

El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Profesora Titular de Derecho mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Un sistema de garantías sólido, creíble y eficiente es una pieza esencial del engranaje en las economías modernas que soportan ampliamente la actividad empresarial y los intercambios comerciales en el crédito disponible, en condiciones razonables, para la financiación y la explotación de los activos. En el ámbito internacional, la regulación de los diversos esquemas de financiación garantizada con activos (asset-based) se topa con una importante divergencia de enfoques entre sistemas normativos nacionales y tradiciones jurídicas, donde la armonización alcanzada había sido tradicionalmente muy escasa. En las últimas décadas, y especialmente desde la década de los 90, instituciones regionales e internacionales han iniciado procesos de armonización de las normas aplicables a las garantías mobiliarias y, en general, a las operaciones garantizadas para dotar de mayor certidumbre y reglas comunes a las transacciones transfronterizas. En esta corriente normativa, se enmarca la iniciativa de UNIDROIT con la adopción en 2001 del Convenio relativo a garantías internacionales en elementos de equipo móvil. El Convenio establece un régimen uniforme aplicable a determinadas operaciones garantizadas sobre ciertas categorías de bienes de elevado valor económico e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. Para ello, el Convenio diseña un concepto de «garantía internacional» que permite la aplicación de las reglas uniformes sobre constitución, efectos y prioridad a diversos esquemas de financiación garantizada con activos (asset-based). Este artículo pretende analizar la original fórmula empleada por el Convenio consistente en dise-

ñar un concepto autónomo, funcional y unitario de garantía internacional como técnica de armonización en el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

PALABRAS CLAVE

Garantías mobiliarias, garantías internacionales, ventas con reserva de dominio, leasing, equipo aeronáutico, registro internacional, aeronaves, motores, helicópteros, operaciones garantizadas.

ABSTRACT

A sound, reliable and efficient system of secured transactions is a key component of our modern economies that are largely fueled by credit. At international level, rules on secured transactions have been traditionally harmonized in a very limited extent due to the difficulty in approaching the widely differing views thereon from domestic legislations and legal traditions. As a consequence, in last decades, and more intensively since 90's, huge efforts have been made by leading regional and international organizations to harmonize rules on secured transactions in order to provide cross-borders transactions with greater certainty and common rules. UNIDROIT initiative aligns to that trend with the adoption of the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment. The Convention aims at providing for a set of uniform rules applicable to certain secured transactions related to three categories of mobile equipment, deemed of high economic value and inherent mobility (aircraft equipment, railway rolling stock, space assets), to foster the financing of the acquisition and use of such equipment in efficient conditions. With such an aim, the Convention designs an autonomous, unitary and sui generis concept of «international security» embracing several functionally-equivalent asset-based financing schemes. This article aims at analyzing the original function-based conceptual formula used by the Convention and assessing its potential, and its limitations, as a harmonizing technique for the Uniform Law of International Trade.

KEY WORDS

International interests, title reservation agreement, contracts of sale, leasing, mobile equipment, international registry, aircraft, engine, helicopters, secured transactions

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos.*—III. *Regulación de las operaciones garantizadas en el contexto internacional: Fundamentos y principales soluciones.*—IV. *El ámbito de aplicación del Convenio.* IV.1 *Requisitos de aplicación y factores de conexión.* a) *Elemento contractual.* b) *Elemento objetivo.*

c) Elemento formal. IV.2 El criterio de internacionalidad y las «transacciones internas».—V. *El concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo: un modelo circular, en dos niveles y de base funcional.* V.1 Garantía internacional y registrabilidad. V.2 Medidas en caso de incumplimiento.—VI. *El modelo funcionalista en el derecho uniforme sobre operaciones garantizadas.*

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de garantías es una pieza esencial del engranaje en las economías modernas que se soportan ampliamente en el crédito para la adquisición y el uso de bienes comerciales y de consumo. En las actividades empresariales, en particular, los propios activos del deudor, cuya adquisición y uso se han de financiar, se convierten en las más adecuadas garantías disponibles para asegurar la efectividad del crédito. Esta dependencia del crédito y consecuentemente de las fórmulas de garantía se agudiza a medida que el valor de los bienes, su importancia económica o su ritmo de obsolescencia se incrementan. A la vez, si los bienes objeto de garantía se incorporan en los procesos productivos de actividades empresariales, los esquemas de garantía no pueden exigir la desposesión del deudor pues la devolución del crédito depende de la capacidad productiva del deudor mediante la explotación de sus activos. Si partimos de la consideración de que garantía es cualquier medida destinada a asegurar la efectividad del crédito, confiriendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que refuerza su posición para la tutela del crédito, es decir, su expectativa de cumplimiento de la prestación; junto a las tradicionales garantías reales y personales, se han ido diseñando figuras que cumplen funciones de garantía igualmente efectivas en las transacciones comerciales. En este contexto, se han ido configurando, en algunos sistemas jurídicos, diversas modalidades de garantía sobre bienes muebles que no imponen la desposesión del deudor, más aún que autorizan al deudor a la realización de ciertos actos de disposición sobre los bienes gravados, a la vez que han ido tomando forma en el mercado complejos esquemas de financiación con similar función de garantía y orientados a asegurar la posesión de los activos por el deudor —financiación garantizada con activos (*asset-based*)—.

En el ámbito internacional, la regulación de las operaciones garantizadas se topa con una importante divergencia de enfoques entre sistemas normativos nacionales y tradiciones jurídicas, donde la armonización alcanzada ha sido tradicionalmente muy escasa.

Es una materia de considerable complejidad en la que confluyen cuestiones procesales, concursales, de propiedad y registrales que agravan el dispar tratamiento entre ordenamientos jurídicos de las operaciones garantizadas e incluso de su propia concepción y alcance. De ahí que, en las últimas décadas, y de forma especialmente intensa desde la década de los 90, instituciones reguladoras supranacionales, de ámbito regional e internacional, hayan identificado la necesidad de armonizar las normas aplicables a las garantías mobiliarias y, en general, a las operaciones garantizadas para dotar de mayor certidumbre y reglas comunes a las transacciones transfronterizas.

En esta corriente normativa, se enmarca la iniciativa de UNIDROIT que tras un proceso de deliberación y redacción que se inició en 1988¹ concluye en 2001 con la adopción del *Convenio relativo a garantías internacionales en elementos de equipo móvil* (en lo sucesivo, el Convenio). El Convenio fue adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica), ciudad de la que el Convenio ha tomado su nombre, 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).

El objetivo del Convenio² es establecer un régimen uniforme aplicable a determinadas operaciones garantizadas sobre ciertas categorías de bienes de significativa importancia económica e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. El Convenio debía pues lidiar con dos problemas. De un lado, armonizar soluciones y elaborar reglas uniformes ante la patente disparidad

¹ La cronología del desarrollo del Convenio y los documentos clave elaborados en relación con el Convenio (así como, en relación con el Protocolo sobre elementos de equipo aeronáutico y el Protocolo sobre material rodante ferroviario) se detallan en los Anexos XII y XIII, respectivamente, de GOODE, Roy, *Official Commentary. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on matters specific to aircraft equipment*, en su primera edición de 2002 y en la edición revisada de 2008; así como, en el *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Luxembourg Protocol thereto on Matters specific to Railway Rolling Stock* editado en 2008. Igualmente a través del sitio oficial de UNIDROIT se puede acceder a información y materiales actualizados sobre todos sus instrumentos aprobados y en proceso de adopción (www.unidroit.org).

² Un estudio completo del Convenio (y el Protocolo) en relación con los objetos aeronáuticos y el Registro Internacional para esta categoría de bienes 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*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

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 internacional para el que se establece un marco uniforme de sencillas reglas de prioridad, remedios básicos 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.

El sistema que diseña el Convenio se basa, por tanto, en dos piezas clave: una pieza sustantiva o conceptual, y una pieza adjetiva o registral. De un lado, 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 de financiación garantizada con activos (*asset-based*). De otro lado, el diseño de un sistema registral para la inscripción de «garantías internacionales» (y otros derechos y situaciones inscribibles) que confiere oponibilidad frente a terceros y permite articular las precisas reglas de prioridad.

Este artículo pretende analizar 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 negociales 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»³. 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». La intención de este trabajo es plantear el potencial, y detectar las limitaciones, de esta aproximación funcionalista como instrumento de armonización y creación de conceptos autónomos y unitarios en los textos internacionales de Derecho Uniforme a partir del análisis del concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo.

³ 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.

Con este objetivo, el presente artículo se estructura del siguiente modo. En la Parte II, se explica la original estructura adoptada en el proceso de armonización, combinando un Convenio base con varios Protocolos específicos que permiten articular las reglas uniformes del Convenio en cada uno de los sectores concretos cuya regulación atiende el instrumento internacional. En la Parte III, se esboza a grandes rasgos el marco normativo internacional sobre las operaciones garantizadas en el que se inserta el Convenio, se analizan sus fundamentos económicos y jurídicos y se identifican brevemente las soluciones adoptadas por el instrumento de UNIDROIT. Se podrá observar ya desde ese momento que el empleo de la cada vez más común expresión de «operaciones garantizadas» (*secured transactions*) en los textos internacionales y regionales refleja una aproximación amplia e intencionadamente neutral, en términos de forma jurídica, a un conjunto de esquemas contractuales con función de garantía (garantías reales mobiliarias, venta con reserva de dominio, arrendamiento financiero, etc.) que tiene esencialmente una base funcional, como la que inspira el concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo, pues pretende sujetar a un régimen jurídico único diversos esquemas contractuales que siendo diferentes en la forma, desempeñan en el tráfico comercial una similar función de garantía. La Parte IV comienza el estudio con mayor profundidad del Convenio a partir de su ámbito de aplicación: requisitos de aplicación, factores de conexión y criterio de internacionalidad. La delimitación del ámbito de aplicación objetivo, subjetivo, temporal y territorial nos permitirá abordar en la Parte V el concepto de «garantía internacional» que es la pieza central del sistema de Ciudad del Cabo. El Convenio elabora un concepto autónomo, unitario y *sui generis* de garantía internacional a partir de un enfoque funcional que prima la función sobre la forma. Para explicar el, en cierta medida, complejo modelo que emplea el Convenio para definir las garantías internacionales y unificar su régimen jurídico, expondremos nuestra propuesta de calificación como un modelo en dos niveles, circular y de base funcional. A partir de ahí se analizarán las consecuencias que la calificación como garantía internacional tiene en relación con las medidas aplicables en caso de incumplimiento del deudor, donde se refleja la curiosa fórmula empleada por el Convenio para recoger las diversas tradiciones jurídicas en un marco uniforme, y en lo relativo al acceso al Registro Internacional que se constituya para cada sector. Como se verá más adelante, la inscripción no es un requisito constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros, por tanto, una

herramienta fundamental para articular las reglas uniformes de prioridad del Convenio. A su vez, el carácter internacional de la garantía no se lo confiere su inscripción en el Registro Internacional, de modo que, de hecho, tienen acceso al Registro derechos o garantías que no tienen la calificación de garantías internacionales conforme al Convenio. Tras este análisis de las disposiciones del Convenio, la Parte VI recoge las conclusiones que avanzábamos sobre el potencial del funcionalismo, y sus limitaciones, como técnica de unificación en el Derecho Uniforme.

II. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y SUS PROTOCOLOS

Tras su adopción en 2001, el Convenio no entró en vigor hasta el 1 de marzo de 2006. La fecha de entrada en vigor refleja una interesante decisión estructural bajo la que opera lo que podíamos denominar en conjunto «el sistema de Ciudad del Cabo» (art. 49.1 del Convenio⁴). En efecto, el sistema de Ciudad del Cabo responde a una ingeniosa estructura dual (que posteriormente, se transforma en «multidivisional» al incorporarse las normas del Registro) diseñada con el objetivo de ofrecer reglas altamente específicas y perfectamente adecuadas para cada sector que permitieron superar hábilmente las dificultades de abordar sectores que presentan una elevada complejidad y un notable carácter técnico (aeronáutico, ferroviario, espacial). De este modo, el Convenio configura el marco uniforme básico para tres categorías de elementos de equipo móvil (objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario, bienes de equipo espacial) que cada Protocolo, completa, desarrolla y adapta a cada sector. No es un simple desarrollo de tipo reglamentario que concreta y detalla las disposiciones del Convenio. El Protocolo, en cierta medida, adapta el molde del Convenio a las particularidades del sector, controla su entrada en vigor para cada categoría de objetos y confirma definitivamente el ámbito de aplicación. De ahí que el Convenio no pueda operar independientemente de sus Protocolos.

⁴ 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 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.»

Esta especial estructura Convenio/Protocolo tiene tres consecuencias inmediatas. En primer lugar, en materia de interpretación (art. 6.1), el Convenio y el Protocolo específico para cada categoría de objetos han de interpretarse como un solo instrumento. En segundo lugar, aunque el Convenio regula tres categorías de objetos (art. 2.3), no entra en vigor con respecto a una determinada categoría (art. 49.1) hasta que se haya adoptado el Protocolo correspondiente y además lo hace con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo. En tercer lugar y en coherencia con la posición clave del Protocolo, con base en argumentos de especificidad y cercanía al sector, en caso de discrepancia entre el Convenio y el Protocolo, prevalece el Protocolo (art. 6.2).

El primero de los Protocolos, sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, entró en vigor el 1 de marzo de 2006⁵, fecha, por tanto, en que entra en vigor el Convenio/Protocolo sobre equipo aeronáutico. Actualmente⁶ 46 Estados han depositado ya sus instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación, además de otros 14 que han procedido a su firma sin posterior ratificación, adhesión, aceptación o aprobación posterior hasta la fecha. Con tan sólo cuatro excepciones, todos los Estados contratantes eran países no comunitarios. La ratificación de los países de la Unión Europea había estado bloqueada por cuestiones diplomáticas ajenas a las disposiciones sustantivas de los textos⁷. Con fecha 28 de abril de 2009, la Comunidad Europea ha depositado su instrumento de adhesión⁸ al Convenio y al Proto-

⁵ Que corresponde, en virtud del artículo 49.1 del Convenio y XXVIII.1 del Protocolo, con el primer día del mes siguiente a la finalización de un periodo de tres meses posterior a la fecha del depósito del octavo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión con respecto al Protocolo. Con fecha de 1 de marzo de 2006, se habían depositado los instrumentos de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación de 9 Estados, tras el último depósito por Senegal del instrumento de ratificación el 9 de enero de 2006. Se puede consultar el estado de ratificaciones del Protocolo en <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-2001-aircraftprotocol.pdf> (última consulta 22/11/2012).

⁶ Datos sobre el número de Estados contratantes correspondientes al 22 de noviembre de 2012. En esta misma fecha, el Convenio cuenta ya con 52 Estados contratantes.

⁷ Ante la posibilidad de que el Convenio y los Protocolos puedan ser ratificados por una Organización de Integración Económica Regional, pronto resultó obligado valorar la conveniencia y la urgencia de que la Unión Europea formara parte del esquema Convenio-Protocolos de Ciudad del Cabo. De hecho, tal posibilidad se ha valorado muy positivamente como un importante paso hacia la unificación del Derecho de garantías en Europa –HONNEBIER, B. Patrick, «The Convention of Cape Town and the Aircraft Protocol: a Potential Stepping-Stone Towards Unification of Security Interests in the European Union», *Newsletter Aviation Law*, vol. 10, núm. 1, May 2004, pp. 14-17-. Superados los iniciales enfrentamientos entre la Comisión Europea y algunos Estados miembros que cuestionaban la competencia de la Unión Europea en relación con las disposiciones sobre cuestiones sustantivas en materia concursal del Convenio, la Unión Europea accedió al Convenio mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009.

⁸ 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

colo, pero lo hace bajo el régimen de «Organización regional de integración económica» previsto en el artículo XXVII del Protocolo, especificando los asuntos respecto a los cuales los Estados miembros le han transferido competencias⁹.

El Protocolo sobre material rodante ferroviario¹⁰ fue adoptado el 23 de febrero de 2007, pero aún no ha entrado en vigor. Hasta el momento cuenta con seis Estados firmantes, incluida la Unión Europea, en su condición de «Organización regional de integración económica» de conformidad con el artículo XXII del Protocolo, y tan sólo se ha emitido la ratificación de Luxemburgo con fecha 31 de enero de 2012¹¹.

El tercer Protocolo previsto inicialmente, sobre bienes de equipo espacial¹², se ha adoptado y abierto a la firma el 9 de marzo

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. 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. CRANS, Berend, «The Implications of the EU Accession to the Cape Town Convention», *Air and Space Law*, vol. 35, núm. 1, 2010, pp. 1-7.

⁹ *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. Algunas materias reguladas por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, y el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) son también objeto del Convenio de Ciudad del Cabo y del Protocolo aeronáutico. En este sentido, la Comunidad tiene competencias exclusivas en algunas materias reguladas por el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo aeronáutico, mientras que los Estados miembros retienen también competencias en otras materias reguladas por estos dos instrumentos. En el momento de la adhesión, la Comunidad ha efectuado varias declaraciones relativas al Convenio y al Protocolo que constar en los Anexos I y II de la Decisión referida.

¹⁰ El Protocolo sobre material rodante ferroviario se adoptó, en Conferencia Diplomática celebrada en Luxemburgo, el 23 de febrero de 2007, fecha de firma de 4 Estados (Gabón, Italia, Luxemburgo, Suiza), con la participación de 42 Estados y 11 Organizaciones Internacionales. El Protocolo no ha entrado aún en vigor (a 22/11/2012).

¹¹ Se puede consultar el estado de ratificaciones del Protocolo en <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2007-railprotocol.pdf> (última consulta 22/11/2012).

¹² La *Secretariat* de UNIDROIT pretendía finalizar el proyecto durante el 2007 o, lo más tardar en los primeros meses del 2008 (Unidroit 2006, C.D. (85) 7 (b), *Governing Council 85th session*, Roma 8-10 de mayo 2006), pero el proyecto requirió mayor plazo para su aprobación definitiva. Sobre el desarrollo del proyecto y su aprobación final en la Conferencia Diplomática de Berlín, <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study072/spaceprotocol/conference/main.htm> (última consulta 22/11/2012). En esta fecha cuenta con cuatro Estados firmantes pero sin ratificación hasta ahora.

de 2012, tras la celebración de la Conferencia Diplomática en Berlín del 27 de febrero al 9 de marzo de 2012.

Se cubrirían así junto con los elementos de equipo aeronáutico –células de aeronave, motores y helicópteros– las tres categorías de bienes expresamente previstas en el Convenio (art. 2.3). No obstante, el esperado éxito de las soluciones del Convenio y la flexibilidad del modelo dual Convenio/Protocolos han animado la formulación de propuestas para una ulterior extensión de su aplicación a categorías de bienes que, aun no expresamente previstas en el momento de concepción del Convenio¹³ (art. 51.1 del Convenio), pueden responder a similares características estructurales y requieren igualmente un urgente tratamiento uniforme para facilitar su adquisición y financiación. Entre estas iniciativas, se ha planteado la posibilidad de iniciar la preparación de un cuarto Protocolo sobre bienes de equipo de uso agrícola, minero y de construcción. Propuesta que responde a una necesidad de financiación indiscutible en sectores especialmente estratégicos para economías de países en vías de desarrollo. Esta contundente racionalidad política y socioeconómica, se topa, sin embargo, con algunas dificultades de tipo técnico que ponen en cuestión la extensión de las reglas de un Convenio concebido para bienes naturalmente móviles, perfectamente identificables y de alto valor, a elementos que no siempre satisfacen estas características.

Un estudio completo del sistema de Ciudad del Cabo necesita, sin embargo, añadir al tándem Convenio-Protocolo en cada sector un conjunto importante de normas de carácter más técnico que detallan la estructura y la operativa del Registro y el proceso de inscripción. En efecto, como ya indicamos, la segunda pieza fundamental del sistema de Ciudad del Cabo, es la registral. El régimen de la oponibilidad frente a terceros y la articulación de las reglas uniformes de prioridad se basan en la inscripción de las garantías en un Registro Internacional. Siguiendo la lógica sectorial que explica la especialización de los Protocolos, se prevé la creación de un Registro único internacional para cada categoría de bienes. El carácter específico de cada Protocolo se refleja igualmente en la estructura y operativa de cada uno de los Registros previstos. Cada Registro estará gestionado por un Registrador que

¹³ La posibilidad de que la aplicación del Convenio se extendiese a otras categorías de equipos como buques o plataformas petrolíferas se ha planteado desde el comienzo de la preparación del proyecto, si bien, distintas razones han excluido o relegado su tratamiento. Sin embargo, con ocasión del Seminario organizado por UNIDROIT sobre «Promoting investment in agricultural production: private law aspects» que tuvo lugar en Roma del 8 al 10 de noviembre de 2011, se aprovechó para abordar específicamente en la reunión con la que concluyó el coloquio «The Possible benefits of extending the Cape Town system to agricultural, mining and construction equipment».

opera bajo la supervisión de una *Supervisory Authority* (art. 16 del Convenio).

Desde el 1 de marzo de 2006, con la entrada en vigor del Protocolo en materia aeronáutica, está en funcionamiento el Registro Internacional para elementos de equipo aeronáutico. En virtud de lo previsto en el artículo XVII del Protocolo la Conferencia Diplomática propuso (Resolución núm. 2) a la *International Civil Aviation Organization* (ICAO) la asunción de la funciones de Autoridad Supervisora del Registro de equipo aeronáutico. Entre sus competencias (art. 17 del Convenio) se encuentra la de nombrar al Registrador. La compañía *Aviareto*¹⁴, con sede en Dublín, fue seleccionada en 2004 como encargada del Registro Internacional de garantías en elementos de equipo aeronáutico (en adelante, el Registro Internacional), recurso completamente electrónico disponible en www.internationalregistry.aero y se encargará del funcionamiento del Registro durante un período de cinco años desde la fecha de entrada en vigor del Protocolo, transcurrido el cual la Autoridad Supervisora prorrogará el nombramiento por períodos de igual duración o nombrará periódicamente otro Registrador (art. XVII.5. del Protocolo).

Así, en relación con cada Registro, al cuerpo normativo integrado por las disposiciones del Convenio y del Protocolo correspondiente hay que añadir, en un segundo nivel, un conjunto de reglas de carácter más técnico aprobadas por la Autoridad Supervisora correspondiente. En el caso del Registro Internacional para bienes aeronáuticos, en particular, primero en constituirse y en pleno funcionamiento, se han aprobado y han entrado en vigor el mismo día que el Protocolo al que corresponden¹⁵: las *Regulations for the International Registry* (en adelante, el Reglamento, previsto en el art. 1.ff del Convenio) y los *International Registry Procedures* que se refieren a aspectos operativos y procedimentales (en adelante,

¹⁴ www.aviareto.aero.

¹⁵ La Sección 18 del Reglamento y la Sección 21 de los Procedimientos determinan que el propio Reglamento previsto en el artículo XVIII del Protocolo y la versión inicial de los Procedimientos tendrán efecto a partir del día de entrada en vigor del Protocolo. Asimismo, cualquier modificación ulterior del Reglamento o de los Procedimientos surtirá efecto transcurrido un mes desde la fecha de su publicación salvo que la Autoridad Supervisora determine otra cosa. En relación con la publicación, la disposición anterior (Sección 17) establece que la versión auténtica de cualquier modificación del Reglamento o de los Procedimientos será publicada en la publicación oficial de la Autoridad Supervisora. En el caso del Registro Internacional en materia aeronáutica, tal publicación oficial será el *ICAO Journal* y el suplemento de periodicidad mensual *Supplement to the Catalogue of the ICAO Publications and Audio-visual Training Aids*. La versión oficial del Reglamento y de los Procedimientos, según consta en el *ICAO Document 9864*, está publicada en *Uniform Law Review*, 2006-1, pp. 60-82. Las ediciones posteriores (segunda edición 2007, tercera edición 2009, cuarta edición 2010) están disponibles en www.icao.int.

los Procedimientos). Además, en la medida en que es un Registro enteramente electrónico, a todo ello hay que añadir los *Terms and Conditions of Use*, que disciplinan, en un tercer nivel y como en cualquier otro sitio *web*, el acceso a y el uso de las funcionalidades del Registro¹⁶ (con las conocidas disposiciones sobre especificaciones técnicas de los dispositivos de acceso y conexión, el empleo de enlaces a otras páginas, el ofrecimiento del servicio «as is», las prohibiciones de uso, los supuestos de responsabilidad por virus, la titularidad de los datos y la finalidad de uso admisible de los contenidos, protección de datos personales y cláusulas de modificación de la responsabilidad)¹⁷.

De modo que, el bloque que representan el Convenio y cada Protocolo junto con las Regulaciones y los Procedimientos del Registro que, en cada caso, se aprueben, actúa como una estructura autónoma e independiente de reglas y principios que gobiernan las garantías internacionales relativas a cada categoría de elementos de

¹⁶ Así, al estilo de una *merger clause*, la disposición 12.6 de las Condiciones de uso del sitio *web* dispone que:

«These Terms and Conditions, together with the CPS as approved by the Supervisory Authority, and the Convention, Protocol, Regulations and Procedures incorporated by reference into these Terms and Conditions as referred to in Clause 2.1 above, represent the entire understanding, and constitute the whole Agreement, in relation to their subject matter, and supersede any previous agreement between the parties with respect thereto.»

El cumplimiento de las condiciones de uso vigentes en cada momento y publicadas en el sitio *web* se dispone en la Section 4 de los Procedimientos con el siguiente tenor:

«For the purpose of using the International Registry, the following functions fall within the scope of responsibility of each registry user entity:

(...) abiding by the applicable terms and conditions in place from time to time governing use of the International Registry.»

¹⁷ Para un estudio más detenido del contenido de los términos de uso de los sitios *web*, y la problemática asociada a los denominados *browse-wrap agreements*, nuestros trabajos, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Terms of Use, Browse-Wrap Agreements and Technological Architecture: Spotting Possible Sources of Unconscionability in the Digital Era», *Contratto e Impresa. Europa*, 2/2009, Luglio-Dicembre, Anno XIV, pp. 849-869; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Las condiciones de uso de los sitios *web* y los *browse-wrap agreements*», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La Nueva Lex Mercatoria y los nuevos contratos internacionales*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006, pp. 305-346 –también publicado en *Derecho del Comercio Internacional- temas y actualidades (DeCita)*, núm. 5/6, 2006, pp. 43-73. Obsérvese, de hecho, el tenor de la cláusula inicial de las Condiciones de uso del sitio en que opera el Registro:

«These terms and conditions (“Terms and Conditions”) apply to any access to and use of the International Registry for International Interests in Mobile Equipment (Aircraft Equipment) (the “International Registry” or “Registry”) established in accordance with the Convention on International Interests in Mobile Equipment (the “Convention”) and the Aircraft Protocol to the Convention (the “Protocol”) and any associated web pages and services provided by or on behalf of Aviareto Limited (a company incorporated under the laws of the Republic of Ireland) in its capacity as registrar of the Registry (the “Registrar”). Any use of the Registry shall be subject to acceptance of these Terms and Conditions, and before proceeding you must read and accept these Terms and Conditions on behalf of the organisation or person named in your on-line application as the registry user entity (the “Registry User Entity”).»

equipo móvil. De hecho, esta unión compacta entre Convenio y Protocolo toma la denominación general de «Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil aplicado a objetos (respectivamente, aeronáuticos, ferroviarios o espaciales)» (por ejemplo, art. II (2) del Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil).

III. REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS Y PRINCIPALES SOLUCIONES

Desde la década de los 90¹⁸, se suceden iniciativas de muy diverso alcance y diferente naturaleza¹⁹ promovidas por agencias formuladoras supranacionales, tanto de ámbito regional como internacional, para abordar la necesidad de armonización del régimen de las garantías reales mobiliarias en el contexto, generalmente, de las operaciones transfronterizas²⁰.

¹⁸ Ya desde 1969 se comenzó a discutir en la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (en adelante, CNUDMI) la posibilidad de formular un sistema de normas uniformes para las garantías mobiliarias. Tras el estudio encargado al Profesor Ulrich DROGNIĆ y otros trabajos preparados por la Secretaría –Doc. A/CN.9/1311 de 15 de febrero de 1977, Doc. A/CN.9/165 de 17 de mayo de 1977, Doc. A/CN.9/186 de 16 de mayo de 1980–, se concluyó que ante la complejidad del tema resultaba utópica la iniciativa de una regulación mundial uniforme de las garantías mobiliarias y se optó por adoptar aproximaciones específicas o parciales en cuanto al ámbito de aplicación o la naturaleza del instrumento: *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas, Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001, Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995*. De otro lado, en el seno de UNIDROIT, el estudio del Profesor Ronald C.C. CUMING, «International regulation of aspects of security interest in mobile equipment» publicado en *Uniform Law Review*, 1990-I, pp. 62-206, respondía a la propuesta que T.B. SMITH, representante canadiense en el Consejo de UNIDROIT planteó en la sesión de junio de 1988 sobre la necesidad y la viabilidad de abordar la preparación de una convención sobre determinados aspectos de las garantías en bienes de equipo móvil.

¹⁹ 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.

²⁰ La Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994 [*European Bank for Reconstruction and Development Model Law on Secured Transactions* disponible en <http://www.ebrd.com/pages/research/publications/guides/model.shtml> (última consulta 22/11/2012)]; los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997 [*Sound Business Standards and Corporate Practices. A set of Guidelines, by European Bank for Reconstruction and Development*, disponible en <http://www.ebrd.com> (última consulta 22/03/2012)]; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997 [*Acte Uniforme adopté le 17*

Se constata una amplia atención internacional a la regulación de las operaciones garantizadas, en su conjunto o en alguno de sus extremos o manifestaciones, como reflejo, en realidad, de una apreciable preocupación por armonizar una disciplina altamente compleja que acusa una significativa disparidad jurídica. Así, advertida la prevalente función que las operaciones garantizadas desempeñan en el tráfico comercial, toda divergencia y falta de uniformidad se traduce fácilmente en incertidumbre e incremento de los riesgos que entorpecen las transacciones transfronterizas.

Pero, tras el ímpetu con que las diferentes instituciones supranacionales han abordado en el transcurso de casi dos décadas la armonización de las reglas sobre operaciones con función de garantía, se comienza a descubrir que, superada la desatención inicial, el problema que surge ahora es el de la coordinación de las diversas y numerosas iniciativas para compactar un sistema jurídico coherente para las operaciones comerciales internacionales. Ciertamente, esta «exuberancia normativa»²¹ comienza ya a exigir una labor de depuración, ajuste y coordinación, que será la tarea que corresponda desarrollar en el futuro más próximo.

Con todo, la regulación uniforme de las operaciones garantizadas vive, sin duda, un momento de especial esplendor. El empleo de la expresión «operaciones garantizadas» (*secured transactions*) responde a una aproximación amplia e intencionadamente neutral, en términos de forma jurídica, al conjunto de esquemas contractuales con función de garantía (garantías reales mobiliarias, venta con

avril 1997, portant organisation des sûretés (JO Ohada núm. 3 du 1er Octobre 1997), disponible en www.ohada.com (última consulta 22/11/2012)); el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2003 (www.adb.org); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, adoptada en 2001; el propio Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y sus protocolos; el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 2001; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA) disponible en www.oas.org; la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, concluida en 2004; el Convenio de UNIDROIT sobre reglas sustantivas armonizadas para los valores bursátiles en poder de un intermediario, adoptada en Ginebra en octubre de 2009 [disponible en <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm> (última consulta 22/11/2012)], y la Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas también de la CNUDMI en 2007 (con el suplemento de 2010 relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual).

²¹ El riesgo de «exuberancia normativa» no es exclusivo de esta disciplina, de hecho, se observa una tendencia muy similar en otros sectores bien diferentes. Ya empleamos así la misma expresión para calificar el exuberante desarrollo normativo en relación con la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Intermediación en la Red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red», *Revista Española de Seguros*, núm. 142, 2010, pp. 217-259.

reserva de dominio, arrendamiento financiero, etc.) que facilitan las operaciones de financiación. Con esta aproximación se está adoptando una perspectiva funcional, como la que inspira el concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo, pues la intención es sujetar a un régimen jurídico único diversos esquemas contractuales que siendo diferentes en la forma, comparten el desempeño en el tráfico comercial de una similar función de garantía.

Esta intensa y extensa producción normativa en el contexto internacional se apoya en sólidas, aunque no totalmente pacíficas, justificaciones de tipo económico que vertebran las diversas iniciativas. Fundamentalmente, la lógica económica subyacente parte de la premisa de que el mercado de la financiación acusa tres problemas fundamentales –asimetría de información, riesgo moral y selección adversa²²– que los derechos de garantía permiten minimizar²³. Así, en efecto, en primer lugar, la dificultad que acusa el financiador para obtener información fiable sobre la solvencia del deudor y la viabilidad del proyecto que presenta se atenúa al suplir la necesidad de esta información por la valoración directa e inmediata de la garantía prestada. De este modo, se alivian las asimetrías de información entre financiador y el deudor. En segundo lugar, el riesgo moral se gestiona adaptando el valor de la garantía al importe del préstamo, sin asumir el coste social que implica el lento proceso de ajuste de acuerdo con la información histórica de cumplimiento del deudor. En tercer lugar, la petición de garantías mejora las condiciones de los préstamos²⁴ y reduce el impacto de la selección adversa al proporcionar al acreedor una ruta para la

²² FLEISIG, Heywood W., «The proposed UNIDROIT Convention on mobile equipment: economic consequences and issues», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 253-264, en p. 254.

²³ Los derechos de garantía benefician tanto a acreedores como a deudores al reducir el impacto perturbador de la asimetría informativa ofreciendo a los acreedores «señales» sobre la solvencia de los deudores –CHAN, Y.S.; KANATAS, G., «Asymmetric Valuations and the Role of Collateral in Loan Agreements», *Journal of Money, Credit and Banking*, 17 (February 1985), pp. 84-95–. No obstante, asumiendo esta función indicativa del recurso a las garantías, cabe que su uso sea interesado y conscientemente dirigido a crear una falsa apariencia de solvencia, de modo que la señal al mercado adquiera un signo exactamente contrario –RAJAN, R.; WINTON, A., «Covenants and Collateral as Incentives to Monitor», *The Journal of Finance*, 50 (September 1995), pp. 1113-1146–. A la vez además provoca una externalidad negativa con respecto a los acreedores sin garantía. KIENINGER, Eva-Maria, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 8 y 9.

²⁴ De acuerdo con el estudio realizado sobre las principales condiciones de los préstamos –duración, tipo de interés y cuantía del préstamo–, según el naturaleza mobiliaria e inmobiliaria de la garantía prestada, en FLEISIG, Heywood W., «The economics of collateral and of collateral reform», en DAHAN, Frederique; SIMPSON, John (Eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2008, pp. 81-109, p. 86.

recuperación de la deuda, alternativa al éxito del proyecto, del que el prestatario puede no tener mucha información²⁵.

De modo que, un sistema eficiente de derechos de garantía favorecería, en lo que aquí interesa, la adquisición y financiación de determinados bienes de alto valor mediante la reducción de costes²⁶, en particular, en aquellos sectores que por la mayor dependencia tecnológica confían significativamente en las fuentes externas de financiación²⁷.

A pesar de este favorable análisis de eficiencia, el sistema de garantías no está exento de críticas. Se ataca, en particular, desde el punto de vista de las consecuencias distributivas, el refuerzo de la posición del acreedor garantizado frente a los demás acreedores no garantizados²⁸ y, por tanto, el consecuente tratamiento, que se

²⁵ FLEISIG, Heywood W., «The economics of collateral...», *op. cit.*, pp. 84-88

²⁶ Teóricamente, el empleo de garantías genera un conjunto de beneficios asociados esencialmente a la reducción de los costes de agencia, al menor interés aplicado por los acreedores con garantía con respecto a financiación no garantizada, la caída de los gastos derivados por la negociación posterior en casos de incumplimiento y la minimización de la asimetría informativa en el mercado de la financiación –SCHWARTZ, A., «Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories», *The Journal of Legal Studies*, 10 (January 1981), pp. 1-37; SCOTT, J.H., «Bankruptcy Secured Debt and Optimal Capital Structure», *Journal of Finance*, 32 (March 1977), pp. 1-77–. La reducción de costes a lo largo de la cadena de valor y los beneficios asociados a un sistema eficiente de financiación con garantías mobiliarias facilitarían así el acceso a estas fuentes de financiación y, por tanto, a la adquisición de elementos de equipo móvil y el desarrollo de modernos medios de transporte con alta sofisticación tecnológica, a países en todos los estadios de desarrollo, beneficiando, en particular, a aquellos países en vías de desarrollo cuyo acceso a la financiación era difícil o a un elevado coste. GOODE, Roy, «The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 265-274, p. 266. Puesto que un sistema moderno de garantías mobiliarias alienta la economía de un país al incrementar el capital disponible, reducir el coste del crédito y fomentar la inversión. DE LA PEÑA, Nuria, «Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 347-360; PALLARÉS, Beatriz, ALL, Paula María, «Garantías Internacionales: sus fines y repercusiones a nivel internacional. La incorporación de las normas generadas por organismos internacionales en los sistemas jurídicos nacionales», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, vol. 13, abril 2003, pp. 9-31, en p. 11. Así, algunas entidades financieras habrían anunciado su intención de reducir el interés aplicado a financiación concedida a adquirentes de equipos aeronáuticos situados en países que ratificaran el Convenio y el Protocolo aeronáutico –MAURI, Giulia, «La Convenzione di Città del Capo e il protocollo aeronáutico», *Contratto e Impresa / Europa*, 1-2009, pp. 503-522, en p. 504–. El anuncio de *Export-Import Bank of United States* publicado en su página web es revelador de este apoyo de los operadores al Convenio y sus Protocolos (<http://www.exim.gov/news/highlights/capetown.cfm>, última consulta 22/11/2012), ofreciendo menores costes de financiación y reduciendo la exposición al riesgo de las operaciones (del 3% mínimo al 2%, lo que representa un ajuste a la baja de un tercio de la tasa).

²⁷ De modo que la ratificación del Convenio permitiría a aquellos países con un mercado de capital doméstico menos desarrollado acceder a financiación externa y proporcionar credibilidad y confianza en las transacciones internacionales. ZASU, Yoshinobu; SATO, Ikumi, «Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Convention», *European Journal of Law and Economics*, (21 June 2011), pp. 1-25.

²⁸ En su condición de relatores en el Consejo encargado de la revisión del artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense y desde el convencimiento de que la ley debería facilitar la creación de garantías y su transferencia fácil, fiable y económica, los profesores Steven L. Harris y Charles W. Mooney analizan las inquietudes, las reticencias

tacha de «favorecido» o preferencial, que dispensa la legislación a los acreedores que han protegido sus créditos con garantías en detrimento de aquellos otros acreedores cuyo crédito no está garantizado²⁹. Se teme que, de tal modo, el deudor y el acreedor con garantía puedan, en virtud de la constitución de la misma, privar involuntariamente a los acreedores sin garantía de una de sus acciones o de sus remedios como tales para la protección de su crédito. A estas críticas habría además que añadir la advertencia de que la solidez, credibilidad y eficiencia de un sistema de garantías depende fuertemente de la fase de ejecución. En efecto, la capacidad de las garantías para minimizar de forma efectiva los riesgos del mercado de la financiación se basa en la efectividad, la rapidez y el coste de la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento.

La redacción del Convenio parte naturalmente de un análisis económico favorable a la función de las garantías como facilitadoras de las operaciones de financiación en el mercado, pero se convierte en un foro muy sensible a las diferencias de concepción y configuración del modelo normativo bajo las diversas tradiciones jurídicas; divergencias que supera y maneja con maestría en fórmulas conceptuales y organizativas de gran originalidad, algunas de las cuales estudiamos más adelante.

Pues, en efecto, el Convenio debía, a la vez, lidiar con el riesgo de fracaso de la iniciativa en una materia de considerable complejidad, donde la armonización alcanzada era muy escasa y la divergencia entre los enfoques de los sistemas normativos nacionales sobre garantías reales mobiliarias parecía casi irreconciliable. Esta divergencia entre sistemas se había agravado ante las nuevas demandas de la financiación empresarial. El desarrollo de una economía industrial y de servicios para atender las necesidades del tráfico en masa había impuesto nuevas necesidades de financiación empresarial que requerían una profunda adaptación histórica de los mecanismos jurídicos de garantía³⁰. La creciente necesidad de utilizar el patrimonio fijo y circulante de la empresa como garantía para obtener financiación externa había forzado el proceso de

y las teorías más reacias con el sistema de garantías en HARRIS, Steven L.; MOONEY, CHARLES W., Jr., «A Property-Based Theory of Security Interests: Taking Debtors' Choices Seriously», *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, pp. 2021-2072.

²⁹ Comparten estos temores, GILMORE, Grant, quien fue el principal redactor del artículo 9 UCC en su versión original, «The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman», *Georgia Law Review*, vol. 15, 1981, pp. 626-628, en p. 605; LOPUCKI, Lynn M., «The Unsecured Creditor's Bargain», *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, p. 1887.

³⁰ GILMORE, Grant, *Security Interests in Personal Property*, I, Boston 1965, pp. 50 y ss; TUCCI, Giuseppe, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano 1974, pp. 19 y ss.

obsolescencia de las formas tradicionales de garantías mobiliarias. El requisito de la desposesión o desplazamiento del bien, que ha acompañado las fórmulas clásicas de garantía en un contexto pre-industrial, impide que el deudor siga dedicando el bien a su actividad productiva, e impone al acreedor de hecho una carga que no se corresponde con sus expectativas de satisfacción del crédito³¹.

Es este el contexto en el que se impulsa, no sin ciertas muestras de hostilidad en algunos sistemas jurídicos, la concepción y el desarrollo de diversas modalidades de garantía sobre bienes muebles que no imponen la desposesión del deudor, más aún que autorizan al deudor a ciertos actos de disposición sobre los bienes gravados. La cobertura de esta necesidad económica que se presenta sustancialmente análoga en los diversos ordenamientos, encuentra, sin embargo, una respuesta regulatoria muy dispar, que abre un proceso de creciente divergencia de los principios básicos que configuran la adquisición, transferencia y circulación de los derechos reales mobiliarios en Derecho comparado³², acentuado sucesivamente por profundas diferencias en disciplinas concurrentes (materia concursal, cuestiones procesales, derecho de propiedad). Esta seria incompreensión de partida se convierte pronto en un importante obstáculo para las operaciones de garantía transfronterizas; donde no basta la simple armonización de las reglas de conflicto³³, sino que urge una verdadera unificación sustantiva en su reconocimiento y tratamiento jurídicos.

En la satisfacción de esta finalidad de garantía sin el desplazamiento de los bienes, concurren junto a figuras basadas en la estructura de las garantías mobiliarias, otros esquemas negociales que emplean básicamente la propiedad con fines de garantía (reserva de dominio, transferencia fiduciaria de la propiedad, *leasing* con opción de compra). El proceso de asunción normativa y de reconocimiento jurisdiccional de estos diversos mecanismos se caracteriza, sin embargo, en muchos ordenamientos europeos por la fragmentariedad, la excepcionalidad, y un histórico formalismo que contrasta³⁴ con la aproximación funcional que sostiene la categoría

³¹ De un lado, la desposesión del deudor ocasiona al acreedor costes derivados de la custodia y conservación del bien y, de otro, merma con su exclusión del proceso productivo la capacidad del deudor para satisfacer su crédito con el resultado de su actividad. GOODE, Roy, *Legal Problems of Credit and Securities*, 2nd Ed., London: Sweet & Maxwell, 1988, pp. 13 y ss. (la tercera edición de la obra está publicada en 2003).

³² VENEZIANO, Anna, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di Diritto Comparato e di Diritto del Commercio Internazionale*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 18.

³³ TUCCI, Giuseppe, «Towards a transnational commercial law for secured transactions: the preliminary draft UNIDROIT Convention and Italian Law», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 371-396, en p. 374.

³⁴ Tradicionalmente, el artículo 9 UCC se ha considerado como una de las disposiciones más innovadoras del *Uniform Commercial Code* y la condensación del más

legislativa de *non-possessory security interests* en el ordenamiento estadounidense, o la noción de *besitzlose Mobiliarsicherheiten* con la que la doctrina alemana ha racionalizado las figuras atípicas de garantía reafirmadas por la práctica comercial y legitimadas por la jurisprudencia.

Por ello, la formulación de un concepto autónomo y *sui generis* de garantía internacional y la creación de un Registro Internacional, piezas centrales del sistema diseñado por el Convenio y sus Protocolos para proteger a los acreedores con garantía, representan dos soluciones de significativa importancia en la regulación internacional³⁵.

La iniciativa de UNIDROIT responde así a una doble consideración. De un lado, a razones de tipo legal, la necesidad de superar las inadecuadas normas de conflicto basadas en la *res sitae* para bienes naturalmente móviles y alcanzar un nivel de unificación sustantiva entre los diversos y divergentes ordenamientos nacionales. Pues aunque se hubiera optado por la formulación de una regla de conflicto uniforme, la profunda disparidad entre los regímenes nacionales en cuanto al reconocimiento de las garantías no posesorias, la disponibilidad y modo de ejercicio de las medidas en caso de incumplimiento y la gestión de la prioridad entre garantías concurrentes, requería la redacción de normas sustantivas uniformes en la materia³⁶. De otro lado, a motivos económicos, la confianza en que un sistema eficiente de garantías mobiliarias facilite el acceso, la adquisición y la financiación de determinados equipos de elevado valor³⁷, en particular, a deudores de países emergentes o en vías de desarrollo³⁸.

acertado enfoque funcional en la disciplina de las operaciones garantizadas. Ha influido intensamente en algunas iniciativas legislativas en otros ordenamientos nacionales, como la *Personal Property Security Act* canadiense, y parece igualmente haber inspirado recientes textos internacionales. La indiscutible victoria del funcionalismo sobre el formalismo no parece, sin embargo, una cuestión pacífica —BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, *Formalism, Functionalism...*, *op. cit.*

³⁵ GOODE, Roy, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, 2008, p. 1.

³⁶ GOODE, Roy, «The International Interest as an Autonomous Property Interest», *European Review of Private Law*, vol. 12, núm. 1, 2004, pp. 18-25, en p. 19.

³⁷ *Ibidem*, p. 20; STANFORD, Martin J., «The New Regime: Its History and Future after South Africa», *European Review of Private Law*, vol. 12, núm. 1, 2004, pp. 9-17, pp. 12 y 13.

³⁸ Un propósito que parece verse confirmado al comprobar los países que hasta la fecha (22/11/2012) han firmado y ratificado (aceptado, aprobado o adherido a) la Convención y el Protocolo. La lista de los firmantes recorre con toda amplitud el rango de países desarrollados, en vías de desarrollo, emergentes y menos adelantados. Para conocer el estado de los diversos instrumentos adoptados por UNIDROIT, puede consultarse su *web* <http://www.unidroit.org/english/implement/i-main.htm>.

IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

El Convenio, en conjunción con sus protocolos sectoriales, regula la constitución y los efectos de las garantías internacionales sobre ciertas categorías de elementos de equipo móvil, de acuerdo con una escueta declaración en su artículo 2.1. En el centro de esta definición del ámbito material del Convenio se encuentra indiscutiblemente el concepto de garantía internacional, producto original y de gran fuerza uniformadora sobre el que se asienta el sistema de reglas de Ciudad del Cabo. Pero antes de descubrir esta noción clave sobre la que giran las disposiciones del Convenio y el esquema registral, para determinar la aplicación del Convenio debe comprobarse la concurrencia de una serie de condiciones. De un lado, los requisitos que conforman el propio concepto de garantía internacional, que no aparece definido más que por la satisfacción de ciertos requisitos objetivos, formales y contractuales (arts. 2 y 7). De otro, los necesarios factores de conexión por los que ha optado el Convenio para determinar su ámbito de aplicación territorial.

IV.1 REQUISITOS DE APLICACIÓN Y FACTORES DE CONEXIÓN

En primer lugar, con respecto al ámbito de aplicación territorial del Convenio, el artículo 3 precisa el factor de conexión determinante para la aplicación del Convenio (sin perjuicio de los factores de conexión que puedan añadir los Protocolos). De acuerdo con esta disposición, el Convenio se aplica cuando, en el momento de celebrar el contrato, el deudor se encuentra situado en un Estado contratante. 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–. El lugar en el que esté situado el acreedor es, sin embargo, irrelevante para determinar la aplicación del Convenio.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de aplicación objetivo o material, de acuerdo con el artículo 2, el Convenio se aplica a las garantías internacionales. A los efectos del Convenio, una garantía internacional es una garantía en la que concurren los siguientes elementos definitorios: un elemento contractual, un elemento objetivo y un elemento formal. En la explicación de estos

elementos vamos a utilizar literalmente la terminología empleada por el Convenio en su versión española para asegurar la máxima precisión, garantizar su interpretación uniforme y evitar posibles confusiones con conceptos o instituciones nacionales con los que pueden no coincidir plenamente. Por ello, en ocasiones, las expresiones pueden resultar poco comunes y algo extrañas en nuestra literatura jurídica.

a) Elemento contractual (art. 2.2)

Una garantía internacional es una garantía creada o prevista por un contrato de los establecidos en el Convenio. El término «contrato», a los efectos del Convenio, designa únicamente tres tipos de contratos: un contrato constitutivo de garantía³⁹, un contrato con reserva de dominio⁴⁰, o un contrato de arrendamiento, que son, por tanto, los contratos susceptibles de constituir, crear o prever una garantía internacional si los demás requisitos necesarios concurren. Así, una garantía internacional podrá ser, alternativamente, la dada por el otorgante en virtud de un contrato constitutivo de garantía, la que corresponde al vendedor condicional en un contrato con reserva de dominio o la que corresponde al arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento.

El propio Convenio, por tanto, define qué entiende por cada uno de los tipos de contratos de los que puede derivar, en sentido amplio, una garantía internacional. Con respecto al contrato de arrendamiento, es interesante precisar que el Convenio lo define como un contrato por el cual «un arrendador otorga el derecho de poseer o de controlar un objeto (con o sin opción de compra) a un arrendatario a cambio de un alquiler u otra forma de pago»⁴¹. Por

³⁹ «Contrato constitutivo de garantía» designa un contrato por el cual el otorgante da o conviene en dar al acreedor garantizado un derecho (incluso un derecho de propiedad) sobre un objeto para garantizar el cumplimiento de una obligación presente o futura del otorgante o de un tercero

⁴⁰ «Contrato con reserva de dominio» designa un contrato para la venta de un objeto con la estipulación de que la propiedad no se transferirá mientras no se cumplan las condiciones establecidas en el contrato.

⁴¹ En lo que se refiere precisamente a los contratos de arrendamiento, 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, que el Convenio reemplazará a la *Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional*, firmada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, en relación con los objetos aeronáuticos. 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.

tanto, en la definición que del contrato de arrendamiento hace el Convenio no hay referencia a la finalidad de financiación ni se sujeta a requisitos o límites adicionales de carácter temporal o formal. En este sentido, a los efectos del texto internacional, todo contrato en virtud del cual el arrendador otorga al arrendatario el derecho a poseer o controlar un objeto a cambio de una remuneración se trata como contrato de arrendamiento (con o sin opción de compra) aunque, teóricamente, carezca de finalidad financiadora. No hay, por tanto, reconocimiento uniforme de la eventual distinción entre el arrendamiento ordinario y el financiero que la ley nacional aplicable contemple⁴².

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 algunos de los objetos de su ámbito de aplicación basta con un acuerdo de los citados 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.

Si se observan nuevamente los contratos que el Convenio considera como susceptibles de crear o prever una garantía internacional, se percibe de inmediato que todos ellos responden a estructuras convencionales con función de garantía pero, sin embargo, no todos tienen el mismo tratamiento en el Derecho nacional. Por eso, este modelo elegido por el Convenio respondería a un enfoque funcionalista que agrupa las soluciones jurídicas por su función, no por su forma, frente al llamado enfoque formalista, que obvia la función para fijarse sólo en la configuración formal de las figuras jurídicas. A partir de su calificación como garantía internacional, como veremos más adelante (*infra* Parte V), el Convenio le aplica un régimen uniforme (con ciertas matizaciones que trataremos a continuación) en cuanto a su perfección y oponibilidad frente a terceros, sus efectos en caso de insolvencia, los remedios del acreedor ante el incumplimiento del deudor y las reglas de prioridad y, sobre todo, le abre el acceso al Registro Internacional. De este modo, por ejemplo, se eluden los obstáculos doctrinales que impiden el acceso al registro de situaciones jurídico-obligacionales relacionadas con los bienes, al asociar a su inscripción y

⁴² DESCHAMPS, Michel, «Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», *Rev.Dr.Unif./Uniform Law Review*, 2002-1, pp. 17-48, en p. 27.

no a su naturaleza la oponibilidad frente a terceros. De este modo, sin prejuzgar la calificación real u obligacional del derecho, la eficacia frente a terceros se vincula al cumplimiento de las necesarias medidas de publicidad a través de su inscripción en el registro⁴³. Con ello se pretende reforzar la seguridad jurídica y agilizar el tráfico económico⁴⁴.

b) Elemento objetivo (art. 2.3)

El Convenio parte de una muy precisa delimitación objetiva de los elementos de equipo sobre los que puede constituirse, crearse o preverse una garantía internacional. Esta delimitación objetiva, que además se instrumenta con la original estructura dual (Convenio-Protocolo), hace más viable, en realidad, la formulación de soluciones eficaces en una materia de tanta complejidad porque atiende las necesidades específicas de tres sectores concretos y parte de las especialidades de tres categorías de objetos. Los sectores que cubre el Convenio, a través de sus Protocolos, son el aeronáutico (objetos aeronáuticos), el ferroviario (material rodante ferroviario) y el espacial (bienes espaciales). La selección de estos sectores en particular se basa en dos tipos de consideraciones. De un lado, la identificación de determinados parámetros económicos que concurren en los tres sectores y que resultan determinantes de la urgencia de la armonización normativa (sectores intensivos en capital, naturaleza cíclica, estructura competitiva, complejidad técnica y alto valor de los bienes)⁴⁵. Y, de otro lado, la concurrencia de una serie de cuestiones fácticas que aconsejaban especialmente la superación en tales sectores de inadecuadas reglas de conflicto basadas en la *lex situs*⁴⁶ y de divergentes

⁴³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid: Civitas, 1995, pp. 342-343.

⁴⁴ PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad: una propuesta de lege ferenda*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 115.

⁴⁵ 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. Rasgos que comparten el sector ferroviario y la industria aeroespacial, objeto de los dos Protocolos que han seguido la aprobación del relativo al equipo aeronáutico.

⁴⁶ 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.

enfoques sustantivos de los sistemas nacionales⁴⁷ sobre las garantías mobiliarias y la transmisión de la propiedad (movilidad inherente de los equipos, identificación única, natural carácter transfronterizo, habituales estructuras de co-financiación internacional). Estas razones justifican la delimitación objetiva del ámbito de aplicación del Convenio en virtud de tres categorías de objetos que detallamos a continuación.

Por tanto, el contrato que constituye, crea o prevé una garantía internacional ha de referirse a un objeto que cumple dos condiciones. Primero, que sea un objeto identificable inequívocamente. Segundo, que corresponda a alguna de las categorías de elementos de equipo móvil previstas en el artículo 2.3, pero tal y como queden especificadas en el Protocolo correspondiente. Las categorías de elementos de equipo móvil, cada una de las cuales dispone de un Protocolo, son: *a)* las células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; *b)* material rodante ferroviario; y *c)* bienes de equipo espacial. No encontramos entre las definiciones con las que el Convenio abre su articulado (art. 1) una descripción más precisa, ni siquiera una referencia concreta a los elementos de equipo móvil que definen el ámbito objetivo de los contratos que crean o prevén la garantía internacional. En efecto, el detalle, las definiciones y ciertas precisiones ulteriores sobre las categorías de objetos se encuentran en el Protocolo correspondiente. Por todo ello, una delimitación precisa del ámbito de aplicación del Convenio requiere el estudio conjunto de las disposiciones del Convenio a las que nos hemos referido (arts. 2, 3, 4 y 7) y las reglas específicas contenidas en cada Protocolo.

⁴⁷ 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-María, *Security Rights...*, *op. cit.*, 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 Movable and Intangibles», en NORTON, Joseph J.; ANDENAS, Mads (Ed.), *Emerging Financial Markets...*, *op. cit.*, 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.

c) Elemento formal

El contrato que crea o prevé la garantía internacional en relación con alguna de las tres categorías de objetos indicadas debe satisfacer una serie de requisitos formales previstos en el artículo 7 del 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 garantizadas⁴⁸. Son estos los únicos requisitos formales que el Convenio exige para la constitución de una 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 del Convenio) 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 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.

IV.2 EL CRITERIO DE INTERNACIONALIDAD Y LAS «TRANSACCIONES INTERNAS»

Tras este primer vistazo al ámbito de aplicación, observamos con cierta sorpresa que el calificativo de internacional que acompaña a la noción de garantía no parece derivarse de forma inmediata de ningun-

⁴⁸ 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.; GILLICK, John E., *Aviation Law. Cases, Laws and Related Sources, Chapter 15. Aircraft Ownership and Financing*, Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 793.

no de sus elementos caracterizadores. En efecto, en la redacción del Convenio se ha optado por una original y práctica fórmula de determinación del carácter internacional de la materia regulada. A diferencia de otros instrumentos de Derecho Uniforme, el Convenio no aborda la cuestión de la internacionalidad de forma autónoma, ni siquiera especifica sus requisitos expresamente. Con gran acierto, el Convenio anuda la definición de internacionalidad a la naturaleza misma de los bienes cubiertos por su ámbito de aplicación. Más aún, la raíz de la dificultad que plantea la regulación de las operaciones garantizadas transfronterizas relativas a bienes de equipo móviles se encuentra precisamente en su potencial pero imprevisible, y no siempre contrastable, movilidad. Así, con la fórmula elegida el Convenio ataca certeramente el origen mismo del problema. La internacionalidad de las transacciones se presume vinculada a la inherente movilidad de bienes que por su función o actividad son naturalmente (o al menos potencialmente) transfronterizos⁴⁹ o por su estado, eventualmente a-territoriales (los objetos espaciales). Por tanto, la inherente movilidad de los objetos aeronáuticos, el material rodante ferroviario y los bienes espaciales es suficiente para atribuir a la operación carácter internacional sin que haya de concurrir en la transacción necesariamente ningún otro elemento transfronterizo.

Por consiguiente, esta aproximación implica que el Convenio pueda aplicarse 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, pues la naturaleza del objeto le confiere ya el carácter internacional. 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)⁵⁰. Por ello, la fórmula de la internacionalidad implícita en la naturaleza de los bienes responde a un enfoque pragmático que supera racionalmente esta dificultad fáctica de partida, la potencial movilidad del objeto.

Esto implica, por tanto, que el texto uniforme que estudiamos, a diferencia de otros instrumentos internacionales, no hace depender

⁴⁹ La característica esencial que acompaña a la aeronave como elemento central del Derecho Aeronáutico y medio para el desarrollo principal de la actividad aérea es su movilidad, lo que arrastra a su vez la posibilidad de entrada y salida en diversas jurisdicciones estatales. PARADA VÁZQUEZ, José Daniel, *La relación jurídica aeronáutica*, Barcelona: Cedecs, 1998, p. 230.

⁵⁰ GOODE, Roy, *Official Commentary, op. cit.*, Comment 1, artículo 50, p. 154.

su aplicación de la existencia de un componente transfronterizo en la transacción (p. e. que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes). De ello resulta, como decíamos, que el cuerpo de normas del Convenio puede resultar aplicable a transacciones puramente internas. Una eventual actitud reacia de algunos Estados a renunciar totalmente a la aplicación de su Derecho interno, sin embargo, aconsejó arbitrar un mecanismo de limitación del alcance del Convenio con respecto a las transacciones puramente internas. Así, cualquier Estado parte puede emitir una declaración en el momento mismo de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación (art. 50 del Convenio) o en un momento cualquiera posterior (art. 57 del Convenio), en virtud de la cual declare que el Convenio no se aplicará a aquellas transacciones que se consideren transacciones internas con respecto a ese Estado y en relación con todos los tipos de objetos o algunos de ellos.

La primera cuestión que hay que resolver es qué debemos entender por una «transacción puramente interna», de la que resulta una «garantía nacional». Técnicamente, no nos encontramos ante una garantía nacional si no se dan cumulativamente 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 50. Si no se satisface alguno de estos elementos, el Convenio resultará aplicable íntegramente a la transacción y a la garantía por ella creada o provista⁵¹.

A los efectos de determinar cuándo se considera que un objeto está localizado en un determinado Estado, el Convenio se remite al Protocolo. En lo que se refiere a los objetos aeronáuticos, por ejemplo, es el artículo IV(2) el que nos proporciona los factores específicos de conexión a los efectos de la calificación de una «transacción interna». La diversidad de objetos aeronáuticos cubiertos por el Protocolo, así como su diverso tratamiento registral en los entornos nacionales, justifican la previsión de 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

⁵¹ GOODE, Roy, *Official Commentary, op. cit.*, Comments 15 y 19, artículo 1, pp. 53 y 54.

Estado de su matrícula para situar un helicóptero, pues es objeto de matriculación propia.

De todos modos, aunque nos encontremos antes «garantías nacionales» respecto de las cuales el Estado parte haya emitido la pertinente declaración de inaplicación del Convenio a las «transacciones internas», la exclusión de las normas uniformes no es total. 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 [art. 1(t) del Convenio] en el Registro Internacional. Por ello, es un elemento definitorio de la noción de garantía nacional el requisito de su inscripción previa y efectiva en un registro nacional como mecanismo para asegurar la posible transmisión al Registro Internacional del aviso de su creación a efectos de la adecuada aplicación de las reglas de prioridad del Convenio. 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. 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 disposiciones aplicables a garantías o derechos inscritos (Capítulo V, en particular, y además arts. 30, 35.1 o 40 del Convenio).

La previsión de esta técnica de aplicación limitada del Convenio mediante la declaración del artículo 50 por parte del Estado contratante tiene una doble lectura. De un lado, en la medida en que la declaración de inaplicación se generalice, afecta inevitablemente a la uniformidad del régimen jurídico establecido en el texto de Ciudad del Cabo, quedando esencialmente reducido a las transacciones internacionales de mayor envergadura. Ciertamente este riesgo, hasta el momento, se presenta como bastante improbable y su impacto en la uniformidad es altamente reducido pues puede comprobarse en el estado de ratificaciones del Convenio que la inmensa mayoría de los Estados y, desde luego, lo más activos en el sector aeronáutico, han renunciado a declarar la inaplicación de las reglas del Convenio a las transacciones internas en la extensión permitida por el artículo 50⁵². De otro lado, sin embargo, la aplica-

⁵² Disponible de forma actualizada en <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-2001-convention.pdf> (última consulta 22/11/2012). Como referencia, de los 52 Estados contratantes 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, Ucrania y Turquía).

ción limitada del Convenio a las transacciones internas a pesar de la declaración y, sobre todo, la posibilidad de que se aplique íntegramente si el Estado parte no opta por recurrir a esta técnica convencional de exclusión (art. 50 del Convenio), como ha sido la tendencia dominante desde su aprobación, han sido interpretadas desde algunos frentes de forma desfavorable. Se argumenta que puesto que el Convenio parece diseñado para las grandes transacciones internacionales su aplicación a las transacciones internas, en particular, de menor envergadura económica, supone una importante carga en este tipo de operaciones y representa una desventaja competitiva apreciable cuando la operación se concluye con fines exclusivamente domésticos⁵³. A nuestro entender, sin embargo, las críticas que se hacen en este sentido y todas las propuestas que se presentan para atenuar este hipotético desbalance implican una renuncia poco valorada a la uniformidad que vertebra el sistema de Ciudad del Cabo. Por tanto, si bien podrían arbitrarse, si fuera preciso, algunas medidas relativas a los costes de la inscripción o los trámites registrales, nos parece esencial que el ámbito de aplicación del Convenio y sus protocolos sea lo más ambicioso posible y reduzca las zonas de sombra por motivos e intereses nacionales.

V. EL CONCEPTO DE GARANTÍA INTERNACIONAL EN EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO: UN MODELO CIRCULAR, EN DOS NIVELES Y DE BASE FUNCIONAL

Esbozado en el apartado anterior el ámbito de aplicación del Convenio, nos vamos a centrar ahora en el análisis del concepto de garantía internacional alrededor del que gravita el cuerpo de normas uniformes del sistema de Ciudad del Cabo. El modelo que adopta el Convenio para construir e instrumentar el concepto de garantía internacional responde, en nuestra opinión, a un modelo con tres rasgos definitorios: circular, en dos niveles y de base funcional. Con este modelo, que explicamos a continuación con más detalle, el sistema de Ciudad del Cabo adopta una interesante fórmula de armonización mediante una respuesta uniforme a los problemas pero sensible a las tradiciones jurídicas.

El Convenio de Ciudad del Cabo viene a integrarse en el cada vez más amplio y ambicioso sistema de Derecho Uniforme del Comer-

⁵³ BOLIVER, Angie, «Square Pegs in a Round Hole? The Effects of the 2006 Cape Town Treaty Implementation and Its Impact on Fractional Jet Ownership», 72 *Journal of Air Law & Commerce*, pp. 529-560, en p. 558.

cio Internacional (DUCI). Es un texto de Derecho Uniforme que implica no un simple acercamiento de las normas de conflicto, sino una verdadera unificación sustantiva del reconocimiento y el tratamiento jurídico de las garantías con objeto de facilitar la financiación para la adquisición y el uso de determinados elementos de equipo móvil de gran valor o particular importancia económica. Esta iniciativa uniforme ha debido así lidiar con materias que acusaban una profunda disparidad en Derecho Comparado, la adquisición, transferencia y circulación de los derechos reales mobiliarios; una divergencia que se agravaba al abordarse otras disciplinas necesariamente concurrentes (Derecho concursal, Derecho procesal o cuestiones de derecho de la propiedad y derechos reales). Por ello, el esfuerzo realizado y los resultados alcanzados con el texto de Ciudad del Cabo representan un significativo avance en el proceso de construcción del Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

Con todo, la sensibilidad jurídica de ciertas cuestiones vinculadas a la transmisión de la propiedad y la adquisición y circulación de derechos reales mobiliarios aconsejó, en todo momento, la adopción de una estrategia contundentemente uniforme pero prudentemente pragmática. Para ello, el Convenio adopta curiosas fórmulas en dos niveles haciendo partícipe a la ley nacional, integra concepciones nacionales en la configuración del concepto de garantía internacional y acepta ciertas remisiones a la legislación nacional aplicable [sobre la calificación de la garantía internacional (art. 2.2-2.4); sobre las medidas adicionales y las medidas provisionales a favor del acreedor (arts. 12 y 13); sobre la subrogación legal y contractual (arts. 16.1.c y 38.1); sobre el tratamiento de los derechos relativos a elementos instalados o extraídos de un objeto de los regulados por el Convenio (arts. 29.7); sobre la eficacia en caso de insolvencia de una garantía internacional no registrada (art. 30.2)]. Soluciones que pretendían asegurar la viabilidad del proyecto uniforme sin comprometer su estabilidad y coherencia. De este modo, la sensibilidad hacia las tradiciones jurídicas nacionales no sólo actúa como una regla de utilidad para gestionar el compromiso sino que se convierte en un verdadero principio inspirador de todo el texto.

La muestra más significativa de cómo articular con maestría soluciones uniformes con conceptos de difícil armonización según las diversas tradiciones jurídicas es precisamente la creación del concepto autónomo, *sui generis* y unitario de «garantía internacional» en el Convenio.

En efecto, una de las mayores dificultades que tuvo que superar el Convenio a lo largo de su proceso de elaboración fue la profunda

divergencia en el tratamiento jurídico dispensado en el Derecho Comparado a los diversos esquemas de financiación garantizada con activos (*asset-based*). Mientras que en países del *common law* –si bien el debate no responde en absoluto a la dicotomía *civil law-common law* pues el modelo funcionalista no es acogido en modo alguno por todos los ordenamientos que responden a esta tradición jurídica–, principalmente Estados Unidos, Canadá o, más recientemente, Nueva Zelanda, pero también la India y países de Europa central y oriental, la posición del vendedor en un contrato de venta con reserva de dominio o del arrendador en determinados contratos de leasing se equipara al titular de un derecho de garantía; en la mayoría de los restantes sistemas legales, se marca una clara distinción entre los contratos típicos de garantía y otros esquemas contractuales, como el contrato de venta con reserva de dominio o ciertos contratos de leasing, que, aun cumpliendo una función de garantía, confieren al vendedor y al arrendador, respectivamente, facultades y derechos propios de un auténtico propietario. Esta insalvable brecha entre sistemas jurídicos, que se puede condensar en el conflicto «funcionalismo *versus* formalismo», levantaba obstáculos aparentemente insuperables para un completo proceso de armonización.

Con maestría y grandes dosis de originalidad, pero resultando en una solución muy compleja y que implica renunciar a la plena uniformidad y a una completa autonomía, el Convenio diseña un modelo que nosotros calificamos como un modelo circular, en dos niveles, y de base funcional. En efecto, en primer lugar, se mueve en dos niveles, el internacional que proporcionan las reglas del Convenio (y Protocolos) y el nacional que constituyen las normas de Derecho interno de la ley aplicable que resulte de las normas de conflicto del tribunal que conoce el caso. En segundo lugar, funciona de un modo circular, es decir, parte del Convenio para definir la garantía internacional, desciende a la ley aplicable para llevar a cabo el proceso de caracterización del acuerdo y retorna al Convenio para aplicar en consecuencia las medidas en caso de incumplimiento correspondientes y las reglas de prioridad. Y, en tercer lugar, se basa en una aproximación funcional para definir el concepto de garantía internacional que le permite agrupar diversos esquemas de financiación garantizada con activos independientemente de su forma jurídica.

Primero, expliquemos con más detenimiento la calificación del modelo como un modelo en dos niveles. Ya hemos mencionado que uno de los principios que ha guiado la redacción del Convenio y que seguramente ha sido responsable, en gran medida, del éxito

del texto internacional, es la sensibilidad de estas reglas uniformes a las diversas tradiciones jurídicas nacionales. En este punto, en particular, se refleja con toda intensidad este principio. Para determinar la completa caracterización de una garantía internacional y asociarle un régimen jurídico de efectos y prioridades es preciso tomar en consideración reglas internacionales uniformes, las del Convenio (y sus Protocolos) y normas internas nacionales. Los dos niveles a los que nos referidos son, por tanto, el internacional (Derecho uniforme) y el nacional (Derecho interno no uniforme).

El proceso es el siguiente. En primer lugar, es el texto internacional el que establece los requisitos y condiciones que han de satisfacerse para que se constituya una garantía internacional, como ya hemos explicado: que se refiera a un objeto comprendido en alguna de las categorías enumeradas en el artículo 2.3 y que sea inequívocamente identificable; que se cumplan los requisitos de forma del artículo 7; y que se cree o prevea en virtud de un contrato constitutivo de garantía, un contrato de venta con reserva de dominio o un contrato de arrendamiento. Por tanto, el primer filtro requiere comprobar que, según las definiciones del Convenio, estamos ante uno de estos tipos de acuerdos. En segundo lugar, hay que dirigirse a la legislación nacional aplicable (según la define el art. 5.3 del Convenio) para calificar o recalificar el acuerdo (y, en consecuencia, el derecho resultante) según las categorías nacionales, pero en relación con los tipos de acuerdos que regula el Convenio (art. 2.4 del Convenio). Es decir, se comprueba, por ejemplo, si la legislación nacional aplicable califica el derecho del vendedor con reserva de dominio como un auténtico derecho de propiedad o como un derecho de garantía. Este proceso de caracterización es esencial para volver de nuevo al Convenio y aplicar, en cada caso, las medidas ante el incumplimiento que correspondan (Capítulo III del Convenio) a tal calificación y otras disposiciones como, por ejemplo, las referidas a los efectos frente a terceros de las garantías internacionales (art. 29.4 del Convenio). Hay medidas previstas para el «acreedor garantizado» (arts. 8 y 9) y medidas disponibles para el «vendedor condicional» y el «arrendador», esencialmente como propietarios. Si la ley aplicable trata al vendedor condicional como el titular de una garantía, le aplicará entonces las medidas correspondientes al «acreedor garantizado».

Con este complejo sistema, el Convenio consigue dotar de uniformidad al concepto de garantía internacional, en su definición y en su régimen jurídico (medidas ante el incumplimiento, con las precisiones realizadas, y reglas de prioridad), internalizando las divergencias nacionales en la fase de caracterización.

Segundo, detengámonos ahora en la explicación de nuestra descripción del modelo como un modelo circular. De las explicaciones anteriores se deduce fácilmente que para que jueguen los dos niveles (nacional-internacional) pero, a su vez, el sistema en su conjunto garantice la uniformidad de las reglas sustantivas y la autonomía del concepto de garantía internacional, es preciso partir del Convenio y, tras pasar por el Derecho interno no uniforme aplicable, volver a las disposiciones del texto internacional. Así, cerramos el círculo y lo hacemos en sede uniforme.

Tercero, veamos ahora en qué medida se puede calificar como un modelo de base funcional y qué efectos tendría esta calificación. En efecto, el modelo que acabamos de definir parte de una previa decisión del legislador uniforme por adoptar un enfoque funcionalista, propio de algunos países del *common law*, pero, insistimos, no necesaria ni exclusivamente asociado a estos sistemas legales⁵⁴, frente a un enfoque que llamaríamos formalista, mayoritariamente compartido por gran parte de los restantes sistemas jurídicos del Derecho Comparado. Un modelo funcionalista refleja la filosofía de la prevalencia de la «sustancia sobre la forma» («*substance over form*») para el tratamiento de los fenómenos socioeconómicos. Por tanto, el elemento determinante para sujetar una operación a un cierto régimen jurídico es la función que cumple. No es relevante la forma ni lo es tampoco quién tenga el título sobre el objeto de la garantía (sea el vendedor condicional como acreedor el propietario de la cosa con reserva de dominio, o sea el deudor el propietario de la cosa dada en garantía). Con esta aproximación funcionalista, el Convenio trata de ofrecer una fórmula de armonización entre tradiciones jurídicas tan divergentes en el Derecho Comparado. Y es que a la dificultad derivada del dispar tratamiento jurídico de los esquemas con función de garantía, se unen los inconvenientes asociados a la ambigüedad del término «garantía» en el lenguaje jurídico y su abrumadora heterogeneidad. Partiendo de la amplia consideración de que garantía es cualquier medida destinada a asegurar la efectividad del crédito, confiriendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que refuerza su posición para la tutela del crédito, su expectativa de cumplimiento de la prestación⁵⁵, no extraña la generosa y funcio-

⁵⁴ Tras su adopción por Canadá en la *Personal Property Security Act*, países tan dispares como Nueva Zelanda, Gaza y Cisjordania han mostrado su intención de seguir el modelo del artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense. BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism...», *op. cit.*, p. 570. Pero no lo han hecho el Reino Unido ni la provincia de Quebec de tradición romanista en el contexto del modelo funcionalista canadiense.

⁵⁵ Voz «Garanzia», por Michele FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milano: Giuffrè Editore, 1969, pp. 446-466.

nal delimitación del elemento contractual con la que el Convenio define su ámbito de aplicación objetivo.

Desde una perspectiva finalista tan amplia, la clasificación de las garantías por el fin que desempeñan más que por su denominación o su régimen jurídico⁵⁶ resulta considerablemente enriquecido por figuras que, tradicionalmente ausentes en la rigurosa presentación de las garantías reales y personales, cumplen, sin embargo, funciones de garantía igualmente efectivas en las transacciones comerciales. Así, junto con las garantías reales típicas como la prenda, la hipoteca y la anticresis, han de colocarse los supuestos en los que se transmite al acreedor, al menos aparentemente, un derecho o una cosa (*fiducia cum creditore*); la reserva de dominio a favor del acreedor hasta el cumplimiento de la obligación asegurada; la atribución de facultades posesorias sobre ciertas cosas o dinero como el derecho de retención⁵⁷ o incluso las arras. Mientras, en las garantías personales –que, en este contexto, sin embargo, no son objeto de nuestra atención–, se atribuye al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto con el deudor (solidaridad en función de garantía) o en sustitución de éste (aval o fianza). Pero incluso, la práctica en el tráfico jurídico ha empleado otras figuras con similar función de garantía como la imposición al deudor de una prestación adicional en caso de incumplimiento (pena convencional) o la propia condición resolutoria que obliga a restituir en caso de ejercicio de la facultad resolutoria que se concede al transmitente.

En particular, el sistema presidido por el Convenio de Ciudad del Cabo, partiendo de una atenta observación de la operativa de los sectores económicos a los que se dirige y de las prácticas de

⁵⁶ No se puede decir, en absoluto, que este enfoque finalista que implica agrupar bajo el mismo régimen jurídico cualquier acto o contrato que, con independencia de su articulación y de la denominación que las partes hayan deseado darle, persiga idénticos fines económicos sea ajeno a nuestro ordenamiento. El artículo 3 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, *de Venta a Plazos de Bienes Muebles* al definir el contrato de venta a plazos emplea esta técnica de equiparación funcional:

«A los efectos de esta Ley, se entenderá por venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo.

También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica o la denominación que las partes les asignen, mediante las cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos.» (la cursiva es nuestra).

⁵⁷ El derecho de retención carece de la facultad de realización del valor de la cosa cuya posesión se faculta a retener por el acreedor hasta el cumplimiento de cierta obligación. En este sentido, no satisface las coordenadas de una verdadera garantía real. 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 p. 552.

financiación en la industria, limita su ámbito de aplicación a las operaciones garantizadas con base en activos. En definitiva, el Convenio ha querido considerar como garantía internacional todo aquel derecho o interés que se emplee en las operaciones de financiación para la adquisición y el uso de ciertos elementos de equipo móvil en el sector aeronáutico, ferroviario y espacial con una función de garantía; destinadas, por tanto, a modificar el régimen general de la responsabilidad universal del deudor y la igualdad de los acreedores, mediante el otorgamiento al acreedor de un derecho sobre determinados bienes muebles y de cierta prioridad en el cobro de su crédito en relación con el resto de los acreedores⁵⁸. La pluralidad de posibles figuras jurídicas que comparten esta función es sin duda amplia y altamente heterogénea. La cuestión es, por ejemplo, que, si bien la reserva de dominio en un contrato de venta cumple, desde luego, esta función de garantía, no se califica estrictamente como garantía por muchos ordenamientos jurídicos sino rigurosamente como derecho de propiedad. Frente a la opción formalista que significaría aceptar y asumir estas diferencias de naturaleza y de trato para establecer normas diferentes, el Convenio ha diseñado una solución de base funcionalista de la que se desprenden determinados efectos muy deseables de armonización, pero que tiene también algunas limitaciones.

La consecuencia más interesante de este modelo de base funcional es que consigue ofrecer un marco sustantivo uniforme para las diversas operaciones de financiación garantizada con activos superando los obstáculos conceptuales que venían dificultando la armonización internacional. Este marco uniforme contiene normas sobre perfección, oponibilidad frente a terceros, efectividad de la garantía en caso de insolvencia, medidas a favor del acreedor en caso de incumplimiento y prioridad. A ello se añade la creación de un Registro Internacional para cada categoría de bienes que permite instrumentar las reglas anteriores sobre oponibilidad y prioridad (*infra* V.1.). Estos son, sin duda, los grandes logros del sistema de Ciudad del Cabo y el valioso resultado de la opción funcionalista.

No obstante, el modelo funcionalista que adopta el Convenio presenta, en nuestra opinión, dos limitaciones. De un lado, nos parece que cuando el texto internacional define los tipos de contratos susceptibles de crear o prever una garantía internacional, limita el alcance funcional del concepto precisamente a los tipos contractuales contemplados. No es, en puridad, un auténtico concepto fun-

⁵⁸ Estas últimas líneas de la definición de garantía mobiliaria han sido tomadas de ROJO AJURIA, Ángel, «Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», *ADC*, Tomo XLII, Fasc. III, julio-septiembre 1989, pp. 717-811, en p. 721.

cional sino un tratamiento uniforme de diversas situaciones jurídicas con fundamento en una razón funcional. Es decir, aunque ciertamente el Convenio lo que hace es recoger los tipos de frecuencia en el mercado, no llega a dejar abierta la puerta a «cualquier otra fórmula convencional o esquema negocial con función de garantía», si se llegara a dar en la práctica. De otro lado, como ya mencionamos y explicamos con más detalle a continuación (*infra* V.2.), el principio de sensibilidad a las tradiciones jurídicas que vertebraba la iniciativa de UNIDROIT se refleja en una fractura de la uniformidad del marco jurídico para atender precisamente las divergencias nacionales. Así, si bien en el concepto de garantía internacional no se reflejan las disparidades de tratamiento según las diversas tradiciones, el Convenio recoge remedios diferentes según la calificación que haga de cada contrato la legislación nacional. De ahí que describiéramos el modelo como circular y en dos niveles. La razón es práctica y convincente pues asegura que las medidas puedan ser aplicadas efectivamente por el tribunal del foro, pero no se puede negar que introduce una quiebra en la uniformidad del texto y sus soluciones.

V.1 GARANTÍA INTERNACIONAL Y REGISTRABILIDAD

Los dos pilares básicos del sistema de Ciudad del Cabo son el concepto de garantía internacional y el Registro Internacional, lo que haría pensar, en un primer momento, que las garantías internacionales definirían la esfera de lo inscribible en el sistema registral y el ámbito de aplicación de las reglas sustantivas del Convenio. Sin embargo, si leemos con atención las disposiciones del Convenio encontramos referencias a otros derechos e intereses que, o bien no son garantías internacionales, pero se inscriben en el Registro Internacional de todos modos; o bien ni siquiera son objeto de inscripción pero gozan de cierta prioridad de acuerdo con las reglas del Convenio. Es decir, que tienen acceso al Registro derechos o intereses que no son garantías internacionales y que además determinadas reglas del Convenio se pueden aplicar a derechos que no son garantías internacionales y que ni siquiera son objeto de inscripción.

Por tanto, hay que estudiar, en primer lugar, qué garantías, derechos y acuerdos tienen acceso al Registro Internacional. El Capítulo IV del Convenio, que es el primero de los 4 capítulos sucesivos (Capítulos IV a VII) dedicados específicamente a la regulación del Registro Internacional y algunas cuestiones relativas al Registrador y la Autoridad de Supervisión, comienza con

una disposición (art. 16) que delimita el alcance del Registro, es decir, la esfera de la inscribible. Así, en su primer apartado 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 los hechos inscribibles que enumera el artículo 16.1, se extrae de inmediato la conclusión ya avanzada con anterioridad sobre la no coincidencia del 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 prioridad, 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 originaria⁵⁹, el Convenio confirma que los siguientes derechos y garantías tienen acceso al Registro Internacional⁶⁰ que

⁵⁹ GOODE, Roy, *Official Commentary. Revised Edition, op. cit.*, 2008, pp. 23-26.

⁶⁰ 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 le 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.

para cada categoría de objetos se constituya: las garantías internacionales, las garantías internacionales futuras⁶¹, los avisos de garantías nacionales⁶² y los derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción⁶³. A estos tipos de garantías con acceso al Registro habría que añadir los que eventualmente pudieran prever los Protocolos para cada categoría de objetos (así, por ejemplo, el Protocolo aeronáutico 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 corresponda las cesiones y las cesiones futuras de garantías internacionales, la adquisición 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

⁶¹ 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.

⁶² 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.

⁶³ 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 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 artículo 39, en este supuesto la prioridad se depende de su registro y acceden al Registro sin ser en puridad garantías internacionales, ni siquiera son contractuales. Ante la falta de inscripción, el derecho o garantía 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» [art. 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, art. 8.4 del Convenio).

de derechos más allá de los nacidos y calificados como garantías internacionales. Con la aportación de este atractivo elemento de certidumbre para las partes de operaciones garantizadas (reconocimiento de prioridad), el Convenio avanza significativamente en su ambicioso objetivo uniformador del régimen de las transacciones con garantías reales mobiliarias. Si la innovadora formulación de la noción autónoma y unitaria de garantía internacional consigue la uniformidad conceptual, la apertura del acceso registral a garantías no internacionales, bien por derivar de una transacción interna o bien por carecer de origen contractual, confiriéndoles por razón del registro el tratamiento de una garantía internacional y los efectos propios en el orden de prelación, aporta una uniformidad adicional de tipo operativo, es decir, a través del reconocimiento de efectos equivalentes en el contexto internacional a situaciones que no gozan siempre de tal calificación. En consecuencia, la noción de «garantía inscrita» en el Registro Internacional es más amplia que la noción de «garantía internacional».

Al hablar de «garantías inscritas» es muy importante realizar una precisión. La inscripción no es un requisito constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros⁶⁴. El Registro Internacional se comporta así conforme al modelo que en la práctica registral de la propiedad en la Unión Europea se denominaría de «Registro de documentos» en el que rigen únicamente los principios de oponibilidad y prioridad frente a los modelos de «Registro de derechos» que operan además bajo los principios de legitimidad y fe pública⁶⁵. Este enfoque es a su vez coherente con la concepción «minimalista» de un Registro *notice-based* (de avisos), plenamente electrónico y sin calificación registral⁶⁶.

Por tanto, nuestro planteamiento aquí es que el ámbito de aplicación del Convenio como la esfera de lo inscribible en el Registro Internacional no coinciden plenamente con el concepto de garantía internacional. Hay garantías, derechos o acuerdos que acceden al Registro Internacional pero no son estrictamente garantías internacionales y hay derechos o privilegios a los que se les aplican algu-

⁶⁴ 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, núm. 1, Summer 2003, pp. 99-121.

⁶⁵ RAJOY, Enrique, *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005, en particular, pp. 41 y ss.

⁶⁶ Un estudio detallado de las características del Registro Internacional para objetos aeronáuticos y de su funcionamiento en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional...*, *op. cit.*, Parte II.

nas reglas del Convenio pero no son garantías internacionales e incluso, pueden no ser inscribibles en el Registro Internacional.

Con respecto a este último caso, el de derechos o garantías no contractuales que pese a no ser garantías internacionales, pues ni siquiera son contractuales, ni tener acceso al Registro Internacional pueden gozar de cierta prioridad, hay que referirse a lo previsto en el artículo 39. En virtud de esta disposición, un Estado contratante podrá formular una declaración en la que especificará los derechos o garantías no contractuales que gozarán de una prioridad equivalente a una garantía internacional inscrita o, incluso, si así se determina en la declaración, que tengan prioridad sobre una garantía internacional inscrita, en el marco o no de un procedimiento de insolvencia (*i.e.* créditos laborales, créditos fiscales, premios por salvamento, 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 prioridad a ciertos derechos frente a las garantías internacionales inscritas, ha sido objeto de críticas⁶⁷ 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.

V.2 MEDIDAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

Puesto que el objetivo principal del Convenio es ofrecer un régimen uniforme para las garantías internacionales sobre equipo móvil, junto con las reglas de prioridad y el régimen de oponibilidad que se instrumentan mediante el Registro Internacional, se establecen reglas uniformes sobre perfección, remedios en caso de incumplimiento y efectos de las garantías en supuestos de insolvencia para los diversos esquemas de financiación garantizada con activos (*asset-based*) que se agrupan bajo el concepto funcional de garantía internacional. Para la aplicación de las medidas y el ejerci-

⁶⁷ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, «Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo para el elemento 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.

cio 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 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, en la tercera fase del proceso, tras haber calificado el acuerdo 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 (arts. 8 y 9) detallan las medidas aplicables al acreedor garantizado, una sucinta provisión (art. 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, al vendedor condicional y al 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.

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 (art. 12 del Convenio). La autonomía de la voluntad de las partes que permitía definir los supuestos de incumplimiento o las demás eventualidades 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 15⁶⁸. 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.

VI. EL MODELO FUNCIONALISTA EN EL DERECHO UNIFORME SOBRE OPERACIONES GARANTIZADAS

El Convenio se inclina así por un modelo funcionalista que encuentra, sin embargo, muy dispar acogida en las legislaciones nacionales pero un creciente seguimiento en los instrumentos internacionales.

En efecto, ni un tratamiento doctrinal omnicomprensivo, ni siquiera el indistinto uso por parte de los operadores en el tráfico económico de los diversos contratos de financiación garantizada con activos han movido al legislador en la mayoría de los ordenamientos a agrupar todos estos esquemas funcionalmente equiva-

⁶⁸ Artículo 15 del Convenio «No aplicación»:

«En sus relaciones recíprocas, dos o más de las partes mencionadas en este Capítulo podrán en cualquier momento, mediante acuerdo escrito, no aplicar o modificar los efectos de cualquiera de las disposiciones anteriores de este Capítulo, salvo los párrafos 3 a 6 del artículo 8, los párrafos 3 y 4 del artículo 9, el párrafo 2 del artículo 13 y el artículo 14.»

lentes bajo una misma forma jurídica. En realidad, la conveniencia de un modelo omnicompreensivo de corte funcionalista que ignore las diferencias entre «*what is owned and what is owed*»⁶⁹ no recibe un apoyo unánime en el Derecho Comparado e incluso se mantiene todavía un debate abierto sobre sus aspectos económicos y los efectos distributivos sobre terceros en el propio corazón del funcionalismo⁷⁰. La filosofía subyacente («*substance over form*») no sólo desatiende la forma de la transacción para calificarla funcionalmente, sino que rechaza además la relevancia de quién tiene el título sobre el objeto como indicio para determinar la existencia de una garantía.

Al funcionalismo se atribuyen ciertos problemas que desaconsejarían su adopción como modelo de regulación de las operaciones garantizadas. En primer lugar, la fuerza atractiva del amplio concepto de garantía lleva a forzar el tratamiento como tal de transacciones que quedan muy lejos de esta categoría y, sobre todo, que sorprenden a las partes con una regulación inesperada e imprevista. En segundo lugar, se detecta que la incorporación de verdaderos derechos de propiedad bajo el concepto de garantía para ciertos efectos implica un reconocimiento de la distinción entre derechos de propiedad y derechos reales de garantía pero contribuye a su inútil confusión. En tercer lugar, a pesar del intento de resolver todos los problemas de las operaciones garantizadas a través de un enfoque funcionalista, el recurso a la argumentación basada en la forma es inevitable, porque, de hecho, el esquema de las transacciones es diferente⁷¹.

La solución del Convenio parece claramente influida por el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*⁷² estadounidense, refe-

⁶⁹ BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism...», *op. cit.*, p. 567.

⁷⁰ GILMORE, Grant, «The Good Faith Purchase Idea...», *op. cit.*; JACKSON, Thomas H.; KRONMAN, Anthony T., «Secured Financing and Priorities Among Creditors», *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, pp. 1143 y ss.; LOPUCKI, Lynn M., «The Unsecured Creditor's Bargain», *op. cit.*; SCHWARTZ, A., «Security Interests and Bankruptcy Priorities:...», *op. cit.*

⁷¹ Un amplio y detallado análisis crítico del funcionalismo y su consagración en el artículo 9 *UCC* y en la legislación canadiense sobre *personal property security*, en BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism...», *op. cit.*, en particular, pp. 577 y siguientes.

⁷² El artículo 9 del *Uniform Commercial Code* se inserta en un conjunto de varias disposiciones del código y legislación específica dirigidas a tutelar la posición del acreedor con garantía: el artículo 2, si la obligación consiste en el pago del precio de la venta (una importante revisión del artículo se propuso en 2003); el artículo 3, si la obligación está representada en un documento negociable; los principios de *common law*, si la obligación está representada en un documento no negociable; las reglas de las garantías personales; y algunas normas relativas al Derecho de consumo. El artículo 9 *UCC* se refiere a la constitución y ejecución de las garantías mobiliarias. La última modificación del artículo se ha adoptado por la mayoría de los Estados con fecha de entrada en vigor el 1 de julio de 2001. Bajo la filosofía denominada «Substance over Form», para determinar si una

rencia paradigmática de un modelo funcionalista capaz de superar el formalismo y de «destipificar» los derechos de garantía mobiliaria para a continuación tipificar un único y omnicomprensivo contrato y derecho de garantía sobre bienes muebles que absorba todos los tipos existentes⁷³. Pero, sobre todo, se sitúa en una tendencia dominante en los textos internacionales sobre operaciones garantizadas que han optado por un enfoque integrado, global y de base funcional.

La apuesta más clara por esta formulación de un concepto único de garantía real funcionalmente definida y que podrá constituirse sobre bienes muebles de cualquier índole es la que propone la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*. Sin dejar de reconocer que el enfoque funcionalista adolece de ciertas debilidades, las ventajas para el estímulo del crédito en condiciones adecuadas y la facilitación del comercio transfronterizo priman significativamente y, por ello, se recomienda su adopción para modernizar el régimen jurídico de las operaciones garantizadas (Recomendación 8). Con excepción de las operaciones de financiación de adquisiciones para las que ofrece la alternativa (Recomendación 9) de optar por un régimen unitario o por un régimen no unitario, se anima a la implantación de un auténtico y radical régimen funcional, integrado y global que implique, de hecho, la fusión de todas las prácticas y operaciones financieras que cumplen función de garantía bajo una única noción uniforme de garantía real, frente a una postura igualmente uniformadora, pero menos ambiciosa que manteniendo la diversidad conceptual de cada técnica y pacto contractual para fines de garantía sujete todos ellos a un régimen común para su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución.

La Ley Modelo Inter-Americana sobre Garantías Mobiliarias comparte este enfoque funcional (art. 2)⁷⁴ mediante la articula-

transacción constituye un «security interest» se aplica el siguiente test: «whether the interest in property was intended to serve as security for payment or performance of an obligation». HAKES, Russell A., *The ABCs of the UCC. Article 9: Secured Transactions*, Chicago: American Bar Association, 1996

⁷³ *Ibidem* p. 736. De este modo, se abandona la terminología pre-UCC (*mortgagor/mortgagee, conditional vendor/conditional vendee, pledgor/pledgee, entruster/trustee*) y se reconducen la eventuales referencias contractuales, que siguen siendo admisible, a las nociones únicas del artículo 9 UCC (*debtor/secured party*). BAILEY, Henry J. III; HAGEDORN, Richard B., *Secured Transactions, 3rd Ed.*, St. Paul (Minn.): West Publishing, 1988, p. 11.

⁷⁴ Así, el primer párrafo *in fine* del artículo 2 de la Ley Modelo Inter-Americana precisa, al describir las garantías mobiliarias a que se refiere el texto, que serán todas aquellas que pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles, categorías genéricas de bienes muebles o la totalidad de los bienes muebles del deudor «sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad». Algunas leyes nacionales aprobadas bajo el modelo de la Ley de la OEA son todavía más contundentes en

ción de sus reglas alrededor de un concepto unitario de «derecho preferencial» al pago a favor del acreedor, de tipo posesorio⁷⁵, matizado por ciertas normas de co-existencia con garantías tradicionales, pero con la sujeción de todas las operaciones que compartan la función de garantía a un régimen común de registro y prelación de derechos.

En cierta medida, la Ley Modelo de las Operaciones Garantizadas del BERD adopta un enfoque similar al crear una garantía real especial que puede emplearse con otras técnicas contractuales con función de garantía (arrendamiento financiero, por ejemplo) y al tipificar la retención del dominio como garantía real. La misma línea sigue la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre registros de bienes muebles.

También en la *Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional* de 2001, la delimitación de su ámbito de aplicación aparece trabada por una aproximación funcional que se manifiesta en una definición de «cesión» que evita marcar la distinción entre derechos de garantía y *title-based devices* [art. 2.a) Convención].

Mientras que en las Guías Legislativas y en las Leyes Modelos, la definición funcional del concepto de garantía mobiliaria se pretende incorporar en los ordenamientos nacionales y, por tanto, nos traslada al debate «funcionalismo *versus* formalismo», que no pretendemos abordar aquí; en las Convenciones, los conceptos funcionales son creaciones uniformes que operan normativamente

su declaración del alegado enfoque funcionalista. La *Ley de Garantías Mobiliarias* de la República de Honduras (Decreto núm. 182-2009), de 22 de septiembre de 2009, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Honduras núm. 32,125 de 28 de enero de 2010, proclama un sistema unitario de garantías sobre los bienes muebles con el que titula su Capítulo II. El artículo 2 de la ley hondureña tras la transcripción del primer apartado del artículo 2 de la Ley Modelo de la OEA (con el único añadido de que la garantía podrá también constituirse «por disposición de la ley» y no sólo contractualmente) incorpora una clarificadora definición funcional del concepto de garantía mobiliaria:

«La garantía mobiliaria comprenderá toda operación cuyo propósito o efecto sea el de constituir una garantía mobiliaria, independientemente de su forma o nomenclatura. El concepto de garantía mobiliaria incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas comúnmente utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, tales como la venta con reserva de dominio, los fideicomisos en garantía, la prenda flotante de establecimiento comercial o de fondo de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo, compras, cesiones en garantías y factoraje, el leasing (Arrendamiento Financiero), las garantías mobiliarias con desplazamiento y cualquier otra garantía mueble contemplada en la legislación con anterioridad a esta Ley».

Con prácticamente idéntico tenor, la Ley de Garantías Mobiliarias aprobada por Decreto núm. 51-2007 de 8 de noviembre de 2007 (publicada en el Diario de Centro América, núm. 9, de 16 de noviembre de 2007) incorpora en el ordenamiento jurídico de la República de Guatemala un concepto unitario de garantía mobiliaria (art. 3.2.^o).

⁷⁵ KOZOLCHYCK, Boris; FURNISH, Dale Beck, «The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis», *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, núm. 12, 2005-2006, pp. 235-302, en particular, p. 265.

en el nivel supranacional. En este contexto, el recurso a conceptos funcionales se emplea como técnica de armonización legislativa. Y esta es la perspectiva en la que queremos detenernos. La creación de conceptos unitarios y autónomos en sede de Derecho Uniforme facilita la armonización al desligar los nuevos conceptos uniformes de los no siempre compatibles conceptos nacionales. Estos conceptos uniformes actúan como conceptos-paraguas que albergan instituciones jurídicas diversas en la medida que comparan una misma función económica para poder aplicarles consecuentemente a todas ellas un régimen jurídico uniforme. El criterio de la función estaría, en principio, liberado de consideraciones nacionales y debería actuar objetivamente, ajeno a las diferentes tradiciones jurídicas. Estas consideraciones harían del funcionalismo una técnica ideal para la armonización de soluciones jurídicas en el Derecho Uniforme.

Sin embargo, si observamos, en particular, el caso del Convenio de Ciudad del Cabo, en realidad, la aproximación funcionalista para definir el concepto de garantía internacional es sólo parcial y la armonización resultante no es plena. En efecto, el Convenio tiene que incorporar las disparidades nacionales en el tratamiento jurídico de las diversas fórmulas contractuales de financiación garantizada al remitir a la legislación nacional la calificación jurídica de cada «contrato» (constitutivo de garantía, de venta con reserva de dominio, de arrendamiento). Pero, sobre todo, tiene que diseñar a partir de ahí un régimen doble, en lo relativo a las medidas en caso de incumplimiento, que refleje precisamente el diverso tratamiento nacional de la operación. Esto nos hace cuestionarnos si el objetivo de uniformidad de las reglas sustantivas se logra realmente con esta fórmula funcionalista. Pero, sobre todo, nos obliga a preguntarnos si este tipo de soluciones pragmáticas consiguen ciertamente impulsar una aproximación progresiva de las legislaciones hacia soluciones uniformes. Pues, comprobamos que la sensibilidad que muestra el Convenio hacia las diversas tradiciones jurídicas, y que justifica en gran medida su significativo éxito y buena acogida, implica, en realidad, perpetuar la divergencia de soluciones jurídicas. Esto podría dificultar la interpretación internacional y autónoma de los conceptos uniformes por la tendencia de los jueces a seguir recurriendo a concepciones nacionales divergentes en la aplicación de las reglas del Convenio.

A pesar de estas apreciaciones, sin embargo, la estrategia pragmática y funcionalista del Convenio ha tenido importantes resultados armonizadores y nos parece que ofrece una fórmula original y muy interesante para la construcción progresiva del Derecho Uni-

forme pues ha esquivado con habilidad los obstáculos que retrasaban la armonización en una materia tan compleja y con tanta diversidad nacional. En primer lugar, ha permitido la adopción de un buen conjunto de reglas uniformes en una materia extraordinariamente compleja (efectos en caso de insolvencia, perfección, prioridad), e incluso, asumiendo la bipartición de la regulación de los remedios en caso de incumplimiento, ha logrado la adopción, al menos, de dos bloques de reglas uniformes que reducen la divergencia de normas nacionales y confieren seguridad al sistema. En segundo lugar, ha conseguido ofrecer un cuerpo de normas coherente y operativo en materias de tan difícil armonización sin necesidad de forzar una previa reforma de la legislación nacional y sin impedir su funcionamiento bajo las diversas tradiciones jurídicas. En tercer lugar, ha diseñado y puesto en marcha un ágil sistema registral de alcance internacional que garantiza la oponibilidad a terceros y la aplicación de las reglas de prioridad con un alcance objetivo incluso superior al que abarca el concepto funcional de «garantía internacional». Con todo ello se ha inyectado certidumbre y transparencia en el tráfico económico de sectores estratégicos y una gran dosis de uniformidad.

