

LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS MEXICANAS LAS ZOZOBRAS MEXICANAS

Jorge SÁNCHEZ CORDERO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los instrumentos internacionales*. III. *El derecho interno mexicano*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de mayor trascendencia que en los últimos años ha concentrado la atención en una gran variedad de foros internacionales es sin lugar a dudas el régimen jurídico de las garantías tranfronterizas. Su evidente importancia económica y financiera ha impulsado en el ámbito internacional múltiples esfuerzos para reglamentarla, y la región de América Latina no ha sido la excepción.

Las reflexiones iniciales sobre las garantías mobiliarias se remontan a la década de 1970, cuando el profesor Ulrich Drobing, del Instituto Max Planck para Derecho Privado e Internacional Privado, con sede en Hamburgo, República Federal de Alemania, fue encargado por el Uncitral para realizar un estudio a nivel universal sobre garantías de propiedad particular. El resultado de ese estudio se conoce como el *informe Drobing*.¹ Este informe marca el inicio de un proceso que ha visto sus más importantes resultados a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, en gran medida atribuibles a la creciente interdependencia de los mercados que cada

* Doctor en derecho por la Universidad de París, Panteón-Assas. Director del Centro Mexicano de Derecho Uniforme. Miembro del Consejo de Dirección del Unidroit y del American Law Institute.

¹ VIII Uncitral, *Yearbook*, 1977, p. 177.

vez con mayor vigor reclama cambios sustanciales tanto en el ámbito nacional como en el internacional.²

El comercio transfronterizo que ha liberalizado el proceso de globalización y la consecuente emergencia de una gran variedad de zonas de libre comercio no ha llegado a materializar las expectativas creadas debido entre otras muchas causas a las enormes disparidades en ciertos ámbitos del derecho privado, entre los que destaca significativamente el de garantías.³

Aunado a esta aseveración, es necesario también puntualizar que los requerimientos de crédito varían dependiendo de los diferentes grados de economía. En efecto, las necesidades de crédito difieren sustancialmente en las diferentes jurisdicciones, dependiendo de su grado de desarrollo económico; este último determina las necesidades de cambios legislativos y la exigencia de la remoción de obstáculos legales; igualmente, provoca que se busque identificar los diversos enfoques regionales e incluso nacionales, especialmente en materia de régimen legal de garantías.⁴

Por lo tanto, no debe sorprender que, provenientes de diferentes foros internacionales,⁵ se haya podido formar todo un florilegio de diferentes técnicas para armonizar la legislación en este ámbito tan sensible.

Los estudios publicados por el Center for Economics Analysis of Law⁶ dan cuenta de la trascendencia económica y financiera de la materia. Para ilustrar la magnitud de este debate y poder tener la perspectiva necesaria en el análisis, basta mencionar que el capital privado de bienes muebles no residenciales en los Estados Unidos de América se ha estimado apro-

² Goode, Roy, "Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VIII, 2003-1/2, Unidroit, p. 341.

³ Burman, Harold, S., "The Commercial Challenge in Modernizing Secured Transactions Law", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VIII, 2003-1/2, Unidroit, p. 347.

⁴ Drobniq, Ulrich, "Brief Considerations on Co-ordinating Developments in the Field of Secured Transactions Law", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VIII, 2003-1/2, Unidroit, p. 353.

⁵ La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, la United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, la Conferencia de Derecho Internacional Privado dependiente de la Organización de los Estados Americanos (CIDIP VI), la OHADA, entre otros muchos.

⁶ El Center for Economic Analysis of Law (CEAL por sus siglas en inglés) está ubicado en la ciudad de Washington D. C., Estados Unidos de América, y dirigido por Heywood W. Fleisig.

ximadamente en tres mil millones de dólares, que representa el cincuenta por ciento del capital industrial y comercial de los Estados Unidos de América del Norte; los bienes muebles de capital fuera del territorio norteamericano, que van desde el equipamiento industrial, al igual que el de cómputo, el equipo de transporte y otro equipamiento,⁷ varía entre los cuatro mil cuatrocientos billones de dólares y los nueve mil billones de dólares.⁸

En el mismo orden, el mismo Center for Economic Analysis of Law⁹ sostiene que en los Estados Unidos de América del Norte la asimetría en materia de crédito privado entre este país y los de América Latina es por demás evidente. El crédito privado en los Estados Unidos se estima en más de catorce mil billones de dólares¹⁰ por arriba del 200% del Producto Interno Bruto, en tanto que en otras latitudes, especialmente de América Latina, varía aproximadamente entre el 17% y el 25% del producto interno bruto.¹¹

En contraste con el prototipo de préstamos comerciales y el consumo que rige en el derecho norteamericano, en la región de América Latina y del Caribe los créditos son costosos y poco asequibles. Ello no hace más que reflejar el alto riesgo que persiste en la recuperación del crédito y en su costo.¹² Para sólo mencionar una cifra, el Banco Central del Brasil estimó en poco más de una tercera parte del costo del crédito comercial¹³

⁷ Se ha estimado que la proporción del capital privado mobiliario responde a las siguientes proporciones: equipamiento industrial 34%; proceso de información y equipo correlativo 25%; transporte y equipo correlativo 21% (en el que el aéreo comprende el 4%); otro equipamiento 20%. En Fleisig, Heywood W., "The proposed UNIDROIT Convention on Mobile equipment: economic consequences and issues", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1992-2, UNIDROIT, p. 253.

⁸ Fleisig, Heywood W., "The proposed UNIDROIT Convention on Mobile equipment: economic consequences and issues", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1992-2, UNIDROIT, p. 253.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Peña, Nuria de la, "Reforming the legal framework for security interests in mobile property", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1992-2, UNIDROIT, p. 347.

¹¹ Fleisig, *op. cit.*, p. 257.

¹² Kozolchik, Boris y Wilson, John, M., "The Organisation of American States: The new Model Inter-American Law on Secured Transactions", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VII, 2002-1, UNIDROIT, p. 83.

¹³ El costo comercial se entiende como la diferencia entre el costo del dinero en que se fondea el banco prestatario y la tasa que acuerda con sus clientes.

debido a la dificultad de la recuperación del crédito o en hacer efectiva la garantía.

El planteamiento de las garantías mobiliarias, tanto en el ámbito nacional como internacional, se hace presente con motivo del otorgamiento de créditos en los que, conforme a la referida institución, pueden ser identificados tres grados de problemas:

a. Los actores en los mercados de capitales tienen una información asimétrica: para empezar por lo obvio, los deudores conocen su verdadera situación crediticia y el destino que le darán a los créditos; por contra, los acreedores se ven obligados a escudriñar esta información, con resultados inciertos.

Cuando se obstaculiza la formalización de garantías eficientes o cuando exista una franca inhabilitación para constituir las, el acreedor en su evaluación en el otorgamiento de créditos se hará fatalmente más dependiente de la información requerida o gravitará en torno a las garantías inmobiliarias, cuando se ha de convenir en que éstas representan solamente una fracción en la composición total del derecho de propiedad.

Se ha venido sosteniendo¹⁴ que las reflexiones sobre las garantías mobiliarias están motivadas por dos factores básicos: el primero de naturaleza financiera, y el segundo, normativa. El primer factor responde a las reglas de mercado: aquel país que quiera competir en un ámbito cada vez más globalizado y competitivo debe mantener los costos de sus productos y servicios lo más bajo posible, y un componente fundamental en ello es el rédito. El otro factor que es correlativo, conlleva un talante modificador del régimen legal de las garantías mobiliarias. Las modificaciones responden a dos razones principales: la capitalización y la transparencia de la situación del deudor. El acceso al crédito se ve restringido exclusivamente para aquellos deudores que puedan ofrecer las fuentes de pago más líquidas y con mayor certidumbre. Correlativamente, el crédito bancario se evalúa en la actualidad por las garantías con las que está soportado. Si el régimen de las garantías propicia que únicamente los deudores que puedan ofrecerlas tengan acceso al crédito, ello obliga necesariamente a reflexionar sobre su régimen de legalidad, y adicionalmente coadyuva a explicar la inquietud de la comunidad jurídica internacional a este respecto.¹⁵

¹⁴ Kozolchyk, *op. cit.*, nota 12, p. 69.

¹⁵ *Ibidem.*

b. Los acreedores enfrentan lo que se ha denominado el riesgo moral:¹⁶ conforme a esta tesis, se estima que el acreedor por una parte confía en su deudor en créditos de menor cuantía; pero vislumbra que el deudor puede asumir conductas diferentes con créditos de mayor importancia.

c. Los acreedores enfrentan una selección adversa:¹⁷ un deudor que acepta pagar mayores intereses puede representar para el acreedor un riesgo aceptable de existir un proyecto que le signifique al deudor rendimientos importantes y suficientes; pero de la misma forma puede traslucir que el deudor ha asumido un proyecto de alto riesgo y que intenta ocultar a su acreedor su verdadera situación crediticia, o peor aún, pudiera conjeturarse que es un deudor deshonesto con la voluntad anticipada de rehusar pagar ya sea los intereses o incluso el propio capital.¹⁸

Estas circunstancias resultan inhibitorias para el otorgamiento de créditos quirografarios. Las garantías tienden a atemperar estas adversidades. Con la formalización de garantías —se ha sostenido—,¹⁹ al acreedor incluso puede llegar a resultarle intrascendente el destino que el deudor le otorgue al crédito. En efecto, la garantía tendría el efecto directo de sustituir la información requerida por el acreedor y de mitigar las consecuencias negativas de la información asimétrica. A través del ajuste en la tasa de interés o incluso del monto de crédito el acreedor dispone del mecanismo adecuado para sancionar o estimular, según fuera el caso, a su deudor. Finalmente, a través del fortalecimiento de la garantía el acreedor puede acordar mayores volúmenes de crédito, y con ello superar el riesgo moral.²⁰

En suma, la garantía y su eficiencia resultan cruciales para el flujo crediticio, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional. Esto conduce irremediablemente al escrutinio del régimen de legalidad de las garantías, específicamente el de las garantías mobiliarias.

En la literatura jurídica, tradicionalmente, se han distinguido en el régimen jurídico de garantías, conforme a su naturaleza, las garantías mobiliarias y las inmobiliarias. Las garantías mobiliarias, que son las naturales en créditos internacionales, se encuentran sin embargo sujetas a

¹⁶ Fleisig, *op. cit.*, nota 8, p. 254.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 256.

²⁰ *Idem.*

diversos cuestionamientos de legalidad provenientes de su diferente reglamentación en los sistemas de legalidad. Su régimen de legalidad tiende a volverse extremadamente complejo al migrar la garantía mobiliaria de una jurisdicción a otra y la aplicación obligada de la *lex rei sitae* como regla de conflicto. La jurisdicción del foro se ve necesariamente confrontada con los problemas más relevantes que se suscitan en torno a las garantías mobiliarias y que atañen fundamentalmente a:

1. *La creación de la garantía*

En repetidas ocasiones los sistemas de legalidad omiten regular las transacciones económicas relevantes, limitan la clase de propiedad que puede ser objeto de garantía o bien restringen los medios para identificar las garantías, requiriendo *verbi gratia* descripciones detalladas de bienes constitutivos de inventarios, entre otros. Los elementos de validez de la garantía, inherentes a su creación, y, por consiguiente, su misma validez, pudiera estar en predicamento: las condiciones de validez de una garantía varían sustancialmente de una jurisdicción a otra, e incluso estas condiciones pudieran resultar no solamente diferentes, sino excluyentes o contradictorias. Esto resulta en costos significativos en las transacciones comerciales trasfronterizas, ya que se obliga a las partes contratantes a investigar diferentes condiciones de legalidad impuestas por diversas jurisdicciones e intentar darles satisfacción.²¹

2. *La prelación del crédito*

La prelación de los derechos de los acreedores es una noción fundamental en la estructura del crédito. La ausencia de un sistema de prelación o su marcada deficiencia deriva necesariamente en situaciones de alta incertidumbre para los acreedores y resulta francamente inhibitoria para el flujo de crédito. Al existir una falta o deficiente claridad en la prelación hace que a los acreedores, por importante que pudiera ser una garantía, les resulte imposible sopesar debidamente su valor crediticio.

²¹ Buxbaum, Hannah L., "Unification of the Law Governing Secured Transactions Progress and Prospects for Reform", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif.*, NS-vol.VIII, 2003-1/2, UNIDROIT, p. 323.

3. *La publicidad de los créditos*

La publicidad de los créditos es una noción correlativa del sistema de prelación de créditos. Con frecuencia la publicidad existente es precaria, o no es pública, o bien su acceso se encuentra restringido, lo que impide a los acreedores derivar de ella alguna consecuencia.

4. *La eficiencia de la garantía*

La realización de la garantía se encuentra sujeta en muchas ocasiones a múltiples vicisitudes, que la hacen en los hechos nugatoria; pero lo que es más grave aún: el tiempo para hacerla efectiva en ocasiones llega a sobrepasar la vida útil de la garantía, y los costos legales llegan a exceder el valor mismo de la garantía.²²

El análisis de este trabajo se va a desarrollar exponiendo una perspectiva en los trabajos internacionales en los que nuestro país ha participado activamente y en el estado que actualmente guarda la legislación interna, que puedan darnos los elementos de convicción para llegar a algunas conclusiones.

II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Desarrollar un análisis exhaustivo de los instrumentos internacionales existentes o en vías de formación en esta materia excede con mucho los límites de este trabajo. Este trabajo estará acotado al análisis de dos instrumentos internacionales, por dos razones básicas. La primera, la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, por su carácter regional, fue aprobada en el seno de la CIDIP-VI, que depende de la Organización de los Estados Americanos,²³ con una participación significativa del gobierno de México, y la segunda, la Convención de Ciudad del Cabo, que formará parte del orden jurídico mexicano; su ratificación fue

²² Fleisig, *op. cit.*, nota 8, p. 256.

²³ La Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VI) fue convocada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su vigésimo sexto periodo ordinario de sesiones, por resolución AG/RES. 1393 (XXVI-O/96). La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias fue aprobada en la ciudad de Washington, D. C., el 8 de febrero de 2002.

aprobada por el Senado de la República de México en abril del 2006, pero cuyo proceso constitucional aún no termina.

1. *La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*

A. *Introducción*

Una de las garantías mobiliarias tradicionales ha sido la prenda, y la posesión por parte del acreedor ha sido uno de los aspectos que tradicionalmente la habían caracterizado. Como se ha sostenido,²⁴ una de las contribuciones importantes inglesas en el siglo XVIII al derecho mercantil fue la eliminación del elemento posesorio en la prenda, que culmina con la elaboración de la noción de la prenda sin desposesión. Es por ello que el desarrollo sensible del crédito en el siglo XIX en Reino Unido se atribuya entre otros factores al régimen de legalidad de la prenda sin desposesión.²⁵

En tierras más distantes la noción inglesa de la prenda fue llevada a extremos insospechados, hasta llegar a la elaboración de la noción de garantía unitaria, conocida como *security interest*, en el Uniform Commercial Code (Código Uniforme de Comercio). En la actualidad las garantías mobiliarias en los Estados Unidos tienen una variedad prácticamente sin límite. Todo bien o servicio cuya existencia sea comprobable y asequible puede constituir una garantía.²⁶ En los Estados Unidos de América fue el crédito al consumo el que hizo viable el financiamiento del detallista al consumidor, y con ello el del mayorista al detallista, y finalmente del manufacturero al mayorista.

Otra de las causas a las que se atribuye esta expansión económica es a la noción inglesa del *time in the land*, que consiste en la posesión de bienes de terceros, los llamados *time in the land*, provenientes del feudalismo inglés. Si bien estos derechos podían estar adscritos al derecho absoluto de propiedad, también estaban conceptuados como derechos de retención o de control físico del inmueble. Esta noción de *time in the land* influyó en forma determinante al derecho norteamericano, espe-

²⁴ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 71.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

cialmente en su concepción sobre la utilidad económica de la propiedad inmobiliaria.²⁷ En la segunda parte del siglo XX el derecho norteamericano transformó la noción equívoca de *time in the land* y llegó a comprender derechos tan variados como los derechos del vendedor sujetos a condición, hipotecas, cuentas por cobrar, recibos por descontar, entre otros muchos, y subsumirla en la noción unitaria de la *security interest in personal property*.

Los derechos *in rem* en el sistema de derecho franco-latino²⁸ que mejor pueden asemejarse a la noción inglesa de *time in the land* son los derechos reales *iuria in re aliena*, constituidos sobre los bienes de un tercero, y que dan título para la posesión del bien en favor de persona distinta al propietario. Entre los derechos *in rem* más sobresalientes que pertenecían a persona distinta del propietario están la servidumbre predial o el usufructo romano, cuya existencia de este último gravitaba en torno a la vida de su beneficiario o de un plazo determinado. En el antiguo derecho romano el usufructo se conceptuaba como un derecho con accesorios atribuidos a su beneficiario, y por lo tanto intransferible, a diferencia de los derechos posesorios desarrollados en Reino Unido, que eran cesibles por sus titulares.

²⁷ *Ibidem*, p. 75.

²⁸ Conforme a la clasificación más actualizada, pueden reconocerse en la comunidad internacional ocho grupos diferentes de sistemas de legalidad que responden a los mismos fundamentos legales en donde se destaca el número de habitantes que comprenden y su consecuente porcentaje estimado en la población mundial.

a) El sistema jurídico tradicional inglés-americano del *common law*, que cuenta con 146 diferentes jurisdicciones con una población estimada de 1,797 millones de habitantes, y que representan el 33.4% de la totalidad de la población mundial.

b) El sistema jurídico mixto romano-*common law* comprende 15 jurisdicciones, con un total de 243 millones de habitantes, que significan el 4.5% de la totalidad de la población mundial.

c) El sistema germánico-escandinavo, con 13 jurisdicciones, que abarca 360 millones de habitantes y representan un total de 6.7% de la población mundial.

d) El sistema mixto franco-latino germánico, con 13 jurisdicciones, en las que se agrupan 279 millones de habitantes, que significan el 5.2% del total de la población mundial.

e) El sistema franco-latino con 76 jurisdicciones, que comprenden 982 millones de habitantes, cuyo porcentaje es de 18.3% del total de la población mundial.

f) El sistema de jurisdicciones emergentes, en el que pueden identificarse un número de 18 jurisdicciones, que comprenden 1,488 millones de habitantes que totalizan el 27%

g) El sistema islámico, que cuenta con 14 jurisdicciones, que comprenden 108 millones de habitantes totaliza el 2.7% de la población mundial.

h) Jurisdicciones indiferenciadas, entre las que pueden reconocerse 133 jurisdicciones con 116 millones de habitantes, que totaliza el 2.2% de la población mundial.

A pesar de la metamorfosis del derecho de usufructo, la temporalidad continúa siendo una de las notas características del derecho de usufructo contemporáneo, que contrasta con el elemento de perpetuidad de la nuda propiedad. Ello evidencia claramente que la ley no ha querido prolongar una disociación anormal y antieconómica entre el poder de disponer y el de usar y gozar de un bien.²⁹ El usufructo y la nuda propiedad son derechos reales paralelos insertos en su propio régimen con escasos puntos tangenciales entre sí. La versatilidad del derecho de usufructo es enorme, ya que se puede constituir sobre toda clase de bienes, ya sean corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, sobre la totalidad o parte de un patrimonio, entre otros.³⁰

En la actualidad, en México el usufructo puede enajenarse, arrendarse y gravarse, pero todos los contratos que celebre el usufructuario terminarán con el usufructo. En forma simétrica el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo puede enajenarlos, pero persiste la vigencia del usufructo. La ley le impone adicionalmente otro elemento a esta limitación de la propiedad: el usufructuario tiene derecho del tanto, cuando el propietario desea enajenar el bien. Este régimen del usufructo, a pesar de lo que se ha liberalizado, no elimina que el usufructo sea un obstáculo importante para la libre circulación de bienes; por la incidencia del alea en su estructura, su evaluación patrimonial es complicada.³¹ La práctica contractual revela que las transacciones de usufructo son transacciones aisladas. La noción inglesa de *time in the land* corrió, como se observa, con una suerte diversa.

B. *La concepción numerus clausus de los derechos reales en el tradicional sistema franco-latino*

El análisis conduce a ponderar las diferencias que existen en materia de garantías mobiliarias en donde se habían percibido regímenes de legalidad excluyentes entre el sistema de derecho del *common law* y el tradicional franco-latino, en el que está inscrito México. Si bien los principios que gobiernan las garantías mobiliarias en los sistemas norteamericano y

²⁹ Carbonnier, Jean, *Droit civil*, 18a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1998, p. 155.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, p. 168.

mexicano son diferentes, investigaciones recientes han revelado que no son irreconciliables.

Lo relevante en el análisis resulta en explorar las posibilidades de la compatibilidad de ambos sistemas de derecho. Se ha buscado encontrar en la concepción misma de la riqueza social, la explicación de la divergencia de los regímenes de legalidad en este ámbito.³² Es así como aún en la actualidad en México la garantía crediticia gravita en torno a la concepción misma de propiedad inmueble, a la que se le considera como la de mayor importancia en su valor comercial y social; consecuentemente, la hipoteca inmobiliaria es la que prevalece y continúa siendo la garantía por excelencia.

Es una constante que en las legislaciones vigentes en territorio mexicano los derechos reales sean considerados como *numerus clausus*; el vértice en las garantías sigue siendo el derecho real; los acreedores en México han tenido una propensión a garantizar sus créditos con garantías inmobiliarias hasta épocas recientes. La idea que gobierna el postulado del criterio restrictivo, *numerus clausus*, en la creación de derechos reales, consiste en que su constitución no es exclusiva del interés privado, y que por consiguiente no puede dejarse al libre arbitrio de los particulares. Los derechos reales, se afirma,³³ afecta los intereses de terceros y a la circulación de bienes, y en esa medida al orden público. Sin embargo, la necesidad creciente de crédito ha abierto el debate, que está orientado ya no en la conservación del criterio restrictivo de *numerus clausus* en los derechos reales, sino en la extensión de la autonomía de la voluntad de las partes para crearlos³⁴ y en la determinación de las características que deben satisfacer en su creación.³⁵ La situación que prevalece actualmente en el sistema mexicano obliga a darle curso a este debate en el análisis que se desarrolla en el capítulo relativo al derecho interno. En ese capítulo se resaltan algunos aspectos críticos en la evolución de nuestro derecho. Relevante en este análisis es destacar las equivalencias funcionales

³² Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 73.

³³ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, vol. III, p. 58.

³⁴ *Ibidem*, p. 59.

³⁵ Entre los requisitos que se han discutido están si la voluntad de las partes debe ser restrictiva; el cumplimiento del llamado principio de especialidad; la diferencia entre un derecho real de goce pleno, como el usufructo, o bien de goce limitado, como es la servidumbre. En *ibidem*, p. 61.

con el sistema de garantías mobiliarias en vigor en los Estados Unidos y Canadá, en donde prevalece un sistema de *numerus apertus*; este sistema posibilita que las *security interests* que puedan constituirse sean ilimitadas. Las garantías que se constituyen sobre bienes o servicios que existan al momento de su ejecución tendría como mecanismo funcional más próximo en el sistema mexicano a los *ius in rem*, y aquellas que pudieran existir en el futuro tendrían su correspondencia con los *ius ad rem*.

Esto implica que los bienes y servicios que se den en garantía que existan al momento de su formalización respondan a la noción de *ius in rem*, o bien los que puedan llegar a existir en un futuro lo harán bajo la fórmula de *ius ad rem*.³⁶

Sin que mengüe la importancia económica de las garantías inmobiliarias, en el sistema de legalidad de los principales socios comerciales de México es altamente recurrente en esos países constituir garantías mobiliarias corporales, *verbi gratia*, sobre el equipamiento o los inventarios, o bien garantías mobiliarias incorpóreas sobre los rendimientos provenientes de derecho de autor o bien las ganancias de capitales o los dividendos provenientes de la adquisición o venta de las inversiones de las garantías ofrecidas.³⁷

C. *La diferencia conceptual de ius in rem y de ius ad rem en el tradicional sistema franco-latino*

La distinción entre derechos personales y derechos reales es capital en el derecho positivo mexicano, de la cual se derivan consecuencias muy importantes, tales como las diferentes vías de legalidad para su adquisición, la forma contractual que debe observarse, y los requisitos especiales de publicidad.³⁸

Los derechos reales y personales están sujetos a regímenes diferentes de prescripción positiva, ya que solamente los derechos reales pueden ser adquiridos por esta vía; en la prescripción negativa los derechos reales y personales están sujetos a plazos diferentes, lo que evidencia una concepción diferente en ambos.

³⁶ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 74.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 33, p. 76.

Se ha convenido en que el origen de esta diferencia proviene del sistema de derecho romano, que si bien no distinguía entre derechos reales y personales, sí existía una clara diferencia entre las acciones *in rem* y las acciones *in personam*.³⁹ La distinción era pues netamente procesal, y hacía referencia más a la tipología de las acciones que a la de los derechos.⁴⁰ Fueron los glosadores y los posglosadores quienes introdujeron a partir de estas acciones las nociones de *ius in re*, que culminó con la noción de *ius reale*, y la de *ius in personam*. Esta distinción fue ampliamente desarrollada en el preludio de la codificación y se extendió por el continente europeo durante el siglo XIX entre los pandectistas alemanes y los comentaristas del Código Civil francés; esta distinción terminó por generalizarse y trivializarse totalmente.⁴¹

La figura del *ius ad rem* se crea en la Baja Edad Media como una noción relativa a los feudos⁴² y a los beneficios eclesiásticos. Esta figura se transformó y se refirió posteriormente a la situación jurídica en que se encontraba la persona a la que le asistía un título que le daba derecho para adquirir una cosa determinada, cuando todavía no la hubiera adquirido mediante su toma de posesión.⁴³ La teoría jurídica alemana intentó desarrollarla bajo la óptica del “derecho a la cosa” (*Recht zur Sache*): un derecho real sin efecto *erga omnes*. De importancia menor y sujeta a grandes controversias a la noción de *ius ad rem*, con el advenimiento de las tendencias registrales contemporáneas, se le atribuyó una nueva función: una noción intermedia entre los derechos de crédito y los derechos reales, pero en diferente perspectiva. La noción de *ius ad rem* tiende a resolver la situación que se plantea cuando no existe aún un genuino y verdadero derecho real, y consecuentemente no es realizable la inscripción registral, pero al ser el *ius ad rem* un “derecho real en vías de inscripción”, amerita estar protegido a través de la fórmula registral de anota-

³⁹ En el derecho romano, mediante la acción *in rem* el demandante trataba de obtener aquello que era suyo; la acción *in rem* característica era la acción reivindicatoria. La acción *in personam* era aquella que se ejercitaba cuando se demandaba a alguien que debía algo en el contrato. En *ibidem*, p. 77.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

⁴² El feudo era un derecho concedido a un vasallo por el señor feudal que conlleva el uso y goce de bienes determinados; en tanto los beneficios eran bienes que se explicaban con el ejercicio de un oficio o cargo de carácter eclesiástico, que permitían al clérigo beneficiado su uso y goce. En *ibidem*, p. 81.

⁴³ *Idem*.

ción preventiva. La vocación al derecho real⁴⁴ es el *ius ad rem*; su titularidad se le atribuye a una persona para obtener la posesión o la utilidad económica de un bien determinado del cual carece; para llamar al derecho real hacia el cual está orientado; o bien para invocar el régimen del derecho real, o prevalecerse del mismo ante la posibilidad de que el derecho real no llegara a existir, o que éste pudiera desvanecerse.⁴⁵ Incluso se ha sostenido que el *ius ad rem* es un derecho personal que tiene la posibilidad de transformarse en derechos reales; es un derecho cuya naturaleza se encuentra en transición.⁴⁶ La literatura jurídica contemporánea ha coincidido en que la diferencia entre derechos personales y derechos reales resulta insuficiente para explicar los nuevos paradigmas que emergen con motivo del proceso de globalización, y dan una escueta satisfacción a las necesidades actuales crediticias. Como bien se ha sostenido,⁴⁷ las nociones de derechos reales y personales no son nociones tangenciales o separadas, sino nociones circulares secantes.

D. *El régimen de legalidad del secured interest*

En el derecho norteamericano la constitución de garantías mobiliarias es ilimitada: cualquier clase de bien o de servicio que tenga un valor comercial puede constituir una garantía. Los bienes o servicios pueden constituir garantías de créditos pretéritos, presentes o futuros, comprender toda una “universalidad de bienes” o una garantía específica de bienes o de servicios; son susceptibles de constituir garantías los bienes provenientes de la venta o el intercambio de bienes o servicios presentes sin limitación del número de reventas o intercambios. Una cantidad ilimitada de garantías pueden garantizar a un número ilimitado de acreedores.

Una de las características fundamentales de la garantía en los Estados Unidos es que no se articula en función de la propiedad, sino de derechos posesorios sobre la propiedad mobiliaria o inmobiliaria. En el derecho norteamericano, lo que el deudor ofrece como garantía no es un derecho de

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Las vocaciones al derecho real se clasifican desde tres perspectivas: la primera responde a su origen, la segunda a la proximidad al derecho real y la tercera al asiento registral que les dio origen. En *ibidem*, p. 83.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 88.

propiedad, sino un derecho posesorio de un bien inmueble o bien mueble. La formulación de esta noción unitaria ha posibilitado a numerosos deudores constituirse en deudores con garantía. El vértice de este derecho es el control físico del bien, y su nota característica no es el *animus domini*, sino el *animus possessionis*.⁴⁸ Se ha sostenido que la noción unitaria del *security interest* fue la respuesta del derecho norteamericano a la exigencia del mercado financiero interno, y sin duda una de las grandes contribuciones del derecho norteamericano al derecho mercantil.

En una primera fase el derecho norteamericano con el advenimiento de la expansión del crédito al consumidor, se requería que el *dominium* del vendedor sobre los bienes pudiera escindirse entre él y el comprador. El vendedor retendría el título, en tanto que el comprador obtendría la posesión del bien objeto del contrato. Éste fue el inicio de una fragmentación que se profundizó seriamente en el sistema norteamericano. Este sistema de derecho, antes de la adopción del Uniform Commercial Code, preveía una amplia variedad de mecanismos de garantías para una misma transacción, cada una de las cuales se creaba y se decantaba conforme a su propio régimen jurídico.

El gran avance del Uniform Commercial Code es su rechazo y consecuente abandono a esta fragmentación y la elaboración de un mecanismo de garantía unitaria, la *secured transaction*. No debe soslayarse, con el ánimo de evitar confusiones, que aún entre los juristas norteamericanos persiste cierta inercia de referirse a la *secured transaction* como “prenda” o “hipoteca”.⁴⁹ La creación de la *secured transaction* por el artículo noveno del Uniform Commercial Code resulta sumamente dúctil. Es suficiente con que el deudor posea o tenga un interés pecuniario respecto de un bien para que lo pueda constituir como garantía. En el derecho norteamericano, a partir de la adopción de este sistema ya no se diferencia entre los acreedores que retengan derechos de propiedad y aquellos cuyas garantías provengan de la adquisición del bien garantizado o de derechos posesorios.

La creación de la garantía mobiliaria uniforme, conforme al artículo noveno del Uniform Commercial Code, debe hacerse a través del mecanismo contractual. La constitución contractual de esta garantía conlleva en su estructura una dicotomía de derechos: los derechos existentes entre

⁴⁸ Kozolchyk, *op. cit.*, nota 12, p. 76.

⁴⁹ Levasseur, Alain A., *Droit des États-Unis*, 2a. ed., París, Dalloz, 1994, p. 196.

las partes contratantes y los derechos que prevalecen entre los terceros al contrato y las partes contratantes.⁵⁰

Su efecto respecto de terceros (*perfection*), que en el sistema mexicano equivale a la “publicidad”, está en función de la notificación que se hace al tercero. La diferencia entre la *perfection* norteamericana y la publicidad del sistema mexicano es que la primera es una noción funcional en la medida en la que valora la información exacta, relevante y actualizada del deudor y de la garantía en la mejor manera posible. En el Registro previsto por el artículo noveno del Uniform Commercial Code, contrariamente al sistema registral público en México, no se localiza la descripción detallada del contrato; no es un registro de bienes, es un registro de personas. Únicamente se llegan a inscribir en forma excepcional garantías de alto valor y que sean susceptibles de ser identificadas en forma indubitable. El criterio funcional de la inscripción determina igualmente que éste debe ser muy flexible para poder satisfacer la variedad de transacciones y de las partes que estén involucradas en ellas. Es de puntualizarse que el registro previsto en el artículo noveno del Uniform Commercial Code no proviene de la tradición del *common law*, y por lo tanto no puede sostenerse que sea una construcción propia de este sistema de derecho.⁵¹ Antes al contrario, se redactó en la sombra de este sistema de derecho; es una institución propia del derecho norteamericano que da satisfacción a necesidades financieras de su economía.

Debe concederse que para que un sistema de garantías pueda introducir los elementos de certidumbre indispensables deben eliminarse los vínculos que permanecen ocultos o de los derechos no inscritos, lo que obliga a que prevalezcan los intereses de los derechos inscritos, por sobre cualquier derecho no inscrito o inscrito posteriormente bajo el apotegma *prior tempore, potior jure*.⁵²

Es este entorno en donde se inicia en la región la discusión de reformar el sistema de garantías mobiliarias. A este efecto, en 1996 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos acordó que la Sexta Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP VI) se en-

⁵⁰ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 77.

⁵¹ Mooney, Charles W., “Relationship between the prospective Unidroit International Registry, Revised Uniform Commercial Code Article 9 and nacional civil avitaion registries”, *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1999-2, Unidroit, p. 343.

⁵² Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 80.

cargara de la elaboración de una ley modelo que proveyera a la región de una legislación que creara una garantía no posesoria que posibilitara al deudor retener la posesión de las garantías, pero que simultáneamente le ofreciera al acreedor la posibilidad de hacerla efectiva extrajudicialmente, en cualquier caso de incumplimiento. La Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias (en lo sucesivo la Ley Modelo) fue aprobada en la ciudad de Washington, D. C. en febrero de 2002.

E. Las notas esenciales de la garantía de la Ley Modelo

Esta Ley Modelo regula las garantías en cualquier clase de bienes muebles, sean corporales o incorporales, presentes o futuros. La Ley Modelo introduce una noción unitaria de garantía que desarrolla en el artículo segundo.⁵³ Los elementos esenciales de esta nueva garantía son las siguientes:

i. Para su creación, publicidad o ejecución no depende del derecho de propiedad que pudiera tener el acreedor o el deudor en la garantía, sino en el derecho de posesión.

ii. Provee a su titular no solamente de los recursos previstos por la propia ley modelo, sino que le da el beneficio de aquellos existentes en los derechos nacionales.⁵⁴

iii. Elimina los vínculos contractuales o situaciones ocultas, creando un mecanismo uniforme de garantías. La uniformidad postula la disociación entre la posesión de la garantía y su título, cuando están divididos o recaen en partes contratantes diferentes. El reto es soslayar eliminar los mecanismos que se emplean para crear y transmitir derechos de propiedad y desplazar el centro de gravedad de esta fórmula contractual al fortalecimiento de la protección contra el incumplimiento a través de un solo mecanismo uniforme.

⁵³ El artículo segundo de la Ley Modelo dispone: "...Las garantías mobiliarias a que se refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles del deudor garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de su constitución o posteriormente. Con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras, sin importar la forma de operación o que sea el titular de la propiedad. Cuando a una garantía mobiliaria se le de publicidad de conformidad con esta ley, el acreedor garantizado tendrá el derecho preferente a ser pagado con el producto de la venta de los bienes gravados".

⁵⁴ Kozolchyk, *op. cit.*, nota 12, p. 90.

iv. Crea un registro único de garantías mobiliarias y un sistema de prelación. Dado el arraigo en la región de los derechos que provienen de las compraventas sujetas a condición y la prenda, la Ley Modelo desarrolla un mecanismo complementario: un registro uniforme y un sistema de prelación.⁵⁵ Ello obliga a crear un sistema registral uniforme y unitario para toda clase de derechos. Si bien pueden retenerse esos mecanismos en la legislación interna, no menos cierto es que cualquier interés patrimonial debe ser inscrito de la misma manera y en el mismo lugar; aún más, se debe crear un solo registro, en el que haciendo abstracción de la forma en la que se crea o transmite el derecho de propiedad, en la prelación de créditos es la fecha de inscripción en el Registro la que debe prevalecer.

Uno de los grandes debates consistió en determinar los principios que deberían gobernar a la garantía de la Ley Modelo; dos eran los modelos posibles; la elección entre el principio de notificación funcional, adoptado por el artículo noveno del Uniform Commercial Code, o bien el principio de publicidad que se observa en los países insertos en el tradicional sistema franco-latino. A riesgo de simplificar, la diferencia consiste entre un registro de personas y un registro de bienes. El principio funcional obliga a los acreedores a publicitar sus créditos para notificar que la propiedad mobiliaria del deudor sirve como una garantía para su crédito; por el contrario, en el sistema registral de países de tradición civilista, obliga al acreedor a inscribir su garantía.

Ambos sistemas participan de la regla *prior tempore, potior jure*, que significa que el primer acreedor en publicitar y notificar su crédito, en el sistema funcional, o bien la garantía en el sistema registral alterno, tiene prelación sobre los subsecuentes acreedores.

La Ley Modelo prevé tres métodos diferentes de publicidad: el registro, la posesión y la notificación.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la Ley Modelo con relación a publicidad de la garantía se refiere a las garantías sin transmisión de posesión. Los derechos positivos de los países de América Latina poca o ninguna protección previenen a los acreedores con garantía sin transmisión de posesión. La Ley Modelo trató de suplir esta deficiencia en la medida en la que el acreedor publicite a través del registro su derecho de preferencia en el crédito. Conforme a la Ley Modelo, una garantía sin

⁵⁵ *Idem.*

transmisión de posesión puede gravar la propiedad mobiliaria presente o futura, corporal o incorporal. La garantía sin transmisión de posesión, que comprende bienes presentes y corporales, se inscribe mediante la descripción detallada de ésta, a diferencia de la garantía sin transmisión de posesión futura o incorporal, que se publicita mediante la descripción de ésta en forma genérica.

En la actualidad, en los registros públicos en los países de América Latina la calificación registral es fundamental. En el derecho mexicano, el registrador califica el contrato de garantía para asegurar la viabilidad para su inscripción. Los documentos, una vez registralmente calificados, deben ser aceptados, registrados y considerados legalmente válidos. Debe precisarse que el registro público mexicano se estima como meramente declarativo, y no convalida los actos jurídicos que adolezcan de nulidad o ilicitud; sin embargo, su importancia es capital para obtener su inscripción y todos los derechos adscritos a ella. Conforme a los formatos para su inscripción previstos por la Ley Modelo, se infiere que se elimina la necesidad de que el registrador revise los términos y la validez legal del contrato de garantía; más precisamente: no se elimina totalmente la calificación registral, sino que ésta se acota en forma importante, ya que el registrador limita su actividad a verificar la identificación del deudor garante, del acreedor garantizado o bien de la garantía.

v. La forma escrita es el medio para crear la garantía mobiliaria. La Ley Modelo opta por la forma escrita para formalizar las garantías, y prevé al efecto una serie de requisitos, tales como la fecha de su ejecución, la información concerniente para identificar al deudor y al acreedor, el monto máximo de la obligación garantizada, entre otros. Existen, empero, limitantes: conforme a una tesis generalmente aceptada, las garantías son accesorias a contratos preexistentes en donde se convengan las obligaciones principales, que deben existir previamente a la garantía. En consecuencia, una obligación crediticia debe ser legalmente existente para que una garantía pueda ser presentada a su inscripción, lo que impide las prácticas prerregistrales indispensables para garantizar anticipos, que es una práctica comercial generalizada.⁵⁶

vi. Elabora las nociones básicas de acreedor garantizado, deudor garante y garantía. La Ley Modelo desarrolla las nociones básicas del

⁵⁶ *Ibidem*, p. 93.

vínculo jurídico de la garantía. En un extremo, el acreedor garantizado es la persona en cuyo favor se constituye una garantía mobiliaria, con transmisión de posesión o sin ella, ya sea en su propio beneficio o en beneficio de un tercero; en el otro extremo está el deudor garante como la persona, sea el deudor principal o un tercero, que constituye la garantía mobiliaria, y provee del marco normativo del principio de la universalidad de la garantía.⁵⁷ El ámbito material de validez de la garantía considera cualquier clase de bienes muebles, incluyendo créditos y otros tipos de bienes incorporeales, tales como bienes de propiedad intelectual, o categorías específicas o genéricas de bienes muebles, incluyendo bienes muebles atribuibles. La inclusión de bienes muebles atribuibles⁵⁸ es una gran innovación: los bienes muebles atribuibles con los que se pueden identificar como derivados de los originalmente gravados, tales como los frutos que resulten por su venta, transformación o sustitución.

vii. La obligación debe ser de monto determinado o determinable. Una de las discusiones importantes en la redacción de la Ley Modelo concernió a las obligaciones de monto indeterminado. El tradicional sistema

⁵⁷ El deudor garante lo define el artículo tercero, inciso II, como la persona, sea el deudor principal o un tercero, que constituye una garantía mobiliaria conforme a la Ley Modelo. El propio artículo tercero, en su inciso V, define los bienes muebles en garantía como cualquier bien mueble, incluyendo créditos y otros tipos de bienes incorporeales, tales como bienes de propiedad intelectual, o categorías específicas o genéricas de bienes muebles, incluyendo bienes muebles atribuibles, que sirvan para garantizar el cumplimiento de una obligación garantizada de acuerdo con los términos del contrato de garantía. La garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía se extiende, sin necesidad de mención en el contrato de garantía o en el formulario de inscripción registral, al derecho a ser indemnizado por las pérdidas o daños ocasionados a los bienes durante la vigencia de la garantía, así como a la indemnización de una póliza de seguro o certificado que ampare el valor de los mismos.

⁵⁸ Son bienes muebles atribuibles, conforme al artículo tercero, inciso seis, de la Ley Modelo, los bienes muebles que se puedan identificar como derivados de los originalmente gravados, tales como los frutos que resulten por su venta, transformación o sustitución. El inventario lo define la Ley Modelo como el conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su venta o arrendamiento en el curso ordinario de la actividad mercantil de esa persona. El inventario no incluye bienes muebles en posesión de un deudor para su uso corriente. Finalmente, la garantía mobiliaria de adquisición la define la Ley Modelo como la garantía otorgada a favor de un acreedor, incluyendo un proveedor, que financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro financiados de dicha manera.

franco-latino requiere que el acreedor garantizado determine el monto exacto de la cantidad que le es adeudada, y por lo tanto al redactarse la Ley Modelo se convino en que únicamente estarían excluidas del registro las garantías de obligaciones de monto indeterminado. No obstante ello, la Ley Modelo permite la garantía de obligaciones presentes o futuras, o bien determinadas o determinables. La única limitante es que las partes deben convenir la cantidad máxima garantizada por la garantía.

viii. Una de las innovaciones primarias de la Ley Modelo es la creación de la garantía que posibilita al deudor retener la posesión y simultáneamente proveer de protección al acreedor garantizado en caso de incumplimiento. En virtud de que la garantía se encuentra en posesión del deudor, la Ley Modelo permite al acreedor requisar la garantía en caso de incumplimiento. El acreedor puede solicitar de la jurisdicción ponerlo en posesión de la garantía; ello aplica solamente a las garantías de bienes corporales. La reposición se obsequia sin que el deudor haya sido previamente oído. El deudor puede hacer valer en su beneficio toda clase de medios de defensa a través de la autoridad judicial; la interposición de estos medios de defensa empero no deben impedir al acreedor continuar ejerciendo sus derechos para hacer efectiva su garantía.

ix. La naturaleza jurídica de la garantía mobiliaria de la Ley Modelo. La Ley Modelo está muy lejos de replicar el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos o la Personal Property Security Act canadiense. Es antes bien un puente elaborado entre los mecanismos más eficientes de los sistemas del *common law* y franco-latino. La noción primaria de los “derechos preferentes” proviene de los análisis de Von Ihering⁵⁹ de los elementos de posesión y de los recursos sobre la posesión, en tanto que la universalidad de la garantía y la flexibilidad en los préstamos está inspirada en las prácticas crediticias prevalecientes en los mercados desarrollados en el mundo financiero. Los recursos que se desarrollan en la Ley Modelo provinieron de las experiencias y de los talentos de los abogados más prominentes de los países de América Latina, así como de las experiencias de los tribunales alemanes relativos a la ejecución de los derechos del acreedor y la protección del deudor.⁶⁰

⁵⁹ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 129.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 130.

2. La Convención de Ciudad del Cabo

A. Introducción

Con justa razón sir Roy Goode⁶¹ señala que una de las fechas que debe ser conmemorada en los anales del derecho comercial trasnacional⁶² es el 16 de noviembre de 2001, cuando al término de la Conferencia Diplomática *ad hoc* se firmó la Convención de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico.⁶³ Esta Convención, redactada bajo los auspicios de dos organizaciones de gran prestigio, atribuido a la seriedad con la que han sabido conducir sus trabajos el Unidroit y la OACI, constituye uno de los puntos culminantes en este proceso.⁶⁴ En efecto, los trabajos desarrollados por ambas organizaciones internacionales derivaron en la creación de un régimen de legalidad para las garantías mobiliarias internacionales de alto valor.

Esta Convención contiene nociones interesantes, que vienen a dar respuesta a las nuevas necesidades en las zonas emergentes de libre comercio. Sin embargo, las dos contribuciones más importantes de esta Convención al desarrollo del derecho mercantil internacional consisten en la creación de una garantía mobiliaria internacional y el diseño de un registro internacional.

El planteamiento de origen de esta Convención es el mismo del que participan las garantías que por su naturaleza migran de una jurisdicción a otra. Una de las formas de solucionar las controversias que se suscitan con motivo de la realización de las garantías es mediante la redacción de reglas conflictuales que gravitaría en torno a la regla *lex rei sitae*. En materia aeronáutica esta solución ya había sido explorada con la Conven-

⁶¹ Goode, Roy, "The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: A driving Force for International Asset-Based Financing", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VII, 2002-2, Unidroit, p. 3.

⁶² *Idem*.

⁶³ El Senado de los Estados Unidos Mexicanos ratificó la Convención de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico el 27 de abril de 2006, y se encuentra en proceso de ratificarse el sistema de declaraciones previstas por la Convención y el Protocolo de referencia.

⁶⁴ Goode, Roy, "Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on matters specific to aircraft equipment. Official Commentary", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VII, 2002-2, Unidroit, p. 356.

ción de Ginebra de 1948,⁶⁵ relativa al reconocimiento internacional sobre aeronaves.⁶⁶ Sin embargo, las soluciones conflictuales no consideran la validez, la oponibilidad y la prelación en la garantía mobiliaria que se desplazan de una jurisdicción a otra; usualmente se conceptúan en forma diferente los derechos que le asisten al vendedor sujeto a condición o con reserva de dominio. La *lex rei sitae* ha demostrado su insuficiencia en materia de garantías mobiliarias trasfronterizas, y muy en especial el equipo móvil de alto valor que se desplaza de un Estado nacional a otro. Aunada a la experiencia de la Convención de Ginebra de 1948, la redacción de una regla uniforme conflictual y aceptada por las diferentes jurisdicciones no resolvería *per se* la dependencia en torno a las legislaciones nacionales, que varían considerablemente de un Estado nacional a otro. Lo anterior es sin discusión un disuasivo para las agencias financieras internacionales, para los vendedores o para los arrendadores, de extender créditos o de hacerlo verse obligados a incrementar significativamente sus costos de crédito.⁶⁷

En este orden, se ha venido sosteniendo por las agencias financieras internacionales que existe una relación directa entre la modernización de la legislación nacional en el ámbito de las garantías y la disponibilidad de crédito internacional, que requieren con urgencia las economías en transición.⁶⁸

La estructura de la Convención de Ciudad del Cabo responde a un sistema dual; el texto de la Convención contiene una serie de principios generales que son comunes a todas las garantías mobiliarias de alto valor, en tanto que cada uno de los protocolos desarrolla disposiciones específicas propias de cada industria acorde con su naturaleza. Esta especificidad por sí sola merece un tratamiento legal diferente. En principio se previeron la redacción de tres protocolos: el aeronáutico, que fue aprobado conjuntamente con la Convención en Ciudad del Cabo; el protocolo ferroviario, aprobado en febrero de 2007 en Luxemburgo, y el protocolo

⁶⁵ Esta Convención fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el once de febrero de mil novecientos cincuenta.

⁶⁶ La Convención de Ginebra de 1948, XXX.

⁶⁷ Goode, Roy, *op. cit.*, nota 64, p. 368.

⁶⁸ Stanford, J. Martin, "Elargir ou restreindre l'éventail des biens d'équipement qui seront soumis au nouveau régime international proposé?: quelques considérations sur le bien-fondé de la structure Convention/Protocol pour faciliter une plus large application de la Convention", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1992-2, Unidroit, p. 245.

aeroespacial, actualmente en discusión. Cada protocolo contiene no solamente la definición de la especificidad propia de los equipos propios de cada industria, sino la referencia a las características que lo pueden catalogar como de alto valor. Finalmente, el sistema de registro difiere sustancialmente por cada una de las industrias.⁶⁹

La creación de un sistema dual, que consiste en desarrollar dos instrumentos internacionales, es de una gran utilidad, ya que evita duplicidades e inconsistencias entre disposiciones con vocación de generalidad, carentes por lo tanto de la especificidad de cierta categoría de equipamiento móvil, insertas en una convención determinada respecto a disposiciones similares, pero éstas contenidas en otra convención, y permite con ello una interpretación uniforme de las mismas disposiciones generales, con abstracción de la categoría de equipamiento móvil.⁷⁰

La creación de este sistema dual evitó sobrecargar el texto de la Convención de Ciudad del Cabo, con las particularidades propias de cada protocolo relevante que atiende la especificidad de los diferentes bienes muebles y posibilita la particularización de reglas de derecho *ad hoc*. No obstante lo anterior y en ánimo de una mayor claridad, conjuntamente las secretarías generales de la OACI y del Unidroit redactaron un texto consolidado, de la Convención de Ciudad del Cabo y el protocolo aeronáutico, que intenta conciliar en un solo texto los efectos de las disposiciones de ambos instrumentos internacionales. El texto consolidado no es un texto vinculante, y bien podría emplearse como marco de referencia en operaciones financieras y arrendatarias de equipamiento aeronáutico.⁷¹

La ratificación de esta Convención y de sus protocolos se hace más flexible; la ratificación de la Convención es indispensable; no así la de los protocolos que se refieren a cada industria cuya ratificación en lo particular dependerá de cada Estado nacional. El Estado-parte estará en libertad de ratificar los protocolos que respondan a sus mejores intereses.

⁶⁹ Goode, Roy, "The Preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment: the next stage", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1999-2, Unidroit, p. 269.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 370.

⁷¹ *Idem*.

B. *Los principios y objetivos de la Convención*⁷²

Se ha mencionado que la Convención y los protocolos aeronáutico y ferroviario están gobernados por los siguientes principios:

i. Un criterio eminentemente pragmático; destacan en su texto las notas características de las transacciones financieras y arrendatarias.⁷³

ii. El primado de la autonomía de la voluntad de las partes es la piedra angular de la Convención de Ciudad del Cabo y sus protocolos aeronáutico y ferroviario. La autonomía de las partes, en términos generales, tiene amplios espacios de aceptación y fuerza obligatoria, lo que evidencia la remisión de estos instrumentos internacionales, a la experiencia, al conocimiento legal y a la pericia contractual. Estas características se hacen siempre presentes en transacciones transfronterizas de equipamiento móvil de alto valor.⁷⁴

iii. La Convención de Ciudad del Cabo y sus protocolos aeronáutico y ferroviario introducen elementos de certidumbre en el régimen de las garantías internacionales mobiliarias de alto valor, y hacen predecibles los efectos contractuales. Este elemento está especialmente mencionado en las reglas de interpretación del artículo 5o., primer párrafo, de la Convención, y refleja la concisión y claridad de las disposiciones de prelación registral, que realzan la preeminencia de la certidumbre y de la simplicidad; de la misma manera, fortalecen la perspectiva de un sistema que gravita en torno a reglas de derecho y no de estándares.⁷⁵

iv. La Convención de Ciudad del Cabo contiene elementos de transparencia que es necesario destacar. La consecución de esta transparencia se obtiene mediante reglas de derecho, que proveen un sistema registral en el que pueda ser inscrita una garantía internacional y que provee igualmente de información relevante a terceros. La transparencia es un factor importante de este sistema registral; hace que prevalezcan las garantías internacionales inscritas sobre las garantías internacionales no inscritas, así como los derechos del vendedor que se ha reservado para sí el dominio del bien objeto del contrato, en bien del arrendador.⁷⁶

⁷² *Ibidem*, p. 368.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 369.

⁷⁶ *Idem*.

v. Uno de los grandes obstáculos que resultan en los procesos de ratificación de convenciones comerciales es su incompatibilidad con los sistemas jurídicos en donde pretenden aplicarse. Los redactores de la Convención se esforzaron por crear un sistema de declaraciones que posibilita a cada Estado-parte ponderar sus beneficios económicos, contrastarlas con las reglas de derecho de su sistema legal y observar la conveniencia de mantenerlas o modificarlas. El Estado-parte en esa forma podrá mantener las reglas de derecho interno que considere de importancia relevante a través del sistema de declaraciones que prevé la Convención y en su articulado los protocolos aeronáutico y ferroviario, o bien excluir en todo o en parte algunas partes selectivas de la Convención que considere incompatibles con los fundamentos de su sistema legal, o bien, por el contrario, adoptar disposiciones igualmente selectivas, que el Estado-parte estime refuerza los principios jurídicos que gobiernan su sistema de legalidad. La Convención de Ciudad del Cabo está redactada en una forma flexible, de tal suerte que estas declaraciones pueden formularse, modificarse e incluso eliminarse en cualquier tiempo, e inclusive después de la ratificación, salvo la del artículo 54.1,⁷⁷ de conformidad con lo previsto en los artículos 57 y 58 de la Convención de Ciudad del Cabo.⁷⁸

C. *El sistema de declaraciones*

El sistema de declaraciones responde a tres vertientes diferentes:⁷⁹

i. Las declaraciones que pueden hacer aplicable este instrumento internacional,⁸⁰ o bien excluir su aplicación en todo o en parte, en caso de que así lo decida el Estado-parte y en la medida en que éste así lo determine.⁸¹

ii. Las declaraciones que deben hacerse al momento de la ratificación.⁸²

⁷⁷ Véase al respecto los artículos 57 y 58 de la Convención.

⁷⁸ Goode, *op. cit.*, nota 69, p. 369.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 399.

⁸⁰ Véase el artículo 8, párrafo 1, y 10, inciso b; 13, 43 y 55.

⁸¹ Véase el artículo 39, párrafo 1, incisos a y b; artículo 40; artículo 60, párrafo 1, de la Convención.

⁸² Véase el artículo 48, párrafo 2, y artículo 54.

iii. Finalmente, las declaraciones relativas a la “jurisdicción”, que fundamentalmente se refieren a Estados nacionales o bien a la determinación de la corte “relevante”.⁸³

Los protocolos relevantes desarrollan también un sistema de declaraciones que responden a la misma metodología del empleado en la Convención de Ciudad del Cabo.⁸⁴

Como bien lo expresara el relator general de la Conferencia Diplomática *ad hoc*,⁸⁵ los objetivos básicos de esta Convención son los siguientes:

i. Proveer la creación de una garantía internacional reconocida por los Estados-parte de la Convención, y cuya validez, oponibilidad y el rango de prioridad, así como los derechos que le asisten al vendedor sujeto a condición, sean independientes de los criterios contingentes y variables de cada jurisdicción, que es sin discusión una de las mayores contribuciones de la Convención al desarrollo del derecho comercial internacional. En esta Convención se diseñó un sistema de garantías internacionales, de reservas de dominio o de garantías arrendatarias que intentan proporcionarle al acreedor las salvaguardias necesarias y simultáneamente desarrollar medidas de protección para los deudores; se procuró introducir los balances necesarios para equilibrar los intereses de los acreedores y deudores.⁸⁶

Es necesario puntualizar que a pesar de lo detallado que pudiera parecer la Convención de Ciudad del Cabo y la de sus protocolos (el aeronáutico y el ferroviario), también han respondido a este principio; no cubren, pero tampoco pretenden hacerlo, todo el ámbito del financiamiento de activos financieros, de tal suerte que en sinnúmero de ocasiones serán las leyes nacionales y los acuerdos entre particulares los que gobiernen esas relaciones crediticias.⁸⁷

Más aún, la misma Convención de Ciudad del Cabo y sus protocolos aeronáutico y ferroviario prevén un número significativo de espacios importantes para el acuerdo entre las partes contratantes, que incluyen los ámbitos de incumplimiento y de elección de jurisdicción.

⁸³ Goode, *op. cit.*, nota 69, p. 398.

⁸⁴ Véase los artículos VIII, X, XI, XII, XIX, XXIV-2; XXI; XXVII; XXIX y XXX del Protocolo Aeronáutico.

⁸⁵ Goode, *op. cit.*, nota 69, p. 398.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 367.

⁸⁷ *Idem*.

ii. Proveer al acreedor de una gama de recursos para el caso de incumplimiento, y en donde existan evidencias de incumplimiento la Convención ha desplegado una serie de medidas precautorias expeditas para salvaguardar la recuperación del crédito y accesorios legales en tanto se obtiene la resolución de la controversia.⁸⁸

iii. Establecer un registro electrónico internacional para el registro de las garantías mobiliarias internacionales, que ponga su existencia en conocimiento de terceros, y que le posibilite al acreedor preservar su prelación registral con relación a acreedores registrales subsecuentes, o bien en contra de acreedores que no hayan inscrito sus créditos.⁸⁹

iv. Asegurar, a través de protocolos relevantes, la solución de controversias que emergen en bienes muebles de alto valor, cuya especificidad los distingue de otros bienes muebles.⁹⁰

La Convención de Ciudad del Cabo no se refiere a un equipamiento móvil específico. Sus disposiciones se aplicarán por lo tanto por igual a cualquiera de los bienes muebles que se encuentren dentro del ámbito material de aplicación de los protocolos relevantes que se redacten y se aprueben. En este orden, la Convención de Ciudad del Cabo será efectiva, en relación con determinada categoría de equipamiento móvil, hasta en tanto y cuanto los protocolos relevantes se discutan en sus propios términos y entren a su vez en vigor; es pues claro que en caso de inconsistencia de algunas disposiciones, es el o los protocolos relevantes los que deben prevalecer.⁹¹

D. *Mayor confianza*

La Convención provee a los acreedores, a través de los recursos que desarrolla, de una mayor confianza para el otorgamiento de créditos, y con ello hacer viable los créditos con garantías mobiliarias de alto valor y reducir los costos de los créditos en beneficio de todas las partes contratantes.⁹²

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ El Protocolo aeronáutico fue aprobado en Ciudad del Cabo en noviembre de 2001, en tanto el Protocolo ferroviario fue aprobado en febrero del 2007.

⁹¹ Goode, *op. cit.*, nota 69, p. 368.

⁹² *Ibidem*, p. 367.

E. Sistema registral

Como se ha venido sosteniendo, el sistema registral que la Convención implementa es uno de sus más grandes aciertos. Se puede sostener que este sistema registral tiene su origen en los sistemas de derecho del Canadá y de los Estados Unidos de América. El sistema está concebido para que puedan efectuarse rápidas búsquedas e inscripciones a un costo relativamente bajo. El sistema está diseñado para reducir riesgos de errores susceptibles de cometerse al momento de las inscripciones o por una manipulación dolosa o de alteración de información.⁹³ El sistema registral es el vértice de la prelación registral de los acreedores, pero cuyo elemento de composición no es el derecho de propiedad. En efecto, las reglas de prioridad previenen que los derechos reales de un acreedor, o los derechos de propiedad de un arrendador, o los de un vendedor con reserva de dominio o sujetos a condición, no prevalecen sobre los derechos de terceros si éstos no han sido inscritos en el registro y en donde tendrán la prelación conforme a la regla *prior tempore, potior jure*.

El registro no preconstituye de la misma forma la validez de los derechos de propiedad; éstos deberán ser resueltos conforme al derecho interno de cada Estado-parte.⁹⁴

El artículo 26 de la Convención garantiza el acceso universal al registro. Toda persona que satisfaga los requisitos previstos por la Convención, y en el caso del registro aeronáutico, los requisitos previstos por el protocolo específico, las reglas de procedimiento y el reglamento pueden acceder al registro.

El registro está gobernado por el principio declarativo de la inscripción, y rechaza la inscripción documental.⁹⁵ En esa forma la inscripción de una garantía o de una garantía futura sobre un bien aeronáutico se efectúa transmitiendo al registro la información esencial, limitada, que concierne la operación presente o futura correspondiente.⁹⁶ La inscripción no implica revelar las particularidades de un contrato a través de la publicidad registral. El registro parte del postulado de que el sistema de inscripción no

⁹³ Cuming, Ronald C. C., "The International Registry for Interests in Aircraft: An Overview of its Structure", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. XI, 2006, UNIDROIT, p. 20.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁹⁵ Véase el artículo 17, párrafo 2, inciso i, de la Convención.

⁹⁶ Véase los artículos 17, párrafo 3, de la Convención, y artículo XVII, párrafo 5, del Protocolo Aeronáutico.

considera comercialmente revelante la publicidad de los pormenores contractuales que pudieran incluso contener información clasificada o altamente confidencial; para la prelación registral resulta suficiente dar cuenta de la existencia o de la existencia potencial de las garantías. Debe igualmente puntualizarse que las exigencias de inscripciones detalladas son con frecuencia fuente de errores materiales indeseables. La función de la inscripción registral debe limitarse a la publicitación de la garantía presente o futura.⁹⁷ La validez de la inscripción está en relación con la consulta que puede hacerse de ella. Una inscripción será válida en la medida en la que sea consultable; existe pues un solo criterio para la inscripción que para la consulta; *verbi gratia*, en el caso del Protocolo aeronáutico está compuesto de tres elementos básicos: el nombre del constructor, el número de serie del constructor y la designación del modelo, que son los elementos propios de la indubitabilidad de la garantía que caracteriza al registro.

Para la prelación de créditos resulta crucial la fecha en la que empiece a surtir sus efectos la inscripción. El artículo 19, párrafo 2o., enuncia que la inscripción se habrá “completado” cuando pueda ser consultado. Lo relevante en el análisis resulta de considerar esta última perifrasis: “cuando pueda ser consultado”.

III. EL DERECHO INTERNO MEXICANO

1. *Introducción*

El derecho mexicano en el ámbito de garantías mobiliarias ha estado sujeto a un proceso evolutivo trascendente. Los estudios que hasta épocas recientes⁹⁸ se habían elaborado ya no reflejan la situación actual del derecho positivo mexicano, que lo separaba sustancialmente de los regímenes prevalecientes en el sistema de derecho de sus socios comerciales y cuyas diferencias eran francamente irreductibles. Si bien en la actualidad en el derecho positivo los acreedores tienen acceso a un número significativo de fórmulas contractuales muy diferentes unas de otras para implementar sus créditos, entre ellas se han desarrollado fórmulas con-

⁹⁷ Cuming, Ronald C., “The International Registry for Interests in Aircraft: An Overview of its Structure”, *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. XI, 2006, Unidroit, p. 29.

⁹⁸ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 84.

tractuales eficaces, que si bien requieren de reformas legales complementarias, sin discusión constituyen avances sustantivos bajo una perspectiva totalmente novedosa en nuestro sistema de legalidad.⁹⁹

Paralelamente al desarrollo de estos mecanismos de legalidad, la banca mexicana creó de facto su propio sistema de registro funcional (Buró de Crédito) en ciudades que exceden de cincuenta mil habitantes, pero cuya información únicamente se comparte entre la banca privada. El Buró de Crédito reúne las características propias de un registro personal de deudores.

Este modelo mexicano ha sido replicado en varios países de América Latina, como es el caso de Chile, con el mecanismo de “Central de Riesgo”. Si bien estos mecanismos no contienen registros de garantías, sino que están circunscritos a proporcionar información de los deudores morosos o insolventes, han hecho más expedito el otorgamiento de créditos.

Simultáneamente a la elaboración de estos sistemas de información crediticia,¹⁰⁰ sobresalen situaciones singulares, como es el caso de Costa Rica, en donde se introdujo la figura de “apremio corporal”, recientemente declarado inconstitucional. El apremio corporal provenía de la orden judicial que conminaba al deudor para dar en pago la garantía al acreedor, pagar la deuda o enfrentar la privación de la libertad.

Resultaría enormemente complejo determinar cuál fue la fuente a la que el legislador mexicano recurrió para llevar a cabo estas reformas; la literatura y textos en el ámbito internacional son extraordinariamente abundantes, y muchos de ellos convergentes en sus postulados. Lo relevante de esta reforma es que introduce en el derecho positivo mexicano, un régimen de legalidad de garantías mobiliarias que es totalmente compatible con el de nuestros principales socios comerciales: los Estados Unidos de América del Norte y el Canadá, y conforme a nuestra tradición jurídica. El análisis que se ha desarrollado en líneas anteriores, específicamente de la Ley Modelo interamericana, posibilita explicar la envergadura de la reforma al derecho interno mexicano.

Resulta claro que a fines del siglo XX y principios del siglo XXI se sucedieron en México una serie muy importante de reformas legislativas

⁹⁹ Las reformas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2000, el 13 de junio de 2003 y el 18 de julio de 2006.

¹⁰⁰ A este respecto puede consultarse el excelente estudio elaborado por la National Law Center for Inter American Free Trade, en la página <http://www.natlaw.com>.

en materia de garantías mobiliarias. Lo que no resulta tan claro es que esta febrilidad de reformar haya propiciado los resultados esperados. Sin embargo, es necesario dejar constancia de que si bien no se superó la indeseable fragmentación de garantías mobiliarias en esta materia, que requiere de ser superada, lo que resulta trascendente en el análisis es destacar la profundidad de reformas que bien puede serle atribuida a la nueva perspectiva de legalidad con las que se han elaborado. Las reformas han introducido cambios mayores en los fundamentos de nuestro sistema de derecho, y apuntan en un futuro próximo al diseño de un régimen de garantías mobiliarias moderno, eficiente y compatible con el de nuestros socios comerciales, en especial con la garantía unitaria prevista en el artículo noveno del Uniform Commercial Code y la Personal Property Security Act del Canadá.

Por razones de espacio, se dará cuenta únicamente de los aspectos más relevantes de las modificaciones que ha habido en el derecho interno mexicano.

2. La prenda sin transmisión de posesión

La reforma en materia de prenda mercantil sin transmisión de posesión (en lo sucesivo la prenda) es muy significativa, ya que por la nueva dimensión de su ámbito material de validez y los elementos que la definen conlleva una nueva concepción de la garantía mobiliaria en el sistema mexicano. Esta nueva noción contiene importantes elementos funcionales equivalentes con la garantía uniforme prevista por la Ley Modelo interamericana, de la que se da cuenta en este trabajo.

La prenda es una de las piedras angulares de la reforma. La prenda, en los términos de ley, constituye un derecho real sobre bienes muebles, que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión de tales bienes.¹⁰¹

A. Por sus características, la prenda tiene una vocación de universalidad; las características esenciales de este derecho real pueden resumirse como sigue:

i. Pueden ser dados en prenda toda clase de derechos y bienes muebles, salvo aquellos que sean estrictamente personales de su titular o respecto a los cuales ya sea haya constituido la prenda ordinaria o cualquier

¹⁰¹ Véase el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

otra clase de garantía.¹⁰² Esta fórmula, que tiene el efecto de *clausula generalis*, enuncia el principio general, expande en forma significativa su ámbito material de validez; comprende toda clase de derechos personales que tengan una expresión patrimonial; bienes presentes o futuros, corporales o incorporeales. La prenda no gravita en torno al derecho de propiedad del deudor o del acreedor, de su creación o publicidad, sino al derecho de posesión, respecto al cual organiza toda clase de recursos. Para propósitos didácticos, la ley ejemplifica algunos de los bienes muebles que pueden ser objeto de la prenda:

- Todo aquel bien y derecho que obren en el patrimonio del deudor al momento de otorgar la prenda, incluyendo los nombres comerciales, las marcas y otros derechos.
- Los de naturaleza igual o semejante a los señalados en el párrafo anterior, que adquiera el deudor en fecha posterior a la constitución de la prenda.
- Los bienes que se deriven como frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de los mencionados en los párrafos anteriores.
- Los bienes que resulten de procesos de transformación de los bienes antes señalados.
- Los bienes o derechos que el deudor reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación a terceros de los bienes pignoralados a que se hace mención anteriormente o como indemnización en caso de daños o destrucción de dichos bienes.¹⁰³

El único elemento requerido para que los bienes muebles puedan ser materia de la prenda es que sean susceptibles de ser identificados. La identificación indubitable resulta innecesaria en bienes de poco valor, y muchos de ellos serían francamente inhábiles para ser inscritos; en efecto, el deudor puede desde ahora dar a su acreedor todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante, y éstos deberán ser identificados en forma genérica.¹⁰⁴ Por el contrario, el alto valor de los bienes muebles por el significado que puede representar en la garantía resalta *per se* la conveniencia de su registro.

¹⁰² *Ibidem*, artículo 353.

¹⁰³ *Ibidem*, artículo 355.

¹⁰⁴ *Ibidem*, artículo 354.

La amplitud en el ámbito material de validez del objeto de la prenda indica un cambio sustantivo de las categorías que rigen los derechos reales en el sistema jurídico mexicano.

La existencia e individualidad del bien mueble dejan de ser un elemento definitorio del derecho real de prenda mercantil sin transmisión de posesión; en el ámbito registral, ante la imposibilidad de inscribir bienes que no sean susceptibles de ser identificados en forma indubitable, o bien hacer mención de ellos en forma genérica, obligará a nuestro Registro de Comercio, más temprano que tarde, a transformarse de un registro de bienes, a un registro de personas. Lo relevante, en consecuencia, no será la inscripción de la garantía, que sólo podría ser objeto de, y conveniente para su inscripción, en caso de ser susceptible de ser identificada en forma indubitable, sino la inscripción del crédito.

Conviene tener presente en el análisis, cuáles son las nuevas categorías de este derecho real. El vértice sobre el que se estructura el derecho real es el poder jurídico de una persona de retirar directamente todo o parte los beneficios económicos sobre una cosa, que revelan un contacto inmediato entre la persona y la cosa.¹⁰⁵ La distinción que se formula tradicionalmente en los derechos reales es que aquellos que refieren a la materialidad de la cosa toman la denominación de “derechos reales principales”. Otros, en cambio, versan sobre el valor pecuniario de la cosa, que se destina al interés de su titular, se denominan “derechos reales accesorios”.¹⁰⁶

La diferencia de fondo en cuanto a su estructura que distingue a los derechos personales de los reales consiste en que los primeros pueden ser abandonados por una expresión unilateral de voluntad, tienen un efecto relativo entre las partes, resulta irrelevante la existencia actual e individualizada del objeto del vínculo jurídico,¹⁰⁷ y participan de una homogeneidad monetaria;¹⁰⁸ los derechos personales tienen una expresión pecuniaria traducida a signos monetarios. Los derechos reales, por el contrario, no son susceptibles de que se pueda renunciar a ellos en forma unilateral, son oponibles *erga omnes*, ya que toda persona está obligada a respetarlos, pero resulta imperativo que la cosa sobre la que se ejerce el poder inme-

¹⁰⁵ Carbonnier, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁸ *Idem.*

diato exista y esté individualizada. Es en sus efectos jurídicos en donde se realzan nítidamente los alcances de estas diferencias: el derecho *rei persecutorio* y el derecho de preferencia en el pago.¹⁰⁹

La consecuencia clara es que ante el abandono de los elementos estructurales de la existencia e individualidad de la cosa, el derecho real accesorio de la prenda, conforme a la reforma, deja sin efecto el postulado de *numerus clausus* de derechos reales que hasta la fecha observaba el derecho mexicano; a partir de ahora cualquier bien mueble y toda clase de derechos, salvo los estrictamente personales, pueden constituir el objeto de la prenda. Se trata de un nuevo derecho real, con especificidades propias, que conserva su carácter a través de sus efectos principales: el derecho *rei persecutorio* y el derecho de preferencia en el pago, pero con la graduación de prelación que le corresponda por razón de su registro. La ley subordina la eficacia plena de sus efectos principales a la prelación registral;¹¹⁰ más aún, estos efectos cobran vigencia sólo a partir de la inscripción en el Registro.¹¹¹

La prenda se crea a través del mecanismo contractual; a partir de la formalización del contrato de prenda, que debe constar por escrito, conlleva una dicotomía básica de derechos y obligaciones: por una parte, aquellos que surten sus efectos entre las partes contratantes a partir de la formalización del contrato,¹¹² y que provienen del contrato de crédito, que no necesariamente debe existir en el momento de la formalización de la prenda, y por otra parte los derechos y obligaciones respecto a terceros cuya vigencia se inicia a partir de su registro.¹¹³

ii. Podrá garantizarse con la prenda cualquier obligación, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique el deudor,¹¹⁴ así como obligaciones futuras, pero en este caso no puede ejecutarse la garantía ni adjudicarse al acreedor, sin que la obligación principal llegue a ser exigible.¹¹⁵

La reforma plantea la naturaleza autónoma o abstracta de la prenda; el postulado que prevalecía se enunciaba con la perífrasis: “lo accesorio si-

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 69,

¹¹⁰ Véase el artículo 366 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹¹¹ *Ibidem*, artículo 368.

¹¹² *Ibidem*, artículo 365.

¹¹³ Kozolchyk, *op. cit.*, nota 12, p. 77.

¹¹⁴ Véase el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹¹⁵ *Ibidem*, artículo 359.

que la suerte del principal”, cuya vigencia en materia de garantías era especialmente válida; la noción de derechos reales accesorios que comprendía a la prenda, ya fuera ésta ordinaria o sin transmisión de posesión, era consistente con este criterio. La realidad del mercado de capitales seguía empero por otro camino.

iii. El importe de la obligación garantizada podrá ser una cantidad determinada o determinable al momento de la constitución de la garantía, siempre que al momento de la ejecución de esta última, dicha cantidad pueda ser determinada. Es procedente por lo tanto el registro de esta última clase de obligaciones de importe determinable aun cuando no se fije la cantidad máxima que garantice el gravamen.¹¹⁶

La garantía se hace extensiva, salvo pacto en contrario, a los intereses ordinarios y moratorios convencionales o legales, y a los gastos y costas judiciales incurridos en el proceso de ejecución de la garantía.¹¹⁷

Estas reglas son una protección de principio para otros acreedores, ya que de no preverse los montos máximos tendrían un efecto similar al de los pactos ocultos.

iv. Los acreedores preferentes percibirán el principal y los intereses de sus créditos del producto de los bienes objeto de las garantías, con absoluta exclusión de los demás acreedores del deudor, salvo el de los créditos laborales.¹¹⁸

La prelación de los nuevos acreedores no se verá afectada por el hecho de registrar sus garantías, con posterioridad al registro de aquellas mediante las cuales el deudor haya otorgado en garantía al otro acreedor todos los bienes muebles que utilice en la realización de sus actividades preponderantes.¹¹⁹ La prenda constituida en los términos de la ley tiene prelación sobre la garantía hipotecaria, la refaccionaria o la fiduciaria, si aquélla se inscribe antes de que el mencionado bien mueble se adhiera, en su caso, al bien inmueble objeto de dichas garantías.¹²⁰

La prelación entre las garantías que no hayan sido inscritas será determinada por el orden cronológico de los contratos que tengan fecha cierta.¹²¹ La

¹¹⁶ *Ibidem*, artículo 377.

¹¹⁷ *Ibidem*, artículo 348.

¹¹⁸ *Ibidem*, artículo 367.

¹¹⁹ *Ibidem*, artículo 368.

¹²⁰ *Ibidem*, artículo 369.

¹²¹ *Ibidem*, artículo 370.

prenda registrada tiene prelación sobre los créditos quirografarios, los créditos con garantía real no registrados y los gravámenes judiciales preexistentes no registrados.¹²²

La prelación que se establece a favor de los acreedores conforme a la ley puede ser modificada mediante convenio suscrito por el acreedor afectado. La nueva prelación convenida por las partes surtirá efectos a partir de su inscripción.¹²³

Las reglas de prelación son contundentes; existe un desplazamiento del centro de gravedad en el derecho mexicano. Lo relevante a partir de la reforma es que se privilegia al acreedor sobre el derecho de propiedad; el elemento posesorio determinante conforme a esta nueva concepción no se refiere ya al *animus domini* (tesis sostenida por Von Savigny), que expresa la voluntad de poseer como dueño, sino al *animus possessionis* (tesis sostenida por Von Ihering), que se expresa como un elemento inseparable del control físico del poseedor.¹²⁴ El mérito de la reforma es que subsume los diferentes derechos posesorios de los acreedores en una sola noción, que es la prenda, no obstante la fragmentación de garantías mobiliarias existentes en nuestro derecho. La nueva noción de la prenda sobresale por la función que se le ha adscrito, y que analizada en sus propios términos tiende a convertirse en la garantía mobiliaria uniforme del sistema legal mexicano.

En suma, esta nueva concepción de la prenda prevalece sobre aquellas garantías mobiliarias que toman como su vértice la retención de la propiedad o el de la adquisición de una garantía o la de un derecho posesorio.

En virtud de la estructura misma del sistema legal mexicano, la orientación de cualquier reforma a la creación de una garantía unitaria mobiliaria devendría un cambio por demás traumático. Por el contrario, la uniformidad en la garantía mobiliaria pretende coexistir con otras fórmulas de garantías mobiliarias, como *verbi gratia*, la compraventa con reserva de dominio o sujeta a condición, el contrato de fideicomiso, entre otras muchas, que se encuentran fuertemente arraigadas en nuestro medio. Pero lo que resulta verdaderamente trascendente en esta evolución es la creación de un registro de garantías único, comercialmente eficiente y de bajo

¹²² *Ibidem*, artículo 371.

¹²³ *Ibidem*, artículo 372.

¹²⁴ Kozolchyk, *op. cit.*, nota 12, p. 76.

costo, con reglas de prelación que privilegien los “derechos preferentes” de los acreedores, con abstracción de los mecanismos para crear o transmitir derechos de propiedad.

v. Otra de las grandes innovaciones de la reforma es justamente los derechos de uso y de disposición de la garantía que le asisten al deudor prendario, y que básicamente consisten en:

- Hacer uso de los bienes pignorados, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la prenda.
- Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes pignorados.
- Enajenar los bienes pignorados, en el curso normal de sus actividad preponderante, en cuyo caso cesarán los efectos de la prenda y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe; quedan en prenda los bienes o derechos que el deudor reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.¹²⁵

El tercer adquirente de buena fe debe quedar inmune a estas dos consecuencias de la prenda: los derechos de preferencia y *rei persecutorios* adscritos a la prenda dejan de surtir efectos cuando el deudor haga uso de su derecho de enajenar o transferir, en el curso ordinario de sus actividades preponderantes, los bienes pignorados, los dos efectos principales de la prenda; el sentido de la reforma es precisamente que las ventas que realice el deudor constituyan la fuente de pago de sus acreedores, y con ello se pueda irrigar el resto de la cadena crediticia. Por ello se le dan al tercer adquirente de buena fe toda clase de seguridades que protejan su adquisición. Para entender lo anterior debe quedar perfectamente claro que en última instancia la garantía del acreedor es el valor económico del bien, y no el bien *per se*.¹²⁶ Este derecho de enajenar que le asiste al deudor queda extinguido desde el momento en que reciba la notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra previstos en la ley. Sin embargo, en el supuesto de que los bienes pignorados representen más del ochenta por ciento de los activos del deudor, és-

¹²⁵ Véase el artículo 368 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹²⁶ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 81.

te podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según el caso.¹²⁷

vi. El deudor no podrá transferir la posesión sin autorización previa del acreedor, salvo pacto en contrario. El deudor deberá asumir los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados. El acreedor tiene el derecho de exigir al deudor otra prenda o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido, si la cosa dada en prenda se pierde o se deteriora en exceso del límite que al efecto estipulen los contratantes.¹²⁸

B. El procedimiento de ejecución de la prenda sin transmisión de posesión. El procedimiento para hacer efectiva la garantía mobiliaria está modelado en México sobre los fundamentos de la realización de los derechos inmobiliarios de propiedad, como es el de la garantía hipotecaria. Este modelo frustra por lo tanto la realización de garantías mobiliarias, que para preservar el flujo crediticio presuponen una forma de su ejecución pronta, expedita y de bajo costo. A diferencia de las garantías inmobiliarias, las mobiliarias tienden a depreciarse rápidamente, y por su naturaleza a migrar de una jurisdicción a otra. La diferencia de naturaleza de la garantía hace necesario un diferente procedimiento para su realización. Para que una reforma como la mexicana pueda ser exitosa, debe posibilitar poner al acreedor en posesión de la garantía y habilitarlo para disponer de ella en forma expedita y a bajo costo.

Una de las principales características de la reforma es precisamente la posibilidad de convenir un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la prenda, siempre que estas reglas se ajusten a la garantía constitucional del debido proceso. Esta modificación legal se inserta en un ambiente hostil; la constante que se puede observar en el sistema mexicano consistente en el cuestionamiento de los procedimientos extrajudiciales, que se asocian a la justicia por mano propia, provienen de interpretaciones letradas de la garantía constitucional de debido proceso.

Esta resistencia queda perfectamente ejemplificada con el *pactum com-misorium*. En el derecho romano el emperador romano Constantino prohibió el *pactum commissorium* bajo el argumento de que este mecanismo se empleaba para evadir las reglas relativas a la usura. Estas reglas, redactadas bajo la influencia cristiana, trascendieron al régimen jurídico

¹²⁷ Véase el artículo 356 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹²⁸ *Ibidem*, artículo 361.

mexicano,¹²⁹ aun cuando la noción de usura fue atenuada considerablemente durante los siglos XIX y XX mexicanos. De hecho, durante la evolución del derecho positivo mexicano se ha transitado erráticamente entre los dos extremos de la usura, situación que aún prevalece. El último gran debate en el tema se dio en la Suprema Corte de Justicia de la Nación después de la crisis financiera mexicana de 1994, relativa al anatocismo. A la fecha prevalece la reticencia a la rescisión unilateral del contrato cuando se haya convenido el *pactum commissorium*; más aún: se considera ilícito que los deudores cedan los derechos de los que sean titulares sobre las garantías a sus acreedores, para que éstos puedan hacer efectiva la garantía. En efecto, existe una opinión generalizada en el sentido de que las rescisiones o resoluciones contractuales por incumplimiento deben ser ordenadas por la jurisdicción o que las cesiones sobre los derechos de la garantía se consideren ilícitos. Resulta innecesario mencionar, por lo obvio, los resultados indeseables que se suscitan en bienes percederos o fácilmente depreciables.¹³⁰

La vía ejecución extrajudicial de la prenda, en un entorno plagado de suspicacias, se ve por lo tanto limitada en su procedencia a supuestos normativos restrictivos, y que la hacen nugatoria en la práctica: cuando no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes mencionados.¹³¹

La vía judicial, por su parte, es procedente cuando se tenga por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que la garantía se haya otorgado mediante prenda, o bien, mediante fideicomiso de garantía en que no se hubiera previsto el procedimiento extrajudicial.

C. El registro de garantías mobiliarias. El propósito del Registro es encontrar un balance adecuado entre la carga de la inscripción y los usuarios que pretenden obtener información confiable para poder adoptar decisiones comerciales correctas en lo que respecta a las garantías de sus deudores. El Registro debe permitir al usuario identificar desde las partes contratantes de cualquier transacción, hasta los bienes y derechos que

¹²⁹ Véase al respecto Sánchez Cordero, Jorge, “La recepción de la cultura jurídica. La experiencia mexicana”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, núm. 6, 2004, p. 311.

¹³⁰ Kozolchik, *op. cit.*, nota 12, p. 82.

¹³¹ Véase el artículo 1414 bis del Código de Comercio.

sean objeto de garantía. El procedimiento registral está gobernado por el postulado que sostiene que el propósito de la publicidad registral es proveer de información suficiente y de referencias necesarias a terceros; a través de los medios informáticos y de las formas precodificadas elaboradas ex profeso se uniformiza y simplifica el procedimiento de inscripción y se evita hacerlo oneroso a quien pretenda realizar una inscripción. En suma, el Registro Público de Comercio tiene como propósito básico dar publicidad a los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes, y que conforme a la legislación lo requieran para surtir efectos contra terceros.

De la misma manera, los requisitos de las inscripciones evidencian que se trata de evitar una información excesiva en aras de preservar la confidencialidad de las transacciones comerciales. La ley ordena a los oficiales del Registro a no solicitar requisito distinto a los previstos en las formas precodificadas. A través del registro electrónico se erradica la cultura documental, a la que la práctica legal mexicana es tan proclive, y elimina una intervención de la calificación registral tortuosa. Consecuente con ello, la validez del documento no se hace depender de la calificación registral.

La forma precodificada respectiva deberá estar firmada electrónicamente y contener al menos la siguiente información básica:

- a) El nombre y domicilio del deudor garante y del acreedor garantizado;
- b) La descripción de la obligación garantizada y el importe de la garantía;
- c) La identificación específica de los bienes pignoralados, salvo que se dé en garantía el inventario, haciéndose mención en forma genérica.
- d) La fecha de vencimiento de la garantía.

La presentación de la forma precodificada firmada electrónicamente se hará, por el deudor o acreedor garantizado o, en su caso, por el fedatario público ante el cual se haya otorgado el acto o ratificado las firmas.

La inscripción de actos mercantiles se efectúa en un folio mercantil electrónico, que responde a las características del nombre, denominación o razón social de cada comerciante o sociedad mercantil; el mismo folio mercantil electrónico, que será único para cada comerciante o sociedad, comprende todos los actos mercantiles relacionados con dicho comerciante o sociedad.

El Registro prohíbe incorporar en él datos que hagan referencia a ideología, religión o creencias, raza, preferencia sexual, afiliación sindical, estado de salud y toda aquella que no tenga relación directa con la actividad mercantil del comerciante.

Con objeto de proteger los datos personales asentados en las bases de datos de la oficinas del registro, la autoridad establecerá las medidas necesarias que garanticen la seguridad de los mismos datos y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

Los enunciados anteriores muestran los avances importantes en materia registral; sin embargo, aún está pendiente de ser resuelta la metodología de inscripción de todo el sistema de garantías, en donde las experiencias extranjeras son referencias obligadas para su implementación.

3. *El fideicomiso de garantía*

En el derecho positivo mexicano el mecanismo del fideicomiso fue introducido desde 1932, año en el cual entró en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En los años 2000 y 2003 se sucedieron una serie de reformas al fideicomiso y agregaron adicionalmente un nuevo mecanismo relativo al fideicomiso de garantía. Estas reformas han suscitado, por la literatura mexicana más autorizada,¹³² muy diversas reacciones. Escapa a los límites y al propósito de este trabajo desarrollar un análisis de los pormenores de la reforma, cuyo interés queda acotado al ámbito jurídico mexicano.

En términos de la ley, a través del fideicomiso en su nueva versión, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.¹³³ La reforma es sustantiva, ya que en su versión original el fideicomitente únicamente destinaba ciertos bienes a un fin lícito determinado; a partir de la reforma el fideicomiso tiene efectos traslativos expresos.

¹³² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso*, 11a., México, Porrúa, 2006, p. 349.

¹³³ Véase el artículo 381 de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La inquietud que esta reforma ha provocado en el foro mexicano está fundada; la reforma estaba destinada a desarrollar el mecanismo del fideicomiso de garantía y no hacerlo extensivo al régimen general del fideicomiso. Resultaba claro en el sistema mexicano que el fideicomiso no era traslativo de dominio; había en el fondo un desdoblamiento de la propiedad. Las relaciones en el vínculo del fideicomiso eran derechos de crédito. La reforma le ha eliminado al fideicomiso en su régimen general, la ductibilidad necesaria, e impide emplear el fideicomiso en otros ámbitos distintos a los del flujo crediticio.

Conforme a la tradición mexicana, únicamente pueden ser fiduciarias aquellas que por ley puedan operar como tales y cuyo ámbito se circunscribe al sistema financiero mexicano: instituciones de crédito, instituciones de seguros, instituciones de fianzas, casas de bolsa, entre otras.¹³⁴ La acotación a la figura de la fiduciaria a las instituciones que pertenecen al sistema financiero mexicano ha suscitado en la literatura comparada múltiples interrogantes. La respuesta es por demás sencilla: la fiscalización de la actividad fiduciaria por parte de la autoridad en una actividad que requiere de una gran pulcritud en su desempeño y preservar con ello el interés público.

La institución fiduciaria debe ajustar su actuación a lo convenido en el propio contrato de fideicomiso y obrar siempre como un buen padre de familia.¹³⁵ Esta disposición inhibía a la institución fiduciaria de participar simultáneamente y con diferente carácter en el vínculo jurídico fiduciario como fideicomisaria, por los claros conflictos de intereses que esta doble actuación planteaba. A partir de la reforma, la institución fiduciaria puede igualmente tener el carácter de fideicomisario (acreedor) circunscrito a los fideicomisos de garantía. Esta disposición, aunada al efecto traslativo de dominio propio del fideicomitente al formalizar el fideicomiso, posibilita a la institución fiduciaria proceder a la enajenación de los bienes y derechos en fideicomiso.

Un mismo fideicomiso puede ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el deudor (fideicomitente) contraiga, con uno o distintos acreedores (fideicomisarios), a cuyo efecto cada acreedor (fideicomisario) estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo

¹³⁴ *Ibidem*, artículo 395.

¹³⁵ *Ibidem*, artículo 391.

caso quedarán sin efecto los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago. A partir del momento en que la institución fiduciaria reciba la mencionada notificación, el deudor (fideicomitente) podrá designar un nuevo acreedor (fideicomisario) o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso. El acreedor (fideicomisario) que no entregue oportunamente a la institución fiduciaria la notificación a que se refiere este artículo resarcirá al deudor (fideicomitente) los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

En forma simétrica a la reforma de la prenda mercantil sin transmisión de posesión, en el fideicomiso de garantía se estructuran los derechos de uso y disposición a favor de los deudores (fideicomitentes) sobre los bienes muebles; entre otros, son de mencionarse:

1. Hacer uso de los bienes fideicomitados, combinarlos o emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya, y los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso de garantía en cuestión.
2. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y
3. Instruir a la institución fiduciaria la enajenación de los bienes fideicomitados, sin responsabilidad para ésta, siempre y cuando dicha enajenación sea acorde con el curso normal de las actividades del deudor (fideicomitente). En estos casos cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos *rei persecutorios* con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que la institución fiduciaria reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes. El derecho que tengan el o los deudores (fideicomitentes) para instruir a la institución fiduciaria la enajenación de los bienes muebles materia del fideicomiso quedará extinguido desde el momento en que se inicie el procedimiento de ejecución, o bien cuando la institución fiduciaria tenga conocimiento del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución previstos en el Código de Comercio.

En los términos de la ley se contienen disposiciones que las partes, al momento de la formalización del fideicomiso de garantía, deben incluir como parte de sus convenciones. El orden público mexicano es muy claro al determinar el marco de legalidad de actuación tanto del deudor (fi-

deicomitente) como de la institución fiduciaria para hacer viable el propósito fundamental de la reforma: posibilitar el crédito con garantía fiduciaria mobiliaria y la actuación de la institución fiduciaria. Entre otras, pueden enunciarse las siguientes líneas generales:

- Deben precisarse los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos;
- Deben convenir las contraprestaciones mínimas que deberá recibir la institución fiduciaria por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos;
- Designar la persona o personas a las que la institución fiduciaria por instrucciones del deudor (fideicomitente) podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que la institución fiduciaria deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago;
- La información que el deudor (fideicomitente) deberá entregar al o a los acreedores (fideicomisarios) sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;
- La forma de valorar los bienes fideicomitidos, y
- Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen su valor.

El incumplimiento de los pactos convenidos en el contrato de fideicomiso de garantía tiene como consecuencia que el crédito garantizado se tenga por vencido anticipadamente.

El fideicomiso de garantía hubiera sido el mecanismo de legalidad, por lo menos en apariencia, que hubiera servido de vértice en la consecución de muchos de los objetivos de la reforma en materia de garantías mobiliarias, ya que es un mecanismo contractual muy arraigado en la práctica mexicana, y en donde mayor experiencia se tiene en la realización extrajudicial de los bienes y derechos en fideicomiso, que para los propósitos de este trabajo serían los de la garantía fideicomisaria. Sin embargo, este mecanismo contractual adolece de varios impedimentos estructurales que merecen ser mencionados.

La institución fiduciaria, por mandato expreso de la ley, debe llevar por cuenta por separado tanto el registro de los ingresos y egresos de los fideicomisarios (acreedores), así como el de los bienes fideicomitidos.

El mecanismo del fideicomiso produce una base primaria de dicotomía de derechos y obligaciones: por una parte, los que surten estrictamente efectos entre las partes contratantes, y por la otra la obligatoriedad del registro del contrato de fideicomiso, así como el de los bienes fideicometidos, para que surta sus efectos plenos ante terceros en el Registro de Comercio.

Las relaciones *inter partes* se dan en un ámbito cerrado, en donde los acreedores (fideicomisarios) deben estarse a las reglas contractuales en cuanto a la ejecución de la garantía fiduciaria, así como a la graduación de la preferencia en el pago. Este ámbito cerrado, a través de los asientos que la institución fiduciaria debe obligatoriamente hacer, produce efectos similares a los registrales entre los acreedores (fideicomisarios) que fueren parte en esta relación contractual.

Pero es en sus efectos contra terceros en donde se perciben los mayores inconvenientes. Al inscribirse en el Registro de Comercio, el contrato de fideicomiso está sujeto a las reglas de prelación registral; una vez hecha efectiva la garantía mobiliaria, la institución fiduciaria estaría obligada a su vez a realizar su propio procedimiento contractual interno de ejecución para dirimir el pago entre los acreedores (fideicomisarios). La falta de inscripción del contrato de fideicomiso produciría los efectos indeseables de convenios ocultos para los acreedores que no fueran parte en el fideicomiso; más aún: la prenda mercantil sin transmisión de posesión por mandato expreso de la ley no puede ser constituida sobre bienes que hayan sido dados en garantía; de transgredirse esta regla, la controversia surgiría, ya que se haría valer la invalidez de la constitución de la prenda, para hacer prevalecer el fideicomiso de garantía. Para los terceros, este último equivaldría a un pacto oculto, y para el sistema de garantías, un elemento de incertidumbre que lo vulnera seriamente.

La institución fiduciaria devenga honorarios, que conforme a la práctica bancaria mexicana resultan ser muy onerosos, cuya incidencia es mayor, especialmente en créditos de menor cuantía; a ello habría que agregar que la ley mexicana, al conceptuar al mecanismo de fideicomiso como un acto traslativo de dominio, lo sujeta a fuertes gravámenes fiscales, específicamente los inmobiliarios. Estos enunciados ponen en serio predicamento la viabilidad del fideicomiso de garantía en el espectro de garantías mobiliarias en el sistema mexicano.

Los eventos reseñados, así como la imposibilidad de que a través del mecanismo del fideicomiso se puedan garantizar obligaciones futuras, en-

tre otros muchos argumentos, no hacen más que generar serios cuestionamientos sobre si el mecanismo del fideicomiso está llamado a desarrollarse como una garantía con alcances generales, cuando justamente el tenor de la reforma está orientado a la consecución de los objetivos reseñados.

IV. CONCLUSIONES

Los problemas de la certidumbre en las garantías mobiliarias son inherentes a su marco de legalidad, y resulta por lo tanto irrelevante cualquier consideración relativa a la pertenencia a un sistema de legalidad determinado, a la naturaleza o carácter de una sociedad, a su nivel de educación, a la calidad de sus agencias gubernamentales o al grado de desarrollo.¹³⁶ Existe de igual manera un gran equívoco en considerar que mediante el cambio de políticas macroeconómicas se tendrá un mayor acceso al crédito. Es evidente que una acertada política macroeconómica reduce gran parte del riesgo en la recuperación de créditos y el premio que conlleva la tasa de interés que incorpora la tasa inflacionaria; no obstante lo anterior, si bien desaparece el premio en la tasa por la inflación, persiste una alta tasa de interés por la dificultad en hacer eficiente su garantía. Los intermediarios financieros en sistemas en donde no existen regímenes de garantías mobiliarias están sujetos cada vez con mayor intensidad a grandes presiones para conceder préstamos con un contenido social.

Uno de los principales problemas que se han podido identificar en la región latinoamericana son los convenios ocultos y las reglas poco claras en el sistema de prelación de créditos. Investigaciones recientes revelan que en nuestra región, específicamente en la mayoría de los países centroamericanos, su sistema actual de prelación le confiere el mismo grado de prelación de créditos a diferentes acreedores. De igual manera, la existencia de regímenes en materia de garantías mobiliarias paralelos, que pueden llegar a ser excluyentes, tales como los arrendamientos financieros o las compraventas con reserva de dominio o sujetas a condición, por la falta de una adecuada publicidad de la prelación, hace que se incremente el riesgo del crédito; o incluso el propio gobierno se reserva derechos de prelación, abstracción hecha de la oportunidad con la que

¹³⁶ Peña, Nuria de la, "Reforming the legal framework for security interests in mobile property", *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. IV, 1992-2, Unidroit, p. 350.

pretenda hacerlos efectivos.¹³⁷ Ello refleja que aún prevalecen las decisiones gubernamentales, sobre las estrictamente comerciales, al pretender que a través de ellas se pueden obtener la consecución de objetivos de política social, tales como la preferencia en el cobro de los créditos de los trabajadores o los fiscales.¹³⁸ La enorme divergencia y constante variabilidad de estas políticas constituyen grandes impedimentos para la armonización en materia de garantías mobiliarias.

En la mayoría de los países en el subsistema latinoamericano, los derechos inherentes a la garantía tienen un efecto primario dominial. El valor fundamental de la garantía radica en el derecho de propiedad que se tiene sobre ella; el derecho de propiedad prevalece sobre los derechos del titular de la garantía y sobre los derechos de terceros; los derechos dominiales prevalecen sobre otros acreedores en caso de incumplimiento, y en contra de otros demandantes en caso de insolvencia.¹³⁹

Resultan comprensibles las zozobras que pueden apreciarse en el foro mexicano cuando se analizan las nuevas reformas. Máxime que las categorías jurídicas existentes no sean las adecuadas para explicar estos nuevos mecanismos legales; como también resulta igualmente claro que los mecanismos de legalidad en materia de garantías mobiliarias hasta antes de la reforma eran insuficientes para proporcionar los elementos de certidumbre que las nuevas realidades del mercado de capitales exigían. Es innecesario adicionalmente mencionar las asimetrías de nuestro sistema de legalidad con nuestros principales socios comerciales.

Se puede sostener válidamente que el derecho mexicano es un sistema en transición en materia de garantías mobiliarias. La reforma ha tenido el enorme mérito de iniciar un proceso de cambios conceptuales sustantivos en nuestro sistema de derecho; sin embargo, por más loable que ésta haya sido, es insuficiente. Los principios registrales que gobiernan actualmente el registro público de comercio hacen imposible que la reforma pueda cumplir con las expectativas que ha generado.

Posiblemente la guía legislativa de Uncitral actualmente en discusión pueda contribuir a completar un ciclo que requiere con urgencia nuestro sistema de derecho. La noción de la prenda, por las razones que se han

¹³⁷ *Ibidem*, p. 354.

¹³⁸ Buxbaum, *op. cit.*, p. 326.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 325.

destacado en nuestro análisis, bien podría convertirse en la garantía uniforme hacia la cual tiende el sistema mexicano.

El sistema legal mexicano se ha visto enriquecido con diferentes técnicas contractuales que tienden a reducir los costos financieros y legales y a incrementar la predicibilidad jurídica *ex ante* de la ejecución de las garantías mobiliarias, que resulta crucial en el flujo crediticio. Mucho queda por hacer para tener un pleno acceso a los mercados de capital. La formulación de una noción uniforme de garantía mobiliaria, tomando como vértice los “derechos preferentes”,¹⁴⁰ que puedan ser publicitados a través de un sistema registral transparente, haría mucho más eficiente al sistema mexicano. Se eliminarían acreedores y convenios ocultos, que perturban seriamente la certidumbre en las transacciones crediticias.

Este sistema registral debe ser único, y con un sistema de reglas de prelación que hagan abstracción de los mecanismos de legalidad que crean o transmiten derechos de propiedad. Una de las grandes exigencias del sistema registral, que es una de las piedras angulares del nuevo marco de legalidad de las garantías mobiliarias, consiste en que debe ser de bajo costo, con información exclusivamente básica y comercialmente muy efectivo. Las nociones de publicidad y transparencia deben ser entendidas como correlativas a la de “derechos preferentes”, tal y como los define la Ley Modelo Interamericana. Es necesario admitir que si bien el sistema de garantías que gravitaba en torno a los derechos dominicales fue efectivo desde la época romana, en la actualidad resulta insuficiente para asegurar en las transacciones domésticas y transfronterizas, la certidumbre que requiere las trasferencias de bienes y de valores.

Las reformas legislativas¹⁴¹ emprendidas en el 2000 dan cuenta de los esfuerzos y cambios conceptuales que se han venido sucediendo en el sistema legal mexicano. La ley Modelo de la CIPID-VI, que ha influido de manera significativa en las reformas a la legislación mexicana, es una clara muestra de que la incompatibilidad entre sistemas de legalidad no es tan profunda como dogmáticamente se había postulado; pero más aún: demuestra que es posible crear figuras híbridas en las que converjan mecanismos eficientes de legalidad de los sistemas de derecho, en los cuales el país interactúa.

¹⁴⁰ Garro, Alejandro M., “Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives”, *Unif.L.rev/Rev.dr.unif*, NS-vol. VIII, 2003-1/2, UNIDROIT, p. 364.

¹⁴¹ Véase el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de mayo de 2000.

En el ámbito internacional la tendencia es muy clara; al final de este proceso habrá escasas convenciones internacionales con una clara vocación universal, pero múltiples propuestas regionales de muy variada índole, con diferentes ópticas y propósitos, en materia de garantías mobiliarias. Muchas de ellas no serán vinculantes, formarán parte de la panoplia de las reglas *soft law*, pero no por ello serán de menor importancia.¹⁴²

Debe sin embargo tenerse presente que el objetivo cuya consecución se desea es la simplificación, modernización y armonización del régimen de las garantías mobiliarias, más que impulsar un claro marco contractual a cualquier costo.¹⁴³

¹⁴² Drobniç, Ulrico, *op. cit.*, nota 4, p. 353.

¹⁴³ Garro, *op. cit.*, nota 140, p. 364.