

LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO UNIFORME

Rocío CARO GÁNDARA*
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS DE 2016: 1. Antecedentes y aspectos generales.- 2. Constitución de la garantía; 3. Oponibilidad frente a terceros; 4. Registro; 5. Régimen de prelación; 6. Derechos y obligaciones de las partes y de los terceros; 7. Ejecución; 8. Normas de derecho internacional privado.— III. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO DE 2001: 1. Aspectos generales y ámbitos del convenio; 2. Constitución de la garantía; 3. Medidas de protección del acreedor garantizado en caso de incumplimiento del deudor; 4. Registro internacional y efectos frente a terceros; 5. Sistema de prelación; 6. Eficacia en el procedimiento de insolvencia del deudor.— IV. EL LIBRO IX DEL DCFR: 1. Aspectos generales y ámbitos del DCFR; 2. Constitución de la garantía; 3. Oponibilidad frente a terceros; 4. Registro europeo; 5. Orden de prelación; 6. Vida de la garantía; 7. Impago y ejecución.— V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El protagonismo alcanzado por las garantías mobiliarias como formas de financiación en el comercio internacional de las últimas décadas, contrasta con los obstáculos que encuentra la circulación global de las mismas, provocada por las divergencias estatales en el

* Profesora titular de Derecho internacional Privado (rcaro@uma.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «Instrumentos de justicia contractual: causa y buena fe», Ref. PID2020-114919GB-I00, del que la autora es IP junto con el Prof. Bruno Rodríguez-Rosado, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Málaga. Todas las páginas web citadas en este capítulo han sido consultadas por última vez el día 5 de mayo de 2024.

tratamiento de las garantías mobiliarias. Para paliar esta situación que afecta muy negativamente a la circulación del crédito, distintos textos internacionales han ofrecido soluciones que van desde la atribución de eficacia de las constituidas en el extranjero, hasta la creación de auténticas garantías internacionales¹. Estas últimas responden a un concepto funcional de garantía, entendida como privilegio de su titular frente al resto de acreedores del deudor, que se constituye mediante un procedimiento sencillo, que reduce al máximo su coste y asegura su eficacia mediante la creación de un registro internacional².

El concepto funcional y flexible de garantía acogido en los textos internacionales de Derecho uniforme se aproxima al contemplado en el art. 9 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EE.UU.³. Para dar cuenta de su importancia, de él se ha dicho que constituye «la Ley General de Garantías Mobiliarias de los Estados Unidos de América... (cuyos) conocimiento y estudio son obligados en cualquier análisis de las garantías mobiliarias»⁴. De hecho, no se trata de un artículo como tal, sino de una ley dividida en cinco partes, subdivididas, a su vez, en secciones. En ella se contiene un concepto único de garantía y, tras ciertas definiciones y

¹ Véase, entre otros, U. DROBNIG, «Transfer of Property», en HARTKAMP, A. *et al.*, *Towards a European Civil Code*, Nimega, Kluwer, 2010, pp. 725-740; U. DROBNIG, «Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights», en DROBNIG, U., SNIJDERS, H.J. y ZIPPO, E.J., (eds.), *Divergences of property law, an Obstacle to the internal Market?*, Munich, Sellier, 2006, pp. 105-115; E.-M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; *id.*, «Perspektiven für ein europäisches Mobiliar Sicherungsrecht», *ZEuP*, 2016-1, p. 201.

² C. JEREZ DELGADO, «Reflexiones sobre una reforma de las garantías mobiliarias a la luz de los textos de UNCITRAL, UNIDROIT, OEA y DCFR», en JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis*, Madrid, BOE, 2017, pp. 19-60, esp. p. 28; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil», *ADC*, 2012, n. 4, pp. 1605-1651; E.-M. KIENINGER, «Perspektiven für ein europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht», *ZEuP*, 2016-1, pp. 201-214; *id.*, «The Scope and Limits of Security Interest: Commentary», en EIDENMÜLLER, H. y KIENINGER, E.-M., *The Future of Secured Credit in Europe, European Company and Financial Law Review*, vol. 5, 2008, special issue, pp. 216-222; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, «Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el Derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos», *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n. 2, julio-diciembre 2014, pp. 3-27, esp. pp. 5-7; B. KOZOLCHYK, «Estado actual de implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina», en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 62-83; J. M. WILSON, «La nueva ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2003, pp. 33-77.

³ G. MCCORMACK, «UNCITRAL Security Rights and the globalisation of the US Article 9», 2010, pp. 1-30, disponible en https://works.bepress.com/gerard_mccormack/2/; *id.*, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, *passim*; J. TARABAL BOSCH, «El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea», en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *op. cit.*, pp. 85-106.

⁴ L. ROJO AJURIA, «Las garantías mobiliarias (Fundamentos de Derecho de Garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», *ADC*, 1989, n. 3, pp. 717-811, esp. p. 718.

exclusiones, se regula la validez del acuerdo de garantía y los derechos y deberes de las partes, los derechos de terceros, las reglas de prioridad, el registro y los efectos del incumplimiento de la obligación garantizada. La garantía puede constituirse sobre todo tipo de bienes muebles, corporales o incorporeales, incluidos los créditos y los títulos valores⁵.

Dicho concepto, en principio, resulta ajeno a los tradicionales sistemas continentales, como el español, que presentan como nota común su formalismo y como nota discordante su dispar tratamiento⁶. En ellos, se ha venido discutiendo su naturaleza jurídica, atendiendo a la distinta ubicación que presentan en la sistemática de los distintos Códigos civiles: en unas ocasiones se regulan entre los contratos, en otras, entre los derechos reales. No puede negarse, sin embargo, que existe una doble característica que se repite en todos ellos: su carácter accesorio a una obligación principal que otorga a su titular una preferencia o privilegio frente a otros acreedores⁷. No obstante, algunos Estados de tradición jurídica continental están reformando sus sistemas de garantías mobiliarias en este sentido⁸.

Un concepto unitario, funcional y flexible puede encontrarse en la Ley Modelo de UNCITRAL de 2016 sobre garantías mobiliarias. Concebida como instrumento que promueva la modernización de los sistemas legislativos nacionales a través de normas uniformes de *soft law*, define la «garantía internacional» como todo contrato suscrito entre las partes que tenga como función la de garantizar el cumplimiento de una obligación⁹. Un criterio autónomo de garantía funcional es el acogido también —a través del concepto de «garantía internacional» (*international interest*)— en el Convenio de Ciudad del Cabo sobre elementos de equipo móvil de 2001¹⁰. Por su parte, el Proyecto de Marco Común de

⁵ *Ibid.*, p. 734.

⁶ Véase la distinción entre garantías formales y garantías funcionales en F. FIORENTINI, «Proprietary Security Rights in the Western European Countries», en BUSSANI, M. y WERRO, F. (eds.), *European Private Law: A Handbook*, vol. 1, Berna, Stämpfli, 2009, pp. 415-464; esp. pp. 442-452; A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliarie non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 112-116; una comparación entre ambos modelos puede encontrarse en la doctrina española en J. FELIU REY, «El Derecho de garantías en contexto: una aproximación global», *La Ley Mercantil*, n. 29, Sección de Derecho Mercantil Internacional, octubre 2016, pp. 1-23, esp. pp. 3-8.

⁷ Para un análisis comparativo de varios textos legislativos: códigos civiles y normas internacionales uniformes, véase C. JEREZ DELGADO, «Reflexiones...», *op. cit.*, pp. 35 y 40.

⁸ Es el caso de la reforma del Derecho de garantías llevada a cabo por el legislador belga, mediante la Ley de 11 de julio de 2013 y la Ley de 25 de diciembre de 2016; véase V. NICAISE, «Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la Loi du 25 décembre 2016», en DURANT, I. (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, Lieja, Anthemis, 2017, pp. 15-21.

⁹ Véase J. FELIU REY, «La Ley Modelo de la CNUDMI sobre garantías mobiliarias», en JEREZ DELGADO, C., *Textos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 147-197, esp. p. 162.

¹⁰ I. HEREDIA CERVANTES, «Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo», *La Ley Mercantil*, n. 21, Sección Derecho Mercantil Internacional, 1 de enero de 2016, pp. 1-25, esp. p. 4.

Referencia (DCFR, según las siglas en inglés de *Draft Common Frame of Reference*) de 2009, opta por una concepción múltiple de las garantías mobiliarias, en la que caben todas las existentes en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados europeos. El texto distingue entre las «garantías reales sobre activos muebles» en general (*proprietary security in movable assets*) y la retención de la propiedad (*retention of ownership*), a la que extiende el régimen de aquellas (art. IX- 1:101), pero le concede un tratamiento especial y privilegiado (art. IX- 4:102)¹¹.

Aunque existen otros textos internacionales reguladores de garantías¹², se han elegido estos porque cada uno de ellos representa un paradigma de regulación de las garantías mobiliarias: la ley Modelo de UNCITRAL, por tratarse de un texto de *soft law* de ámbito mundial que regula las garantías mobiliarias que pueden constituirse sobre un amplio espectro de bienes y derechos; el Convenio de Ciudad del Cabo (y sus protocolos), por ser un texto de *hard law*, también de ámbito mundial, pero limitado a la constitución de garantías mobiliarias sobre determinados tipos de bienes de equipo; y, por último, el DCFR, por tratarse de un texto de *soft law*, que abarca las garantías mobiliarias sobre todo tipo de bienes, pero limitado territorialmente al ámbito regional europeo.

II. LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE GARANTÍAS MOBILIARIAS DE 2016

1. Antecedentes y aspectos generales

En 2007 fue aprobada la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre operaciones garantizadas, inspirada en el concepto amplio, unitario y funcional de garantías contenido en el art. 9 UCC¹³. Tres años más tarde se publicó el Suplemento Relativo a las Garantías Reales sobre Derechos de propiedad Intelectual de 2010¹⁴ y, tras otros tres, la Guía de Registro de Garantías Reales de 2013¹⁵. Finalmente, en 2016, fue publicada la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias¹⁶, así como una

¹¹ Para un análisis de la misma puede verse R. CARO GÁNDARA, *La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 84-87.

¹² Véase Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (OEA, 2002), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/garantias_mobiliarias_Ley_Modelo_Interamericana.pdf; y Ley Uniforme de la OHADA sobre organización de las garantías de 15 de diciembre de 2010, que reformó la de 1997, disponible en <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2010-suretes.pdf>.

¹³ Véase Naciones Unidas, *Textos sobre garantías reales preparados por la CNUDMI, la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT*, Viena, Oficina de las Naciones Unidas, 2012.

¹⁴ Aprobado en su 43.º período de sesiones, celebrado el 21 de junio de 2010.

¹⁵ Aprobada en su 46.º período de sesiones, celebrado el 16 de julio de 2013.

¹⁶ Preparada por el Grupo de Trabajo VI sobre Garantías Mobiliarias y aprobada en su 49.º período de sesiones, Sesión 1032, celebrada el 1 de julio de 2016. Véase *Documentos ofi-*

recomendación de UNCITRAL dirigida a los Estados para que la incorporaran a sus legislaciones¹⁷; por lo que se ha completado con la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Garantías Mobiliarias, en 2017¹⁸, y la Guía de prácticas de UNCITRAL relativa a la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias, en 2020¹⁹.

La Ley, que se estructura en nueve capítulos, se aplica a toda figura que se subsuma en el concepto único y funcional de garantía mobiliaria que ofrece, y que define como «todo derecho real que se constituya sobre un bien mueble mediante un acuerdo por el que se garantice el pago u otra forma de cumplimiento de una obligación, independientemente de que las partes lo denominen o no garantía mobiliaria, y cualquiera que sea el tipo de bien, la situación jurídica del otorgante o del acreedor garantizado, o la naturaleza de la obligación garantizada» [art. 2 w) i)]; así como «el derecho del cesionario en una cesión pura y simple de un crédito por cobrar, celebrada por acuerdo de partes» [(art. 2 w) ii)]. El carácter funcional de la garantía deriva del hecho de que, con independencia del nombre que reciba y de la forma que adopte, todo acuerdo que sirva para garantizar el cumplimiento de una obligación quedará subsumido en su ámbito de aplicación y le será aplicable el régimen previsto en la misma²⁰. La obligación garantizada podrá ser de cualquier tipo, presente o futura, determinada o determinable, condicional o incondicional, fija o flotante (art. 7) y podrá recaer sobre cualquier tipo de bienes muebles, corporales o inmateriales, presentes o futuros²¹.

2. Constitución de la garantía

El capítulo segundo de la ley exige un acuerdo de constitución de la garantía, sin que resulte necesario ningún acto adicional, como la inscripción en un registro público, por lo que se admiten las llamadas «garantías secretas» o «garantías ocultas». La anotación en el Registro

ciales de la Asamblea General, Septuagésimo Primer Período de sesiones, Suplemento n° 17, A/71/17. Aquí se sigue la versión publicada por la CNUDMI en 2019, que se encuentra en la siguiente dirección: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf

¹⁷ Asamblea General, Resolución 71/136, de 13 de diciembre de 2016.

¹⁸ Aprobada en su 50.º período de sesiones, celebrado en 2017. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones*, suplemento núm. 17 (A/72/17), párr. 216.

¹⁹ Véase el texto en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10913_ebook_s.pdf

²⁰ A. GARRO, «El concepto genérico, global e integrado de “garantía mobiliaria”: perspectivas comparadas», en LARROUMET, C. (ed.), *L'évolution des garanties mobilières dans les droits latino-américains*, París, Pánthéon-Assas, 2016, pp. 87-99, esp. p. 93.

²¹ Ténganse en cuenta, no obstante, las exclusiones de su ámbito de aplicación material contenidas en los apartados 3 a 6 del art. 1.

es un requisito tan solo para que la garantía pueda tener eficacia frente a acreedores y terceros.

Para que el acuerdo de garantía sea válido resulta necesario que el otorgante tenga un derecho sobre el bien objeto de la garantía que le permita gravarlo (art. 6.1), respondiendo así a la regla *nemo dat quod non habet*; por ello, la garantía podrá constituirse sobre un bien futuro, pero solo quedará constituida cuando el otorgante adquiriera derechos sobre el bien o facultades para gravarlo (art. 6.2). En cuanto a la forma del acuerdo, puede ser verbal o escrito, dependiendo de que exista o no desplazamiento posesorio (respectivamente art. 6.3 y 6.4). El acuerdo escrito incluye las comunicaciones electrónicas siempre que quede constancia de las mismas para su ulterior consulta [(art. 2 u)]. El acuerdo debe identificar claramente a las partes y describir el bien gravado y la obligación garantizada; además, el Estado promulgante podrá exigir que se indique el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía (art. 6.3). La descripción de los bienes gravados y de la obligación garantizada debe realizarse de un modo que permita razonablemente identificarlos (art. 9.1). En relación a los bienes gravados, puede tratarse de cualquier tipo de bien mueble, una parte de un bien, un derecho indiviso sobre el mismo, una categoría genérica de bienes, incluso todos los bienes muebles del otorgante (art. 8 y 9.2). Por su parte, en relación a la obligación garantizada, es válida la indicación de que la garantía mobiliaria asegura el cumplimiento de todas las obligaciones que se adeuden al acreedor garantizado en cualquier momento (art. 9.3). La garantía se extingue cuando se cumplen todas las obligaciones garantizadas (art. 12).

3. Oponibilidad frente a terceros

Una vez constituida válidamente la garantía, esta será eficaz frente al otorgante. Pero la eficacia de una garantía se mide en términos de su oponibilidad frente a terceros. Para ello, en el capítulo tercero de la Ley se establecen varios sistemas de oponibilidad, unos generales y otros particulares para determinados tipos de bienes. El primer método general es la inscripción de una notificación de la garantía en el Registro (art. 18.1), que podrá tener lugar incluso antes de su constitución a través de la celebración del acuerdo de garantía; pero en este último caso, no surtirá los efectos propios de la inscripción hasta que se constituya la garantía. El segundo método es la posesión, es decir, el desplazamiento posesorio del bien del otorgante al acreedor garantizado (art. 18.2).

Existen, además, otros métodos particulares en relación con específicos tipos de bienes. Concretamente derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En este caso, al método general contemplado en el art. 18 se añaden otros tres. En primer lugar, me-

diante la constitución de la garantía a favor de la entidad depositaria. En segundo lugar, se prevé un acuerdo de control entre el otorgante, el acreedor garantizado y la institución depositaria [(definido en el art. 2 d) ii)]. En tercer lugar, la conversión del acreedor garantizado en titular de la cuenta (art. 25). Cuando se trate de instrumentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos, si la garantía mobiliaria que grava el documento negociable es oponible a terceros, entonces los bienes comprendidos en ellos también lo son (art. 26.1). En ese caso, cabe la inscripción o, alternativamente, la posesión del documento negociable (art. 26.2). Por último, si se trata de valores no intermediados inmaterializados, a los métodos generales se añaden la anotación en los libros del emisor y la celebración del acuerdo de control entre otorgante, acreedor garantizado y emisor (art. 27).

4. Registro

En el capítulo cuarto de la Ley se crea un Registro para la inscripción de notificaciones de garantías mobiliarias, simplificado, rápido y económico (art. 28), que responde al método conocido como *notice filling* o aviso, en virtud del cual no se inscribe el acuerdo de garantía sino una notificación del mismo en la que constan tan solo determinados extremos. El resto de los artículos del citado capítulo responde a una numeración interna propia, con objeto, según la citada Ley, de que los Estados promulgantes tengan suficiente flexibilidad a la hora implementarlos.

La información contenida en la notificación inicial del Registro se ciñe a los datos identificadores del deudor otorgante de la garantía, del acreedor garantizado, de los bienes gravados y del plazo de vigencia de la inscripción, así como el importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía en el caso de que deba constar en el acuerdo de garantía. Con ello se pretende conciliar la seguridad del tráfico y la confidencialidad de determinados datos, de modo que la información en él contenida sirva como mero aviso a los terceros, de la existencia de tales garantías sobre los bienes del otorgante [(art. 9 del capítulo cuarto, en relación con el art. 6. 3 d)]. La inscripción de la notificación inicial o de modificación produce efectos desde el momento en que la información se incorpore al fichero y se encuentre accesible al público (art. 13 del capítulo cuarto). Una vez inscrita la notificación, el Registro deberá enviar copia de la información contenida en la misma al acreedor garantizado (art. 15 del capítulo cuarto), que será la única persona legitimada para inscribir una notificación de modificación o cancelación (art. 16 del capítulo cuarto). Si el Estado opta por la creación de un registro electrónico, el procedimiento de inscripción será aún más rápido²².

²² Véase J. FELIU REY, «La Ley Modelo...», *op. cit.*, pp. 178-183.

5. Régimen de prelación

Al futuro acreedor le interesa saber no solo si un bien está gravado, sino también el puesto que ocupa su derecho en el orden de prelación de las garantías sobre un mismo bien del otorgante. Para ello, el capítulo quinto establece un régimen que se compone de una regla general con algunas excepciones a la misma, así como de reglas especiales para determinados tipos de bienes. Dicho orden de prelación es aplicable a todas las obligaciones garantizadas, presentes o futuras. En el caso de que el régimen de oposición haya sido la inscripción, quedarán afectados todos los bienes gravados descritos en la notificación, con independencia de que hayan sido adquiridos por el otorgante antes o después de la notificación (art. 44).

El orden de prelación parte de la regla general contenida en el principio *prior in tempore, potior in iure*, pero corregida en atención a los distintos derechos concurrentes. Para ello se distinguen tres tipos de situaciones: reglas de prioridad entre garantías mobiliarias constituidas sobre un mismo bien por el mismo o distintos otorgantes (arts. 29 y 30, respectivamente); entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados y, por último, entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales.

En el primer grupo de relaciones, se sigue la regla general: prevalecerá la garantía que se haya hecho oponible a terceros en primer lugar. Si el método utilizado en un primer momento para hacer oponible la garantía ha cambiado a lo largo del tiempo, la fecha a tener en cuenta a efectos de su prioridad no cambiará, siempre que la oponibilidad no se haya interrumpido en ningún momento (art. 31). Frente a tales reglas generales se establecen excepciones para los supuestos de bienes muebles corporales mezclados o transformados en un producto elaborado (art. 33); de concurrencia entre garantías mobiliarias para financiar adquisiciones y las que no están destinadas a tal fin (art. 38); de concurrencia entre las primeras (art. 39) y sobre los productos, en los dos últimos casos (arts. 41 y 42). En el supuesto de concurrencia entre garantías mobiliarias y créditos privilegiados, el art. 36 de la Ley concede prioridad a los créditos privilegiados sobre las garantías mobiliarias, si así lo establece alguna disposición legal, con el límite establecido por el Estado promulgante para cada categoría de créditos. Por último, en caso de concurrencia entre garantías mobiliarias y derechos de acreedores judiciales, el art. 37 concede prioridad al acreedor que haya obtenido la oponibilidad de su derecho a terceros —o su reconocimiento judicial—, aunque limitada a una determinada cantidad²³. Salvo que la garantía mobiliaria esté des-

²³ Tales limitaciones pretenden evitar conductas que puedan perjudicar al acreedor que haya obtenido un reconocimiento de su derecho; véase J. FELIU REY, «La Ley Modelo...», *op. cit.*, pp. 83-88.

tinada a la financiación de adquisiciones, en cuyo caso prevalecerá esta sobre los derechos de los acreedores judiciales (art. 40).

Junto a las reglas generales y sus excepciones, la Ley establece reglas específicas para determinados tipos de bienes, como los títulos negociables (art. 46), los derechos al cobro sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria (art. 47), los instrumentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos (art. 49) y los valores no intermediados (art. 51). Por último, debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que la apertura de un procedimiento de insolvencia del otorgante no afecta al grado de prelación de las garantías, salvo que la ley aplicable al mismo establezca otra cosa (art. 35).

6. Derechos y obligaciones de las partes y de los terceros

El capítulo sexto de la Ley comienza regulando los derechos y obligaciones de las partes del acuerdo de garantía. Estos deberán entenderse siempre teniendo en cuenta que, en su capítulo primero, la Ley establece que las partes deberán proceder en todo momento de buena fe y de forma comercialmente razonable (arts. 3 y 4). Así, durante la vigencia de la garantía, el que se encuentre en posesión del bien garantizado deberá actuar con diligencia razonable para conservarlo (art. 53). Concretamente, el acreedor garantizado tendrá derecho a un uso razonable del bien gravado, a que se le reintegren los gastos razonables de conservación que se ocasionen y a destinar los ingresos que este genere al cumplimiento de la obligación garantizada. Si no se encontrare en posesión del mismo, tendrá derecho a inspeccionarlo (art. 55). Además, se establecen obligaciones especiales en relación con determinado tipo de bienes (arts. 57 a 60). Igualmente se contemplan las obligaciones de los terceros en caso de constitución de una garantía mobiliaria sobre un crédito por cobrar, sobre títulos negociables, sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, sobre documentos negociables y bienes corporales comprendidos en ellos, y sobre valores no intermediados. (arts. 61 a 71). Al extinguirse la garantía, el acreedor garantizado que se encuentre en posesión del bien sobre el que haya recaído la garantía deberá devolverlo al otorgante o entregarlo a la persona que este designe (art. 54).

7. Ejecución

El capítulo séptimo de la Ley comienza estableciendo que, en caso de incumplimiento, otorgante y acreedor garantizado podrán ejercitar los derechos establecidos en las disposiciones del presente capítulo o cualesquiera otros derechos previstos en el acuerdo de garantía o en cualquier otra norma, salvo que sean incompatibles con la presente Ley

(art. 72.1 y 72.2). En aras de la protección de los intereses de las partes y de los terceros, la Ley impide que, antes del incumplimiento, otorgante y acreedor garantizado puedan renunciar unilateralmente o modificar de común acuerdo los derechos que les confieren las disposiciones relativas a la ejecución, que tienen carácter imperativo (art. 72.3).

La Ley prevé la posibilidad de que el acreedor acuda al procedimiento sumario ante las autoridades judiciales o extrajudiciales que establezca el Estado otorgante, en cuyo caso, junto a las normas de procedimiento de este, se prevén otras en el mismo capítulo (art. 73.2). Si el acreedor garantizado no utiliza ese procedimiento, podrá ejercer sus derechos acudiendo al procedimiento extrajudicial contemplado en el mismo capítulo (art. 73.3).

El acreedor garantizado podrá vender o enajenar de cualquier otro modo el bien gravado, adquirirlo o cobrarlo. Si bien, el otorgante, el deudor o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el bien gravado, podrá poner fin al procedimiento de ejecución mediante el pago total o cualquier otra forma de cumplimiento íntegro de la obligación garantizada, incluida una cantidad razonable en concepto de gastos de ejecución, antes de que el acreedor proceda a dicha ejecución o a la celebración de un acuerdo que tenga por objeto la misma (art. 75). No obstante, una vez iniciado el procedimiento de ejecución por un acreedor garantizado, cualquier otro acreedor cuya garantía tenga preferencia sobre la de este, tendrá derecho a ejecutar la garantía si este aún no ha procedido a enajenar el bien, adquirirlo o cobrarlo, o haya celebrado un acuerdo en ese sentido (art. 76).

Tras producirse el incumplimiento, el acreedor garantizado podrá presentar, a iniciativa propia (art. 80. 1) o a solicitud del otorgante (art. 80.6), una propuesta escrita en la que ofrezca adquirir uno o más de los bienes gravados para dar por cumplida, total o parcialmente, la obligación garantizada, en las condiciones del art. 80. Por tanto, la Ley permite la apropiación por parte del acreedor del bien gravado, siempre que se cumplan las estrictas condiciones establecidas en el mismo, que permiten preservar los intereses individuales y colectivos, de otorgante, deudor y terceros. Así, el acreedor adquirirá el bien garantizado para dar por cumplida totalmente la obligación garantizada, salvo que reciba por escrito la negativa de alguna de las personas a las que estaba obligado a remitir su propuesta en el breve plazo que deberá establecer el Estado promulgante (art. 80.4). Igualmente, el acreedor adquirirá el bien garantizado para dar por cumplida parcialmente la obligación garantizada, siempre que reciba por escrito la aceptación de todas las personas a la que estaba obligado a remitir su propuesta en el breve plazo de tiempo que igualmente deberá establecer el Estado promulgante (art. 80.5).

8. Normas de Derecho internacional privado

El capítulo octavo de la Ley lleva por título «Conflicto de leyes». En él se distingue entre aspecto contractuales y reales del acuerdo de garantía. En efecto, en virtud de su art. 84, la ley aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos de acreedor garantizado y otorgante será la elegida por ellos y en defecto de dicha elección, la ley que rija el acuerdo de garantía. Sin embargo, la constitución de la garantía, su oponibilidad a terceros y su grado de prelación quedan sometidos a la ley del Estado de la situación del bien gravado, si se trata de un bien corporal (art. 85.1). En el caso de bienes inmateriales, la conexión utilizada es la de situación del otorgante (art. 86). Estas reglas generales van acompañadas de ciertas excepciones en atención a determinados tipos de bienes y/ o de cuestiones. En el caso de que se trate de garantías mobiliarias sobre bienes incorporados a instrumentos negociables, que se hayan hecho oponibles a terceros mediante la posesión del documento, la prelación se rige por la ley del Estado donde se encuentre el documento (art. 85.2). Si la garantía recae sobre un bien corporal que se utilice comúnmente en más de un Estado, la constitución, la oponibilidad frente a terceros y la prelación de la garantía se regirán por la ley del Estado donde se encuentre situado el otorgante (art. 85.3). Cuando se trate de bienes en tránsito y de los bienes destinados a la exportación, la constitución y su oponibilidad a terceros podrá regirse por la ley del Estado de destino final, siempre que dicho traslado se produzca dentro de un plazo limitado entre la fecha de constitución de la garantía y la llegada al Estado de destino, plazo que deberá designar el Estado promulgante (art. 85.4).

Si el bien sobre el que recae la garantía es incorporeal, en virtud de la regla general del art. 86, la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad y la prelación será la del Estado donde esté ubicado el otorgante. Las excepciones hacen referencia a los créditos por cobrar nacidos de la venta o arrendamiento de bienes inmuebles o cuyo pago se haya garantizado con un bien inmueble, en cuyo caso la prelación se rige por la ley del Estado bajo cuya autoridad se encuentre el registro de la propiedad inmobiliaria (art. 87). En el caso de garantías mobiliarias sobre derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, existen dos opciones para determinar la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad, la prelación y la ejecución: se regirán bien por la ley del Estado en que se encuentre el establecimiento del depositario; bien por la ley que las partes hayan designado en el contrato de apertura de la cuenta; y si no hubieren designado ninguna, por la establecida en el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a ciertos valores depositados en un intermediario (art. 97). Cuando la ley del Estado donde está ubicado el otorgante considera la inscripción registral de una notifica-

ción como forma de oponibilidad de una garantía sobre determinados bienes negociables y derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria o un valor no intermediado materializado, la ley de ese Estado será también la ley aplicable a la oponibilidad a terceros mediante inscripción registral sobre ese bien (art. 98). En cuanto a las garantías mobiliarias sobre derechos de propiedad intelectual, la regla general es que la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad y la prelación es la del Estado en el que esté amparado ese derecho, aunque la Ley Modelo también permite que su constitución y su oponibilidad pueda regirse por la ley del Estado de situación del otorgante, que rige en todo caso su ejecución (art. 99). En el caso de garantías mobiliarias sobre valores no intermediados, si estos consisten en títulos de participación en el capital, la ley aplicable a su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución, así como su eficacia frente al emisor, será la Ley del Estado de constitución del emisor. En el caso de títulos de deuda, será la del Estado que rijan los títulos (art. 100).

Por último, la ejecución de la garantía sobre bienes corporales se registrará por la ley del Estado donde se encuentre situado el bien gravado en el momento de iniciarse la ejecución [(art. 88 a)] y la ejecución de una garantía mobiliaria sobre un bien incorporal se registrará, con carácter general, por la ley del Estado que regule la prelación de la garantía [(art. 88 b)], con las excepciones previstas para los bienes señalados anteriormente.

III. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO DE 2001

1. Aspectos generales y ámbitos del convenio

El Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 fue celebrado a iniciativa de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO) y ha sido ratificado por España en 2013²⁴. Su principal aportación quizás sea la de ofrecer fórmulas originales para superar las importantes divergencias nacionales en el tratamiento de las garantías mobiliarias a las que se ha hecho mención en la introducción de este capítulo. Concretamente, el Convenio crea un concepto autónomo de garantía internacional, junto

²⁴ Instrumento de ratificación publicado en *BOE* n. 238, de 4 de octubre de 2013. Con anterioridad se produjo la adhesión de la CE al Convenio y al Protocolo aeronáutico, mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009, que entraron en vigor para la CE el 1 de agosto de 2009; véase la *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), *DOUE* L 121/3, de 15 de mayo de 2009.

con una serie de reglas uniformes de protección del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, que conviven con otras previstas en la *lex causae*, dando entrada a la autonomía de la voluntad, siempre que aquélla y el propio Convenio las permitan. Todo ello viene acompañado de un importante sistema de publicidad de tales garantías, a través de su inscripción en el Registro Internacional que regulan los Protocolos respectivos; lo que les otorga un importante grado de eficacia en caso de la oponibilidad frente a terceros de la preferencia de la que gozan.

El ámbito de aplicación material del Convenio hace referencia a las «garantías internacionales», concepto autónomo que alberga todas las figuras conocidas en las distintas tradiciones jurídicas [arts. 1 o) y 2]. Respecto de las mismas establece un régimen uniforme de constitución, de producción de efectos, de remedios del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, de prelación en los procedimientos colectivos y de publicidad, a través de su inscripción en el citado Registro internacional (art. 16), que otorga eficacia internacional a todas esas garantías, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes gravados²⁵. Para poder conciliar su objetivo unificador con el respeto a la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados parte, el Convenio combina normas materiales con otras de remisión a las normas de conflicto del foro²⁶.

A pesar de la internacionalidad propia de los bienes que pueden ser objeto de la garantía, el Convenio se aplica no sólo a relaciones transfronterizas, sino también a relaciones internas —ya que podrían convertirse en internacionales con el transcurso del tiempo—, salvo que el Estado parte haya declarado que no se aplique a estas últimas, mediante reserva contemplada en su art. 50.1 y de la que ni España ni la mayor parte de los Estados parte ha hecho uso. El art. 50.2 limita el alcance de esa eventual declaración, pues un nutrido número de preceptos se aplicarán en cualquier caso a las transacciones internas.

Su ámbito de aplicación espacial queda limitado a los supuestos en que el deudor de la garantía esté situado en un Estado contratante en el momento de constitución de la misma (arts. 3 y 4).

En relación a su ámbito de aplicación objetivo, el Convenio pretende internacionalizar el mercado de las garantías mobiliarias para

²⁵ Véase R. GOODE, *Official Commentaries on the Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocols Thereto*, Unidroit, 3rd. edition, 2013, *passim*; disponible en <http://www.unidroit.org/official-commentary>.

²⁶ Para un análisis del complejo sistema de coordinación de normas que establece el convenio, véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El concepto funcional de garantía...», *op. cit.*, 2012, pp. 1605-1651; *Id.*, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de ciudad del Cabo y su Protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, *passim*; *Id.*, «El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos», en JEREZ DELGADO, C., *Textos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 19-60.

hacerlo más competitivo, concretamente, facilitando la financiación²⁷ para la adquisición y el uso de ciertos elementos de transporte aéreo, ferroviario y espacial (células y motores de aeronaves y helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial, —art. 2.3—) de fuerte importancia económica, carácter eminentemente transfronterizo y débil vinculación territorial, en los que la controvertida regla *lex rei sitae* resulta especialmente ineficaz. El Convenio se acompaña de tres Protocolos (aeronáutico, de 2001; ferroviario, de 2007; espacial, de 2012) y en los últimos años se ha extendido a un cuarto (equipo minero, agrícola y de construcción, de 2019). Así, mediante el Protocolo adoptado el 22 de noviembre de 2019 en la ciudad sudafricana de Pretoria, conocido como Protocolo de Pretoria o Protocolo MAC, el Convenio de Ciudad del Cabo se extiende a la constitución de garantías mobiliarias en esos sectores inicialmente no previstos en el mismo. Concretamente regula las garantías constituidas sobre activos para la adquisición de equipos mineros, agrícolas y de construcción, partiendo del sistema uniforme del Convenio, al que se realizan algunos ajustes o adaptaciones y se añaden otras soluciones completamente novedosas, para responder a las necesidades propias de tales sectores²⁸.

Convenio y Protocolos deben considerarse e interpretarse como un único instrumento (art.6.1). Concretamente, la adhesión al Protocolo aeronáutico en 2016²⁹ ha permitido la entrada en vigor en España del Convenio y su aplicación a las garantías constituidas sobre ese tipo de bienes a partir del 1 de marzo de 2016. En el complejo proceso de implementación de Convenio y Protocolo en España deben tenerse en cuenta, además, determinadas declaraciones realizadas por nuestro país, así como la aprobación del nuevo Reglamento de Registro de Aeronaves por R.D. 348/2015, de 22 de mayo de 2015, cuya DA 6.^a permite articular el funcionamiento de este Registro nacional y el Registro internacional creado por el Convenio y regulado en su Protocolo aeronáutico³⁰.

²⁷ Véase, en este sentido, Y. ZASU e I. SATO, «Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Convention», *European Journal of Law and Economics*, 2012, n. 33, pp. 577-601.

²⁸ Véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El nuevo Protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del Convenio de Ciudad del Cabo», *CDT*, vol. 12, n. 2, octubre de 2020, pp. 660-705.

²⁹ Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, publicado en *BOE* n. 27 de 1 de febrero de 2016.

³⁰ Véase, en este sentido, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo» (Parte I y II), *Bitácora Millenium*, n. 2, 2015, pp. 88-100; igualmente véase F. J. GÓMEZ GÁLLIGO e I. HEREDIA CERVANTES, «“El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *RCDI*, n. 731, mayo 2012, pp. 1415-1449; M. J. CASTELLANOS RUÍZ, «El Registro Internacional: implementación en España del Convenio de Ciudad del Cabo sobre Garantías Internacionales y su Protocolo Aeronáutico», *CDT* (Marzo 2017), vol. 9, N. 1, pp. 49-81.

2. Constitución de la garantía

La garantía podrá constituirse mediante un contrato, concretamente un contrato constitutivo de garantía, un contrato de compraventa condicional con reserva de dominio o un contrato de arrendamiento (art. 2.2) cuyos requisitos de forma se contienen en su art. 7. Particularmente, deben constar por escrito y en él debe identificarse el objeto de la garantía —del que el otorgante pueda disponer— de conformidad con el Protocolo correspondiente, y la obligación garantizada, sin que sea necesario establecer una cantidad ni una cantidad máxima garantizada. La calificación del contrato, su validez de fondo, la capacidad y el consentimiento de las partes, y cualquier otro aspecto relativo a su eficacia y efectos, así como las cuestiones regidas por el Convenio, pero no reguladas expresamente en el mismo, quedan sometidas a la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto del foro (arts. 5.2 y 3). Mediante esta fórmula se salva la competencia legislativa de la UE por lo que se refiere a la ley aplicable al contrato, regulada en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en adelante también RRI³¹.

Una vez constituida válidamente la garantía conforme a la ley aplicable al contrato y habiendo cumplido los requisitos de forma del art. 7, goza de la consideración de garantía internacional en virtud del art. 2 del Convenio y le resulta de aplicación el régimen uniforme de protección frente al incumplimiento del deudor contenido en su capítulo III y el de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, que deriva de su inscripción en el Registro internacional creado por cada Protocolo y que le permite tener preferencia, incluso, frente a las garantías nacionales constituidas con anterioridad que no hayan accedido a dicho Registro internacional³².

3. Medidas de protección del acreedor garantizado en caso de incumplimiento del deudor

La inscripción no constituye un requisito de validez de la garantía, sino de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, lo que asegura su prioridad; por tanto, no es requisito para que el acreedor garantizado

³¹ DOCE L 177, de 4 de julio de 2008; corrección de errores, DOCE L 309, de 24 de noviembre de 2009.

³² R. GOODE, «The Power to Dispose under the Cape Town Convention and Aircraft Protocol», *Cape Town Convention Journal*, 2017, vol. 6, pp. 2-9. Como se analizará *infra*, las garantías nacionales también pueden protegerse y gozar de la prioridad de las garantías internacionales, mediante su inscripción previa en un registro nacional y la inscripción de un aviso de su creación en el Registro internacional que crea el Convenio (art. 1 t).

pueda gozar de las medidas de protección previstas en el Capítulo III del Convenio para el caso de incumplimiento del deudor, por tratarse de efectos *inter partes* derivados del contrato de constitución de la garantía.

Tales medidas de protección se contienen en normas sustantivas y en normas de remisión a los Derechos nacionales. Entre las normas sustantiva, el art. 8 señala que el acreedor podrá tomar la posesión o el control del bien gravado, venderlo o arrendarlo previo aviso a las personas interesadas, percibir los frutos de su gestión o su explotación directamente, o solicitar al tribunal alguna de esas medidas, que deberá adoptarlas de forma «comercialmente razonable», entendida esta de acuerdo con las cláusulas contempladas en el contrato constitutivo de la garantía, salvo que se consideren «manifiestamente excesivas». Las cantidades percibidas se imputarán al pago de la deuda. Excepto que el tribunal disponga otra cosa, el acreedor garantizado deberá repartir el excedente entre los acreedores de menor rango cuyas garantías hayan sido inscritas o de las que haya sido informado, debiendo entregar el saldo sobrante al otorgante de la garantía.

El art. 9 permite una especie de pacto de apropiación del acreedor del bien dado en garantía, que no es en puridad ni un pacto comisorio —pues, en todo caso, deberá ser posterior al incumplimiento previsto en el art. 11— ni un pacto marciano. En virtud del citado precepto, acreedor y deudor o el tribunal —cuya intervención es preceptiva en el caso español, por la reserva que ha realizado nuestro país, en virtud del art. 54.2, para limitar los efectos del pacto y someterlo a autorización del tribunal—, podrán acordar que la propiedad de un bien gravado por el derecho de garantía sea transferida a dicho acreedor cuando la cuantía de las obligaciones garantizadas se corresponda con el valor del bien gravado³³. La norma, que tiene por objeto evitar el enriquecimiento del acreedor a costa del deudor, limita excesivamente su virtualidad al exigir esta coincidencia, sin tener en cuenta que, habría sido suficiente un pacto marciano; téngase en cuenta que, en virtud del mismo, unos terceros —entre los que debería incluirse el juez—, determinan el valor del bien dado en garantía, adjudicándoselo al acreedor en pago de la deuda, si bien este deberá devolver al deudor la diferencia³⁴.

³³ Véase Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (BOE n. 238, de 4 de octubre de 2013). Posteriormente, con motivo de su adhesión al Protocolo Aeronáutico, España ha hecho uso de la declaración prevista en el art. 53, que extiende el término «tribunal» a todas las autoridades competentes en España en cada caso y en cada momento (BOE n. 27, de 1 de febrero de 2016); igualmente, por lo que se refiere a las diferencias entre tales pactos, Véase A. GALINDO ARAGONCILLO y F. NAVARRO CODERQUE, «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», *Diario La Ley*, n. 8314/2014, de 20 de mayo, pp. 1-19, esp. pp. 16-18.

³⁴ M. S. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el Derecho español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 70-72.

Asimismo, el art. 12 del Convenio contempla la posibilidad de adoptar cualquier otra medida adicional permitida por la ley aplicable, incluidas las acordadas por las partes, siempre que no se opongan a las normas imperativas a las que hace referencia el art. 15. Este precepto permite que las partes puedan acordar por escrito la inaplicabilidad o la modificación de todas las medidas reguladas en el capítulo, siempre que se respeten las normas imperativas contenidas en los arts. 8.3 a 8.6, 9.3, 9.4, 13.2 y 14.

4. Registro internacional y efectos frente a terceros

La oponibilidad de la garantía frente a terceros y su prioridad se asegura mediante la inscripción en el Registro internacional electrónico que crea el Convenio y se regula en los Capítulos IV y V, cuyos requisitos se establecen en cada Protocolo y en los reglamentos de funcionamiento que dictará o aprobará la Autoridad supervisora (arts. 17 y 18). Se trata de un registro electrónico, abierto al público las 24 horas del día, los 7 días de la semana, que permite realizar y efectuar inscripciones en el marco del Convenio y sus protocolos³⁵. No hay inconveniente para la inscripción de derechos y garantías preexistentes, aunque no tendrán efecto jurídico en el marco del Convenio y de su Protocolo correspondiente, salvo cuando la inscripción de tales derechos o garantías sea necesaria, conforme al art. 60. 3 del Convenio³⁶.

Concretamente, el art. 16 contiene una lista de acuerdos, derechos y garantías que pueden acceder al Registro internacional, sin que por ello adquieran la categoría de garantía internacional. Es decir, en virtud del mismo pueden acceder al Registro internacional las garantías internacionales, así como derechos y garantías nacionales: una garantía internacional o una garantía internacional futura y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción; así como la cesión o la cesión futura de una garantía internacional; la adquisición de garantías internacionales por subrogación, y acuerdos que afecten a las mismas. Igualmente, el aviso de una garantía nacional puede ser inscrito por su titular (art. 20. 6). Cualquier persona podrá consultar el Registro internacional (art. 22). Para ello, los Estados pueden designar y regular uno o varios puntos de acceso nacionales, que no forman parte del Registro internacional, por lo que quedan sometidos a la legislación del Estado que los designa³⁷. España ha designado,

³⁵ Véase Organización de Aviación Civil Internacional, *Normas y Procedimientos para el Registro internacional*, 2013, Doc. 9864, disponible en el siguiente enlace: https://www.icao.int/publications/Documents/9864_6ed_es.pdf

³⁶ Véase *infra*, apdo. 5.

³⁷ Véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El Convenio de Ciudad del Cabo...», *op. cit.*, pp. 115-119.

como punto nacional de acceso al Registro Internacional, el Registro de Bienes Muebles (RBM)³⁸.

5. Sistema de prelación

La inscripción no cumple una función constitutiva, sino que otorga preferencia sobre las garantías que accedan al Registro con posterioridad y sobre las que no accedan, según las reglas establecidas en el Capítulo VIII (art. 29.1). No obstante, los Estados pueden modular estos efectos a través de las declaraciones que prevén los arts. 39 y 40 del Convenio. El art. 39 establece que un Estado contratante podrá especificar los derechos y garantías no contractuales no inscritos que tengan una prioridad equivalente a la de una garantía internacional inscrita, incluso que gocen de prioridad sobre esta³⁹. En relación al art. 39. 1 a), España ha declarado, en el momento de la adhesión al Protocolo Aeronáutico, que «todas las categorías de derechos o garantías no contractuales que conforme a la ley española tienen y tendrán prioridad en el futuro sobre una garantía relativa a un objeto que sea equivalente a la del titular de una garantía internacional inscrita, tendrán prioridad en igual medida sobre una garantía internacional inscrita, tanto dentro como fuera de un procedimiento de insolvencia, y tanto si fue registrada antes o después de la adhesión del Reino de España». Este precepto introduce una enorme incertidumbre y obliga a los operadores a consultar el derecho interno para determinar el alcance de tales derechos y privilegios⁴⁰.

El art. 40 establece que cualquier Estado parte podrá depositar la lista de derechos y garantías no contractuales que pueden inscribirse, «como si esos derechos y garantías fueran garantías internacionales» para gozar de la prioridad que otorga el sistema registral creado por el Convenio. Además, la conversión de la garantía nacional en internacional le permitirá beneficiarse de los sistemas de ejecución y auto-ejecución previstos en el Convenio⁴¹.

³⁸ Véase art. XIX (1) del Protocolo Aeronáutico y Declaración de España en Anexo al Protocolo.

³⁹ Téngase en cuenta que todas las garantías creadas por el convenio son garantías contractuales (véase *supra*, epígrafe 2).

⁴⁰ Para un análisis de los efectos de las declaraciones realizadas en virtud del art. 39, especialmente la realizada por España, véase T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «El Convenio de Ciudad del Cabo...», *op. cit.*, pp. 128-133; particularmente sobre la complejidad e inseguridad jurídica que introduce este artículo, véase M.J. GUERRERO LEBRÓN, «Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo para elementos de equipo aeronáutico», en MARTÍNEZ SANZ, F. y PETIT LAVALL, M. V., *Estudios de Derecho Aéreo: aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 57-72, esp. pp. 64-65.

⁴¹ En este sentido, debe tenerse en cuenta la declaración realizada por España prevista en el art. 54.2 en relación al art. 53, en virtud de la cual, el acreedor garantizado no podrá beneficiarse de las medidas de auto-ejecución sin autorización de un tribunal u otra autoridad; véase I. HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, pp. 6 y 12; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Claves para la

La relación entre la garantía internacional creada por el Convenio y las garantías nacionales constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo y su Protocolo, conforme a los ordenamientos jurídicos internos, viene determinada por el art. 60 del Convenio, en virtud del cual este no se aplica a los derechos o garantías preexistentes, que conservarán la prioridad que tenían antes de la fecha de aplicación del Convenio, en virtud de la ley aplicable al fondo del asunto, salvo que los Estados contratantes declaren otra cosa en algún momento⁴².

6. Eficacia en el procedimiento de insolvencia del deudor

El art. 30 del Convenio prevé el reconocimiento de las garantías internacionales en los procedimientos de insolvencia contra el deudor, siempre que hayan sido inscritas —de conformidad con el Convenio— con anterioridad a la apertura del procedimiento, sin que esa exigencia pueda disminuir la eficacia que la garantía internacional tenga en virtud de la ley aplicable a la misma⁴³.

IV. EL LIBRO IX DEL DCFR

1. Aspectos generales y ámbitos del DCFR

En el ámbito territorial de la UE, el *DCFR*⁴⁴, constituye una iniciativa académica con vocación de creación de un régimen europeo de Derecho patrimonial, cuya principal función es la de servir como modelo a las reformas que deben emprender los distintos legisladores nacionales⁴⁵. El Libro IX *DCFR*, inspirando también en el art. 9 *UCC*,

aplicación en España del Convenio Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico (Parte I y Parte II)», *Bitácora Millenium*, n. 3, 2016, pp. 100-114.

⁴² Véase R. GOODE, «The Power to Dispose...», *op. cit.*, pp. 5-7; M. DESCHAMPS, «Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», *Uniform Law Review*, vol. 7, issue 1, enero 2022, pp. 17-46.

⁴³ Véase art. XI del Protocolo Aeronáutico, y el comentario de T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las normas de insolvencia en el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo Aeronáutico: reflexiones sobre su interpretación autónoma y su aplicación uniforme», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 4/2021, pp. 79-108.

⁴⁴ C. VON BAR, E. CLIVE, E. y H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009; por lo que se refiere a la edición española, véase C. JEREZ DELGADO (Coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de referencia (DCFR)*, Madrid, BOE, 2015.

⁴⁵ La edición preliminar, de 2008, estaba compuesta por siete libros, que contenían el régimen de las obligaciones contractuales, de las obligaciones no contractuales y del enriquecimiento injusto. Al año siguiente, en 2009, la edición final añadió tres libros más: el Libro VIII, dedicado a la adquisición y pérdida de la propiedad sobre los bienes; el libro IX, a las garantías reales sobre los bienes muebles y el Libro X y último, al Trust; véase U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security in Book IX DCFR», en LAUROBA LACASA, E. (dir.), *op. cit.*, pp. 15-37.

aporta un modelo funcional de garantías que, superando la diversidad existente entre los distintos Estados miembros de la UE, las reduce a dos tipos: por un lado, las generales (*security rights*), posesorias y no posesorias; y, por otro, las basadas en la retención de la propiedad. Además, también crea un Registro público electrónico europeo, cuya anotación constituye un requisito de oponibilidad de tales garantías, asegurando así su eficacia.

Las garantías reales sobre bienes muebles (*proprietary security in movable assets*) están reguladas a lo largo de siete capítulos y 131 artículos. Su ámbito de aplicación material abarca todas las garantías reales clásicas, así como otras de base contractual más propias del ámbito financiero. El Capítulo 1 del Libro IX parte de una distinción fundamental (art. IX.-1:101): las garantías generales (*security rights*) —posesorias y no posesorias— y las basadas en la retención de la propiedad (*security transfer of ownership*), [arts. IX.-1:103 y IX.-1:104]. Todas entendidas en sentido amplio y funcional⁴⁶. Esta distinción se considera una auténtica «particularidad europea», porque en la mayor parte de los países de Europa la reserva de dominio se configura como retención de la propiedad a la que se atribuye una función de garantía⁴⁷. El vendedor retiene el derecho más fuerte que existe: la propiedad. Frente a él, el resto de acreedores —particularmente los que prestan dinero— tan solo puede obtener una «mera» garantía (*security right*), si pretende asegurar su crédito⁴⁸.

La garantía se configura como un derecho real en cosa ajena por el que el acreedor queda legitimado para ejecutarla sobre el patrimonio del deudor, con objeto de satisfacer la deuda en caso de incumplimiento⁴⁹. Este derecho de garantía está sometido a un régimen uniforme de constitución, de prelación y de ejecución, en el que el acreedor garantizado goza tan solo de un derecho de satisfacción preferente frente al resto de acreedores del deudor y no de un derecho de separación del

⁴⁶ U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷ El artículo IX.-1:103 (1) establece que existe pacto de reserva de dominio cuando el propietario retiene la propiedad de los bienes suministrados con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación.

⁴⁸ En la mayor parte de países europeos la superación de las garantías posesorias a partir de la revolución industrial y el desarrollo del Derecho del consumo se ha producido mediante la introducción legal o jurisprudencial de una diversidad de figuras entre las que se encuentran las basadas en la propiedad. En el modelo de garantía del art. 9 UCC y en las legislaciones que lo siguen, como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, los legisladores utilizan otros métodos menos ostensibles de privilegiar a los acreedores que aportan bienes tangibles frente a los que aportan dinero; véase U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, p. 23.

⁴⁹ Véase H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER y R. ZIMMERMANN, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. Cuestiones valorativas y problemas legislativos», *ADC*, vol. 62, n. 4, 2009, pp. 1461-1522 (traducción de B. Rodríguez-Rosado); U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, pp. 15-37; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, *op. cit.*, pp. 3-27.

bien sobre el que recae la garantía⁵⁰. La excepción la constituye la reserva de dominio, categoría separada con rango de «supergarantía», que goza de un derecho de ejecución separada y no de un mero derecho de satisfacción preferente⁵¹.

La garantía puede recaer sobre todo tipo de bienes muebles: tangibles o intangibles, presentes o futuros. La garantía también puede ser presente o futura y los supuestos internos o transfronterizos, sin distinción entre los mismos. En cuanto a su ámbito subjetivo también es muy amplio, pues incluye comerciantes, consumidores y trabajadores, aunque en los dos últimos casos se prevén ciertas cautelas⁵².

2. Constitución de la garantía

En el Capítulo 2 se establece que para la creación o constitución de la garantía basta con un acuerdo válido entre las partes. Además, el bien sobre el que recaiga la garantía —que debe quedar identificado por las partes y debe ser transferible— y la propia garantía, tienen que existir realmente; y el deudor debe tener un derecho de disposición sobre ese bien (art. IX-2: 101, IX-2:102 y IX-2:105). En realidad no se prohíbe la constitución de garantías sobre bienes futuros, ni sobre derechos futuros pero, en esos casos, los efectos reales solo se producirán a partir de la existencia del bien y la garantía surtirá efectos a partir de la existencia del derecho⁵³.

No obstante, se establecen reglas especiales para los supuestos en que el otorgante de la garantía sea un consumidor. En esas situaciones los bienes sobre los que recaiga la garantía deben estar identificados individualmente y no se permite que constituya garantías sobre bienes que aún no ha adquirido, salvo que se trate precisamente de la garantía para la adquisición de dicho bien⁵⁴. Igualmente quedan excluidos salarios y pensiones futuras⁵⁵.

3. Oponibilidad frente a terceros

El Capítulo 3 comienza señalando quienes son terceros: otros titulares de derechos reales sobre el bien gravado, incluidos los derechos rea-

⁵⁰ Véase W. FABER, «Proprietary Security Rights in Movables-European Developments: A Spotlight to Book IX DCFR», *Juridica International*, 22/2014, pp. 27-36, esp. p. 30; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, *op. cit.*, p. 22.

⁵¹ Véase R. CARO GÁNDARA, *op. cit.*, pp. 84-87.

⁵² Véanse arts. IX.-2:107; IX.-7:103 (2) y IX.-7:107.

⁵³ Véanse comentarios que acompañan al art. IX.-2:102.

⁵⁴ Art. IX.-2:107 y comentarios al mismo.

⁵⁵ U. DROBNIG, «The Rules on Proprietary Security...», *op. cit.*, p. 24.

les de garantía; los acreedores que hayan comenzado un procedimiento de ejecución forzosa contra el bien gravado y ya hayan obtenido una posición frente a una subsiguiente ejecución; y, por último, el administrador del procedimiento de insolvencia del deudor, que representa a todos los acreedores no asegurados con derechos reales de garantía en el procedimiento de insolvencia del deudor [art IX.-3:101 (1)].

La oponibilidad de la garantía frente a estos terceros puede alcanzarse mediante tres sistemas: el registro, la posesión y el control. El más general, para todo tipo de patrimonio, es el registro. En segundo lugar, un derecho real de garantía sobre bienes muebles materiales puede hacerse efectivo mediante la entrega de la posesión al acreedor. Por último, un derecho real de garantía sobre instrumentos financieros es eficaz frente a terceros mediante el ejercicio del «control» sobre los mismos (art. IX-3:102).

No obstante, el capítulo III establece que los llamados mecanismos para la financiación de adquisiciones solo serán oponibles si se registran, para lo que concede un período de gracia de 35 días, de forma que, si la garantía se registra durante dicho plazo, su efectividad se retrotraerá al momento de su creación; en caso contrario solo será oponible a partir de la fecha de su registro (art. IX.-3:107). Si el otorgante es un consumidor, no resulta necesario el registro [art. IX.-3:107 (4)].

4. Registro europeo

En el mismo Capítulo 3 se crea un Registro Central Europeo de garantías, de carácter electrónico y de acceso público [art IX. -3:102 (1) en relación con los arts. IX. -3:301 a IX. -3:303], en el que, siguiendo el modelo de «*notice filling*» del art. 9 *UCC*, quedará registrada una mera notificación de la garantía con un contenido mínimo (art. IX-3:308). Su función es la de fijar la fecha, que servirá a efectos de prelación. Resulta destacable que esas normas no incluyen ninguna previsión relativa a la necesidad de la identificación del bien gravado, ni presuponen que el derecho real de garantía haya sido ya creado. Por ello, resulta posible registrar la garantía antes de que esta haya sido creada conforme al Capítulo 2 e incluso antes de que el acuerdo de garantía se haya celebrado⁵⁶.

La anotación en el Registro corresponde directamente al acreedor asegurado [art. IX.-3:305 (1)], si bien necesita el previo consentimiento

⁵⁶ Véase W. FABER, *op. cit.*, pp. 31 y 32, donde señala las ventajas de este sistema de «anotación preventiva» («*advanced filling*») para bancos y otros prestamistas, quienes podrán anotar la garantía desde el mismo momento de las negociaciones en un contrato de préstamo, aunque estas no hayan concluido, reservándose así la eficacia y prioridad de su futura garantía, incluso de futuras extensiones de su crédito.

to del deudor garante que se hará constar directamente también en el Registro [art. IX.-3:306 (1) (d) y art. IX.-3:309], pues opera a través de un sistema de acceso directo mediante claves personales [art. IX.-3:302 (1)]. El público en general también tiene acceso al Registro a efecto de consulta del mismo, previo pago de una tasa (art. IX.-3:317). Como la información publicada en el Registro es muy básica, se establece la obligación de los acreedores garantizados inscritos de aportar más información sobre la garantía registrada, en caso de ser requerida por cualquier tercero, siempre que cuente con el consentimiento del deudor otorgante de la garantía (art. IX.- 3:319).

5. Orden de prelación

El Capítulo 4 regula el régimen de preferencia o rango entre diferentes derechos reales sobre el mismo bien. La regla general es la prioridad temporal (art. IX.- 4:101). En cuanto a la relación entre las garantías concurrentes, lo relevante es el momento temporal del registro o de su eficacia conforme al Capítulo 3, en el sentido de que una garantía eficaz posterior prevalece sobre una ineficaz anterior [art. IX.- 4:101 (2)]. La regla general presenta como excepción la «superprioridad» («*superpriority*») de la que goza la retención de la propiedad sobre cualquier garantía mobiliaria ordinaria, incluso si esta ha sido creada o hecha efectiva con anterioridad (art. IX.-4:102).

6. Vida de la garantía

El Capítulo 5 regula el período que va desde la creación hasta la extinción de la garantía, destacando su art. IX.- 5:203, que autoriza al deudor a utilizar los bienes gravados, adquiridos para uso industrial, y emplearlos para la producción, y el art. IX.- 5:204, que autoriza al comerciante o fabricante a disponer de las sus existencias y los productos fabricados en el giro ordinario de sus negocios. El Capítulo 6, dedicado a la extinción de la garantía, remite al Libro VIII —relativo al régimen de la propiedad— los supuestos de pérdida del bien gravado por adquisición de un tercero de buena fe (art. IX.-6:102 en relación con el art. VIII.-3:101). Por su parte, en caso de prescripción del derecho garantizado, el art. IX.- 6: 103 permite la ejecución de la garantía en el plazo de dos años a partir del momento en que el deudor opuso la prescripción frente al acreedor⁵⁷.

⁵⁷ Sobre el sentido de esta solución, véase J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, *op. cit.*, p. 26.

7. Impago y ejecución

El Capítulo 7 contiene el régimen de ejecución de las garantías en caso de impago del deudor, distinguiendo los supuestos de existencia o inexistencia de otros acreedores. En el segundo caso, basta con que la garantía haya sido creada válidamente conforme al Capítulo 2. Por el contrario, concurriendo otros acreedores del deudor, la garantía, además de válida, debe ser eficaz, frente a los terceros previstos en el Capítulo 3 (art. IX.-7:101).

Se prevén dos mecanismos de ejecución, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, uno judicial y otro extrajudicial, debiendo tener lugar este último de forma «comercialmente razonable» y, si es posible, en cooperación con el garante (art. IX.-7:103). No obstante, no se permite la ejecución extrajudicial en caso de que el deudor sea un consumidor, salvo que el acuerdo entre deudor y acreedor sea posterior al incumplimiento [art. IX.-7:103 (2)]. En caso de reserva de dominio, las partes no pueden excluir la ejecución extrajudicial, y tampoco cabe ejecución por orden judicial [art. IX.-7:103 (3)]; bastará con que el propietario (acreedor) resuelva el contrato de acuerdo con las reglas generales de la Sección 5, Capítulo 3, del Libro III. Por lo que, si el deudor ha creado o transmitido derechos a favor de terceros sobre el bien garantizado, por regla general tales derechos se extinguen, aunque esta regla está sujeta a excepciones (art. IX.-7:301)⁵⁸.

Por último, el Libro IX no permite el pacto comisorio anterior al incumplimiento de la obligación garantizada, salvo que se trate de bienes fungibles que se comercialicen en mercados conocidos con precios publicados o las partes hayan acordado con antelación algún otro método que permita la determinación de un precio de mercado razonable. En ningún caso estará permitido cuando el garante sea un consumidor. Si la apropiación está autorizada, el acreedor podrá apropiarse los bienes por su valor de mercado en la fecha de la adjudicación. Este precepto no se aplica a la reserva de dominio (art. IX.-7:105). No obstante, el deudor podrá evitar la ejecución si, una vez producido el incumplimiento, procede al pago de la obligación garantizada, siempre que aún no se haya procedido a la venta o apropiación de los bienes (art. IX.-7:106).

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Los tres textos de Derecho uniforme analizados tienen la virtualidad de ofrecer soluciones materiales, combinadas con algunas remisiones a las normas de conflicto del foro, ante la actual falta de continuidad

⁵⁸ *Ibid.*

jurídica espacial de las garantías mobiliarias nacionales; esta situación está provocada por el formalismo y las divergencias que caracterizan actualmente el régimen de las garantías mobiliarias en muchos de los ordenamientos de nuestro entorno, tradicionales sistemas de *civil law*. Los tres textos parten de un concepto funcional de garantía mobiliaria y establecen un régimen simplificado de creación, de producción de efectos, inter partes y frente a terceros, así como un sistema de prelación entre sí y con otras garantías (nacionales e internacionales), que se completan con la creación y regulación de un registro supranacional. Concepto, regímenes de creación y de producción de efectos, así como registro, todos están inspirados en el art. 9 UCC de Estados Unidos de América, paradigma de los modelos de *common law*. La Ley Modelo de UNCITRAL, así como el Libro IX del DCFR, como textos de *soft law*, han sido creados con objeto de servir como paradigma que inspire las necesarias reformas de muchos de los sistemas nacionales de garantías. El Convenio de Ciudad del Cabo, acompañado de su complejo sistema de Protocolos, ofrece una mayor eficacia al tratarse de un texto de *hard law* que, aunque limitado a los bienes a los que hace referencia junto con sus protocolos, por vía de los mismos va extendiéndose a nuevos objetos mobiliarios. Aún es pronto para valorar sus resultados. Entre tanto, hay que seguir trabajando paralelamente en la mejora y adaptación de las soluciones conflictuales. A ellas se dedica la mayoría de los capítulos de esta obra, respecto de los que este capítulo debe entenderse en régimen de complementariedad.

