Naciones Unidas A/CN.9/924

Asamblea General

Distr. general
20 de abril de 2017
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
50º período de sesiones
Viena, 3 a 21 de julio de 2017

Posible labor futura de coordinación y asistencia técnica en relación con las garantías mobiliarias y temas conexos

Nota de la Secretaría

Índice

Página

I. Introducción 2
II. Temas de la posible labor futura de coordinación y asistencia técnica 2
A. La ley aplicable a los efectos de propiedad de las cesiones de créditos por cobrar . . . 2
1. Continuación de las diferencias en los enfoques de las legislaciones nacionales 2
2. Situación actual de la cuestión en la Unión Europea 3
3. Posibles soluciones futuras en la Unión Europea 3
4. Conclusiones 5
B. Asistencia técnica para la reforma de la ley de operaciones garantizadas: coordinación y cooperación con otras organizaciones 6
C. Dificultades para integrar una nueva ley de operaciones garantizadas en un régimen jurídico en vigor 7
1. La Ley de Garantías sobre Bienes Muebles de Australia 7
2. El enfoque funcional de la reforma de la ley de operaciones garantizadas 7
3. La adaptación de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias a los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista 8

V.17-02496 (S) 090517 090517

Se ruega reciclar

I. Introducción

1. En el presente documento figura un resumen de las consideraciones y conclusiones a que se llegó en el Coloquio con respecto a la posible labor futura de coordinación y asistencia técnica en relación con las garantías mobiliarias y temas conexos.

II. Temas de la posible labor futura de coordinación y asistencia técnica

A. La ley aplicable a los efectos de propiedad de las cesiones de créditos por cobrar

1. Continuación de las diferencias en los enfoques de las legislaciones nacionales

2. El panel que se ocupó de la ley aplicable a los efectos de propiedad de las cesiones de créditos por cobrar convino en que la falta de armonía entre los países en cuanto a las normas sobre conflicto de leyes para determinar la ley aplicable a la cesión de los créditos por cobrar es un problema que viene de lejos en el derecho internacional privado. Dicho esto, parece haberse alcanzado un consenso multilateral en las tres cuestiones siguientes. En primer lugar, la ley aplicable debería ser la misma para la cesión pura y simple de los créditos por cobrar y para el otorgamiento de una garantía sobre los créditos por cobrar. En segundo lugar, las relaciones entre el cedente y el cesionario deberían regirse por la ley aplicable al contrato de cesión. En tercer lugar, las relaciones entre el cesionario y el deudor del crédito por cobrar deberían regirse por la ley aplicable al crédito por cobrar cedido (es decir, la ley aplicable al contrato que dio origen al crédito en el caso de los créditos por cobrar generados por contratos). El consenso sobre estas tres cuestiones se refleja: a) en el plano internacional, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la "Convención sobre la Cesión de Créditos"), la *Guía sobre las Operaciones Garantizadas* y la Ley Modelo; y b) en la Unión Europea, en el artículo 14 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

3. En cambio, sigue siendo difícil alcanzar un consenso con respecto al factor de conexión apropiado para determinar la ley aplicable a los efectos de propiedad de una cesión de créditos por cobrar frente a terceros y la prelación del derecho del cesionario frente a reclamantes concurrentes (incluido el administrador de la insolvencia del cedente). Como consecuencia de la incertidumbre con respecto a la ley aplicable a esas cuestiones, el crédito sobre la base de créditos por cobrar es menos accesible o lo es a un costo más elevado.

4. En virtud de los instrumentos de la CNUDMI antes mencionados, se aplica como norma general la ley del Estado en que esté situado el cedente (su establecimiento y, en el caso de establecimientos en más de un Estado, el centro de los principales intereses) (a reserva de algunas exclusiones y excepciones para determinados tipos de créditos por cobrar, en particular los créditos financieros por cobrar dimanantes de operaciones relacionadas con mercados financieros y derivados financieros, cuentas bancarias, valores, y operaciones en un mercado de valores reglamentado y sistemas de compensación y liquidación).

5. Como se refleja en las ponencias de los panelistas, sin embargo, las legislaciones nacionales continúan manteniendo divergencias sobre esta cuestión. Por ejemplo, en virtud de las normas jurídicas sobre conflicto de leyes en vigor en las unidades territoriales que integran los Estados Unidos de América y el Canadá (incluida, en el caso del Canadá, la provincia de Quebec, que se rige por el derecho de inspiración romanista), suele aplicarse la ley del lugar de ubicación del cedente en los casos de conflictos de leyes tanto intraestatales como internacionales. Si bien esta solución está en consonancia con el enfoque de la CNUDMI, la Ley de Derecho Internacional

Privado del Japón, promulgada en 2006, remite los efectos de una cesión frente al deudor y frente a los terceros a la ley aplicable al crédito por cobrar cedido.

2. Situación actual de la cuestión en la Unión Europea

6. Como se explicó en las ponencias de los panelistas, los Estados miembros de la Unión Europea tampoco han convenido todavía en una solución uniforme. En 2005, la Comisión Europea propuso que se adoptara la ley de la residencia habitual del cedente en consonancia con el enfoque de la CNUDMI (la residencia habitual se definía como la cercana al establecimiento y la ubicación de la administración central) y las opiniones de la mayoría de los que respondieron al Libro Verde de 2003 de la Comisión Europea. Finalmente se decidió, sin embargo, que la cuestión exigía un estudio más a fondo y la norma propuesta se omitió del Reglamento Roma I de 2008. En su lugar, el artículo 27 2), exigía a la Comisión Europea que presentara un informe sobre la cuestión, junto con una propuesta para una posible solución europea. La Comisión Europea contrató al Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado para que llevase a cabo un estudio (publicado en 2011), y presentó su informe en 2016. Sobre la base del estudio del Instituto Británico, en el informe de la Comisión Europea se confirmó la necesidad de una solución legislativa europea uniforme.

7. Cabe destacar que en el informe de la Comisión Europea también se ponía de relieve la necesidad de que la futura propuesta se ocupase asimismo de la falta de armonía en cuanto a las normas sobre conflicto de leyes aplicables a las transacciones transfronterizas de valores. Las directivas en vigor de la Unión Europea han armonizado esas normas solo en grado limitado y se han traspuesto en la legislación nacional de maneras divergentes. También hay opiniones divergentes acerca de si es más apropiado considerar determinados tipos de bienes incorporales como valores o como créditos por cobrar.

8. Con objeto de asegurar la coordinación, en el Plan de Acción para la Unión de los Mercados de Capitales (2015) y la Comunicación al respecto (2016) se prevé que la Comisión Europea presente una propuesta legislativa específica sobre la ley aplicable a la titularidad de los valores y los efectos para terceros de la cesión de los créditos por cobrar. Con este fin, el 28 de febrero de 2017 se publicó una evaluación inicial del impacto, a la que seguiría una consulta pública en línea detallada con los interesados que se habría de poner en marcha en el primer trimestre de 2017 (la consulta pública de hecho se puso en marcha el 7 de abril de 2017 y el plazo para recibir respuestas terminará el 30 de junio). También se prevé establecer un grupo asesor de expertos integrado por expertos en derecho internacional privado y mercados financieros. Para principios de septiembre de 2017 está prevista una reunión de partes interesadas que examinen los resultados de la consulta pública, a lo que seguirá la publicación de una evaluación del impacto de la propuesta definitiva a mediados de septiembre de 2017. Se prevé que la Comisión Europea apruebe una propuesta para diciembre de 2017.

3. Posibles soluciones futuras en la Unión Europea

9. El panel confirmó la demanda de una norma uniforme sobre la ley aplicable a los efectos frente a terceros y la prelación de los derechos del cesionario, pero señaló que en el estudio de 2011 del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado se apuntaba que había opiniones divergentes entre el sector, los expertos y los Estados miembros en cuanto a la ley que debería aplicarse. Sobre la base de las propuestas de redacción alternativas que figuraban en el estudio del Instituto Británico (con ligeras modificaciones), en el informe de la Comisión de 2016 se presentaron tres soluciones posibles: a) la ley aplicable al contrato entre el cedente y el cesionario; b) la ley aplicable al crédito por cobrar cedido; y c) la ley de la residencia habitual del cedente (es decir, el enfoque de la CNUDMI). En el estudio del Instituto Británico y el informe de la Comisión Europea se trataban las ventajas y desventajas de cada una de esas posibilidades, que fueron analizadas por los diversos panelistas.

La ley del lugar de ubicación del cedente (enfoque de la CNUDMI)

10. Las principales ventajas de esta solución se consideran las siguientes: a) la facilitación de las cesiones globales en la medida en que se aplica una sola ley a la cesión de créditos por cobrar adeudados por múltiples deudores en múltiples Estados; b) la facilitación de las cesiones de créditos por cobrar nacidos de contratos futuros en la medida en que la ley aplicable puede determinarse ex ante cuando se hace la cesión; c) el aumento de la certidumbre jurídica y la previsibilidad en la medida en que los cesionarios y los terceros, incluidos los acreedores del cedente, pueden determinar fácilmente la ley aplicable; y d) la coincidencia de la ley aplicable con el régimen de la insolvencia en caso de insolvencia del cedente, con lo que se reducen al mínimo los posibles conflictos y la necesidad de delimitar si una cuestión pertenece al régimen de la insolvencia o a los efectos de propiedad de la cesión con respecto a los terceros.

11. Las principales desventajas se consideran las siguientes: a) la separación de la ley aplicable a los efectos de la cesión frente al deudor y frente a terceros, lo que origina dificultades en cuanto a la clasificación y la delimitación; b) la posibilidad de que se apliquen múltiples leyes en caso de: i) un cambio en la ubicación del cedente con el tiempo, con el resultado de que puede aplicarse una ley diferente en un conflicto de prelación con un cesionario ulterior u otro reclamante concurrente; ii) cesiones ulteriores del cesionario original si el cesionario posterior está ubicado en un Estado diferente del Estado del cesionario original; y iii) cesión de una deuda no divisible contraída conjuntamente con múltiples cedentes ubicados en distintos Estados; c) la posible falta de idoneidad de este enfoque para determinados tipos de instrumentos y créditos financieros.

12. A fin de mitigar algunas de esas desventajas, en el informe de la Comisión Europea y el estudio del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado se sugería lo siguiente: a) las cuestiones de oponibilidad a terceros y prelación en caso de que se produzca un cambio en la ubicación del cedente con el tiempo podrían resolverse por remisión a la ley del Estado en que esté ubicado el cedente en la fecha de la última cesión u otro acto que dé lugar a un derecho concurrente; y b) la presunta incompatibilidad e este enfoque para los créditos financieros podría resolverse mediante una excepción limitada, que apuntase a la ley que rige el crédito por cobrar cedido (o a alguna otra ley apropiada en función del tipo concreto de crédito por cobrar)[1]. Si bien esa excepción es compatible con las exclusiones y excepciones de la Convención sobre la Cesión de Créditos y otros instrumentos de la CNUDMI, se señaló que sería difícil delimitar el grupo excepcional de créditos por cobrar que deberían ser objeto de una norma especial.

La ley aplicable al crédito por cobrar cedido

13. Las principales ventajas de esta solución se consideran las siguientes: a) se aplica la misma ley a los efectos de la cesión frente al deudor y frente a terceros, con lo que se evita la necesidad de delimitar si una determinada cuestión se trata de una cuestión entre el cesionario y el deudor o de una cuestión entre el cesionario y el tercero; b) una mayor estabilidad de la ley aplicable, porque es poco probable que cambie con el tiempo la ley que rige el crédito por cobrar cedido y porque la misma ley normalmente también regiría las cesiones posteriores realizadas por el cesionario original a un nuevo cesionario.

14. Las principales desventajas se consideran las siguientes: a) esta solución no permite determinar la ley aplicable a una cesión de créditos por cobrar futuros dimanantes de contratos que aún no se han celebrado; b) aumento de la complejidad y los costos en el caso de una cesión global de créditos por cobrar adeudados por deudores de múltiples Estados, en la medida en que la oponibilidad a terceros y la prelación del derecho del cesionario de la misma cartera de créditos por cobrar podrían quedar sujetas a múltiples leyes aplicables; c) la ley aplicable al crédito por cobrar cedido puede no ser siempre fácil de determinar si en el contrato entre el

[1] El artículo 91 de la Ley Modelo se ocupa de esta cuestión.

deudor y el cedente no se elige claramente una o si el crédito por cobrar cedido no es contractual; d) el riesgo de perjuicio a terceros, en la medida en que: i) las partes en el crédito por cobrar cedido pueden elegir la ley aplicable a él, y podrían cambiar la ley aplicable; ii) existe una falta de transparencia con respecto a la ley aplicable para los terceros, en particular los acreedores del cedente, que normalmente no tendrán acceso al contrato que dio origen al crédito por cobrar a fin de determinar la ley aplicable; y e) la incertidumbre y los problemas de delimitación en caso de insolvencia del cedente en la medida en que la *lex concursus* no coincida con la ley aplicable al crédito por cobrar cedido.

15. A fin de solventar la falta de idoneidad de esta solución para las cesiones de créditos por cobrar en virtud de contratos futuros, en el estudio del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado y el informe de la Comisión Europea se sugiere lo siguiente: a) una excepción específica que apunte a la ley de la residencia habitual del cedente; y b) resolver los posibles conflictos entre diferentes leyes aplicables en un conflicto de prelación entre los cesionarios concurrentes o entre un cesionario y otro titular aplicando la ley del Estado en que esté ubicado el cedente en la fecha de la última cesión u otro acto que diese lugar a un derecho concurrente.

La ley del contrato entre el cedente y el cesionario

16. Las principales ventajas de esta solución se consideran las siguientes: a) flexibilidad para que los agentes comerciales elijan la ley que mejor se adapte a sus necesidades; y b) posibilidades de que se aplique una única ley que regule las cesiones globales y las cesiones de créditos por cobrar futuros.

17. Las principales desventajas se consideran las siguientes: a) las posibilidades de abusos en relación con los terceros, en particular evitando la inscripción obligatoria u otros requisitos de publicidad; b) la falta de transparencia de la ley aplicable para los terceros, en particular los acreedores que tal vez no tengan acceso al contrato de cesión para determinar la ley aplicable; c) las posibilidades de que se apliquen leyes distintas a los efectos de la cesión frente al deudor y frente a terceros (a menos que la ley aplicable al crédito por cobrar sea la ley elegida); d) incertidumbre y problemas de delimitación en caso de insolvencia del cedente en la medida en que la lex concursus no coincida con la ley elegida; e) posibilidades de que se apliquen a la prelación diferentes leyes contradictorias en caso de cesiones sucesivas del mismo crédito por cobrar a diferentes cesionarios; y f) la posible inestabilidad de la ley aplicable en caso de que las partes cambien la ley aplicable.

18. Para mitigar el riesgo de perjuicio a los terceros, se observó que el estudio del Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado y el informe de la Comisión Europea sugieren que las posibilidades de elección se limiten a la ley del crédito por cobrar cedido o la ley del lugar de ubicación del cedente. Para subsanar la falta de una elección clara de la ley en el contrato de cesión, o si la ley elegida no corresponde con las opciones permitidas, en el informe de la Comisión se sugiere que la oponibilidad a terceros y la prelación del derecho del cesionario podrían regirse por la ley del lugar de ubicación del cedente. Para resolver el problema de las cesiones concurrentes que se rigen por leyes distintas, en el estudio del Instituto Británico y el informe de la Comisión Europea se sugiere que podría aplicarse el principio general de titularidad de "primero en el tiempo", a reserva de la aplicación secuencial de las normas que protegen a los adquirentes de buena fe de la ley aplicable a la segunda cesión y cualquier cesión posterior.

4. Conclusiones

19. Las ponencias de los panelistas pusieron de manifiesto que, si bien existe una fuerte demanda para que se encuentre una solución uniforme, los posibles enfoques que se resumen más arriba tienen todos ellos sus respectivas ventajas y desventajas y todos ellos plantean problemas de delimitación en la medida en que incluyen excepciones y reservas. Queda todavía por ver, sin embargo, si la Comisión Europea terminará por proponer alguna de esas posibles soluciones o cualquier otra

combinación de enfoques. Por si interesa, cabe señalar que en el debate abierto que siguió a las ponencias de los panelistas, los participantes en el Coloquio centraron sus observaciones en la idoneidad del enfoque de la CNUDMI del lugar de ubicación del cedente como norma general, inclusive para las operaciones de titulización.

20. Como ya se ha señalado (véase párr. 8 *supra*), está previsto que para fines de 2017 la Comisión Europea presente una propuesta legislativa específica sobre la ley aplicable a la titularidad de los valores y los efectos para terceros de la cesión de los créditos por cobrar. La Comisión tal vez desee renovar el mandato encomendado a la secretaría de coordinarse y cooperar con la Comisión Europea y contribuir a las consultas y las reuniones con los interesados previas a la propuesta, con miras a evitar cualquier conflicto con la Convención sobre la Cesión de Créditos. Dado que la propuesta pendiente abarcará también las normas sobre conflicto de leyes aplicables a derechos sobre valores y créditos financieros, la Comisión tal vez desee asimismo considerar la posibilidad de prorrogar el mandato otorgado a la secretaría para que trate de evitar cualquier incompatibilidad con las normas sobre conflicto de leyes de la Ley Modelo, en particular las normas que determinan la ley aplicable a las garantías mobiliarias sobre valores no intermediados, instrumentos y cuentas bancarias.

B. Asistencia técnica para la reforma de la ley de operaciones garantizadas: coordinación y cooperación con otras organizaciones

21. El panel que examinó las cuestiones relativas a la asistencia técnica se centró principalmente en los debates que tuvieron lugar en la conferencia sobre la coordinación de las labores de reforma de las operaciones garantizadas que se celebró los días 9 y 10 de febrero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania. La conferencia fue copatrocinada por el International Insolvency Institute, el Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano y la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA).

22. Hubo un consenso en que la coordinación en relación con la preparación de instrumentos sobre las operaciones garantizadas por parte de organizaciones internacionales (por ejemplo, la CNUDMI, el UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) era sumamente importante, primero para evitar el solapamiento y los conflictos, y luego para facilitar la coordinación en relación con la aplicación de esos instrumentos.

23. La coordinación de las labores entre organizaciones gubernamentales internacionales, como la CNUDMI, el UNIDROIT y la Conferencia de La Haya, que se refleja en sus reuniones anuales de coordinación y su publicación conjunta sobre las garantías mobiliarias, en general se consideró que constituía un buen ejemplo de coordinación en la preparación de textos. Hubo acuerdo en que continuasen esas reuniones anuales de coordinación y se actualizase la publicación conjunta para incluir nuevos textos preparados por esas tres organizaciones en relación con las garantías mobiliarias. Se sugirió que la publicación conjunta incluyese también referencias a textos regionales sobre las garantías mobiliarias.

24. También se examinó la coordinación de las labores entre organizaciones gubernamentales internacionales y organizaciones intergubernamentales regionales y se señalaron algunos problemas que exigían una mayor coordinación. Hubo acuerdo general en que, si bien las labores regionales de armonización era provechosas, no podían ocupar el lugar de las labores internacionales de armonización. También hubo acuerdo en que las instituciones internacionales o regionales de financiación del desarrollo debían utilizar en la mayor medida posible las normas legislativas internacionales y regionales.

25. Se detectó una posible tensión entre el enfoque unitario, funcional y amplio de la reforma de la ley de operaciones garantizadas (por ejemplo, la Ley Modelo) y los enfoques por bienes concretos (por ejemplo, el Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos) o enfoques más simplificados y menos amplios pero no por bienes concretos. Se convino en que, si bien no debía menoscabarse el enfoque unitario,

funcional y amplio, había margen para excepciones limitadas y restringidas (por ejemplo, para equipo de alto valor, identificable de manera inequívoca, que cruza las fronteras nacionales en su uso normal). También se convino en que prosiguiese el debate sobre los méritos relativos de otros enfoques más simplificados y menos amplios y los contextos en que pudieran ser idóneos.

26. Se convino igualmente en que las reformas de la ley de operaciones garantizadas deberían coordinarse con otras reformas conexas (por ejemplo, la legislación sobre bienes inmuebles, incluidas las hipotecas, etc.), los regímenes de la insolvencia, las reformas generales para mejorar la capacidad de respuesta y la integridad de los sistemas judiciales, en particular en la medida en que pueden utilizarse para la ejecución de una garantía mobiliaria.

27. Se formularon varias sugerencias sobre las posibles medidas siguientes. Una de ellas fue que se organizara otra conferencia, como la conferencia de febrero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania, tal vez con miras a celebrar en el futuro conferencias de ese tipo anualmente. Otra sugerencia fue que se elaborara un repositorio de información, como el que estableció el International Insolvency Institute (en https://www.iiiglobal.org/node/2036). Y otra sugerencia más fue que se constituyese un comité oficioso ad hoc de representantes de las organizaciones principales para debatir y planificar las medidas siguientes y las labores continuas de coordinación. Por último, se formuló la sugerencia de que hubiese un sistema normalizado de presentación de informes anuales por parte de todas las organizaciones pertinentes sobre los progresos y la evolución de los acontecimientos en cuanto a las labores de reforma de las leyes de operaciones garantizadas.

C. Dificultades para integrar una nueva ley de operaciones garantizadas en un régimen jurídico en vigor

28. De entrada, el panel que examinó las dificultades para integrar una nueva ley de operaciones garantizadas en un régimen jurídico en vigor señaló la necesidad de que quienes promueven la reforma de la ley de operaciones garantizadas en un Estado colaboren con la administración local y los juristas locales y no ofrezcan a un Estado con una economía en desarrollo un nivel de sofisticación que no necesita y no está equipado para utilizar. El panel examinó después los tres temas siguientes: a) las enseñanzas que pueden extraerse de la experiencia de Australia en la concepción y aplicación de su Ley de Garantías sobre Bienes Muebles de 2009; b) la importancia de adoptar un enfoque funcional y no conceptual para la reforma de la ley de operaciones garantizadas; y c) la necesidad de adaptar los conceptos, las normas de aplicación y el estilo de redacción legislativa de una Ley Modelo del tipo del artículo 9 del Código de Comercio Uniforme al introducir sus ideas en una jurisdicción de inspiración romanista.

1. La Ley de Garantías sobre Bienes Muebles de Australia

29. Uno de los motivos que dieron lugar a la Ley de Garantías sobre Bienes Muebles de Australia, un Estado federal en el que cada estado tiene su propia ley de garantías sobre bienes muebles, era la necesidad de racionalizar, simplificar y modernizar las leyes y los registros de las operaciones garantizadas de Australia, que estaban obsoletos. Especialmente importante fue la tarea de fomentar el consenso, que a su vez exigió tiempo y esfuerzos para difundir información detallada sobre el proyecto de legislación y la necesidad no solo de escuchar las preocupaciones del sector privado sino también de implicarlo en el proceso de redacción. La introducción de una reforma de esa naturaleza en una economía compleja y desarrollada había sido un proceso muy difícil y complejo, y una mayor participación del sector privado en la elaboración de la legislación habría permitido que la Ley hubiera reflejado mejor las realidades del mercado y las prácticas comerciales. La opinión de los usuarios es que el sistema de registro también terminó siendo demasiado complejo y no lo bastante fácil de usar, aunque el Registrador y el personal del Registro habían sido muy receptivos a las

informaciones de la industria y habían trabajado arduamente para mejorar esta situación.

30. El conocimiento de la legislación entre las pequeñas empresas había sido limitado pero había mejorado significativamente como resultado de los programas de información. Las enseñanzas extraídas de la experiencia de la Ley de Garantías sobre Bienes Muebles de Australia eran la necesidad de que hubiese una profunda comprensión de lo que se proponía, escuchar e implicar al sector privado, llevar a cabo un amplio programa de información y conceder mucho tiempo para asegurarse de que la legislación satisfaga las necesidades comerciales.

2. El enfoque funcional de la reforma de la ley de operaciones garantizadas

31. El segundo tema que surgió en las ponencias de los panelistas fue la necesidad de adoptar un enfoque funcional para la reforma de la ley de operaciones garantizadas. En esencia, el objetivo era no tratar de conciliar las diferencias en los conceptos jurídicos sino proporcionar las mejores soluciones a los problemas habituales; en otras palabras, producir una armonización basada en los resultados, en lugar de una fundada en la doctrina jurídica. En la Ley Modelo ya se adopta un enfoque funcional para el concepto de garantía, al tratar como operaciones garantizadas todas las que cumplen una función de garantía, incluidos los mecanismos de retención de la titularidad. Este enfoque funcional debería aplicarse no solo a la caracterización de una operación, sino también a las reglas de prelación.

32. La CNUDMI desempeña numerosas funciones importantes en la armonización y modernización de las normas jurídicas sobre las operaciones garantizadas, entre ellas ofrecer metodologías de modernización y armonización, pero también era importante asegurarse de que las normas propuestas fuesen aceptables para los agentes privados del mercado. Esta parte del debate del panel concluyó con una breve observación sobre la modernización de la ley de operaciones garantizadas en el Japón y la pregunta de por qué en algunas jurisdicciones los préstamos y la prelación basados en los bienes eran más frecuentes que los préstamos y la prelación basados en el deudor.

3. La adaptación de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias a los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista

33. La última parte de la sesión del panel se dedicó a la necesaria adaptación cultural de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias a la filosofía y los conceptos de los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista. Se indicó que la Ley Modelo no es un modelo estándar que se pueda incorporar tal cual. Para las jurisdicciones de inspiración romanista estaba demasiado cercana al artículo 9 del Código de Comercio Uniforme y había que “desamericanizarla” por razones políticas y técnicas. Se dijo que adaptar el instrumento al derecho de inspiración romanista planteaba dificultades importantes de fondo y de forma. En primer lugar, era preciso adaptar culturalmente algunos conceptos. Entre las cuestiones que debían tratarse cabía citar: a) la caracterización de la nueva garantía mobiliaria; b) si los ordenamientos de inspiración romanista deberían adoptar un enfoque unitario para las garantías o mantener un enfoque no unitario; y c) la forma en que debía explicarse y tratarse el concepto de producto. También se apuntó que se debe elegir asimismo entre la claridad y facilidad de lectura con un texto breve y sencillo, y la exhaustividad y la seguridad jurídica con un texto elaborado y detallado. Al respecto, entre las cuestiones que es necesario resolver cabe citar: a) si existían disposiciones que pudieran ser rechazadas por ser innecesarias en una jurisdicción de inspiración romanista; y b) la ubicación de la nueva ley en un código civil, un código de comercio o como texto independiente.

34. La última cuestión planteada fue la función de la CNUDMI en la prestación de asistencia técnica a los legisladores. Se señaló que el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno podría prestar una asistencia significativa. Se planteó la cuestión de si sería conveniente contar con un comentario oficial para los usuarios,

habida cuenta de los recursos limitados de la CNUDMI. También se señaló que el mundo académico podría proporcionar un valioso recurso con el establecimiento de un grupo de académicos de todo el mundo nombrados por la CNUDMI y que trabajasen gratuitamente. Ese sería un recurso al que podrían acudir los Gobiernos y los legisladores.