

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS SOBRE EQUIPO AERONÁUTICO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y SU PROTOCOLO

Prólogo de
José Angelo Estrella Faria



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	17
ABREVIATURAS	23
I. CLAVES DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO	25
I.A. LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL CONVENIO	28
I.B. EL PROBLEMA REGULATORIO	31
I.C. LA RESPUESTA INTERNACIONAL.....	32
I.D. LAS SOLUCIONES DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO	33
I.E. UN TEXTO DE DERECHO UNIFORME SENSIBLE A LAS TRADI- CIONES JURÍDICAS NACIONALES	37
I.E.1. El Convenio y la legislación nacional	38
I.E.2. Interpretación del Convenio. Los principios inspiradores del Convenio y su especial estructura dual	39
I.F. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO Y SU ARQUITECTU- RA «MULTIDIVISIONAL».....	42
I.F.1. El criterio de internacionalidad del Convenio	44
I.F.2. Los factores de conexión en relación con objetos aeronáuticos.	47
I.F.3. Las categorías de elementos de equipo: los objetos aeronáu- ticos.....	51
I.F.4. Estrategias de financiación en el sector aeronáutico	57
I.F.5. Creación de una garantía internacional: tipos de contratos.....	61
I.F.6. Creación de una garantía internacional: formalidades	67
a) Escrito	67
b) Poder de disposición.....	71
c) Identificación del objeto	74
d) Determinación de las obligaciones garantizadas	76
I.F.7. El concepto de garantía internacional: un modelo circular en dos niveles de base funcionalista	77

	<u>Pág.</u>
I.F.8. Garantía internacional y registrabilidad. Otros derechos e intereses regulados por el Convenio y susceptibles de inscripción en el Registro Internacional.....	83
I.G. MEDIDAS, DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.....	88
I.G.1. Acciones del acreedor garantizado en caso de incumplimiento.	92
a) Tipos de acciones	93
b) Procedimiento.....	93
c) Sujetos intervinientes y personas interesadas	101
d) Satisfacción de las obligaciones garantizadas y liberación.	103
I.G.2. Acciones del vendedor condicional o del arrendador en caso de incumplimiento	105
I.G.3. Medidas provisionales.....	106
I.H. REGLAS DE PRIORIDAD	110
I.H.1. Reglas básicas de prioridad.....	110
I.H.2. La extensión de la prioridad a los « <i>proceeds</i> ».....	114
I.I. EFECTOS DE LAS GARANTÍAS EN CASO DE INSOLVENCIA.....	118
I.J. CESIÓN, SUBROGACIÓN Y SUBORDINACIÓN	124
I.J.1. Acuerdos de cesión de derechos accesorios y garantías internacionales	124
a) Concepto de cesión, aplicación del Convenio y la regla de la accesoriedad	125
b) La posición del deudor	128
c) Cesiones a título de garantía	133
d) Rango de las cesiones concurrentes y reglas de prioridad ...	137
I.J.2. Subrogación	141
I.J.3. Acuerdos de subordinación	143
I.K. RELACIÓN CON OTROS CONVENIOS Y OTROS TEXTOS REGIONALES E INTERNACIONALES	144
I.K.1. Relación del Convenio con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001	144
I.K.2. Relación del Convenio y sus Protocolos con la Convención de UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero Internacional de 1988.....	148
I.K.3. Relaciones con otros textos internacionales previstas en los Protocolos	149
a) En relación con los objetos aeronáuticos: Convenio de Ginebra relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves	149
b) En relación con los objetos aeronáuticos: Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves.....	152

	<u>Pág.</u>
I.K.4. Relaciones con otros textos internacionales no resueltas expresamente ni en el Convenio ni en los Protocolos	153
a) La Ley Modelo de la OEA sobre garantías mobiliarias	153
b) La Guía Legislativa de UNCITRAL sobre Operaciones Garantizadas.....	154
II. CLAVES DEL SISTEMA REGISTRAL	157
II.A. ASPECTOS ESTRUCTURALES Y ORGANIZATIVOS	159
II.A.1. Registro internacional: el carácter internacional del Registro y el ámbito de aplicación del Convenio	159
II.A.2. La estructura del sistema registral	161
a) El acceso activo y pasivo al Registro	161
b) La problemática asociada a los puntos de acceso. Estudio de casos: el Registro de Aeronaves de la FAA (Estados Unidos).....	162
II.A.3. Ordenación por sistema de folio real	164
II.B. ASPECTOS FUNCIONALES Y JURÍDICO-SUSTANTIVOS.....	165
II.B.1. Inscripción no constitutiva	165
II.B.2. Objeto de la inscripción.....	166
a) Tipos de garantías inscribibles. La ruptura entre la registrabilidad y la internacionalidad de la garantía.....	166
b) Acuerdos objeto de inscripción en el Registro Internacional	172
c) Cotitularidad, <i>fractional interests</i> y concurrencia de varios acreedores.....	172
II.B.3. Ausencia de calificación registral y la función del Registrador...	176
II.C. ASPECTOS TÉCNICOS Y OPERATIVOS.....	177
II.C.1. Registro electrónico.....	177
a) El carácter electrónico del Registro y las funciones del Registrador	177
b) El carácter electrónico del Registro y el esquema de distribución de riesgos	180
c) El acceso electrónico al Registro: aspectos técnicos y operativos.....	182
II.C.2. Registro susceptible de consulta universal, <i>on-line</i> y sin restricciones subjetivas.....	194
a) Una doble <i>raison d'être</i>	195
b) La operativa de la consulta y la operativa del acceso: aspectos técnicos.....	196
c) El concepto de <i>searchable</i> y sus efectos	202
d) Criterios de búsqueda	203
e) Tipos de consulta, resultados de la búsqueda y certificados de consulta.....	204

	<u>Pág.</u>
II.C.3. Registro sin aportación documental (<i>notice registration</i>).....	208
a) Calificación del modelo entre los sistemas de publicidad registrales.....	209
b) Razones para una estrategia «minimalista»	209
c) Los datos necesarios para realizar una inscripción	212
BIBLIOGRAFÍA	221

PRÓLOGO

Escribir el prólogo de una monografía técnica es tarea delicada. Muchas se consultan puntualmente, algunas invitan a la lectura, pero en nuestros atribulados tiempos, pocas se leen hasta el final.

La obra que tengo el privilegio de introducir al público se incluye entre esas felices excepciones. Uniendo la sutileza investigadora a un sólido conocimiento del proceso de armonización internacional de las normas aplicables a las garantías mobiliarias, Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS ha realizado una obra de singular calidad, en la cual se destacan la forma clara y bien estructurada de la exposición y la profundidad del análisis.

El tema de la obra —el Convenio relativo a Garantías Internacionales en elementos de equipo móvil del 2001, también conocido como el Convenio de Ciudad del Cabo— es de extrema actualidad tras la adhesión de la Unión Europea al Convenio en el 2009, abriendo así la vía para que otros Estados miembros vengan a añadir sus ratificaciones a las de Irlanda, Malta y Luxemburgo.

Uno de los instrumentos de mayor trascendencia elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en sus más de ochenta años de existencia, el Convenio de Ciudad del Cabo tiene como objetivo facilitar la financiación de la adquisición y uso de elementos de equipo móvil de alto valor, ofreciendo mayor seguridad a los acreedores y permitiendo, así, la disminución del coste del crédito. Teniendo como punto central las operaciones de crédito garantizadas por el propio elemento de equipo financiado, el Convenio disciplina la prelación de los derechos reales de garantía así constituidos y consigna reglas que dan a los acreedores mayor certeza en el cobro de la deuda en caso de incumplimiento del deudor.

Concebido con una estructura flexible, consistente en un convenio marco y protocolos aplicables a tipos específicos de equipo, el Convenio permite tomar mejor en cuenta las particularidades de materiales e industrias diversas, que se van entonces agregando al conjunto de reglas del «sistema» de Ciudad del Cabo, sin la necesidad de alterar el texto original, el cual entró en vigor en 1 de marzo de 2006 y cuenta ya con 52 Estados Parte. El primer protocolo, referente al equipo aeronáutico, que se adoptó junto con el Convenio el 16 de noviembre de 2001, ya ha recibido 44 ratificaciones. El segundo protocolo, referente al mate-

rial ferroviario, fue adoptado en Luxemburgo, el 23 de febrero de 2007, mientras un tercer protocolo, dedicado a las cuestiones específicas relativas a los objetos espaciales, se acaba de adoptar el 9 de marzo de 2012.

Las reglas contenidas en el Convenio para facilitar la financiación de equipos móviles resultan en un sistema que ofrece ventajas tangibles a todas las partes potencialmente afectadas por una operación de financiación de equipo. El fabricante y el acreedor se benefician de una mayor protección del crédito y de la facilidad en la ejecución de sus garantías, y pueden, así, ofrecer líneas de crédito más favorables a los adquirentes del equipo (aerolíneas, ferrocarriles), los cuales, favorecidos por la reducción en los costes operacionales, pueden prestar servicios (transporte de carga o pasajeros) a precios más competitivos, beneficiando, de esa forma, a los usuarios finales (importadores, exportadores, pasajeros). Convencida del impacto positivo que ese sistema está destinado a tener sobre la renovación de la flota aeronáutica, y, como resultado, sobre la propia seguridad de la aviación civil internacional, la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) fue a su vez co-patrocinadora institucional del Convenio de Ciudad del Cabo y actúa como supervisora del Registro de Garantías Internacionales sobre Bienes Aeronáuticos.

Indicio manifiesto de la calidad de la protección que el Convenio asegura al acreedor, las agencias de crédito a la exportación participantes del Entendimiento Sectorial sobre Créditos a la Exportación para Aeronaves Civiles negociado bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ofrecen un descuento sustancial de la prima de riesgo para compañías aéreas localizadas en países que hayan ratificado el Convenio de Ciudad del Cabo con las declaraciones especificadas en el Entendimiento Sectorial.

Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS ha dedicado varios años de estudio e investigación al tema de las garantías reales y personales en general, y al estudio del Convenio de Ciudad del Cabo en particular, a lo largo de fructuosas estancias de investigación en el Reino Unido, Alemania, Italia y Estados Unidos y contactos con los más grandes especialistas en la materia. De eso, y de su actividad docente en la Universidad Carlos III de Madrid, resulta un profundo conocimiento de las bases teóricas y de los fundamentos económicos del Convenio de Ciudad del Cabo, que la autora sabe ubicar perfectamente dentro del contexto más amplio de la armonización del Derecho privado.

La obra se divide en dos partes reflejando las dos dimensiones en que opera el sistema de Ciudad del Cabo —o bien su «dualidad de estrategias»—, en palabras de la autora: un nivel jurídico-formal, en el cual se formulan las normas de Derecho material que rigen las garantías internacionales y sus efectos, y un nivel práctico-operacional, que consiste en los mecanismos para asegurar la publicidad y la eficacia de dichas garantías.

En la primera parte de la obra, Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS estudia, concisamente pero sin sacrificio de la profundidad, las reglas sustantivas uniformes que establece el Convenio, subrayando el concepto autónomo, unitario y sui generis de garantía internacional y analizando el funcionamiento práctico de la garantía en el sistema del Convenio.

En la segunda parte, la autora explica el funcionamiento del sistema registral creado por el Convenio de Ciudad del Cabo y el papel clave que se le atribuye para articular las reglas de prioridad y dotar a las garantías de oponibilidad frente a terceros.

Desde las primera páginas la autora llama la atención del lector sobre el contexto actual de la formulación del Derecho uniforme, y, en particular, de la armonización del Derecho aplicable a las garantías mobiliarias en diversas instancias internacionales como el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD), la Organización para la Armonización en África del Derecho Mercantil (OHADA), el Banco Asiático de Desarrollo (BAsD), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Organización de Estados Americanos (OEA/OAS) o la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Dichas iniciativas, como sabemos, tienen su origen en la constatación de que la incerteza acerca del Derecho aplicable y la necesidad de adaptación de modelos de negociación a una miríada de prescripciones distintas —quizá incluso contradictorias— aumentan los riesgos comerciales y los costos de transacción, perjudicando, de esa forma, la actuación de los agentes económicos. En pocas operaciones los efectos negativos de la disparidad de sistemas jurídicos son tan visibles como en la financiación de aquellos equipos que, por su propia naturaleza, se destinan a cruzar constantemente las fronteras de los ordenamientos jurídicos nacionales, cada uno de ellos quizá previendo normas distintas para la calificación, oponibilidad y fuerza ejecutiva de los derechos reales de garantía otorgados al acreedor.

La autora bien constata esa utilidad del proyecto unificador del Convenio de Ciudad del Cabo. Gracias a su profundo conocimiento de la teoría general de los derechos reales de garantía, instruye al lector sobre un segundo aspecto fundamental del Convenio: su impacto modernizador sobre los derechos nacionales. De hecho, como la obra menciona, las actividades de los organismos normativos internacionales han resaltado recientemente —además de la función de armonización del Derecho— otro aspecto crucial, que es el de la modernización de los sistemas jurídicos internos con vistas a incrementar su eficiencia económica.

Esa preocupación por la función y utilidad económica del Convenio, de una parte, y su inserción dentro de un marco más amplio de redefinición de estructuras y nociones jurídicas tradicionales con vistas a adaptarlos a modernas realidades económicas y prácticas de mercado, de otra parte, acompaña a la autora a través de toda la obra, revelando una gran sensibilidad por la dimensión dinámico-social y no únicamente dogmático-estática de las instituciones de Derecho.

Tras exponer los fundamentos económicos del convenio y los problemas prácticos que éste se destina a resolver, la autora presenta los criterios de aplicación del Convenio y describe los tipos de equipo que cubre, prestando particular atención a los criterios y métodos de identificación —pieza clave en la lógica de un sistema de publicidad en base a un registro concebido para permitir búsquedas por objetos, y no por personas—. La autora expone a continuación los requisitos formales y materiales para la constitución de una garantía internacional y se detiene sobre los tipos de contratos cubiertos por el Convenio, destacando el contexto de las estrategias de financiación del sector aeronáutico.

Uno de los rasgos más novedosos del Convenio de Ciudad del Cabo es la noción de «garantía internacional» sobre el equipo móvil. La autora analiza con claridad y profundidad el carácter autónomo de esa noción, explicando las razones de orden jurídico-económico que llevaron a UNIDROIT a adoptar un enfoque funcionalista para el tratamiento de los derechos reales de garantía sobre el equipo móvil y la trascendencia de esa opción para el ámbito de aplicación material del Convenio, que cubre así tanto aquellos derechos que tradicionalmente se han definido como garantías stricto sensu, cuanto otros negocios jurídicos que cumplen la misma función económica tras la separación entre propiedad y posesión.

No escapan a la autora las dificultades ocasionalmente creadas por la delicada ingeniería jurídica del Convenio, por ejemplo en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo Aeronáutico que equiparan las partes en la venta de aeronaves a las partes del contrato constitutivo de garantía. La autora justifica correctamente esa aparente paradoja por el interés práctico y económico de aprovechar la arquitectura registral, y las reglas uniformes de prioridad, para las ventas de aeronaves y motores.

El propósito declarado de Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS es ofrecer un estudio del Convenio en su condición de instrumento internacional y no una comparación sistemática del texto uniforme con la situación de las figuras equivalentes en el ordenamiento español. Sin embargo, la autora no pierde de vista la importancia de profundizar en el análisis del alcance y propósito de algunas disposiciones particulares del Convenio y del Protocolo Aeronáutico que resultan divergentes de algunos paradigmas tradicionales de los países de Derecho romano-germánico. Es el caso, en particular, de las disposiciones del Convenio que permiten al acreedor ejercer el derecho de proceder extrajudicialmente para retener o re-poseer el bien dado en garantía y revenderlo para saldar la deuda.

En ese punto sensible, la autora recapitula los motivos de la prohibición clásica del pacto comisorio en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista antes de pasar, a continuación, a analizar las condiciones bajo las cuales el Convenio faculta al acreedor a ejercer sus derechos sin intervención judicial. La autora demuestra cómo las salvaguardias expresamente previstas en las disposiciones pertinentes del Convenio (requisito de acuerdo previo de todas las partes interesadas), una vez interpretadas de conformidad con otros preceptos conexos (criterio de razonabilidad comercial) mitigan el aparente conflicto con el Derecho interno, tanto más cuando, como se recuerda al lector, el legislador nacional ya venía estableciendo y regulando de forma expresa diversos supuestos de procedimientos extrajudiciales de ejecución.

Con igual claridad y rigor técnico se explican las reglas de prioridad del Convenio y la relación entre las garantías internacionales y los procedimientos de quiebra, en particular la posibilidad de que disponen los Estados Contratantes del Protocolo Aeronáutico, de facultar al acreedor a tomar posesión de la aeronave dentro de un determinado período mínimo, y de facilitar la cancelación de la matrícula de la aeronave y su exportación y transferencia a otro Estado.

Tras una exposición del tratamiento que el Convenio reserva a los acuerdos de cesión de derechos accesorios y garantías internacionales y al tema de la su-

brogación, la primera parte se concluye con un detallado análisis de la relación con otros convenios y otros textos regionales e internacionales, sobre todo, el convenio de Ginebra relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves y el convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves.

La autora estudia pormenorizadamente las claves del sistema registral del Convenio en la segunda parte del libro, de menor envergadura pero de idéntica profundidad.

El estudio detallado del registro es muy bienvenido. De hecho, un aspecto particularmente innovador del Convenio de Ciudad del Cabo consiste justamente en ser el primer instrumento de armonización del Derecho privado —con salvedad de las convenciones internacionales sobre registro de derechos de propiedad industrial— acompañado por una infra-estructura operacional que asegura su funcionamiento práctico: el Registro de Garantías Internacionales sobre Bienes Aeronáuticos. Con sede en Dublín (Irlanda) y gestionado por una empresa privada seleccionada mediante licitación pública internacional actuando bajo la supervisión de la OACI, el registro opera exclusivamente por medios electrónicos, aplicando los más rígidos criterios de protección de datos y de rapidez de comunicaciones, y ya cuenta con más de 300.000 inscripciones desde la entrada en vigor del Convenio, en 2006.

Después de describir los aspectos estructurales y organizativos del registro internacional, incluso las razones para la opción por un sistema de folio real, la autora analiza la función de publicidad de la inscripción en el registro (inscripción no constitutiva) y el objeto de la inscripción. Aquí el lector encuentra minuciosas aclaraciones sobre los tipos de garantías inscribibles, los acuerdos objeto de inscripción y los efectos de la cotitularidad, y de la pluralidad de acreedores.

Esas observaciones sobre aspectos jurídicos-sustantivos se completan con una descripción de aquellos aspectos del registro que la autora denomina «técnicos y operativos», término que, sin embargo, no debe inducir el lector a pensar que se trata de cuestiones de menor importancia para el jurista.

De hecho, la autora explica la filosofía y naturaleza peculiar del registro, y las razones para la opción «minimalista» por un registro de publicidad y oponibilidad —pero ni constitutivo de derechos ni conservador de documentos— y discute cuestiones de relieve como la responsabilidad civil por errores o mal funcionamiento y el esquema de distribución de riesgos. El lector encuentra al final una serie de indicaciones de sumo interés práctico tanto para el usuario que consulta el registro (operativa de la consulta y del acceso, criterios de búsqueda, los tipos de consulta que permite el registro) cuanto para las partes interesadas en efectuar una inscripción (datos necesarios para realizar una inscripción, consentimiento de las partes).

Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS ha construido una obra sólida, profunda, completa y bien estructurada, que además de su elevado valor científico viene a llenar un vacío en el tratamiento monográfico en lengua española sobre el Convenio de Ciudad del Cabo.

Esas cualidades hacen de esta obra una fuente preciosa de información para los juristas hispanohablantes interesados en el tema de las garantías reales sobre equipo móvil y un aporte de gran importancia al estudio y comprensión de esa compleja temática.

Consigno aquí el reconocimiento de UNIDROIT a la contribución de la autora a la divulgación de esa nuestra importante contribución a la armonización del Derecho privado, y mi admiración personal por el talento con el que lo ha hecho.

Roma, 22 de mayo de 2012

José Angelo ESTRELLA FARIA
Secretario-General
UNIDROIT

INTRODUCCIÓN

En las economías contemporáneas, el ritmo de la actividad empresarial y la intensidad de los intercambios comerciales dependen ampliamente de la oferta de crédito y el acceso al mismo en condiciones razonables. Para las empresas, una de las vías más eficientes de obtención de financiación para la explotación de su actividad es el crédito garantizado. Por tanto, un sistema de garantías sólido, creíble y eficiente se convierte en una pieza esencial en el mercado de la financiación y, por consiguiente, en el funcionamiento de las economías modernas.

En este contexto, con el fin de reforzar la posición del acreedor, minimizar los riesgos de las operaciones de financiación y, por tanto, fomentar la oferta de crédito en condiciones eficientes, los deudores pueden utilizar sus propios activos, fijos o circulantes, para respaldar la devolución de la financiación recibida y así mejorar para el acreedor la expectativa de cumplimiento de la prestación. Si los bienes que se otorgan como 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 basada en la explotación de sus activos. De ahí que se hayan ido configurando, en algunos sistemas jurídicos, diversas modalidades de garantía sobre bienes muebles que no imponen la desposesión del deudor, más aún, autorizan al deudor a 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*)—. La expresión, cada vez más frecuente en los textos internacionales, de «operaciones garantizadas» designa y describe los resultados de esta intensa práctica comercial agrupando, junto a las tradicionales garantías reales mobiliarias, diversas y complejas figuras de financiación (basada en activos) que cumplen funciones de garantía igualmente efectivas en las transacciones comerciales.

En el ámbito internacional, la regulación de las operaciones garantizadas se ha debido enfrentar a 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 operacio-

nes 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 noventa, instituciones reguladoras supranacionales, de ámbito regional e internacional —*European Bank for Reconstruction and Development* (EBRD); *l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA); *Asian Development Bank* (ADB); Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; Organización de Estados Americanos (OEA/OAS); Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), y el propio UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law / Institut International pour l'Unification du Droit Privé*)—, han 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. Todas estas iniciativas parten del convencimiento de que el desarrollo industrial de sectores estratégicos, el acceso al crédito de los empresarios a tasas de interés razonables, el crecimiento social y económico en los países en vías de desarrollo y la intensidad y el alcance del comercio internacional dependen de la existencia de un sistema sólido, efectivo y uniforme de garantías mobiliarias que aseguren a los acreedores el retorno del crédito o, al menos, la preservación del valor económico de la transacción, y a los empresarios el acceso a vías de financiación que les permitan la adquisición de activos y el desarrollo de su actividad.

En esta corriente normativa, se enmarca el instrumento de Derecho Uniforme a cuyo estudio se dedica esta obra, el *Convenio relativo a Garantías Internacionales en elementos de equipo móvil*, adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) en 2001, bajo los auspicios de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO) —en adelante, el Convenio de Ciudad del Cabo—.

El objetivo del Convenio de Ciudad del Cabo 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. La dependencia del crédito en las economías modernas, y consecuentemente de las fórmulas de garantía, se agudiza a medida que el valor de los bienes, cuya adquisición y uso se financian, su importancia económica o su ritmo de obsolescencia se incrementan. Por ello, el proyecto de UNIDROIT identifica y selecciona tres sectores de actividad donde razones económicas, técnicas y jurídicas avalan una actuación urgente hacia la armonización. Cada sector ve atendidas sus especialidades por un Protocolo separado que adapta, desarrolla y hace aplicables las reglas del Convenio a cada categoría de bienes. El primero de los Protocolos, sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, entró en vigor el 1 de marzo de 2006, y el Registro Internacional para equipo aeronáutico está ya en pleno funcionamiento. El Protocolo sobre material rodante ferroviario se adoptó en Luxemburgo el 23 de febrero de 2007 pero aún no ha entrado en vigor; y en la fecha en la que se finaliza esta obra, el 9 de marzo de 2012, se ha adoptado y abierto a la firma el Protocolo sobre equipo espacial en Berlín. Dada la especial estructura dual Convenio-Protocolo sobre la que se

construye el sistema de Ciudad del Cabo, en esta obra estudiamos únicamente, sin perjuicio de algunas referencias, cuando resulten pertinentes, a cuestiones generales o relativas a otras categorías de bienes (material rodante ferroviario, equipo espacial), el régimen de garantías internacionales aplicable a los objetos aeronáuticos (Convenio y Protocolo aeronáutico).

El proyecto de UNIDROIT debía pues lidiar con dos problemas. De un lado, armonizar soluciones y elaborar reglas uniformes ante la patente disparidad en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantía 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) que agudizan, por tanto, el conflicto de jurisdicciones. Para ello, se adoptan soluciones de gran originalidad y pragmatismo, con apreciable atención a las prácticas empresariales de cada sector y con fuerte vocación uniformadora, pero sensibles, a su vez, a las tradiciones jurídicas nacionales. De un lado, 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. De otro lado, se constituye un sistema registral propio para asegurar la oponibilidad a terceros e instrumentar el régimen de prioridad.

Esta obra se divide, por ello, en dos partes para reflejar la dualidad de estrategias del Convenio. En la Parte I se estudian las reglas sustantivas uniformes que establece el Convenio alrededor del concepto autónomo, unitario y *sui generis* de garantía internacional. La Parte II se dedica al análisis del sistema registral que el sistema de Ciudad del Cabo pone en marcha para articular las reglas de prioridad y dotar a las garantías de oponibilidad frente a terceros.

Con sus originales soluciones conceptuales y registrales, sustantivas y operativas, el estudio del Convenio y su/s Protocolo/s se convierte en un esfuerzo analítico de gran interés que permite extraer conclusiones muy útiles para los procesos de reforma y modernización de las garantías mobiliarias en los ordenamientos nacionales o en entornos supranacionales, que impulsa con fuerza el proceso de armonización internacional de las operaciones garantizadas y que además ofrece un escenario ideal para reflexionar sobre la forma de entender y de construir el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

Como ya avanzábamos, una de las soluciones más sugerentes del Convenio es la fórmula conceptual empleada para superar las divergentes concepciones de los esquemas contractuales de financiación garantizada con activos que las diversas tradiciones jurídicas habían venido consolidando. Bajo la noción única de «garantía internacional» se agrupan esquemas de financiación que cumplen funciones de garantía, aunque no sean tratados por todos los ordenamientos nacionales como garantías reales en su sentido y alcance tradicionales. La estrategia empleada por el Convenio se basa esencialmente en una aproximación funcional y no formal que prima, por tanto, la función o la sustancia sobre la forma. Siguiendo esta línea de planteamiento del Convenio, que se explica con detalle en la parte primera de esta obra, se ha optado por incluir en el título el concepto, jurídica-

mente reconocible, de «garantías mobiliarias», en vez de la genérica expresión de «operaciones garantizadas». El Convenio, de hecho, se refiere a las «garantías internacionales» en su denominación. Conviene advertir, por tanto, que bajo el título «Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional» tratamos en esta obra otras fórmulas de financiación garantizada que para determinadas tradiciones jurídicas no se calificarían estrictamente como garantías mobiliarias (venta con reserva de dominio, arrendamiento financiero, o incluso simple arrendamiento), pero que se corresponden con la noción de garantía internacional del Convenio.

El elevado carácter técnico de los sectores que cubren los Protocolos y la necesidad de articular concepciones jurídicas tan diversas hacen de los textos de Ciudad del Cabo instrumentos normativos de considerable complejidad. Por ello, en la preparación de esta obra, se han tomado dos precauciones que nos gustaría indicar. De un lado, en muchas ocasiones se trasciben en nota al pie, total o parcialmente, disposiciones del Convenio o de los Protocolos. Se ha optado por ello para facilitar la comprensión sin interrupciones de algunas de las explicaciones desarrolladas en el texto, evitando remitir al lector sistemáticamente al texto de los instrumentos uniformes. Especialmente útil nos ha parecido este recurso a la transcripción literal cuando nos referimos a disposiciones del Reglamento del Registro Internacional, al texto de los Procedimientos del Registro, o incluso a los términos de uso de la aplicación web a través de la que se accede a las funcionalidades registrales, pues son documentos de accesibilidad más reducida y frecuente actualización. De otro lado, se ha decidido mantener en todo momento la terminología empleada en la versión oficial en español del Convenio y el Protocolo. Esto ha implicado en ocasiones el uso de terminología que puede resultar algo inusual en nuestra literatura jurídica. El recurso a ciertos términos ha sido consciente e intencionado para ser fiel al esquema conceptual del sistema de Ciudad del Cabo y evitar interpretaciones de ciertos conceptos conforme a las tradiciones nacionales que puedan distorsionar el sentido uniforme de los términos.

Al respecto, conviene precisar que en este libro pretendemos ofrecer un estudio del instrumento internacional en su condición de tal y no un trabajo comparado del texto uniforme con la situación de las figuras equivalentes en el ordenamiento español. Por tanto, las referencias a normas, instituciones o prácticas específicas de uno o varios ordenamientos jurídicos nacionales son limitadas, puntuales y sin ánimo alguno de establecer una comparación completa entre regímenes normativos. No obstante lo anterior, y con la intención de destacar las ventajas que de la decisión de ratificación/adhesión/aceptación por España del Convenio y su/s Protocolo/s derivarían, se ha prestado especial atención en algunos extremos del estudio a la situación vigente en nuestro país o, en general, en el entorno comunitario, así como al impacto que tendría la incorporación del sistema de Ciudad del Cabo, percibiendo, en su caso, posibles áreas de conflicto y de necesidad de reajuste. Para el conocimiento del estado normativo, práctico y registral de las operaciones garantizadas en el mercado español y la identificación de sus debilidades y sus eventuales puntos de fricción con el Convenio y sus Protocolos, han sido de gran ayuda las discusiones que condujeron las dos jornadas de debate en el *Workshop sobre Operaciones Garantizadas en el Comercio Internacional: Sector Aeronáutico*, celebrado en la Universidad Carlos III

de Madrid, los días 6 y 7 de octubre de 2011, bajo mi dirección, con el patrocinio de UNIDROIT, el *National Law Center for Inter-American Free Trade*, James E. Rogers College of Law, University of Arizona, el CEDIT (Centro de Derecho del Transporte Internacional de la Universitat Jaume I), el Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, el *International Registry* (Aviareto, Dublín), el Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, el Vicerrectorado de Investigación, el Instituto de Cultura y Tecnología, y el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, y en el marco de la Acción Complementaria DER2011-13466-E concedida por el Ministerio de Ciencia e Innovación. El *Workshop* contó con la valiosa participación del secretario general de UNIDROIT, don José Angelo ESTRELLA FARIA, académicos, expertos, registradores, representantes del Registro Internacional, y abogados de los principales despachos nacionales e internacionales que asesoran en operaciones garantizadas en el sector aeronáutico. A todos ellos reitero mi agradecimiento por sus valiosas y generosas aportaciones.

La investigación que ha conducido a la publicación de esta obra se ha desarrollado en diversas universidades y centros de investigación internacionales especializados y se ha enriquecido sustancialmente con la guía, los consejos y la supervisión de un prestigioso grupo de personas con las que he tenido el placer de trabajar durante mi estancia en esas instituciones. La investigación arranca en mi etapa posdoctoral en la Universidad de Oxford (Oxford, Reino Unido) bajo la supervisión de Sir Roy GOODE, (*Emeritus Professor of Law* y *Emeritus Fellow of St. John's College*) a quien agradezco sus precisos comentarios y su exquisita atención. El profesor GOODE ha sido presidente del UNIDROIT *Study Group* que inició el proyecto de Ciudad del Cabo, *Rapporteur* en las sesiones, presidente del *Drafting Committee* en la Conferencia Diplomática de Ciudad del Cabo y de Luxemburgo para la aprobación de los diversos Protocolos, además de autor de los Comentarios Oficiales disponibles hasta el momento sobre el Protocolo aeronáutico y el ferroviario. Tras el trabajo en Oxford, la investigación continúa en Roma, en la sede de UNIDROIT, con el apoyo del extraordinario equipo humano del Instituto de Roma y el acceso a sus fondos documentales. Mi formación sobre el Derecho de garantías se amplía, desde una perspectiva diversa pero complementaria, con mi estancia como *Marie Curie Fellow* en el *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* (*Center of European Law and Politics*) (ZERP) de la Universidad de Bremen (Alemania) en el marco del *EU Research Project (Marie Curie Host Fellowship for the Transfer of Knowledge - ToK) - 6th European Framework Programme on Research and Development*, al permitirme trabajar sobre garantías personales. Agradezco mucho a la profesora Aurelia COLOMBI CIACCHI su confianza y apoyo al incorporarme al proyecto. El estudio en perspectiva del Convenio de Ciudad del Cabo al compararlo con otros instrumentos internacionales o regionales sobre garantías mobiliarias ha sido muy importante para la definición completa de la obra. Mi estancia en el *National Law Center for Inter-American Free Trade*, James E. Rogers College of Law, University of Arizona, Tucson, Estados Unidos, bajo la dirección del profesor Boris KOZOLCHYK, me permitió conocer en profundidad la *Ley Modelo de la OEA (Organización de Estados Americanos) sobre Garantías Mobiliarias* y el desarrollo legislativo derivado que el excelente equipo investigador del NatLaw estaba liderando en

diversos países centroamericanos. Finalmente, el necesario estudio del régimen de las garantías mobiliarias (*secured transactions*, en general) en el *common law*, cuyo instrumental conceptual inspira e influye intensamente en algunas de las soluciones del Convenio, se ha podido desarrollar, gracias a la amable acogida de los profesores Jörg FEDTKE y Martin DAVIES, en sucesivas estancias y visitas como *Visiting Scholar* a la *University College of London* en Reino Unido y a la *Tulane University*, en Nueva Orleans, Estados Unidos, donde finalizo esta obra. Y entre destino y destino, siempre el gratificante trabajo en mi Universidad, la Universidad Carlos III de Madrid, en el estimulante entorno investigador en que he podido desarrollar mis horas de estudio y reflexión entre el interés y la atención de los alumnos, la amabilidad y el apoyo de mis compañeros del Área de Derecho Mercantil y todo el Departamento de Derecho Privado, el magisterio inestimable del profesor Rafael ILLESCAS y las facilidades y excelentes servicios de nuestra Universidad.

Nueva Orleans, 9 de marzo de 2012.

I. CLAVES DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO

Calificado, con toda autoridad¹, como una de las Convenciones internacionales más significativas en el campo del Derecho mercantil uniforme, el *Convenio sobre Garantías Internacionales en elementos de equipo móvil* (en lo sucesivo, 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). El Convenio entró en vigor el 1 de marzo de 2006, tras un proceso de deliberación y redacción que se inició en 1988²; pues la ingeniosa estructura dual Convenio/Protocolos con la que se superaron hábilmente las dificultades de abordar sectores que presentan una elevada complejidad y requieren consecuentemente un tratamiento muy específico, impide que el Convenio pueda operar independientemente de sus Protocolos.

El primero de los Protocolos, sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, entró en vigor el 1 de marzo de 2006³. Actualmente⁴ 44

¹ R. GOODE, «Transcending Boundaries of Earth and Space: The Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment», *Uniform Law Review*, 1998-1, pp. 52-75, en p. 72. Autor del *Official Commentary. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocolo thereto on matters specific to aircraft equipment*, en su primera edición de 2002 y en la edición revisada de 2008; así como, del *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.

² 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 aeronáuticos) se detallan en los Anexos XII y XIII, respectivamente, del *Official Commentary*, edición 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).

³ Que corresponde, en virtud del art. 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 nueve 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/implement/i-2001-aircraftprotocol.pdf> (última consulta 09/03/2012).

⁴ Datos sobre el número de Estados contratantes correspondientes a 9 de marzo de 2012. En esta misma fecha, el Convenio cuenta ya con 51 Estados contratantes.

Estados han depositado ya sus instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación, además de otros 15 que han procedido a su firma sin posterior ratificación, adhesión, aceptación o aprobación posterior hasta la fecha. Con tan sólo dos 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 textos⁵. Con fecha 28 de abril de 2009, la Comunidad Europea ha depositado su instrumento de adhesión⁶ al Convenio y al Protocolo, pero lo hace bajo el régimen de «Organización regional de integración económica» previsto en el art. XXVII del Protocolo, especificando los asuntos respecto a los cuales los Estados miembros le han transferido competencias⁷.

El Protocolo sobre material rodante ferroviario⁸ fue adoptado el 23 de febrero de 2007, pero aún no ha entrado en vigor. Hasta el momento cuenta con cinco Estados firmantes, incluida la Unión Europea, en su condición de «Organización

⁵ 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 —B. P. HONNEBIER, «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, mayo 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.

⁶ El Convenio y su Protocolo aeronáutico han entrado en vigor para la Comunidad Europea el 1 de agosto de 2009. El Convenio y su Protocolo vinculan, en consecuencia, también a los Estados miembros en la medida en que contienen disposiciones referidas a aspectos en los que la Comunidad goza de competencia y deben adoptar las medidas oportunas para cumplir e implementar tales disposiciones. Sin embargo, la adhesión de la Comunidad no implica la obligación de los Estados de ratificar el Convenio con sus Protocolos, aunque seguramente anuncie próximas ratificaciones. De hecho, la concurrencia en el instrumento de UNIDROIT de competencias distribuidas entre la Comunidad y los Estados permitiría afirmar que sin la adhesión de la Comunidad, los Estados no podrían ratificar enteramente y con plenos efectos el Convenio y sus Protocolos. 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. B. CRANS, «The Implications of the EU Accession to the Cape Town Convention», *Air and Space Law*, vol. 35, núm. 1, 2010, pp. 1-7.

⁷ *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), DO 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, sobre procedimientos de insolvencia, y el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, 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 constan en los Anexos I y II de la Decisión referida.

⁸ El Protocolo sobre material rodante ferroviario se adoptó, en Conferencia Diplomática celebrada en Luxemburgo, el 23 de febrero de 2007, fecha de firma de cuatro Estados (Gabón, Italia, Luxemburgo, Suiza), con la participación de 42 Estados y 11 Organizaciones Internacionales. El Protocolo no ha entrado aún en vigor (a 9 de marzo de 2012).

regional de integración económica» de conformidad con el art. XXII del Protocolo, y tan sólo se ha emitido la ratificación de Luxemburgo con fecha 31 de enero de 2012⁹. El tercer Protocolo previsto inicialmente, sobre bienes de equipo espacial¹⁰, se ha adoptado y abierto a la firma el 9 de marzo de 2012 tras la Conferencia Diplomática celebrada en Berlín del 27 de febrero hasta tal fecha.

Se cubrirían así junto con los elementos de equipo aeronáutico —células de aeronave, motores y helicópteros— las 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 Convenio¹¹ [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 y menos adelantados. 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.

El Convenio y sus Protocolos (actuales y futuros) se enmarcan en un ambicioso proyecto alentado por el desafío de desarrollar una disciplina uniforme que regule determinados aspectos de las garantías mobiliarias en las transacciones transfronterizas¹² e impulsado por convincentes justificaciones de tipo económico (*infra* I.A); pero, a la vez, permanentemente amenazado por el riesgo de fracaso de la

⁹ Se puede consultar el estado de ratificaciones del Protocolo en <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2007-railprotocol.pdf> (última consulta 09/03/2012).

¹⁰ 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 May 2006].

¹¹ 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*».

¹² Desde 1969 se comenzó a discutir en CNUDMI-UNCITRAL 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 R. C. C. CUMING, «International regulation of aspects of security interest in mobile equipment», *Uniform Law Review*, 1990-I, pp. 62-206, respondía a la propuesta que T. B. SMITH, representante canadiense en el Consejo de UNIDROIT,

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 parecía casi irreconciliable (*infra* I.B). 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, se convierten en una hazaña de significativa importancia en la regulación internacional ¹³.

I.A. LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DEL CONVENIO

El razonamiento económico que conduce esta iniciativa se basa en las siguientes hipótesis, que aunque no plenamente incontrovertidas se asumen como suficientemente razonables: primera, el mercado de la financiación acusa tres problemas fundamentales, asimetría de información, riesgo moral y selección adversa ¹⁴; segunda, los derechos de garantía permiten minimizar estas debilidades ¹⁵. Partir de ambas premisas nos permite desarrollar las siguientes consideraciones que explicarían la función del sistema de garantías para atenuar los fallos del mercado de la financiación.

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. 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 préstamos ¹⁶ y reduce el impacto de la selección adversa al proporcionar al acreedor una ruta para la recuperación de la deuda, alternativa al éxito del proyecto, del que el prestatario puede no tener mucha información ¹⁷.

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.

¹³ R. GOODE, *Official Commentary*, edición revisada *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, 2008, p. 1.

¹⁴ H. W. FLEISIG, «The proposed UNIDROIT Convention on mobile equipment: economic consequences and issues», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 253-264, en p. 254.

¹⁵ 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 —Y. S. CHAN y G. KANATAS, «Asymmetric Valuations and the Role of Collateral in Loan Agreements», *Journal of Money, Credit and Banking*, 17 (febrero 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 —R. RAJAN y A. WINTON, «Covenants and Collateral as Incentives to Monitor», *The Journal of Finance*, 50 (septiembre 1995), pp. 1113-1146—. A la vez, provoca una externalidad negativa con respecto a los acreedores sin garantía. E. M.^a KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 8 y 9.

¹⁶ 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 H. W. FLEISIG, «The economics of collateral and of collateral reform», en F. DAHAN y J. SIMPSON (eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2008, pp. 81-109, p. 86.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 84-88.