (art. 33 LMGM), entre garantías mobiliarias de adquisición y aquellas sin fines de adquisición (art. 38 LMGM), entre garantías mobiliarias de adquisición⁴⁵⁶ (art. 39) y, sobre los productos en relación con los dos últimos supuestos (arts. 41 al 43 LMGM).

Respecto al segundo de los grupos, concurrencia entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados (art. 36 LMGM)⁴⁵⁷, la LMGM contempla el supuesto de la prioridad que se concede, por alguna disposición legal, a algunos créditos sobre las garantías mobiliarias. De este modo, el principio general no se aplica, ya que el orden prelación será el de estos créditos (privilegiados) sobre cualquier garantía mobiliaria oponible a terceros. Dado su carácter excepcional se entiende que la Guía recomiende que cada Estado Promulgante

⁴⁵⁴ Recomendaciones 95 y 96 de la Guía.

⁴⁵⁵ Recordemos que se puede inscribir una notificación de una garantía mobiliaria antes de que se constituya o incluso antes de que se celebre un acuerdo de garantía (art. 4 DMR).

⁴⁵⁶ La LMGM define *garantía mobiliaria de adquisición* (art. 2.x), «toda garantía mobiliaria sobre un bien corporal, o sobre derechos de propiedad intelectual o derechos conferidos a un licenciataria en virtud de una licencia de propiedad intelectual, que asegure el cumplimiento de una obligación de pagar cualquier parte no abonada del precio de un bien u otro crédito otorgado al otorgante para permitirle adquirir derechos sobre el bien, en la medida en que el crédito se utilice con ese fin».

⁴⁵⁷ Recomendaciones 83, 85 y 86 de la Guía.

establezca, de forma clara y concreta, qué créditos y por qué importes se otorga prelación.

El último de los grupos contemplaría el orden de prelación en el supuesto de concurrencia entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales. Un acreedor ordinario no goza, en principio, de prelación frente un acreedor con garantía mobiliaria. La cuestión cambia cuando ese acreedor ordinario es reconocido su derecho a través de una sentencia u otro método establecido en la correspondiente ley, pasando de ser un acreedor ordinario a lo que la LMGM denomina acreedor judicial. Ese cambio de «status» podría perjudicar a los acreedores garantizados, ya que su derecho podría quedar subordinado al derecho del acreedor judicial. Para solucionar posibles conflictos, la LMGM (art. 37) al determinar el orden de prelación procede a conceder la prioridad a aquel acreedor que haya obtenido antes o bien su reconocimiento del derecho (acreedor judicial), o bien, su oponibilidad frente a terceros (acreedor garantizado). De esta forma, si el acreedor es «judicial» por haber obtenido, en palabras de la LMGM, *una sentencia o una resolución interlocutoria* y ha adoptado las medidas que el Estado promulgante considere oportunas para que aquel adquiera los derechos sobre el bien gravado, antes de que el acreedor garantizado haga oponible frente a terceros la garantía mobiliaria, el acreedor judicial tendrá prioridad sobre éste. Por el contrario, si la garantía mobiliaria se hace oponible con anterioridad o en el mismo momento⁴⁵⁸ a que el acreedor judicial adquiera su derecho sobre el bien gravado, la prioridad corresponderá a la garantía mobiliaria. Lo único es que, para este último supuesto, la LMGM (art. 37.2) limita la prelación a un determinado importe, para evitar posibles conductas perjudiciales del acreedor garantizado⁴⁵⁹.

Esta regla general del artículo 37 LMGM cede ante la existencia de una garantía mobiliaria de adquisición, por lo que en caso de concurrencia entre ésta (siempre y cuando sea oponible a terceros) y los derechos de acreedores judiciales, tendrá prelación aquella (art. 40 LMGM)⁴⁶⁰.

Por último, queremos hacer simplemente referencia que LMGM establece la premisa que la mera apertura de un procedimiento de insolvencia contra el otorgante del bien gravado no implica *per se* que se pierda el grado de pre-

⁴⁵⁸ Conforme a la Guía de Adaptación (p. 10, párrafo 29), *se contemplan también las situaciones, poco frecuentes, en que el acreedor judicial adquiere sus derechos sobre el bien gravado «en el mismo momento» en que la garantía mobiliaria se hace oponible a terceros, lo cual puede ocurrir cuando los bienes gravados son bienes futuros.*

⁴⁵⁹ A este respecto, aclara de Guía de Adaptación (p. 10, párrafo 29), que así se impide que el acreedor garantizado aproveche su prelación para aumentar la obligación garantizada.

⁴⁶⁰ Recomendación 183.

lación que se tenía antes de la apertura del procedimiento, a no ser que la ley que regule la insolvencia establezca un efecto distinto (art. 35 LMGM).

5.2 Normas específicas para determinados tipos de bienes

Al igual que en otros Capítulos de la LMGM, en ésta se establecen normas específicas de prelación para determinados tipos de bienes.

De esta forma, para los títulos negociables se establece que, si la oponibilidad frente a terceros se ha llevado a cabo a través de la posesión del título, ésta tendrá prelación frente a otras garantías mobiliarias concurrentes sobre el mismo título negociable que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la inscripción de una notificación en el Registro, independientemente del orden en el que se hayan realizado (art. 46.1)⁴⁶¹. De esta forma, se evita interferir en la negociabilidad del título⁴⁶².

Para las garantías concurrentes sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria (art. 47 LMGM)⁴⁶³, se establecen diversas normas de prelación. Con carácter general, el uso de algún método de oponibilidad del art. 25 LMGM tendrá prelación sobre el general de inscripción de una notificación en el registro. Dentro de esos métodos especiales, se establece en el citado artículo 47 un orden de prelación «en cascada»⁴⁶⁴. De este modo, si se lleva a cabo la oponibilidad a través de la conversión del acreedor garantizado en titular de cuenta (art. 25.c) LMGM), éste tendrá prelación frente a cualquier garantía mobiliaria concurrente sobre el mismo bien que se haga oponible a terceros por cualquier otro método. En un segundo nivel de prelación encontraríamos el supuesto en que el método de oponibilidad sea que la institución depositaria pase a ser el acreedor garantizado (art. 25.a) LMGM). En el tercero, que el método de oponibilidad sea un acuerdo de control (art. 25.b) LMGM), y si existen varios acuerdos de control, el orden de prelación se establecerá conforme a la fecha en que se hayan celebrado (art. 47.4 LMGM). Por otro lado, y siempre por debajo del orden de prelación obtenido mediante la conversión del acreedor garantizado en titular de la cuenta, la LMGM establece la prioridad de

⁴⁶¹ Recomendación 101.

⁴⁶² BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 496.

⁴⁶³ Recomendaciones 103 a 105.

⁴⁶⁴ Conforme a la terminología utilizada por BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 497.

derecho de compensación de la institución depositaria en relación con la prioridad obtenida mediante los otros métodos de oponibilidad (art. 47.5 LMGM).

En relación con la concurrencia de garantías sobre documentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos, la LMGM opta por otorgar prelación como regla general, y a los efectos de nuevo de no mermar la negociabilidad del documento, a la garantía mobiliaria sobre los bienes corporales oponibles a terceros mediante la posesión del documento negociable frente a cualquier otra garantía concurrente que se haya hecho oponibles a través de cualquier otro método (art. 49.1. LMGM)⁴⁶⁵. Se establece una excepción a esta regla, y sólo cuando los bienes son existencias y se den determinados presupuestos (art. 49.2 LMGM).

Por último, el orden prelación respecto a las garantías mobiliarias concurrentes por el mismo otorgante sobre los mismos valores no intermediados (art. 51 LMGM). A este respecto, la LMGM distingue entre si son materializados o inmaterializados. En relación con los primeros, el método de oponibilidad por posesión del certificado por parte del acreedor garantizado tendrá prioridad sobre las garantías constituida sobre los mismos valores y por el mismo otorgante que se haga oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el Registro. En el supuesto de valores no intermediados inmaterializados, el orden de prelación es similar al de los derechos de cobro acreditados en una cuenta bancaria. De esta forma, si el método de oponibilidad es la anotación en los libros del emisor (art. 27.a) LMGM) ésta tendrá prioridad sobre otras garantías mobiliarias constituidas sobre los mismos valores que hayan utilizado otro método de oponibilidad. Si se ha utilizado como método de oponibilidad la celebración de un acuerdo de control (art. 27.b) LMGM), tendrá prelación frente a otras garantías mobiliarias que se hayan hecho oponibles mediante la inscripción de una notificación en el Registro. Si hubiera varios acuerdos de control, el orden prelación entre las garantías mobiliarias concurrentes se resolverá teniendo en cuenta el momento en que se hayan concertado los acuerdos.

6. Ejecución de una garantía mobiliaria

Uno de los elementos clave en cualquier sistema de garantías mobiliarias es la realización de valor del bien objeto de garantía, sin el cual las expectativas de acreedor garantizado quedarían frustradas. Efectivamente, si las garantías

⁴⁶⁵ Recomendaciones 108 y 109.

pueden mitigar los riesgos provocados por las disfunciones del mercado de la financiación ocasionados por la asimetría de información, es fundamental no solo que el acreedor obtenga la realización de valor del bien gravado, sino que, además, los procedimientos para obtenerlo sean sencillos, ágiles y eficaces, protegiendo a todas las partes interesadas (otorgante, acreedor garantizado, otros acreedores y terceros).

Por tanto, uno de los objetivos vertebrales de la Guía es *facilitar la ejecución de las garantías de los acreedores garantizados de forma previsible y eficaz*⁴⁶⁶, en relación con uno de sus principios jurídicos fundamentales, la *ejecución extrajudicial*⁴⁶⁷. De ahí que uno de los apartados que conforman la primera Recomendación sea *facilitar la realización del valor de toda garantía real de un acreedor garantizado de forma eficiente*.

Para cumplir tales propósitos, la LMGM divide, como otras veces, el capítulo VII en dos secciones. La primera y principal, formada por diez artículos, dedicada a normas generales relativas a la ejecución de una garantía mobiliaria. La segunda, formada por solo dos artículos, que establecen normas de ejecución específicas sobre determinados tipos de bienes.

Como punto de partida debemos aclarar que todo el sistema de ejecución está limitado, principalmente, por dos normas imperativas. Dependiendo de cuál sea el interés afectado, estas normas imperativas cumplen la función de proteger, bien de forma general a todos los sujetos, o bien específicamente, solo al otorgante de la garantía y al deudor de la obligación. La primera, que comentamos en el ámbito de aplicación (art. 3 LMGM), consiste en la obligatoriedad de que las partes ejerzan sus derechos y cumplan sus obligaciones de buena fe y de manera razonable desde el punto de vista comercial⁴⁶⁸. La segunda, otra de las pocas normas imperativas que establece la LMGM (art. 72.3)⁴⁶⁹, establece que, antes del incumplimiento, ni el otorgante ni el deudor podrán renunciar unilateralmente o modificar de común acuerdo los derechos que les confiere las disposiciones relativas a la ejecución.

Establecidos estos límites, la LMGM es flexible en relación con los procedimientos que puede seguir el acreedor garantizado para ejercer tanto los derechos que le confiere la propia LMGM y/u otras disposiciones legales, como los previstos en el propio acuerdo de garantía. En este sentido la LMGM

⁴⁶⁶ Guía, página 22, párrafo 56.

⁴⁶⁷ Guía, página 27, párrafo 71.

⁴⁶⁸ Recordemos que en la Guía este principio estaba recogido en la Recomendación 131, y que en la LMGM se incorpora al capítulo I relativo al ámbito de aplicación y disposiciones generales (art. 4 LMGM).

⁴⁶⁹ Recomendación 132 y 133.

contempla no solo la posibilidad de acudir a los órganos judiciales y extrajudiciales, entendidos estos, en palabras de la LMGM, como *otra autoridad que indique el Estado promulgante* (Tribunal arbitral, notario, etc.), sino también aquellos otros métodos que las partes hayan establecido (art. 73 LMGM). Para este último supuesto, la propia LMGM establece, dependiendo del derecho que se quiera ejercitar, las condiciones que se deben cumplir como salvaguarda de derechos e intereses de otros sujetos⁴⁷⁰.

Por otro lado, la LMGM permite el pacto comisorio, pero estableciendo ciertas cautelas para proteger distintos intereses en juego (art. 80 LMGM)⁴⁷¹. De esta forma, el acreedor garantizado por decisión propia o a petición del otorgante, una vez producido el incumplimiento y para dar por cumplido total o parcialmente la obligación garantizada, puede presentar una propuesta por escrito ofreciendo esta solución. La LMGM determina a quién se debe enviar la propuesta escrita, además del otorgante, qué debe contener, y los resultados de la misma, es decir, si es necesario la aceptación o no por todos los destinatarios de la propuesta.

Otro elemento que interesa destacar es la posibilidad de que, una vez iniciado el proceso de ejecución por un acreedor garantizado, cualquier otro acreedor garantizado con una prelación mayor que el que inició la ejecución, tendrá derecho a asumirla en cualquier momento, siempre y cuando, no se den determinadas circunstancias establecidas en la propia LMGM (art. 76)⁴⁷².

7. Conflicto de Leyes

El penúltimo capítulo de la LMGM (VIII) está dedicado al conflicto de leyes. Está dividido, como en los anteriores capítulos, en dos secciones, normas generales y normas particulares para determinados bienes. Consta de 17 artículos (del 84 al 100), teniendo todos ellos, a excepción del artículo 84, naturaleza imperativa (art. 3.1 LMGM). Esta exclusión de un artículo del régimen imperativo se debe a que la LMGM distingue entre los aspectos contractuales del acuerdo de garantía y los aspectos reales. Respecto a los primeros, la LMGM deja libertad a las partes para que elijan la ley aplicable a sus derechos y obligaciones contractuales. Por el contrario, la LMGM li-

⁴⁷⁰ Así el artículo 77.2 LMGM en relación con el derecho del acreedor garantizado a obtener la posesión del bien gravado. El artículo 78 apartados 3 al 8 en relación con el derecho del acreedor garantizado a enajenar el bien gravado. Artículo 79.2 en relación con la distribución del producto de la enajenación de un bien gravado

⁴⁷¹ Recomendaciones 156 a 159.

⁴⁷² Recomendación 145.

mita esa libertad en relación con la ley aplicable respecto a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de una garantía mobiliaria, así como respecto a los efectos de una garantía mobiliaria frente a un tercero obligado⁴⁷³. De esta forma se permite alcanzar uno de los objetivos clave, *armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, inclusive las reglas sobre conflicto de leyes*⁴⁷⁴, dando certeza jurídica y previsibilidad en el conocimiento del Derecho aplicable.

Con carácter general, dos son los factores de conexión principales que permiten conocer cuál es la Ley aplicable: la ubicación del bien y la situación del otorgante. La aplicación de uno u otro factor dependerá del tipo de bien objeto de garantía mobiliaria. De esta forma, como regla general y conforme a las recomendaciones de la Guía, para los bienes corporales⁴⁷⁵ la ley aplicable a la constitución de la garantía mobiliaria, oponibilidad a terceros y su grado de prelación será la ley del Estado en que esté situado el bien (art. 85.1 LMGM)⁴⁷⁶. Para los bienes inmateriales, la ley del Estado en que esté situado el otorgante (art. 86 LMGM)⁴⁷⁷.

Partiendo de estas reglas generales, la regulación de las normas de conflicto se completa con un conjunto de excepciones que exponemos a continuación, que bien pueden afectar conjunta y simultáneamente a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución, o sólo a alguno de estos aspectos.

7.1 Bienes corporales

Como hemos mencionado anteriormente, la regla general sobre la ley aplicable respecto a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía mobiliaria sobre un bien corporal será la ley del Estado en que éste ubicado el bien (*Lex situs* o *lex rei sitae*). Sobre esta regla general la LMGM establecen cinco excepciones.

⁴⁷³ Guía de Adaptación, capítulo VIII, párrafo 3.

⁴⁷⁴ Guía, página 23.

⁴⁷⁵ Definidos en la LMGM en el artículo 2, apartados f) (bien corporal) y j) (bien incorporeal). El primero abarcaría, como regla general, cualquier bien tangible, incluyendo el dinero, los títulos negociables, los documentos negociables y los valores no intermediados materializados. La definición de bien incorporeal se lleva a cabo por exclusión, se entenderá todo bien mueble que no sea un bien corporal.

⁴⁷⁶ Recomendación 203.

⁴⁷⁷ Recomendación 208. Para conocer cuál es la ubicación del otorgante, el art. 90 LMGM establece una serie de reglas. En el Estado en que tenga su establecimiento. Si tiene establecimientos en más de un Estado, en el que se ejerza la administración central de sus negocios. Y si no tiene establecimiento, en el Estado en que tenga su domicilio habitual. Del mismo modo, el art. 91 LMGM establece cómo se determina el «momento» para determinar la ubicación del bien gravado o del otorgante.

La primera, en relación con los documentos negociables. Es posible que los bienes incorporados en el documento estén en un Estado y el acreedor garantizado que esté en posesión del documento se encuentre en otro. En este supuesto, y a los efectos de prelación, será de aplicación la ley del Estado en que esté ubicado el documento (art. 85.2 LMGM)⁴⁷⁸.

La segunda hace referencia a un bien móvil (... *una garantía mobiliaria sobre un tipo de bien corporal que se utilice comúnmente en más de un Estado...*). En estos supuestos, la ley aplicable en relación a la constitución, la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía mobiliaria sobre este tipo de bien será la ley del Estado en que esté situado el otorgante (art. 85.3 LMGM).

La tercera, en relación con los bienes en tránsito (distintos a los bienes móviles referidos anteriormente) o destinados a la exportación⁴⁷⁹. En estos supuestos (art. 85.4 LMGM), se podrá constituir y hacer oponibles a terceros con arreglo a la ley del Estado de destino final siempre y cuando llegue el bien a ese Estado dentro de un plazo, a determinar por el Estado promulgante, contado a partir del momento de la constitución de la garantía.

La cuarta y quinta excepción se encuentran recogidas en la sección dedicada a «normas sobre determinados tipos de bienes». La primera de ellas hace referencia a las garantías mobiliarias sobre valores no intermediados. Debemos recordar que la LMGM, a diferencia de la Guía, incluye dentro del ámbito de aplicación los valores no intermediados (sensu contrario art. 1.1.3.c), dedicándole normas específicas respecto a la constitución, oponibilidad... y ahora, respecto a las normas de conflicto. Una primera observación que debemos realizar es que el artículo que lo regula (art. 100 LMGM) no hace distinción entre valores materializados y no materializados, por lo que es una norma aplicable a ambos supuestos. Sí distingue entre títulos de participación en el capital (*equity securities*) y títulos de deuda (*debt securities*)⁴⁸⁰. Para el primer tipo de títulos la ley aplicable para la constitución, oponibilidad, prelación, y la ejecución, será la ley del Estado en que se haya constituido el emisor. Para los segundos, títulos de deuda, la ley que rijan los títulos⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Recomendación 206.

⁴⁷⁹ Recomendación 207

⁴⁸⁰ Conforme a la Guía de Adaptación, p. 14, párrafo 47, el criterio para distinguir ambos tipos de títulos debe basarse en el derecho de sociedades y no en normas de contabilidad u otras disposiciones legales.

⁴⁸¹ Sobre las ventajas y desventajas de posibles modelos, BAZINAS, Spiros, «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», cit., p. 501 y 502.

La última excepción está recogida en el artículo 98 LMGM⁴⁸² y se refiere al supuesto en el que la ley del Estado donde está ubicado el otorgante reconoce como medio de oponibilidad a terceros la inscripción registral de una notificación de una garantía mobiliaria sobre determinados bienes corporales (título negociable, documento negociable, derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria o un valor no intermediado materializado). En este supuesto, la ley del ese Estado será también la ley aplicable a la oponibilidad a terceros.

En materia de ejecución de una garantía mobiliaria sobre un bien corporal la LMGM (art. 88.a)⁴⁸³ establece como regla general que se aplicará la ley del Estado en que esté ubicado el bien gravado en el momento de iniciarse la ejecución, con la salvedad de las garantías mobiliarias sobre valores no intermediados materializados que se somete al mismo régimen aplicable para la constitución, oponibilidad y prelación de estos tipos de bienes (art. 100 LMGM). Es decir, títulos de participación en el capital no intermediados, la ley del Estado en que se haya constituido el emisor. Títulos de deuda no intermediados, la ley que rijan esos títulos.

7.2 Bienes incorporeales

Para los bienes incorporeales se establece la siguiente regla general (art. 86 LMGM): la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y prelación de una garantía mobiliaria sobre un bien de esta naturaleza será la ley del Estado en que esté ubicado el otorgante. Al igual que ocurría con los bienes corporales, la LMGM recoge varias excepciones a esta regla.

La primera excepción a la regla general se centra en la ley aplicable a la prelación en relación a garantías mobiliarias sobre créditos por cobrar relacionados con bienes inmuebles, en concreto, créditos por cobrar nacidos de la venta o el arrendamiento de estos tipos de bienes, o cuyo pago se haya garantizado con un bien inmueble (art. 87 LMGM). En este supuesto, la ley aplicable a la prelación de la garantía se determinará por la ley del Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro de la propiedad inmobiliaria. La Guía de Adaptación aclara que para que pueda aplicarse esta excepción es necesario que *el derecho del reclamante concurrente debe poder inscribirse (pero*

⁴⁸² El artículo 85.1 de la LM establecía una exclusión expresa a la regla general mencionando los párrafos 2 a 4 del citado artículo y el artículo 100. La Comisión acordó en su reunión de julio de 2017 incluir en el citado artículo 85.1 una referencia también al artículo 98.

⁴⁸³ Recomendación 218.a)

*no es necesario que esté inscrito) en el registro de la propiedad inmobiliaria correspondiente*⁴⁸⁴.

La segunda, referida a las garantías mobiliarias sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. A este respecto la LMGM establece dos opciones respecto a la ley aplicable en relación a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución. La primera, la ley aplicable será de la del Estado en que se encuentre el establecimiento de la institución depositaria que lleve la cuenta. La segunda, la ley aplicable se establece bien por la que hayan designado las partes en el contrato de apertura de la cuenta en lo relativo a esta materia o, en su defecto, por la designada por las partes para regir ese contrato. Pero para que pueda aplicarse, la LMGM exige que, en el momento de celebrarse el contrato de apertura de cuenta, la institución depositaria debe tener en ese Estado una oficina que se dedique en forma habitual a la actividad de llevar cuentas bancarias. Si no puede determinarse conforme a lo previsto en la segunda opción, la LMGM establece la posibilidad de que el Estado promulgante inserte normas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario.

La tercera excepción hace referencia a las garantías mobiliarias sobre derechos de propiedad intelectual⁴⁸⁵. Como regla general, la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros y la prelación de estos tipos de garantía será la Ley del Estado en que esté amparado ese derecho. Pero la LMGM también permite que estos tipos de garantías mobiliarias sobre derechos de propiedad intelectual puedan constituirse y oponerse a determinados terceros⁴⁸⁶ (que no sean otro acreedor garantizado, un cesionario o un licenciatario) conforme a la ley del Estado en que esté ubicado el otorgante. Respecto a la ejecución, será la ley del Estado donde esté localizado el otorgante.

La cuarta excepción trata las garantías mobiliarias sobre valores no intermediados, régimen que ya ha sido expuesto en el epígrafe de bienes corporales al cual nos remitimos.

⁴⁸⁴ Guía de Adaptación, p. 6, párrafo 13.

⁴⁸⁵ Basado en la Recomendación 248 del Suplemento sobre la propiedad intelectual.

⁴⁸⁶ Conforme a la Guía de Adaptación, p. 13, párrafo 43, «la principal ventaja [de esta excepción] es que, si la garantía mobiliaria es oponible al representante de la insolvencia del otorgante con arreglo a la ley del Estado en que esté ubicado el otorgante, el órgano judicial que entienda en el procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante reconocerá dicha garantía aunque no se haya cumplido los requisitos de oponibilidad a terceros exigidos por todo los Estados en que esté amparada la propiedad intelectual de que se trate».

Por último, en materia de ejecución de una garantía mobiliaria sobre un bien incorporeal, la LMGM (art. 88.b)⁴⁸⁷ establece como regla general que se aplicará la ley del Estado que rija la prelación de esta garantía mobiliaria, con las excepciones relativas a las garantías mobiliarias sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria (a la que hemos hecho referencia anteriormente), sobre derechos de propiedad intelectual (la ley del Estado en que esté ubicado el otorgante) y, por último, sobre valores no intermediados (títulos de participación en el capital no intermediados, la ley del Estado en que se haya constituido el emisor. Títulos de deuda no intermediados, la ley que rija esos títulos).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AKSELI, Orkun, *International Secured Transactions Law. Facilitation of Credit and International Conventions and Instruments*, Routledge, Oxon - New York, 2011.
- BAZINAS, Spiros, «Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», en DE LACY, John (ed.) *The Reform of UK Personal Property Security Law*, Routledge-Cavendish, Oxon-New York, 2010.
- «Modernising and harmonising secured credit law: the example of the uncitral draft legislative guide on secured transactions. Part 1», *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2006, pp. 20-26.
 - «The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions and the Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions compared», en Gullifer, Louise, Akseli, Orkun (eds.) *Secured transactions law reform. Principles, Policies and Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, pp. 481-502.
 - «The utility and efficacy of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions», en *Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis*, Cambridge University press, 2013, pp. 133-184.
- BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions», *McGill*, vol. 44, 1998, pp. 567-664.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- CUMING, R. C. C., «The Registry System of the (draft) Convention on International Interest in Mobile Equipment and the (draft) Aircraft Equipment Protocol», *Revue du Notariat*, vol. 103, marzo 2001, pp. 33-55.

⁴⁸⁷ Recomendación 218.b).

- DUBOVEC, Marek, «UCC Article 9 Registration System for Latin America», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 28, 2011, pp. 117-142.
- FELIU REY, Jorge, «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, vol. 29, 2016, pp. 1-17.
- FLEISING, Heywood, «The proposed Unidroit Convention on mobile equipment: economic consequences and issues», *Uniform Law Review*, vol. 4, 1999, pp. 253-264.
- FLEISING, Heywood; DE LA PEÑA, Nuria; CANTUARIAS, Fernando, *Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*, CEAL-UPC, Perú, 2000.
- FLEISING, Heywood; SAFAVIAN, Mehnaz; DE LA PEÑA, Nuria, *Reforming Collateral Laws to Expand Access to Finance*, World Bank, Washington D. C., 2006.
- GARRO, Alejandro M., «El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas», en LARROUMET, Christian (ed.) *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Panthéon-Assas, Paris, 2016, pp. 87-99.
- «The Creation of a Security Right and Its Extension to Acquisition Financing Devices», *Uniform Law Review*, vol. 15, 2010, pp. 375-390.
- «The OAS-sponsored Model Law on Secured Transactions: Gestation and Implementation», *Uniform Law Review*, vol. XV, 2010, pp. 391-412.
- GILMORE, Grant, *Security interests in personal property*, vol. I, Reprint, 1999, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark.
- GULLIFER, Louise, «Conclusions and Recommendations», en GULLIFER, Louise, AKSELI, Orkun (eds.) *Secured transactions law reform. Principles, Policies and Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, pp. 505-526.
- HAWKLAND, W. D., LORD, R. A., LEWIS, C. C., & ROGERS, J. S., *Uniforme Commercial Series*, vol. 8, Danvers: West Group, 2012.
- KOZOLCHYK, Boris, «Secured Lending and Its Poverty Reduction Effect», *Texas International Law Journal*, vol. 42, 2006, pp. 727-750.
- MCCORMACK, Gerard, «American private law writ large? The Uncitral secured transactions guide», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, n.º 3, 2011, pp. 597-625.
- *Secured credit and the harmonisation of law. The UNCITRAL Experience*, Edward Elgar, Glos, 2011.
- «UNCITRAL, Security Rights and the globalisation of the US Article 9», fecha de consulta en http://works.bepress.com/gerard_mccormack/2.
- NICOLAU, Noemí Lidia, (Primer), «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado», *Revista de derecho privado*, vol. 94, n.º 1, 2010, pp. 3-25.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, A. F. P., «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho civil*, vol. 41, n.º 4, 1988, pp. 1033-1132.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- SIGMAN, Harry C., «Perfection and Priority of Security Rights», en EIDENMÜLLER, H., KIENINGER, E. M. (eds.) *The future of Secured Credit in Europe*, vol. Sigman, Harry C., De Gruyter Recht, Munich, 2008, pp. 143-165.
- STIGLITZ, Joseph; WEISS, Andrew, «Credit Rationing in Markets with Imperfect Information», *American Economic Review*, vol. 71, n.º 3, 1981, pp. 393-410.
- VENEZIANO, Anna, «Attachment/Creation of a Security Interest», en *The Future of Secured Credit in Europe*, vol. Special Volume 2, De Gruyter Recht, Berlin, 2008, pp. 115-134.
- WHITE, J. J., & SUMMERS, R. S.. *Uniform Commercial Code. Practitioner Treatise Series* (6 ed., vol. 4). St. Paul: West, 2010.
- WILSON, JOHN M., «Model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions», *Uniform Law Review*, vol. XV, 2010, pp. 515-527.

CAPÍTULO 4

LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GARANTÍAS EN AMÉRICA LATINA: ¿UN PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN UNIFORME DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS?

MAURICIO BAQUERO HERRERA (*)

SUMARIO.—I. *Introducción.*—II. *Las bondades del nuevo régimen (la promesa).*—III. *Las principales características del sistema de garantías mobiliarias, tal como se ha venido implementando en América Latina con base en la Ley Modelo Interamericana.* 1. Amplio alcance del concepto de garantía mobiliaria. 2. Sistema de creación de la garantía mobiliaria. 3. Publicidad/registro de las garantías mobiliarias. 4. Prelación de las garantías mobiliarias. 5. Ejecución de las garantías mobiliarias.—IV. *Los efectos y características de la implementación de las reformas en la región: algunos comentarios sobre los casos de México, Perú y Colombia.* 1. Algunos comentarios sobre el caso de México. 2. Algunos comentarios sobre el caso de Perú. 3. Algunos comentarios sobre el caso de Colombia.—V. *A modo de conclusión.*—Anexo 1: Los 12 principios NatLaw para las garantías mobiliarias en Las Américas⁴⁸⁸.—Anexo 2: Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

(*) PhD y LLM de Queen Mary University of London, Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Talca, Chile y Director del Observatorio de Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Maestría en Derecho Bancario y Bursátil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de Derecho Comercial de la Universidad Alberto Hurtado de Chile. El profesor Baquero puede ser contactado en mbaquero@utalca.cl

⁴⁸⁸ National Law Center for Inter-American Free Trade, *Los 12 Principios del NLCIFT Para las Garantías Mobiliarias en las Américas*, 2006.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década ha tenido lugar en América Latina un proceso de reforma legal del régimen de garantías. El mismo ha supuesto la migración hacia un marco normativo basado en conceptos con marcada influencia anglosajona. Así, instituciones enraizadas en la tradición jurídica continental, disponibles durante siglos a los operadores y participantes del mercado, se han transformado en «modernas» garantías mobiliarias. Para sus promotores, este cambio traería como consecuencia, entre otras bondades, mayor generación de negocios, acceso más fácil y barato a recursos para las empresas (en particular las pequeñas y medianas) y, con ello, en el mediano y largo plazos, crecimiento y desarrollo económicos. Así, la modificación del régimen de garantías en América Latina se ha fundamentado en una promesa: la posibilidad de alcanzar desarrollo económico.

El presente documento, entonces, abordará los pormenores de esta reforma analizándola como una materia propia del Derecho Internacional Privado. En primer lugar, indagará si la misma ha tenido origen en un sofisticado proceso de estandarización, como el que ha sido propio de la denominada regulación prudencial de los mercados financieros. O si, por el contrario, es consecuencia de un trasplante normativo que, con el tiempo, ha tendido a convertirse en un modelo de reforma a seguir en la región. O, más bien, ha sido fruto de una bien estructurada y coherente política económica Estatal, propuesta e implementada por los gobiernos correspondientes. O si, en realidad, ha sido consecuencia de un proceso ecléctico, sin mayor conexión, adoptado de manera unilateral por ciertos países de la región que se ha ido perfeccionando con base en los aciertos y fracasos de las experiencias de implementación ocurridas en procesos precedentes. En su segunda parte, este escrito presentará las características del régimen tal como ha sido propuesto en la Ley Uniforme de Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA). En la tercera, basados en datos producidos por México, Perú y Colombia, se revisará el efecto real de estas reformas para establecer si la promesa con base en la cual se implementaron se ha ido cumpliendo. Este análisis nos permitirá derivar algunas conclusiones finales importantes respecto de este proceso.

II. LAS BONDADES DEL NUEVO RÉGIMEN (LA PROMESA)

En esta primera parte, trataremos de responder si los países latinoamericanos que han llevado a cabo una reforma a su régimen de garantías, imple-

mentando la ley modelo de la OEA, acogieron la misma por considerarla una respuesta adecuada a las problemáticas negociales actuales, no resueltas por el régimen de garantías anterior⁴⁸⁹.

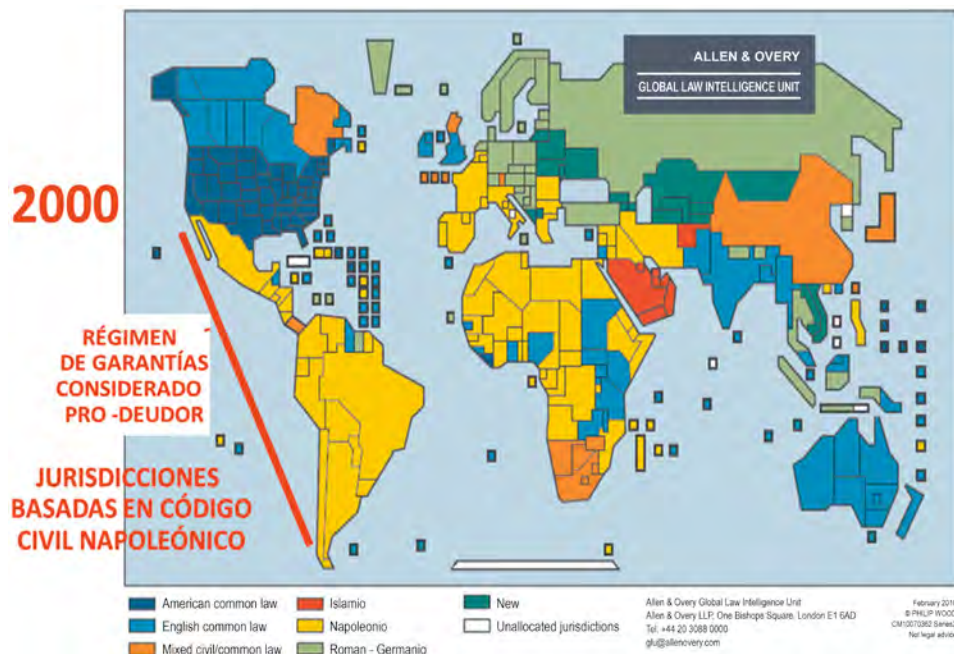
Debemos recordar, tal como se refleja en la Figura No. 1, que, hace tres décadas, cuando se revisaba la configuración jurídica de los países de la región, podía afirmarse con certeza que la mayoría de éstos pertenecían a la familia jurídica continental, con una gran influencia romano-germánica en la configuración de sus más importantes instituciones jurídicas, incluido dentro de las mismas, el régimen de garantías.

Una de las características del régimen continental, cuando se trata de la relación jurídico-negocial deudor-acreedor, es la tendencia a proteger al deudor, por considerarlo la parte débil del contrato necesitada de recursos. No se tiende a favorecer la posición riesgosa del acreedor, quien, enfrentando una fuerte asimetría de información, entrega, para el uso del deudor, sus activos monetarios sin que pueda evitar de manera absoluta, el incumplimiento del mismo⁴⁹⁰. Esta tendencia se refleja, por ejemplo, en las normas del Código Civil que regulan las operaciones de mutuo, cuando determinan el plazo del crédito a favor del deudor o se prohíbe el pacto comisorio.

⁴⁸⁹ Un ejemplo de esta visión se encuentra en los documentos de la Corporación Financiera Internacional, (IFC) institución que es parte del Grupo del Banco Mundial. En sus diversos documentos relacionados con la necesidad de migrar a un régimen de garantías mobiliarias, presenta como explicación económica de estas reformas, la necesidad de acceso al crédito. Pero no se obtiene el mismo, porque existe precisamente una deficiencia en las garantías disponibles. Por eso, el acceso al crédito y la mejora en las condiciones económicas de un determinado país, puede beneficiarse con un cambio en el régimen de garantías más flexible, como el de las garantías mobiliarias. Ver, por ejemplo, IFC, *Secured Transactions Systems and Collateral Registries*, Enero de 2010, disponible en <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c5be2a0049586021a20ab719583b6d16/SecuredTransactionsSystems.pdf?MOD=AJPERES>, última visita 20 de Julio de 2016. De igual manera, puede leerse en la actual página web de sistema de Registro Único de Garantías de México (RUG), que este sistema de registro tienen como propósito «(...) potenciar el uso de bienes muebles como garantías para que las micro, pequeñas y medianas empresas obtengan financiamiento en mejores condiciones, estimulando la inversión, el crecimiento y la competitividad de la economía.» Para mayor información ir a <https://www.rug.gob.mx/Rug/home/inicio.do>, última visita 13 de enero de 2017.

⁴⁹⁰ Allen and Overy, *Global Law Maps*, 2001.

Figura núm. 1 ⁴⁹¹



Desde el origen de los Estados independientes y Republicanos Latinoamericanos, cuando por fin las diferentes jurisdicciones pudieron darse sus propias normas, este tipo de negocios fue regulado de una manera similar⁴⁹². Sin embargo, en las últimas dos décadas se ha presentado un movimiento de reforma de las instituciones jurídicas relacionadas con las garantías que parece acercarse más a un régimen influenciado por conceptos e instituciones anglosajonas. Esta sucesión de modificaciones (ver figura núm. 2) comenzó con México en el año 2000, seguido por Perú (2006), luego por diversos países centroamericanos tales como Guatemala (2008), Honduras (2009), El Salvador y Panamá (2013), así como Costa Rica (2014). Colombia implementó su reforma en el 2014. A la fecha de escritura de este documento, se tiene conocimiento de que Ecuador lleva muy adelantadas las discusiones relacionadas

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² En general, el proceso de implementación de las normas privadas en Latinoamérica después de la independencia de España tiene una marcada influencia continental, bien por las instituciones jurídicas heredadas de la Corona Española o por la opción de los líderes de las primeras Repúblicas por adoptar el Código de Napoleón como ordenamiento privado regulador de las obligaciones y contratos privados.

con la reforma a su régimen de garantías mobiliarias. Por su parte, en el 2016 se ha constituido en Chile una comisión para estudiar su implementación ⁴⁹³.

Figura núm. 2



¿Qué ha motivado estas reformas? ¿Han tenido unas causas y propósitos similares? ¿Comparten los mismos contenidos? ¿Han sido consecuencia de un propósito de unificación y/o estandarización de reglas en la región? ¿Tienen estas reformas el propósito de propiciar una mayor integración económica en América Latina? ¿Ha sido este un proceso gradual y coordinado? ¿Son un claro ejemplo de reforma legal basada en *soft law*?

Una vez se revisa la evolución de estos cambios normativos, es irresistible dejar de formular algunas de las preguntas antes expuestas, las que, sin duda, tendrán diversas respuestas posibles y relacionadas. Sin embargo, una primera causa probable de estos cambios, puede encontrarse en la influencia

⁴⁹³ Banco Mundial, *Diagnóstico: Sistema de Garantías Mobiliarias, República de Chile*, diciembre 2014. Ver también <http://www.economia.gob.cl/2016/03/30/gobierno-anuncia-medidas-para-expandir-el-financiamiento-promover-la-exportacion-de-servicios-y-simplificar-tramites.htm>, última visita 5 de marzo de 2015.

de la apertura de las economías locales a nuevos actores internacionales, en particular a la economía más influyente en la región. No en vano, y sin que esto deba considerarse una mera coincidencia, los países Latinoamericanos participaron en la primera década de este siglo en una «alocada» carrera por «negociar» con Estados Unidos acuerdos bilaterales de libre comercio, siguiendo el modelo de NAFTA (ver cuadro núm. 1)

Cuadro núm. 1 ⁴⁹⁴

País	Fecha de TLC con USA	Fecha de entrada en vigencia	Fecha de reforma régimen garantías
México	17 de diciembre de 1992	01 de enero de 1994	2000
Perú	19 de abril de 2006	01 de febrero 2009	2006
Guatemala	05 de agosto de 2004 (CAFTA)	01 de julio de 2006	2008
Honduras	05 de agosto de 2004 (CAFTA)	01 de abril de 2006	2009
El Salvador	05 de agosto de 2004 (CAFTA)	01 de marzo de 2006	2013
Panamá	28 de junio de 2007	31 de octubre 2012	2013
Costa Rica	05 de agosto de 2004 (CAFTA)	01 de abril de 2006	2014
Colombia	22 de noviembre de 2006	15 de mayo de 2012	2014
Chile	6 de junio de 2003	01 de enero de 2004	2017 (*)

(*) Países en los cuales se discuten proyectos de reforma al régimen de garantías a la fecha de escritura de este documento.

Una vez abiertos los mercados a proveedores de bienes y servicios norteamericanos en condiciones más favorables, así como obtenido (cierto) acceso al gigantesco mercado de ese país para algunos bienes y servicios locales, era sólo cuestión de tiempo para que forzados por las prácticas negociales, los sistemas jurídicos aplicables en cada país comenzaran a interactuar, determinándose con ello sus fortalezas y debilidades para permitir el comercio internacional⁴⁹⁵. Al

⁴⁹⁴ Información tomada del sistema SICE de la OEA, disponible en http://www.sice.oas.org/ctyindex/USA/USAagreements_s.asp, última visita 2 de Febrero de 2017.

⁴⁹⁵ En el caso de México, al firmar el NAFTA, y encontrarse dicho país en medio de una crisis económica severa al momento de entrar en vigencia dicho tratado, los plazos graduales acordados para la liberación de las barreras de entrada a bancos competidores establecidos en Canadá y Estados Unidos, tuvieron que acelerarse. Baquero Herrera, Mauricio «Acotación Metodológica Preeliminar: El entorno

respecto debe reconocerse que la interacción de economías que se regulan por medio de normas que tienen origen en familias de derecho distintas, no necesariamente implica que el régimen jurídico de la economía «débil» deba plegarse al de la economía «fuerte». Sin embargo, la exposición a otras realidades jurídicas por parte de los proveedores locales de bienes y servicios a Estados Unidos y la innovación negocial y contractual traída a la región por la presencia de proveedores provenientes de ese país, dio paso a la consideración de introducir sistemas jurídicos más afines con las realidades del comercio internacional, generado por los Tratados Bilaterales de Libre Comercio.

En este contexto, un actor preponderante en la motivación, discusión y diseño de las reformas introducidas en la región ha sido el National Law Center for Inter-American Free Trade (en adelante NatLaw)⁴⁹⁶. Creada en 1992, NatLaw es una institución educativa e investigadora afiliada desde su origen al James E. Rogers College of Law de la Universidad de Arizona, en Tucson. Está dedicada al desarrollo de infraestructuras legales que en su entender, consideran necesarias para construir la capacidad comercial y promover el desarrollo económico en las Américas⁴⁹⁷.

Con el fin de alcanzar este propósito, NatLaw ha impulsado durante las últimas décadas la reforma al régimen de garantías en América Latina. La misma se fundamenta, en general, en tres postulados básicos: 1. La introducción de las garantías mobiliarias, de acuerdo con esta institución, permitiría el crecimiento del crédito para las pequeñas y medianas empresas, fomentando un mejor nivel de vida para los ciudadanos a través del aumento de la productividad tanto de las personas como del capital. 2. El uso de los inventarios, equipos, cuentas por cobrar y derechos contractuales como garantía de los préstamos solicitados y finalmente otorgados a estas pequeñas y medianas empresas, les permitiría obtener la financiación que necesitan para crecer. 3. Para que lo anterior sea posible, se necesita un registro de gravámenes confiable que dé a inversores y prestamistas la confianza de que sus intereses económicos están protegidos. Todo lo anterior, resultará en una mejor disposición de los acreedores para prestar⁴⁹⁸.

Mexicano al momento de entrar en vigencia el TLCAN», 23 Contexto, 2007, 131, Universidad Externado de Colombia.

⁴⁹⁶ Para mayor información sobre el National Law Center for Inter-American Free Trade ir a <http://www.natlaw.com/>, última visita 2 de Julio de 2017.

⁴⁹⁷ Información tomada de la página web de NatLaw, ir a <http://www.natlaw.com>, última visita 13 de agosto de 2016.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. Para mayor información sobre las actividades y metas alcanzadas por el NatLaw, ver The National Law Center for Inter-American Free Trade, *Economic Growth through Law: From Idea to Reality, A Twenty Year Retrospective*, [en adelante *NatLaw2012*] Tucson, Arizona 2012.

Los primeros trabajos del NatLaw, realizados a mediados de los noventa; se encaminaron a impulsar las reformas necesarias para implementar de manera adecuada el NATFTA en México⁴⁹⁹. Este fue su principal foco de atención⁵⁰⁰ atendiendo la realidad de los diferentes sistemas jurídicos imperantes en las dos economías más fuertes intervinientes en ese Tratado. Con el tiempo, el Centro además, colaboró en la elaboración de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA)⁵⁰¹, finalmente aprobada en 2002, así como el Reglamento Modelo para el Registro,⁵⁰² adoptado el 9 de octubre de 2009 por la misma Organización. El listado de países en el que se precian haber apoyado las reformas regulatorias relacionadas con garantías mobiliarias, lo conforman México (2000, 2003 2012; Honduras (2010); Guatemala (2007); Perú (2006); Ghana (2011); Malawi (2011); Colombia (2013)⁵⁰³.

En síntesis, la reforma propiciada en la región por esta institución se fundamentó en la promesa del desarrollo económico, el acceso al crédito, la inclusión y la creación de riqueza, lo cual podría alcanzarse a través de un proceso de estandarización y de integración económica con otros mercados y jurisdicciones. Los principales aspectos de la reforma legislativa en materia de garantías mobiliarias se encuentran en los 12 principios NatLaw, los cuales se encuentran expuestos de manera general en el diagrama núm. 1.

⁴⁹⁹ National Law Center for Inter-American Free Trade y USAID, *Mexico Trade Capacity Building Project: Enhancement of the business and legal environment and trade capacity through legal reform and improvements in the administration of justice by commercial courts in Mexico*, 2012.

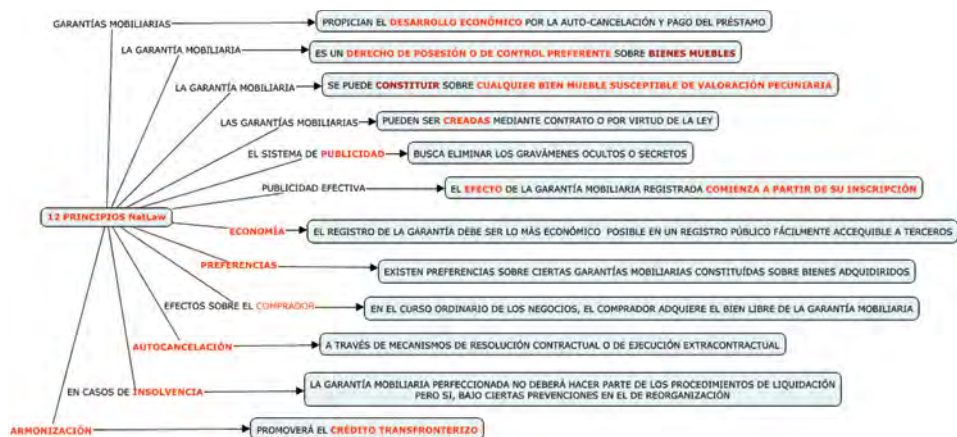
⁵⁰⁰ *NatLaw2012*, *supra* nota 10, p. 23.

⁵⁰¹ El texto de la Ley Modelo se encuentra en http://www.oas.org/en/sla/dil/secured_transactions_CIDIPs_process.asp, última visita 10 de julio de 2017, así como en el Anexo núm. 2 de este documento. Ver Boris KOZOLCHYK y John WILSON, *La Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias (Ley Modelo) de la Organización de Estados Americanos*, 2003. De igual manera, Boris KOZOLCHYK, «Introducción a los Principios Jurídicos de la Ley Modelo Inter-Americana de Garantías Mobiliarias», *NatLaw*, octubre 2000. De igual manera, KOZOLCHYK Boris, «Modernización del derecho mercantil. Uniformidad internacional y desarrollo económico», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], jan. 2009, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4124/5332>, última visita 6 de julio de 2017.

⁵⁰² El texto del Reglamento Modelo para el Registro se encuentra disponible en http://www.oas.org/en/sla/dil/secured_transactions_CIDIPs_process.asp, última visita 5 de Marzo de 2017.

⁵⁰³ *NatLaw2012*, *supra* nota 10, p. 23.

Diagrama núm. 1. Principios NatLaw sobre Garantías Mobiliarias⁵⁰⁴



De otra parte, debe indicarse que no solo el trabajo del NatLaw y los acuerdos posteriores alcanzados en la OEA, han fundamentado el proceso de reforma legal sobre garantías en América Latina. Tal como se aprecia en la Figura No. 3, los principios del NatLaw y la Ley y Reglamento modelo han tenido también su fundamento, según el caso, en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos así como en las leyes de garantías mobiliarias del Canadá. Debe recordarse que uno de los propósitos de promover esta reforma, consistía precisamente en armonizar las normativas de los países miembros del NAFTA:

A nivel de prácticas y estándares internacionales, durante el período en que se realizan estas reformas en la región no se contaba con una Ley Modelo sobre garantías mobiliarias de la CNUDMI⁵⁰⁵. Las secretarías del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), así como la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, trabajaron intensamente en la promulgación

⁵⁰⁴ Síntesis de los 12 Principios establecidos por el NatLaw sobre garantías mobiliarias. En el Anexo núm. 1 de este documento se encuentra su enunciación completa.

⁵⁰⁵ Ver Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, 2016, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html, última visita 4 de Octubre de 2016. La misma ha sido publicada finalmente en el 2016 y es analizada en detalle uno de los capítulos de esta obra colectiva.

de diversos instrumentos relativos a temas específicos, tal como se aprecia en el cuadro núm. 2. Así, no existía un estándar único global, como el que ahora se tiene con la Ley Modelo de la CNUDMI. De ahí, la importancia que tuvo la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias como mecanismo integrador y armonizador de todas estas reformas en América Latina.

Cuadro núm. 2⁵⁰⁶

Instrumentos internacionales relacionados con las operaciones garantizadas antes de la promulgación de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias de la CNUDMI

UNIDROIT	CNUDMI	Conferencia de La Haya
Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje Internacional (Ottawa, 1988)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001)	Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (La Haya, 2006)
Convenio del UNIDROIT sobre el Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 1988)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (2007) y Suplemento relativo a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (2010)	Convenio relativo a la ley aplicable al fideicomiso y a su reconocimiento (La Haya, 1985)
Ley Modelo del UNIDROIT sobre el arrendamiento financiero (2008)		
Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001)		

⁵⁰⁶ Información tomada de CNUDMI, *Comparación y análisis de las principales características de los instrumentos internacionales relacionados con las operaciones garantizadas*, 2011, disponible en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/UNCITRAL-HccH-Unidroit-s.pdf>, última visita 1 de junio de 2016.

UNIDROIT	CNUDMI	Conferencia de La Haya
Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001)		
Protocolo sobre cuestiones específicas del material rodante ferroviario del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Luxemburgo, 2007)		
Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (Ginebra, 2009)		

Así mismo, el Grupo del Banco Mundial, como consecuencia de las crisis financieras ocurridas en la última mitad del siglo XX, y en concordancia con la estrategia de gobernanza económica global promovida por el G7/8⁵⁰⁷, profirió, entre otros estándares, los Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acredores⁵⁰⁸. De igual manera, la Corporación Financiera Internacional (en adelante IFC, que hace parte del grupo del Banco Mundial) que ha trabajado a nivel global con su proyecto sobre garantías mobiliarias, publicó la Guía sobre Garantías Mobiliarias y Registros de Garantías⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ BAQUERO HERRERA, Mauricio, «Derecho financiero y globalización: la nueva propuesta del Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria», *El Derecho en el Contexto de la Globalización*, en Colombia ISBN: 9789587101553, ed. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, pp. 425-493, 2007.

⁵⁰⁸ Banco Mundial, *Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acredores*, abril 2011, disponible en <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/123531468159317507/pdf/481650WP02001110Box338887B01PUBLIC1.pdf>, última visita 11 de julio de 2016.

⁵⁰⁹ IFC, *Garantías Mobiliarias y Registros de Garantías*, disponible en <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/d2107a004c564f0f975bdf12db12449/Secured+Transactions+and+Collateral+Registries+Brochure+-+Spanish.pdf?MOD=AJPERES>, última visita 28 de julio de 2016.

Otra práctica internacional proveniente del Banco Mundial, es el indicador *Doing Business*⁵¹⁰. Este mecanismo comparativo tienen una gran capacidad de influir en la región dado su impacto de facto para la atracción de inversión extranjera en las economías de la región. Una calificación superior en este indicador, parecería traer como consecuencia una mayor probabilidad de recursos internacionales para las economías locales. Por ello, las reformas a los regímenes de garantías han tenido poco a poco acogida, ya que es evidente el impacto que tienen en este indicador, como sucedió en el caso de Colombia, país que, una vez aprobadas las reformas, tuvo una evolución positiva en su calificación, colocándola por encima de los países de la región en este ítem⁵¹¹.

De forma paralela a todos estos procesos, el European Bank for Reconstruction and Development, (en adelante EBRD) publicó en el 2004 su Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias⁵¹² así como diversos principios que deben ser aplicables a normas relativas a las garantías⁵¹³.

Finalmente, es preciso señalar que otros Think Tanks, diferentes del Nat-Law, han sido influyentes en los procesos de cambios normativos relacionados con las garantías. En el Perú, por ejemplo, el Center for the Economic Analysis of Law (CEAL)⁵¹⁴ con su estudio del impacto de la Ley 28677 de 2006, de Garantías Mobiliarias ha propiciado la discusión sobre la necesidad de mejorarlo⁵¹⁵.

⁵¹⁰ El proyecto *Doing Business* proporciona una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios y su aplicación en 190 economías. Para mayor información ir a <http://espanol.doingbusiness.org/>, última visita 4 de julio de 2017.

⁵¹¹ KONIDARI, Magdalini, *Impact of the legal and registry reforms on business climate in Colombia Doing Business 2015*, Getting Credit Indicator, 2015.

⁵¹² Ver EBRD, *Model Law on Secured Transactions*, disponible en <http://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html>, última visita 11 de noviembre de 2016. Debe tenerse en cuenta que el EBRD se focaliza en países Europeos aunque tiene relaciones con México y otros países de la región a través de su representante en Washington. Ver <http://www.ebrd.com/contacts.html>, última visita 13 de mayo de 2016.

⁵¹³ Para mayor información sobre estas guías, ley modelo y principios sobre garantías, del EBRD ir a <http://www.ebrd.com/what-we-do/legal-reform/access-to-finance/transactions.html>, última visita 20 de mayo de 2016.

⁵¹⁴ Para mayor información sobre la CEAL ir a <http://www.ceal.org/welcome.asp>, última visita 9 de julio de 2017.

⁵¹⁵ Consejo Nacional de la Competitividad, *Diagnóstico y recomendaciones de mejoras para el Sistema de Garantías Mobiliarias* [en adelante *CEAL2009*] Fundación CEAL, Centro de Análisis Económicos para Leyes, 2009, disponible en https://www.cnc.gob.pe/images/cnc/LAvance_12_13/archivos/Peru_Diagnostico_y_recomendaciones_de_mejoras_para_el_sistema_de_garantias_mobiliarias.pdf, última visita 23 de mayo de 2017.

Figura núm. 3



¿Qué se puede concluir de esta primera revisión general? Que el proceso de reforma al régimen de garantías en América Latina no ha sido consecuencia de un sofisticado proceso de estandarización, como el que ha sido propio de la denominada regulación prudencial de los mercados financieros. Si bien no existe un único *standard setter* como podría ser el Comité de Basilea para los bancos, sí existen instituciones como el NatLaw y normas modelo como la producida por la OEA que, en términos generales, han influido los procesos para propiciarlos y, de alguna manera, tratar de homogeneizar sus contenidos, bajo la determinación de los principios o requisitos mínimos que un régimen de garantías mobiliarias debe tener.

Este no es un caso de mero trasplante normativo de unas reglas establecidas en una jurisdicción que quizás puedan resultar en otra. De igual manera, se han obtenido evidencias de una determinada fundamentación económica de posibles políticas económicas adoptadas tácita o expresamente por los Estados, en las reformas introducidas. Así, el nuevo régimen ayudaría a una mayor generación de negocios, acceso más fácil y barato a recursos para las empresas (en particular las pequeñas y medianas) y, con ello, se propiciaría el crecimiento y desarrollo económicos en el mediano y largo plazos.

Por lo anterior, podemos advertir que las reformas a las garantías mobiliarias en la región, han sido consecuencia de procesos eclécticos, adoptados de manera unilateral por ciertos países de la región, que se ha ido perfeccio-

nando con base en los aciertos y fracasos de las experiencias de implementación ocurridas en procesos precedentes, tomando como fuente principal la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (en adelante LMIGM), pero variando en los mecanismos de implementación de sus principales instituciones, tal como se verá en la sección tercera de este documento⁵¹⁶.

III. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE GARANTÍAS MOBILIARIAS, TAL COMO SE HA VENIDO IMPLEMENTANDO EN AMÉRICA LATINA CON BASE EN LA LEY MODELO INTERAMERICANA

Con el propósito de resaltar los principales aspectos contenidos en el sistema de garantías mobiliarias tal como ha sido establecido en la LMIGM, en esta sección presentaremos de manera sucinta sus elementos esenciales. Para ello, tomaremos la metodología propuesta por Álvarez de la Campa⁵¹⁷ para evaluar si un sistema de garantías mobiliarias es eficaz. La misma se construye en la identificación de cinco aspectos centrales, a saber: 1. El alcance del concepto de garantía; 2. El sistema de creación, la publicidad y registro de las garantías; 4. La prelación existente entre éstas y, finalmente, 5. los mecanismos de ejecución para satisfacer la obligación incumplida. Estos cinco elementos se identifican en la figura núm. 4, y están presentes a lo largo de la Ley Modelo Interamericana, siendo fácilmente distinguibles en los correspondientes títulos de la misma.

1. Amplio alcance del concepto de garantía mobiliaria

Esta característica se identifica con claridad en la definición del concepto de garantía contenido en la LMIGM. La forma como está redactada esta definición establece el espectro de bienes que pueden ser dados en garantía. Tal definición y sus desarrollos la encontramos en el Título I de LMIGM, en particular, en el artículo 2, según el cual, las garantías mobiliarias pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre

⁵¹⁶ Esta observación se hará más evidente en la sección tercera de este documento.

⁵¹⁷ Alejandro ÁLVAREZ DE LA CAMPA, *Posible Impacto del nuevo sistema de garantías mobiliarias en Colombia*, IFC, [en adelante *CAMPA2013*] 2013, disponible en www.supersociedades.gov.co/Web/Ntrabajo/Garantias%20mobiliarias/Pestana%20Garantias/IFC%20Impacto%20Garantias%20mobiliarias%20AA.ppt, última visita julio 13, 2016.

categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad⁵¹⁸.

2. Sistema de creación de la garantía mobiliaria

El Título Segundo de la LMIGM regula este tema, en sus artículos 5 al 9. En general, determina que la garantía mobiliaria se constituye mediante un simple contrato entre las partes (art. 5). Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, debe constar por escrito y tendrá efectos a partir de su suscripción. (arts. 6 y 9) Señala la norma la información que debe estar contenida en el contrato (art. 7). Si es con posesión, surtirá efectos desde su entrega al acreedor o un tercero (art. 8). Así mismo, el sistema garantiza los derechos de los deudores, cuando se trata de una garantía posesoria, al establecer las obligaciones del acreedor (arts. 33 y 34).

3. Publicidad/Registro de las garantías mobiliarias

Los Títulos III (artículos 10 al 34) y IV (arts. 35 al 46) de la LMIGM, proponen un sistema uniforme y unificado de publicidad y registro de las garantías mobiliarias. Sus aspectos centrales se definen con base en las siguientes premisas básicas: 1. Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros sólo cuando se de publicidad a la garantía mobiliaria (arts. 10 y 47) 2. La garantía mobiliaria a la que se de publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción. (art. 35). 3. Los acreedores garantizados podrán ejercitar sus derechos de ejecución y asumir el control de los bienes en garantía en el orden de su prelación. (art. 66)

Los Títulos III y IV contienen, además una serie de normas específicas necesarias para el establecimiento de la publicidad y registro tanto de ciertas clases especiales de garantías [*i.e.* garantía mobiliaria de adquisición (art. 12)], como de terminados bienes, tales como créditos (arts. 13 al 20), obligaciones

⁵¹⁸ Ver también artículo 11 de LMIGM.

no monetarias (arts. 21 al 22), Cartas de Crédito (arts. 23 al 26), Instrumentos y Documentos (art. 27 al 29), bienes en posesión de terceros (art. 30), Inventarios (art. 31) y Derechos de Propiedad Intelectual (art. 32).

En relación con el registro, entre otros aspectos, la LMIGM establece la necesidad de designar una entidad designada por el Estado para operar y administrar el Registro el cual será público y automatizado, y en el que existirá un folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor garante. (art. 43) Para la inscripción y búsqueda de información, el Registro autorizará el acceso remoto y por vía electrónica a usuarios que lo soliciten (art. 46).

4. Prelación de las garantías mobiliarias

El propósito de este elemento del sistema de garantías, consiste en establecer un derecho sólido y certero a favor de un acreedor con base en la regla según la cual quien es primero en el tiempo, es primero en el derecho. Así se desprende de la regulación contenida en el Título V (arts. 47 al 53) de la LMIGM cuando determina que la prelación de una garantía mobiliaria se determina por el momento de su publicidad (art. 48) y que el derecho conferido por una garantía mobiliaria respecto de bienes en garantía es oponible frente a terceros sólo cuando se ha cumplido con el requisito de publicidad (art. 47). Este es un derecho oponible frente a terceros: compradores y acreedores subsecuentes, que debe ser protegido dentro y fuera de procedimientos concursales.

5. Ejecución de las garantías mobiliarias

Este aspecto está regulado en el Título VI de la LMIGM (arts. 54 al 67). El articulado exige que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor debe efectuar la inscripción de un formulario registral de ejecución en el Registro y entregará una copia al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada, a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado a publicidad una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles en garantía (art. 54). El deudor tendrá un plazo de tres días, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario de ejecución, para oponerse acreditando ante el Juez o al Notario interviniente el pago total del adeudo y sus accesorios. No se admitirá otra excepción o defensa que la de pago total (art. 56).

Cuando se trate de una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes corporales, podrá el acreedor garantizado presentarse al Juez solicitándole que libre de inmediato mandato de desposesión o desapoderamiento, que se ejecutará sin audiencia del deudor. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado (art. 57).

La LMIGM establece unos mecanismos de defensa de los derechos de los deudores, entre otros, el plazo del art. 56 así como el derecho de terminación del proceso de ejecución consagrado en el art. 58. Debe resaltarse especialmente, el Art 59.IV, según el cual, los bienes muebles en garantía podrán ser vendidos privadamente, o tomados en pago, por el acreedor garantizado, siempre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado, por el precio de tasación o valuación. El acreedor garantizado podrá optar por venderlos en subasta pública previa publicación en dos diarios de mayor circulación, con por lo menos cinco días de antelación, sin base y al mejor postor.

Figura núm. 4⁵¹⁹



⁵¹⁹ WILSON, John M., *Régimen de Garantías Mobiliarias: Nuevas Oportunidades para el Sector Financiero en Colombia*, presentación realizada en 2014.

IV. LOS EFECTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS REFORMAS EN LA REGIÓN: ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LOS CASOS DE MÉXICO, PERÚ Y COLOMBIA

En esta sección se estudian brevemente algunos aspectos relevantes de las reformas al régimen de garantías introducidas en México, Perú y Colombia. En primer lugar, debe observarse que los procesos de reforma en estos tres países se suceden cronológicamente. Así, los aprendizajes (aciertos y carencias) de procesos anteriores, se han aprovechado en las reformas más recientes. Por eso, es de esperarse que las reformas que se anuncian en Ecuador y Chile, traigan consigo no solo los aprendizajes de la región, sino las experiencias y riqueza de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la CNUDMI.

Segundo, debe señalarse que, desafortunadamente, no existe acceso a información relevante actualizada ni hay mucha literatura basada en datos estadísticos que puedan determinar con claridad la eficiencia y eficacia de estas reformas. Sin embargo, a pesar de la antigüedad de algunas fuentes, hemos podido extraer algunos datos útiles que informan las especificidades e impacto (al menos inicial) de estos procesos de reforma en la región.

1. Algunos comentarios sobre el caso de México

Como se ha indicado en la primera sección de este documento, la reforma al régimen de garantías mobiliarias de México fue la primera realizada en la región. Es así como durante los años 2000 y 2003 se introducen al sistema mexicano la prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía, posibilitando a los deudores conservar los bienes garantizados⁵²⁰. Existía un sistema de registro, el Registro Público de Comercio, (RPC) pero la minoría de los acreedores registraban sus garantías (por ser lento, caro y poco práctico) y asumían los riesgos consecuentes, trasladando los costos de ello a los deudores⁵²¹. Se introdujo también, el procedimiento de ejecución de las garantías, judicial y extrajudicial⁵²². Sin embargo, el sistema resultó poco eficiente res-

⁵²⁰ Jan BOKER, *Registro Único de Garantías Mobiliarias*, Secretaría de Economía de México, presentación realizada en 2011 [en adelante *BOKER2011*]. Ver también CISCOMANI FRANER, Francisco y WILSON-MOLINA, John, «La Garantía Mobiliaria», *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 29, año 1999, pp. 277-312. Igualmente, ITURBIDE GALINDO, Adrián, «Las Nuevas Garantías: Prenda sin transmisión de posesión y el fideicomiso de garantía», *Revista Mexicana de Derecho*, número 3, México 2001.

⁵²¹ *BOKER2011*, *supra* nota 32.

⁵²² *Ibidem*.

pecto de los propósitos originalmente establecidos. Es así como en el 2009 se implementa el Registro Único de Garantías Mobiliarias (RUG), a través de la Secretaría de Economía. Sus principales características son su sencillez, que es confiable y de bajo costo⁵²³. Al comparar el registro de garantías del 2009 al 2010, se encontró que de 13.719 registradas antes de la vigencia del RUG, se pasó a 41.190⁵²⁴. Igualmente, durante los primeros cuatro años de operación del RUG, se registraron 4 veces más garantías mobiliarias, comparando con los años anteriores. A 30 de abril de 2014, el total de garantías registradas en el RUG era de 236.467.

Si bien estas cifras describen un importante aumento en el uso de estas garantías, debe un observador preguntarse, en todo caso, respecto de las razones que explican que en un país del tamaño de México, se registre un número tan bajo de garantías mobiliarias, especialmente después de tantos años de introducidas las reformas. Si bien dar explicación a este fenómeno escapa del alcance de este documento, en todo caso, encontraremos que esta tendencia de poco uso del nuevo sistema de garantías mobiliarias, también está presente en Perú y Colombia.

En general, dos aspectos llaman la atención en el proceso de implementación del sistema en México, respecto de la seguridad jurídica que debe brindarse a los acreedores. En primer lugar, los problemas asociados al registro. Según, Kozolchyk, se trata de un registro moderno, pero que permite que haya algunos gravámenes que no se registren sin que exista un verdadero sistema de cotejo o información sobre su perfección y prioridad.⁵²⁵ Segundo, respecto de la coherencia del régimen de garantías con las normas de insolvencia, existen dudas respecto de la protección de los acreedores con garantía real. La Ley de Concursos Mercantiles de México no prevé la posibilidad de que los bienes sujetos a una garantía real se separen de la masa. Pero, iniciada la etapa de quiebra, los acreedores reconocidos con garantía real pueden iniciar o continuar procedimientos de ejecución sobre los bienes garantizados con notificación al síndico, quien podrá participar en el procedimiento defendiendo los intereses de la masa. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 214 de la Ley en comento, privilegia la situación de créditos laborales respecto de acreedores garantizados⁵²⁶.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ KOZOLCHYK, Boris, *El Estado Actual de la Implementación de la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la OEA en América Latina*, 2012.

⁵²⁶ Ver Ley de Concursos Mercantiles (2014) así como ROJAS VÉRTI, Rosa María, *El Nuevo Concurso Mercantil en México*, 2011.

2. Algunos comentarios sobre el caso de Perú

Después de México, Perú fue el primer país Suramericano que acogió la idea de implementar una reforma a su régimen de garantías mobiliarias. Al respecto, la literatura disponible nos informa sobre el reducido impacto económico del régimen de garantías mobiliarias. El informe CEAL (2009)⁵²⁷ advierte que en el 2006, el crédito en Perú creció en 36.500 millones de nuevos soles. De esta cantidad, sólo 2.000 millones fueron garantizados por bienes muebles. De este universo, casi el 80% está garantizado por vehículos registrados. Los vehículos representan aproximadamente sólo el 6% del capital de bienes muebles comerciales en Perú⁵²⁸. Mientras que el crédito garantizado por bienes inmuebles creció a 6.700 millones de nuevos soles y el crédito no garantizado, alcanzó la cifra de 27.800 millones. Con base en esta información, es preciso preguntarse seriamente sobre el impacto real de estas reformas y qué explica su poca trascendencia respecto de los altos objetivos propuestos.

De igual manera, revisando los boletines estadísticos proferidos por el SURNAP⁵²⁹, se encuentra que el registro de bienes muebles creado para el otorgamiento de garantías mobiliarias, de una parte, no es masivo y, de otra, tiene periodos de oscilación a la baja. Por ejemplo, en el año 2015, los bienes muebles registrados en el 2014 ascendieron a 231.385, mientras que en el 2015, se redujeron a 227.119, evidenciándose así una disminución del 2%⁵³⁰.

En general, uno de los aspectos más controvertidos del sistema implementado en Perú tiene que ver con la manera como se ha regulado la institución del Pacto Comisorio, como mecanismo de pago directo de las deudas incumplidas en caso de requerirse la ejecución. Se establece que en el acto constitutivo del gravamen se debe incluir el valor del bien dado en garantía, pero no se establece un mecanismo objetivo de valorización del mismo. Esta forma de regular el tema puede implicar una seria desprotección al deudor como quiera que la valoración del bien dado en garantía quedaría en manos del acreedor. Por eso, se ha planteado como solución que las partes recurran al Pacto Ex Intervallo así como al Pacto Marciano. Ahora bien, el acreedor que pretenda adjudicarse el bien dado en garantía deberá comunicar notarialmente al deudor el valor del mismo y el monto no pagado de la obligación. En caso

⁵²⁷ CEAL2009, *supra* nota 27.

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ Para mayor información sobre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, SURNAP, ir a <https://www.sunarp.gob.pe/index.asp>, última visita junio 3 de 2017.

⁵³⁰ *Boletín estadístico SURNAP*, año 4, núm. 38, febrero 2015.

de que el valor del bien sea superior al de la obligación el acreedor deberá reembolsar al deudor el saldo, caso contrario deberá pagar una multa. Al respecto, cabe preguntarse si el régimen, establecido de esta manera, ofrece garantías efectivas de protección del deudor⁵³¹.

De igual manera, al revisar las reglas de Insolvencia se generan dudas respecto de la situación en que queda el acreedor garantizado, porque parece que estaría en la misma situación de los demás acreedores. La Ley General del Sistema Concursal, Ley núm. 27809, bloquea la ejecución de las garantías mobiliarias en todos los casos. Así mismo, de acuerdo con el artículo 42 de la misma norma, en los procedimientos de disolución y liquidación de empresas, el acreedor garantizado tiene el tercer orden de preferencia⁵³².

3. Algunos comentarios sobre el caso de Colombia

Al tiempo de escritura de este documento, el caso Colombiano es la última experiencia vigente de reforma al régimen de garantías mobiliarias en Latinoamérica. El proceso de discusión e implementación de la normatividad no se hizo de un día para otro, tal como se da cuenta de ello en la exposición de motivos de la Ley 1676 de 2013. Según este documento, el proyecto de ley fue presentado a iniciativa del Gobierno Nacional, por intermedio del Ministro de Comercio, Industria y Turismo. Este fue el resultado de un (1) año de trabajo realizado por una Comisión de Expertos designados por la Superintendencia de Industria y Comercio. La comisión contó con la asesoría del Banco Mundial y el NatLaw. En los textos que fueron propuestos se incorporaron las recomendaciones de la CNUDMI y la Ley Modelo Interamericana de la OEA

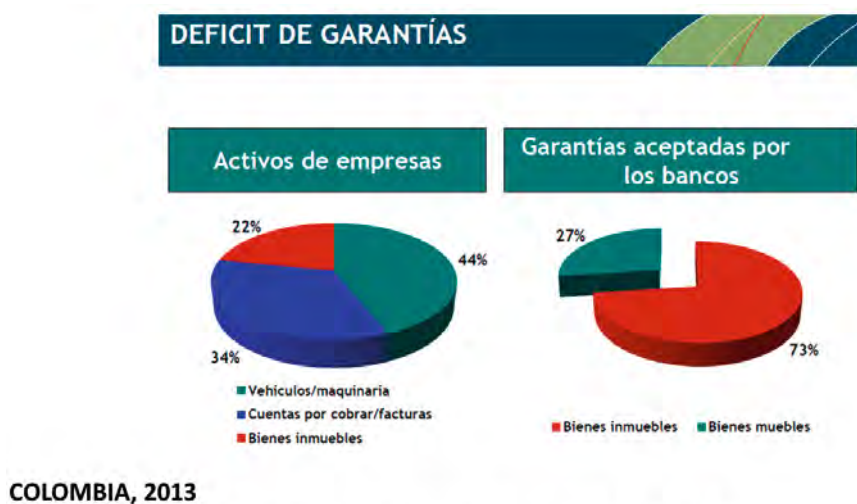
⁵³¹ Ver Ley 28677, art. 53. De igual manera, CALISAYA, Ángel, *El pacto comisorio en la ley de garantía mobiliaria y la necesidad de su reemplazo*, 2009. JARA PALOMINO, Bryan Alberto, *Consideraciones en torno a la admisión del pacto marciano, modalidad del pacto comisorio, como mecanismo de ejecución extrajudicial de garantías*, 15 de enero, 2015; CASTILLO FREYRE, Mario, *Ejecución de la Garantía Mobiliaria*, disponible en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/ejecucion_de_la_garantia_mobiliaria.pdf, última visita 23 de enero de 2017. Y CASTILLO FREYRE, Mario, *La Ley de la Garantía Mobiliaria*, 2006 disponible en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/la_ley_de_la_garantia_mobiliaria.pdf, última visita 13 de junio de 2017.

⁵³² Ver Ley General del Sistema Concursal, Ley 27809. SÁNCHEZ SERNA, Luis F., *Preguntas y Respuestas sobre la Garantía Mobiliaria en el Perú* (2001), disponible en <http://www.uss.edu.pe/uss/Revistas Virtuales/ssias/ssias4/pdf/6.-%20PREGUNTAS%20Y%20RESPUESTAS%20SOBRE%20LA%20GARANT%C3%8DA%20MOBILIARIA%20EN%20EL%20PER%C3%9A.pdf>; última visita 2 de marzo de 2017. CELI ARÉVALO, Marco, *Garantía Mobiliaria: Análisis y Perspectivas*, disponible en http://www.uss.edu.pe/uss/Revistas Virtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA_MOBILIARIA_ANALISIS_Y_PERSPECTIVAS.pdf, última visita 5 de septiembre de 2016.

sobre la materia, la cual sirvió de base en la redacción final del proyecto, hoy ley en Colombia⁵³³.

Una de las circunstancias fácticas que motivaron la reforma, consistía precisamente en reconocer que del total de las garantías aceptadas por los bancos en Colombia en 2013, el 73% de las mismas correspondía a bienes inmuebles, estando integrado el 27% restante, por bienes muebles pignorados, tal como se refleja en la Figura No. 5. Situación que contrasta con los activos disponibles en las empresas que podrían ser dados en garantía, tales como las cuentas por cobrar o facturas, correspondientes al 34% de ese total de activos. De igual manera, el 44% de los vehículos y maquinarias de las empresas, estaban siendo desaprovechados para obtener acceso al crédito, como quiera que tanto la regulación vigente, como las prácticas comerciales, habían privilegiado a todas luces las garantías hipotecarias.

Figura núm. 5⁵³⁴



Fuente: Alejandro Álvarez de la Campa, IFC, 2013

⁵³³ Ver exposición de motivos de la Ley 1676 de 2013, información disponible en <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2011-2012/article/200-por-la-cual-se-promueve-el-acceso-al-credito-y-se-dictan-normas-sobre-garantias-mobiliarias>, última visita 3 de junio de 2017.

⁵³⁴ Información tomada de *CAMPA2013*, *supra* nota 29.

Sin embargo, una vez introducidas las reformas a partir de 2014, para el 30 de septiembre de ese año el registro contaba con 890.295 registros originales de garantías mobiliarias. El 43% de estos registros correspondían a acreedores que no son instituciones financieras. Menos del 1% de estos registros correspondía a créditos nuevos otorgados con base en garantías mobiliarias constituidas sobre bienes distintos de vehículos. Solamente el 0,08% de los nuevos registros correspondían a activos diferentes de vehículos. El 0,17% de los nuevos registros correspondían a transacciones en que los deudores son empresas⁵³⁵.

En general, el sistema de garantías mobiliarias Colombiano recogió los aciertos y debilidades de los procesos de implementación que le precedieron. En tal sentido, se establecieron reglas claras en relación con el sistema registro y constitución de las garantías (a propósito de lo aprendido en México y Perú) así como respecto de la protección de los derechos de los deudores en casos de pago directo. Así, por ejemplo, el avalúo del bien mueble dado en prenda no es potestativo del acreedor (como vimos en el caso Peruano) sino que se establece un avalúo obligatorio, tal como se determina en la LMIGM⁵³⁶.

Respecto de las reglas de insolvencia, los acreedores garantizados tienen unos derechos específicamente establecidos en la Ley de Garantías Mobiliarias que de alguna manera modifica los procesos concursales existentes. Así, en los procedimientos concursales de reorganización, sólo hay suspensión de ejecuciones sobre bienes dados en garantía cuando estos sean necesarios para la actividad económica del deudor⁵³⁷. De igual manera, la norma consagra ciertos derechos para el acreedor, así: 1. De continuar o iniciar la ejecución sobre bienes en garantía no productivos de la empresa por autorización del juez del concurso. 2. De iniciar la ejecución sobre bienes en garantía cuando el juez del concurso estime que corren peligro de deterioro o pérdida. 3. A solicitar alternativamente: i. Pagos periódicos, ii. Sustitución del bien objeto de garantía, iii. Constitución de reservas, cuando el bien en garantía sea sujeto de depreciación. 4. A ser pagado de preferencia frente a los demás acreedores que hacen

⁵³⁵ Universidad de los Andes, IPA, IFC, *Secured Transaction Reform: Potential & advances in its implementation*, 2014, disponible en http://www.poverty-action.org/sites/default/files/publications/summary_secured_transaction_reform_project.pdf, última visita 5 de abril de 2016

⁵³⁶ Ver Ley 1676 de 2013, art. 60; Decreto 400 de 2014; TALERO, Mónica, *Garantías Mobiliarias, Oponibilidad, Registro y Prelación*, presentación en el XXI Congreso Nacional de Derecho Comercial, Octubre, 2013. Ver también LEÓN RAMÍREZ TORRES, Guillermo, «Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias», *Revista de Derecho Privado*, núm. 54, julio-diciembre, 2015, pp. 1-37, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

⁵³⁷ Ley 1676 de 2013, art. 50; Decreto 400 de 2014; VÉLEZ, Luis Guillermo, *La Reforma de las Garantías Mobiliarias Ley 1676*, presentación como Superintendente de Sociedades de Colombia, 13 de junio de 2014; TALERO CASTRO, Diana Lucía, *Tratamiento de las garantías reales en la Insolvencia*, presentación, julio 2014.

parte del acuerdo. 5. A recibir el pago de los instalamentos vencidos de un crédito a plazo, como condición para restituir el plazo. 6. A mantener sus privilegios y preferencias para el pago en caso de liquidación por adjudicación o liquidación judicial. 7. A que su crédito sea pagado en los términos pactados originalmente en caso que se confirme el acuerdo de reorganización. 8. A sólo ser vinculado al acuerdo con su consentimiento expreso⁵³⁸.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien la regulación sobre garantías mobiliarias en la región comparte un mismo propósito (que en este documento hemos denominado «la promesa») y, además, en general bebe de una misma fuente (la Ley Modelo Interamericana de garantías mobiliarias), se puede afirmar que el proceso no es totalmente estandarizado porque existe poca uniformidad en los detalles de su implementación. Lo anterior, porque si bien se comparten los elementos fundamentales que son propios de todo régimen de garantías mobiliarias, las diferencias en los detalles han convertido estas reformas en poco eficaces.

La revisión de la situación en algunos países de la región nos presenta un proceso de reforma que se ha ido perfeccionando a medida que más países acogen la iniciativa. Sin embargo, lo aprendido no se refleja aún en la legislación de aquellas jurisdicciones que realizaron la reforma de manera temprana. Es posible que, con el tiempo, mientras las culturas jurídicas de cada país asimilan la lógica de las nuevas instituciones introducidas y, en consecuencia, ajustan la normatividad, pueda alcanzarse un grado mayor de armonización.

Desde la perspectiva de un acreedor internacional, un proceso de «estandarización» regional que no dé como resultado uniformidad, permite la existencia de fenómenos como arbitrajes regulatorios, *forum shopping* y falta de certeza jurídica. De igual manera, para un acreedor (local e internacional), un régimen de garantías que no esté en concordancia con las normas de insolvencia es poco atractivo. Las reformas introducidas, en general, reflejan esta inconsistencia, aunque en el caso de Colombia, se avanza al respecto. Por lo mismo, las reformas que vendrán en los países de la región seguramente evolucionarán en este y otros sentidos, lo cual es buena noticia.

⁵³⁸ Fuentes: Ley 1676 de 2013; Decreto 400 de 2014; LEÓN RAMÍREZ TORRES, Guillermo, «Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias», *Revista de Derecho Privado*, núm. 54, julio-diciembre, 2015, pp. 1-37; Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

No se evidencia que estas reformas, dadas sus diferencias, hayan tenido un propósito integrador. Si bien en el caso de México se trató de asimilar el régimen local con el de los demás países de NAFTA, es claro que su propósito no fue el de alcanzar una integración Sur-Sur. Los propósitos generales de las reformas en Perú y Colombia tienden a tener una visión más doméstica que internacional.

Finalmente, es preciso alentar a las Facultades de Derecho y, en general, a la academia de la región para que nos involucremos más en la revisión de estos procesos, de tal suerte que no sean instancias técnicas o think tanks, con propósitos difusos, quienes intervengan decisivamente en la determinación de las características así como en el diagnóstico de estos procesos. Para ello, evaluar el impacto de las reformas es fundamental. Sin embargo, para la confección de este capítulo, hemos evidenciado la dificultad de acceso a datos, poco análisis objetivo de los mismos por parte de la literatura disponible y la no existencia de indicadores que permitan entender la evolución de las reformas.

Así, lejos de cumplir la promesa implícita en el origen de estas reformas, se evidencia que aún hay mucho por hacer para lograrlo.

ANEXO 1
(al capítulo 4)

**LOS 12 PRINCIPIOS NATLAW PARA LAS GARANTÍAS
MOBILIARIAS EN LAS AMÉRICAS**⁵³⁹

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

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

3. La garantía mobiliaria se puede constituir sobre cualquier bien susceptible de valoración pecuniaria, sean ellos presentes o futuros, corporales o

⁵³⁹ National Law Center for Inter-American Free Trade, *Los 12 Principios del NLCIFT Para las Garantías Mobiliarias en las Américas*, 2006.

incorporales, incluyendo derechos sobre los mismos, así como sobre los bienes derivados o atribuibles a la venta o permuta de estas garantías, ya sea en una primera o ulterior generación de tales bienes derivados o atribuibles. Por tanto, los bienes garantizadores al igual que las garantías sobre los mismos son de número abierto (*numerus apertus*) y no se encuentran limitadas a figuras pre-existentes tales como las prendas con o sin desplazamiento o las hipotecas mobiliarias, o ventas con reserva o retención de dominio, etc.

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

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

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

7. El registro de la garantía deberá ser lo más económico posible y deberá realizarse en un registro público fácilmente accesible a terceros sin distinción de giro comercial o nacionalidad, y, de ser posible, en forma electrónica. La inscripción deberá contener los datos más esenciales, en forma estandarizada, a efectos de identificar a las partes, el monto del préstamo o línea de crédito y los bienes garantizadores, en forma coherente con las necesidades de información de terceros, actuales o potenciales. Resultarán suficientes las des-

cripciones genéricas de los bienes garantizadores, como ser «inventario» o «cuentas por cobrar.» El índice deberá organizarse en general con base al nombre del deudor y, excepcionalmente, en base al número de serie de los bienes.

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

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

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

11. En la medida de lo posible –y hasta el momento en que rijan un sistema moderno en materia de quiebras que proteja en forma adecuada los derechos de los acreedores y deudores– la garantía mobiliaria perfeccionada no deberá formar parte de los procedimientos de quiebra, y las leyes relativas a quiebra o a otras ramas del derecho no habrán de convertirse en un vehículo para retrasar, evitar y evadir el pago de las obligaciones garantizadas. De manera excepcional, si los procedimientos corresponden a un concurso preventivo, los bienes garantizadores pueden pasar a integrar la masa de la quiebra, sujetos a la jurisdicción exclusiva del tribunal de quiebras, a efectos de confirmar el perfeccionamiento de las garantías mobiliarias así como su prioridad con respecto a los reclamos de otros acreedores, de determinar el alcance y valor de las garantías y, en última instancia, para decidir si los bienes garantizadores son esenciales para el éxito de un concurso preventivo que habrá de proteger a las garantías mobiliarias válidas.

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

ANEXO 2
(al capítulo 4)

**LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GARANTÍAS
MOBILIARIAS (OEA, 2002)**

TÍTULO I. ÁMBITO Y APLICACIÓN GENERAL

Artículo 1. La presente Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo, la «Ley») tiene por objeto regular garantías mobiliarias para garantizar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables.

Un Estado podrá declarar que esta Ley no se aplica a ciertos tipos de bienes muebles que expresamente indiquen en el presente texto.

Un Estado que adopte esta Ley deberá crear un sistema de registro único y uniforme aplicable a toda figura de garantías mobiliarias existente dentro del marco jurídico local, para dar efecto a esta Ley.

Artículo 2. Las garantías mobiliarias a que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad.

Cuando a una garantía mobiliaria se le dé publicidad de conformidad con esta Ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados.

Artículo 3. Para efectos de esta Ley se entiende por:

- I. Registro: el Registro de Garantías Mobiliarias.
- II. Deudor garante: la persona, sea el deudor principal o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria conforme a esta Ley.
- III. Acreedor garantizado: la persona en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con o sin posesión, ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero.
- IV. Comprador [o adquiriente] en el Curso Ordinario de las Operaciones Mercantiles: un tercero que con o sin conocimiento de que su operación se realiza sobre bienes sujetos a una garantía mobiliaria, paga para la adquisición de dichos bienes de una persona dedicada a comerciar bienes de naturaleza.
- V. Bienes Muebles en Garantía: cualquier bien mueble, incluyendo créditos y otros tipos de bienes incorpóreos, tales como bienes de propiedad intelectual, o categorías específicas o genéricas de bienes muebles, incluyendo bienes muebles atribuibles, que sirvan para garantizar el cumplimiento de una obligación garantizada de acuerdo con los términos del contrato de garantía.
La garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía se extiende, sin necesidad de mención en el contrato de garantía o en el formulario de inscripción registral, al derecho a ser indemnizado por las pérdidas o daños ocasionados a los bienes durante la vigencia de la garantía, así como a la indemnización de una póliza de seguro o certificado que ampare el valor los mismos.
- VI. Bienes Muebles Atribuibles: los bienes muebles que se puedan identificar como derivados de los originalmente gravados, tales como los frutos que resulten por su venta, transformación o sustitución.
- VII. Formulario de Inscripción Registral: es el formulario para llevar a cabo la inscripción de la garantía mobiliaria proporcionado por el Registro a que refiere el Artículo 3. I, el cual contendrá al menos, los datos necesarios para identificar al solicitante, al acreedor garantizado, al deudor garante, el o los bienes en garantía, el monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria y la fecha del vencimiento de la inscripción, de acuerdo con su reglamento.
- VIII. Inventario: el conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su venta o arrendamiento en el curso ordinario de la actividad mercantil de esa persona. El Inventario no incluye bienes muebles en posesión de un deudor para su uso corriente.
- IX. Garantía Mobiliaria de Adquisición: es una garantía otorgada a favor de un acreedor --incluyendo un proveedor -- que financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición

presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro, financiados de dicha manera.

X. Crédito: el derecho (contractual o extra-contractual) del deudor garante de reclamar o recibir pago de una suma de dinero, de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro, incluyendo cuentas por cobrar.

Artículo. 4. Las obligaciones garantizadas, además de la deuda principal pueden consistir en:

I. Los intereses ordinarios y moratorios que genere la suma principal de la obligación garantizada, calculados conforme se establezca en el contrato de garantía, en el entendido de que en caso que no exista previsión al respecto, éstos serán calculados a la tasa de interés legal que se encuentre vigente en la fecha del incumplimiento;

II. Las comisiones que deban ser pagadas al acreedor garantizado, tal y como las mismas se encuentren determinadas en el contrato de garantía;

III. Los gastos en que razonablemente incurra el acreedor garantizado para la guarda y custodia de los bienes en garantía;

IV. Los gastos en que razonablemente incurra el acreedor garantizado con motivo de los actos necesarios para llevar a cabo la ejecución de la garantía;

V. Los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de garantía, que sean cuantificados judicialmente, o en virtud de un laudo arbitral o mediante un contrato de transacción;

VI. La liquidación convencional de daños y perjuicios cuando hubiere sido pactada.

TÍTULO II. CONSTITUCIÓN

Artículo 5. Una garantía mobiliaria se constituye mediante contrato entre el deudor garante y el acreedor garantizado.

Artículo 6. Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el contrato por el cual se constituye la garantía mobiliaria deberá ser por escrito y surte efectos entre las partes desde el momento de su suscripción, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, la garantía mobiliaria, sobre bienes futuros o a adquirir posteriormente gravará los derechos del deudor garante (personales o reales) respecto de tales bienes, sólo a partir del momento en que el deudor garante adquiera tales derechos.

Artículo 7. El contrato de garantía por escrito deberá contener, como mínimo:

- I. Fecha de celebración;
- II. Datos que permitan la identificación del deudor garante y del acreedor garantizado, así como la firma por escrito o electrónica del deudor garante;
- III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria;
- IV. La descripción de los bienes muebles en garantía, en el entendido de que dicha descripción podrá realizarse de forma genérica o específica;
- V. La mención expresa de que los bienes muebles descritos servirán de garantía a la obligación garantizada; y
- VI. Una descripción genérica o específica de las obligaciones garantizadas.

La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el telex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico, y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia y teniendo en cuenta la resolución de esta Conferencia que acompaña esta Ley Modelo (CIDIP-VI/RES. 6/02).

Artículo 8. Si la garantía mobiliaria es posesoria, surte efectos desde el momento en que el deudor garante entrega posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por éste, salvo pacto en contrario.

Artículo 9. Si la garantía mobiliaria es sin desposesión, el deudor garante o cualquier persona que adquiera los bienes sujetos a la garantía, salvo pacto en contrario, tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

- I. El derecho de usar y disponer de los bienes muebles en garantía y sus bienes muebles atribuibles en el curso normal de las operaciones mercantiles del deudor;
- II. La obligación de suspender el ejercicio de dicho derecho cuando el acreedor garantizado le notifique al deudor garante de su intención de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía bajo los términos de la presente Ley;
- III. La obligación de evitar pérdidas y deterioros de los derechos y bienes muebles otorgados en garantía y hacer todo lo necesario para dicho propósito;

IV. La obligación de permitir que el acreedor garantizado inspeccione los bienes en garantía para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación; y

V. La obligación de contratar un seguro adecuado sobre los bienes en garantía contra destrucción, pérdida o daño.

TÍTULO III. PUBLICIDAD

Capítulo I. Reglas generales

Artículo 10. Los derechos conferidos por la garantía mobiliaria serán oponibles frente a terceros sólo cuando se de publicidad a la garantía mobiliaria. La publicidad de una garantía mobiliaria se puede dar por registro de acuerdo con el presente Título y el Título IV o por la entrega de la posesión o control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con el presente Título.

Se le podrá dar publicidad a una garantía mobiliaria sobre cualquier tipo de bienes muebles en garantía por medio de su inscripción registral, salvo con lo dispuesto en el Artículo 23.

Asimismo, se podrá dar publicidad una garantía mobiliaria por medio de la entrega de posesión o control de los bienes en garantía sólo si la naturaleza de los mismos lo permite o si la entrega es realizada de la manera contemplada por el presente Título.

A una garantía que se le haya dado publicidad de acuerdo con uno de los métodos mencionados, se le podrá dar publicidad subsecuentemente por otro método y, desde que no exista lapso intermedio sin publicidad, será considerará que la garantía estuvo continuamente publicitada a efectos de esta Ley.

Artículo 11. Una garantía mobiliaria podrá amparar bienes muebles atribuibles siempre y cuando esta circunstancia se mencione en el formulario de inscripción registral.

Capítulo II. Garantía mobiliaria de adquisición

Artículo 12. Una garantía mobiliaria de adquisición, debe dársele publicidad por medio de la inscripción de un formulario de inscripción registral que haga referencia al carácter especial de la garantía y que describa los bienes gravados por la misma.

Capítulo III. Créditos

Artículo 13. Las disposiciones de esta Ley referidas a garantías mobiliarias sobre créditos se aplican a toda especie de cesión de créditos en garantía. Si la cesión no es en garantía solo deberá cumplir con las reglas de publicidad; de lo contrario estará sujeta a las reglas de prelación de esta Ley.

Artículo 14. Se le da publicidad a una garantía mobiliaria, otorgada por un deudor garante sobre créditos debidos al deudor garante, por medio de su inscripción registral.

Artículo 15. Salvo por lo dispuesto en esta Ley, una garantía mobiliaria otorgada sobre créditos, no podrá modificar la relación jurídica subyacente ni hacer más onerosas las obligaciones del deudor del crédito cedido sin su consentimiento.

Artículo 16. El deudor de un crédito cedido en garantía tiene los derechos y está sujeto a las obligaciones indicadas en este Capítulo.

Artículo 17. El deudor del crédito cedido puede extinguir su obligación pagando al deudor garante o al cesionario en su caso. Sin embargo, cualquier saldo debido al deudor garante o al cedente al momento o después de que el deudor del crédito cedido reciba notificación del acreedor garantizado de que debe realizar el pago al acreedor garantizado, el saldo debido deberá ser pagado al acreedor garantizado. El deudor del crédito cedido podrá solicitar al acreedor garantizado prueba razonable de que la garantía mobiliaria se ha efectuado, y de no proporcionarse dicha prueba razonable dentro de un tiempo razonable, el deudor del crédito cedido podrá hacer pago al deudor garante.

La notificación al deudor del crédito cedido podrá realizarse por cualquier medio generalmente aceptado. Para que dicha notificación sea efectiva, deberá identificar el crédito respecto al cual se solicita el pago, e incluir instrucciones de pago suficientes para que el deudor del mismo pueda cumplir con la notificación. Salvo pacto en contrario, el acreedor garantizado no entregará dicha notificación antes que ocurra un incumplimiento que le autorice la ejecución de la garantía.

Artículo 18. De ser notificada al deudor del crédito cedido más de una garantía mobiliaria sobre el mismo crédito, el deudor del crédito cedido deberá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones de pago enunciadas en la primera notificación recibida. Cualquier acción entre acreedores garantizados destinadas a hacer efectivo el orden de prelación establecido en Título V de esta Ley quedan preservadas.

Artículo 19. Una garantía mobiliaria sobre un crédito, con exclusión de una obligación bajo una carta de crédito, es válida, sin importar cualquier

acuerdo entre el deudor del crédito cedido y el deudor garante por el cual se limite el derecho del deudor garante a crear una garantía sobre, o ceder, el crédito. Nada en el presente Artículo afecta la responsabilidad del deudor garante para con el deudor del crédito cedido por los daños ocasionados por incumplimiento de dicho acuerdo.

Artículo 20. El deudor del crédito cedido podrá oponer en contra del acreedor garantizado todas las excepciones derivadas del contrato original o cualquier otro contrato que fuere parte de la misma transacción, que el deudor del crédito cedido podría oponer en contra del deudor garante.

El deudor del crédito cedido podrá oponer cualquier otro derecho de compensación en contra del acreedor garantizado, siempre y cuando dicho derecho se encontrara disponible al deudor del crédito cedido al momento en el cual recibió la notificación.

El deudor del crédito cedido podrá acordar con el deudor garante o cedente, por escrito que renuncia a oponer, en contra del acreedor garantizado, excepciones y derechos de compensación que el deudor del crédito cedido podría oponer bajo los dos párrafos del presente Artículo. Dicho acuerdo impide que el deudor del crédito cedido oponga dichas excepciones y derechos de compensación.

El deudor del crédito cedido no podrá renunciar a las siguientes excepciones:

- I. Aquellas que surjan a raíz de actos fraudulentos cometidos por el acreedor garantizado o cesionario; o
- II. Aquellas basadas en la incapacidad del deudor del crédito cedido.

Capítulo IV. **Obligaciones no-monetarias**

Artículo 21. Se le da publicidad a una garantía mobiliaria, otorgada por el deudor garante sobre una obligación no-monetaria, a favor del deudor garante, por medio de su inscripción registral.

Artículo 22. Cuando el bien en garantía consiste en una obligación no-monetaria, el acreedor garantizado tiene el derecho de notificar a la persona obligada que dé cumplimiento de dicha obligación o que la ejecute en su beneficio hasta el grado permitido por la naturaleza de la misma.

La persona obligada se podrá rehusar sólo en base a una causa razonable.

Capítulo V. **Cartas de crédito**

Artículo 23. A una garantía mobiliaria sobre una carta de crédito cuyos términos y condiciones requieren que sea presentada para obtener el pago, se le dará publicidad por medio de la entrega de dicha carta de crédito por parte del beneficiario (deudor garante) al acreedor garantizado, siempre y cuando dicha carta de crédito no prohíba su entrega a otra parte que no sea el banco obligado. Salvo el caso en que la carta de crédito haya sido enmendada para permitir el que el acreedor garantizado gire contra el banco emisor, la entrega a este último no lo habilita a cobrar el crédito sino que impide la presentación de la carta de crédito por parte del beneficiario (deudor garante) al banco pagador o negociante.

Artículo 24. Un beneficiario (deudor garante) podrá ceder su derecho a girar contra una carta de crédito al acreedor garantizado obteniendo la emisión de un crédito transferible a nombre del acreedor garantizado como cesionario-beneficiario. La validez y efecto respecto de terceros de dicha transferencia se regula por las disposiciones aplicables de la versión en vigencia al momento en que la misma se efectúe, de las Prácticas y Costumbres Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional.

Artículo 25. La existencia de una garantía sobre los fondos de una carta de crédito se condiciona a que el beneficiario cumpla con los términos y condiciones de la carta de crédito por lo tanto habilitando el pago de la misma. A los efectos de su publicidad, esta garantía mobiliaria deberá ser inscrita en el registro pero no será ejecutable contra el banco emisor o confirmante hasta la fecha y hora en la cual éste dé su aceptación bajo los términos y condiciones que regulen el pago de la carta de crédito.

Artículo 26. Si la obligación garantizada consiste en la emisión futura de un crédito o en la entrega de un valor en el futuro al beneficiario (deudor garante), el acreedor garantizado deberá emitir dicho crédito o entregar dicho valor en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha en la cual el banco emisor o confirmante acepte los términos y condiciones de la garantía sobre los fondos de la carta de crédito, salvo pacto en contrario. Si dicho crédito o valor no se emite dentro de este plazo, la garantía mobiliaria se dará por cancelada, su inscripción, si se ha efectuado, se podrá cancelar, y el acreedor garantizado deberá remitir una liberación firmada al banco emisor o confirmante autorizando a éste a pagar al beneficiario (deudor garante) de acuerdo con sus términos y condiciones originales.

Capítulo VI. **Instrumentos y documentos**

Artículo 27. Cuando el bien en garantía es un documento cuyo título es negociable se le dará publicidad a la garantía mobiliaria, ya sea por endoso o por mera entrega, o por medio de la entrega de la posesión del documento con cualquier endoso que sea necesario.

Artículo 28. Cuando un título representativo de mercaderías es creado, transferido o prendado electrónicamente, para la creación de transferencia o prenda se aplicarán las reglas especiales del registro electrónico correspondiente.

Artículo 29. En caso que el acreedor garantizado da publicidad a su garantía mobiliaria por medio de la posesión y endoso del documento pero posteriormente lo entrega al deudor garante, para cualquier propósito incluyendo el retiro, almacenamiento, fabricación, manufactura, envío o venta de bienes muebles representados por el documento, el acreedor garantizado deberá registrar su garantía antes de que el documento sea regresado al deudor garante de acuerdo con el Artículo 10 de esta Ley.

Cuando los bienes muebles representados por un documento representativo se encuentren en posesión de un tercero depositario o almacén de depósito, se dará publicidad a la garantía mobiliaria por medio de la notificación por escrito al tercero en cuestión.

Capítulo VII. **Bienes en posesión de un tercero**

Artículo 30. El acreedor garantizado, con el consentimiento del deudor garante, podrá tener los bienes por medio de un tercero; la tenencia por medio de un tercero implica publicidad sólo desde el momento en que dicho tercero reciba prueba escrita de la garantía mobiliaria. Dicho tercero deberá, a la solicitud de cualquier interesado, informar inmediatamente a éste si ha recibido o no una notificación de la existencia de una garantía mobiliaria sobre los bienes en su posesión.

Capítulo VIII. **Inventario**

Artículo 31. A una garantía mobiliaria sobre inventario integrado por bienes presentes y futuros y sus bienes atribuibles, o parte del mismo, podrá dársele publicidad por medio de una única inscripción registral.

Capítulo IX. **Derechos de propiedad intelectual**

Artículo 32. Una garantía mobiliaria sobre derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas, nombres comerciales, regalías y otros bienes muebles atribuibles a los mismos, se sujetará a las normas de esta Ley, incluyendo el artículo 37.

Capítulo X. **Obligaciones de un acreedor en posesión de los bienes en garantía**

Artículo 33. Corresponde al acreedor en posesión de los bienes en garantía:

I. Ejercer cuidado razonable en la custodia y preservación de los bienes en garantía. Salvo pacto en contrario, el cuidado razonable implica la obligación de tomar las medidas necesarias para preservar el valor de la garantía y los derechos derivados de la misma.

II. Mantener los bienes de manera que permanezcan identificables, salvo cuando éstos sean fungibles.

III. El uso de los bienes en garantía sólo dentro del alcance contemplado en el contrato de garantía.

Artículo 34. Una garantía posesoria podrá ser convertida en garantía mobiliaria sin desposesión, reteniendo su prelación, siempre y cuando se le de publicidad a dicha garantía por medio de inscripción registral de acuerdo al Artículo 10, antes de que se devuelvan los bienes muebles al deudor garante.

TÍTULO IV. **REGISTRO Y DISPOSICIONES RELACIONADAS**

Artículo 35. La garantía mobiliaria que se de publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción.

Artículo 36. Cualquier persona podrá efectuar la inscripción de la garantía mobiliaria autorizada por el acreedor garantizado y el deudor garante; y cualquier persona podrá efectuar la inscripción de una prórroga con la autorización del acreedor garantizado.

Artículo 37. Cuando otra ley o convención internacional aplicable requiera que el título de bienes muebles sea inscrito en un registro especial, y contenga normas relativas a las garantías creadas sobre esta Ley, en lo referente a cualquier inconsistencia entre ambas.

Artículo 38. El formulario de inscripción registral deberá seguir un formato y médium estandarizado prescrito por reglamentación. Dicho formulario, deberá permitir incluir los siguientes datos:

- I. El nombre y dirección del deudor garante;
- II. El nombre y dirección del acreedor garantizado;
- III. El monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria;
- IV. La descripción de los bienes en garantía, que podrá ser de forma genérica o específica.

Cuando exista más de un deudor garante otorgando una garantía sobre los mismos bienes muebles, todos los deudores garantes deberán identificarse separadamente en el formulario de inscripción registral.

Artículo 39. La inscripción en el Registro tendrá vigencia por un plazo de cinco años, renovable por períodos de tres años, conservando la fecha de prelación original.

Artículo 40. Para que una garantía mobiliaria de adquisición sea publicitada y oponible a acreedores garantizados previamente con bienes del mismo tipo, el acreedor garantizado deberá cumplir con los siguientes requisitos, antes de que el deudor garante tome posesión de dichos bienes:

- I. Inscribir en el formulario de inscripción registral una anotación que indique el carácter especial de la garantía mobiliaria de adquisición; y,
- II. Notificar a los acreedores garantizados con anterioridad sobre el mismo tipo de bienes, cuáles son los bienes que el nuevo acreedor garantizado espera adquirir mediante la garantía mobiliaria de adquisición.

Artículo 41. Los datos de inscripción podrán modificarse en cualquier momento por la inscripción de un formulario de modificación; la modificación tendrá efecto sólo desde la fecha de su inscripción.

Artículo 42. El acreedor garantizado podrá cancelar la efectividad del registro original por medio de la inscripción de un formulario registral de cancelación.

Si una cancelación se lleva a cabo por error o de manera fraudulenta, el acreedor garantizado podrá volver a inscribir el formulario de inscripción registral en sustitución del formulario cancelado. Dicho acreedor retiene su prelación con relación a otros acreedores garantizados que hayan inscrito una garantía durante el tiempo de vigencia del formulario original erróneamente cancelado, mas no en contra de acreedores garantizados que hubieron inscrito

sus garantías con posterioridad a la fecha de cancelación pero con anterioridad a la fecha en la cual la garantía se haya vuelto a inscribir.

Artículo 43. La entidad designada por el Estado operará y administrará el Registro el cual será público y automatizado, y en el que existirá un folio electrónico que se ordenará por nombre de deudor garante.

Artículo 44. El Registro contará con una base central de datos, constituida por los asientos registrales de las garantías mobiliarias inscritas en el Estado.

Artículo 45. Para la inscripción y búsqueda de información, el Registro autorizará el acceso remoto y por vía electrónica a usuarios que lo soliciten.

Artículo 46. Los usuarios contarán con una clave confidencial de acceso al sistema del Registro para inscribir garantías mobiliarias mediante el envío por medios electrónicos del formulario de inscripción registral, o por cualquier otro método autorizado por la legislación del Estado, así como para realizar las búsquedas que le sean solicitadas.

TÍTULO V. REGLAS DE PRELACIÓN

Artículo 47. El derecho conferido por una garantía mobiliaria respecto de bienes en garantía es oponible frente a terceros sólo cuando se ha cumplido con el requisito de publicidad.

Artículo 48. La prelación de una garantía mobiliaria se determina por el momento de su publicidad. La garantía mobiliaria confiere sobre el acreedor garantizado el derecho de persecución respecto de bienes en garantía, con el propósito de ejercitar los derechos de la garantía.

Artículo 49. Sin embargo, un comprador o adquirente de bienes muebles enajenados en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del deudor garante recibirá los bienes muebles libre de gravamen.

El acreedor garantizado no podrá interferir con los derechos de un arrendatario o beneficiario de una licencia bajo arrendamiento o licencia otorgada en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del arrendador o persona quien otorgó la licencia después de la publicación de la garantía mobiliaria.

Artículo 50. La prelación de una garantía mobiliaria podrá ser modificada mediante acuerdo escrito entre los acreedores garantizados involucrados, salvo que afecte el derecho de terceros o esté prohibido por ley.

Artículo 51. Una garantía mobiliaria de adquisición tendrá prelación sobre una garantía anterior que afecte bienes muebles futuros del deudor garante del mismo tipo, siempre que se constituya de acuerdo con lo establecido en esta Ley, aún cuando se le haya dado publicidad con posterioridad. La ga-

rantía mobiliaria de adquisición se extenderá exclusivamente sobre los bienes muebles específicos adquiridos con ésta y el numerario específicamente atribuible a la venta de estos últimos, siempre y cuando el acreedor garantizado cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 40.

Artículo 52. I. Una garantía mobiliaria posesoria sobre un documento representativo de mercaderías tendrá prelación sobre una garantía que grave los bienes representados por dicho documento siempre y cuando esta última haya sido dada a publicidad posteriormente a la fecha de emisión de tal documento.

II. El tenedor de dinero o cesionario de un título negociable que ha tomado posesión del mismo con o sin endoso según corresponda, en el curso ordinario de las operaciones mercantiles de la persona que se lo transfirió, los recibe libre de gravamen.

III. El acreedor garantizado que reciba una aceptación por un banco emisor o confirmante de su garantía publicitada a la cual se le dio publicidad, sobre los bienes atribuibles de una carta de crédito, tiene prelación sobre cualquier otra garantía mobiliaria sobre dichos bienes, sin importar el momento de publicidad, de otro acreedor garantizado que no haya recibido dicha aceptación o la haya recibido en fecha posterior. Cuando la garantía mobiliaria cubra los bienes atribuibles de la carta de crédito, se aplicara la regla general de prelación establecida en esta Ley.

IV. Una garantía mobiliaria que se haya previamente publicitado sobre bienes muebles adheridos o incorporados a un inmueble, sin perder su identidad de bien mueble, tiene prelación respecto de garantías sobre el inmueble correspondiente, siempre y cuando la misma se haya inscrito en el registro inmobiliario correspondiente antes de la adhesión o incorporación.

Artículo 53. El acreedor garantizado podrá autorizar al deudor garante que disponga de los bienes en garantía, libres de gravamen, sujeto a los términos y condiciones acordados por las partes.

TÍTULO VI. EJECUCIÓN

Artículo 54. Un acreedor garantizado que pretenda dar comienzo a una ejecución, en caso de incumplimiento del deudor garante, efectuará la inscripción de un formulario registral de ejecución en el Registro y entregará una copia al deudor garante, al deudor principal de la obligación garantizada, a la persona en posesión de los bienes en garantía y a cualquier persona que haya dado a publicidad una garantía mobiliaria sobre los mismos bienes muebles en garantía.

El formulario registral de ejecución deberá contener:

- I. Una breve descripción del incumplimiento por parte del deudor;
- II. Una descripción de los bienes en garantía;
- III. Una declaración del monto requerido para satisfacer la obligación garantizada y cubrir los gastos de la ejecución razonablemente cuantificados;
- IV. Una declaración de los derechos reconocidos por este Título al recipiente del formulario de ejecución; y,
- V. Una declaración de la naturaleza de los derechos reconocidos por este Título que el acreedor garantizado intenta ejercer.

Artículo 55. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor garantizado deberá requerir al deudor garante el pago de la cantidad adeudada. Dicho requerimiento podrá hacerse, a opción del acreedor, en forma notarial o en forma judicial en el domicilio de deudor mencionado en el formulario de inscripción registral. En el acto del requerimiento o intimación deberá entregarse al deudor copia del formulario registral de ejecución inscrito en el Registro.

Artículo 56. El deudor tendrá un plazo de tres días, contados desde el día siguiente a la recepción del formulario de ejecución, para oponerse acreditando ante el Juez o al Notario interviniente el pago total del adeudo y sus accesorios. No se admitirá otra excepción o defensa que la de pago total.

Artículo 57. En el caso de una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes corporales, transcurrido el plazo indicado en el Artículo anterior, podrá el acreedor garantizado presentarse al Juez solicitándole que libre de inmediato mandato de desposesión o desapoderamiento, el que se ejecutará sin audiencia del deudor. De acuerdo con la orden judicial, los bienes en garantía serán entregados al acreedor garantizado, o a un tercero a solicitud del acreedor garantizado. Cualquier excepción o defensa que el deudor pretenda hacer valer contra el procedimiento iniciado, distinta a la indicada en el Artículo anterior, deberá implementarla por vía de acción judicial independiente conforme prevea la legislación procesal local; dicha acción judicial no obstará el ejercicio de los derechos de ejecución del acreedor garantizado contra los bienes en garantía.

Artículo 58. En cualquier momento antes de que el acreedor garantizado disponga de los bienes en garantía, el deudor garante, así como cualquier otra persona interesada, tiene el derecho de terminar los procedimientos de ejecución, ya sea:

- I. Pagando el monto total adeudado por el deudor garante al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos por el acreedor garantizado en el procedimiento de ejecución; o,

II. Si la obligación garantizada es pagadera en cuotas, reestableciendo el cumplimiento del contrato de garantía pagando las cantidades adeudadas al acreedor garantizado, así como los gastos razonables incurridos en el procedimiento de ejecución, y remediando cualquier otro incumplimiento.

Artículo 59. Con respecto de una garantía posesoria, o de una garantía sin desposesión sobre bienes muebles incorporales, o con respecto a una garantía posesoria sobre bienes corporales después de su reposición por parte del acreedor garantizado:

I. Si los bienes muebles en garantía se cotizan habitualmente en el mercado en el Estado donde la ejecución se lleva acabo, pueden ser vendidos directamente por el acreedor garantizado a un precio acorde con el valor en dicho mercado.

II. Si los bienes muebles en garantía se tratasen de créditos, el acreedor garantizado tendrá el derecho de realizar el cobro o ejecutar los créditos en contra de los terceros obligados por el crédito, de acuerdo con las disposiciones del Título III de esta Ley.

III. Si los bienes muebles en garantía consisten en valores, bonos o tipos de propiedad similar, el acreedor garantizado tendrá el derecho de ejercer los derechos del deudor garante relacionados con dichos bienes, incluyendo los derechos de reivindicación, derechos de cobro, derechos de voto y derechos de percibir dividendos y otros ingresos derivados de los mismos.

IV. Los bienes muebles en garantía podrán ser vendidos privadamente, o tomados en pago, por el acreedor garantizado, siempre y cuando los mismos sean previamente tasados o valuados por perito único y habilitado designado por el acreedor garantizado, por el precio de tasación o valuación. El acreedor garantizado podrá optar por venderlos en subasta pública previa publicación en dos diarios de mayor circulación, con por lo menos cinco días de antelación, sin base y al mejor postor.

Artículo 60. Los bienes atribuibles a la venta o subasta se aplicará de la siguiente manera:

I. Los gastos de la ejecución, depósito, reparación, seguro, preservación, venta o subasta, y cualquier otro gasto razonable incurrido por el acreedor;

II. Pago de impuestos debidos por el deudor garante estos garantizan un gravamen judicial;

III. La satisfacción del saldo insoluto de la obligación garantizada;

IV. La satisfacción de las obligaciones garantizadas con garantías mobiliarias con prelación secundaria; y,

V. El remanente, si lo hubiere, se entregará al deudor.

Si el saldo adeudado por el deudor garante excede los bienes atribuibles a la realización de los bienes en garantía, el acreedor garantizado tendrá el derecho de demandar el pago por el remanente al deudor de la obligación.

Artículo 61. Los eventuales recursos contra cualquier resolución judicial, referida en el presente Título, no tendrán efecto suspensivo.

Artículo 62. En cualquier momento, antes o durante el procedimiento de ejecución, el deudor garante podrá acordar con el acreedor garantizado condiciones diferentes a las anteriormente reguladas, ya sea sobre la entrega del bien, las condiciones de la venta o subasta, o sobre cualquier otro aspecto, siempre que dicho acuerdo no afecte a otros acreedores garantizados o compradores en el curso ordinario.

Artículo 63. En todo caso, quedará a salvo el derecho del deudor de reclamar los daños y perjuicios por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte del acreedor.

Artículo 64. Cualquier acreedor garantizado subsecuente podrá subrogarse en los derechos del acreedor garantizado precedente pagando el monto de la obligación garantizada del primer acreedor.

Artículo 65. El derecho del deudor garante de vender o de transferir bienes en garantía en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles queda suspendido desde el momento en que el deudor garante reciba notificación del comienzo de los procedimientos de ejecución en su contra, de acuerdo con las normas de ejecución de la presente Ley. Dicha suspensión continuará hasta que la ejecución haya terminado, salvo que el acreedor garantizado autorice lo contrario.

Artículo 66. Los acreedores garantizados podrán ejercitar sus derechos de ejecución y asumir el control de los bienes en garantía en el orden de su prelación.

Artículo 67. Una persona que compra un bien en garantía en una venta o subasta con motivo de una ejecución, recibirá la propiedad sujeta a los gravámenes que recaigan sobre la misma, con excepción del gravamen correspondiente al acreedor garantizado que vendió la propiedad para realizar sus derechos y de los gravámenes sobre los cuales éste tenga prelación.

TÍTULO VII. ARBITRAJE

Artículo 68. Cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado.

TÍTULO VIII. CONFLICTOS DE LEYES Y ALCANCE TERRITORIAL DE APLICACIÓN

Artículo 69. En el caso de que una garantía mobiliaria esté vinculada con más de un Estado, la ley del Estado en que estén ubicados los bienes en garantía al momento en que se crea la garantía mobiliaria regula cuestiones referentes a la validez, publicidad y prelación de:

I. Una garantía mobiliaria sobre bienes muebles corporales, salvo los bienes muebles del tipo al que se hace referencia en el Artículo siguiente; y,

II. Una garantía mobiliaria posesoria sobre bienes muebles incorporeales.

Si los bienes en garantía se trasladan a un Estado diferente a aquel en el cual se le dio publicidad previa a la garantía mobiliaria, la ley del Estado al cual se trasladaron los bienes regirá las cuestiones referentes a la publicidad y prelación de la garantía mobiliaria frente a los acreedores quirografarios y a los terceros que adquieran derechos en la garantía tras el ingreso de los bienes.

No obstante, la prelación de la garantía registrada conforme a la ley del lugar anterior de ubicación de los bienes dados en garantía subsiste si dicha garantía se registra conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación dentro de los 90 días siguientes al traslado de los bienes.

Artículo 70. En el caso de que una transacción garantizada esté vinculada con más de un Estado, el derecho del Estado en el cual el deudor garante se localice en el momento de la creación de la garantía, regula las cuestiones referentes a la validez, publicidad y prelación de:

I. Una garantía mobiliaria sin desposesión sobre bienes incorporeales; y,

II. Una garantía mobiliaria sobre bienes muebles corporales si dichos bienes permanecen en posesión del deudor garante como equipo utilizado en el curso ordinario de sus operaciones mercantiles, o como inventario para arrendamiento.

Si el deudor garante se traslada a un Estado diferente a aquel en el cual se le dio publicidad previa a la garantía mobiliaria, la ley del Estado de la nueva localización del deudor garante regulará las cuestiones referentes a la publicidad y prelación de la garantía mobiliaria frente a los acreedores quirografarios y a los terceros que adquieran derechos en la garantía tras la fijación de la nueva localización. No obstante, la prelación de la garantía inscrita conforme a la ley del lugar de la localización anterior subsiste si a dicha garantía se le da

publicidad conforme a la ley del Estado de la nueva localización del deudor garante dentro de los 90 días siguientes al traslado del deudor.

Artículo 71. La prelación de una garantía sin desposesión sobre bienes muebles incorporales negociables frente a terceros que adquieran derechos posesorios sobre dichos bienes, se rige por la ley del Estado en donde se ubiquen los bienes en garantía al momento de la adquisición de los derechos posesorios.

Artículo 72. Al efecto de aplicar el Artículo 70, un deudor garante se considera localizado en el Estado donde se ubica el centro principal de sus negocios.

Si el deudor garante no opera un negocio o no tiene un centro de negocios, el deudor garante se considera localizado en el Estado de su residencia habitual.

Los Textos internacionales sobre garantías mobiliarias constituyen, actualmente, un reto para nuestro Derecho interno. No es posible omitir la referencia a ellos y es necesario abrir una reflexión sobre las ventajas de la armonización jurídica, a la vista de la emergente hegemonía del sencillo y flexible modelo anglosajón plasmado en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*. Este es precisamente el objeto del libro que el lector tiene en sus manos.

En un mercado globalizado, la actualidad de los referidos textos internacionales hace ineludible la tarea de repensar el derecho interno en materia de garantías mobiliarias. Con mayor razón cuando forman parte de nuestro Derecho interno. Así, entre los textos de Derecho uniforme, España ha ratificado el Convenio relativo a las Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT, Ciudad del Cabo, 2001), y uno de sus correspondientes protocolos, relativo a aeronaves. En el ámbito europeo, España ha traspuesto la Directiva 2002/47/CE, y puede tener como referencia —en el contexto del *Soft Law*— el Libro IX del DCFR. En todo caso, no puede resultarnos ajena la proliferación de Leyes Modelo en la materia, emanadas de diversos organismos internacionales, y su impacto en otros países (así, la Ley Modelo sobre Garantías mobiliarias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, 2016; La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos, OEA, 2002; La Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación empresarial en África, OHADA, 1997; o la Ley Modelo sobre Operaciones garantizadas del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, BERD, 1994).

El propósito del libro que el lector tiene en sus manos es presentar las líneas que encontramos en los más destacados textos de Derecho uniforme, y facilitar su comprensión, contagiar el interés por asomarse a ellos. El primer capítulo pretende aportar una visión panorámica y hacer una reflexión de conjunto, tomando el concepto de *garantía funcional* como pieza clave que ha de ser observada. Los capítulos segundo y tercero, respectivamente, analizan el Convenio de Ciudad del Cabo y la Ley Modelo de Naciones Unidas. Por último, se presenta un excelente estudio de la Ley Interamericana, que —propuesta por la Organización de Estados Americanos— ha recibido ya una amplia respuesta: comienza a ser numeroso el grupo de países en América Latina que ha modificado el régimen interno de las garantías mobiliarias a impulsos de esta Ley Modelo y los principios que la inspiran.

