



**Secretaría de
Relaciones
Exteriores of
Mexico**

**Centro Mexicano
de Derecho
Uniforme**



**THE INTERNATIONAL LEGAL REGIMEN FOR THE TAKING OF SECURITY
IN HIGH-VALUE MOBILE EQUIPMENT - POSSIBILITIES AND CHALLENGES**

A colloquium organised by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), the Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), under the auspices of the Government of MEXICO and the Mexican Center of Uniform Law,

Ex-Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco, Mexico City, 11-12 October 2004

ACTS

Rome, December 2004

UNIDROIT 2004 – Study LXXIIH Doc. 16

	<u>page</u>
Programme	1
Summary Report UNIDROIT Secretariat	3
• OPENING	
Welcome by the Secretary-General of UNIDROIT <i>Herbert Kronke</i>	7
Welcome by the Deputy to the Director General of OTIF <i>Gerfried Mutz</i>	9
Welcome by the Director of the Mexican Center of Uniform Law and Vice-President of Governing Council of UNIDROIT <i>Jorge Sánchez Cordero Dávila</i>	11
Welcome by the Ministry of Foreign Affairs of Mexico <i>Luis Ernesto Derbez Bautista</i>	14
• INTRODUCTORY SESSION	
Objectives and main features of the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment – An Overview <i>Herbert Kronke</i> Secretary General of UNIDROIT	15
Objectives and Main Features of the Aircraft Protocol to the Cape Town Convention - An Overview <i>Jeffrey Wool</i> Aviation Working Group, Secretary	23
La importancia de la Convención del Cabo para los países de América Latina <i>Alejandro Garro</i> Profesor de Colombia University de la Ciudad de Nueva York	33
Los Objetivos Comunes de los Instrumentos de la OEA y UNIDROIT relativos a las Garantías Internacionales sobre Bienes Muebles <i>John Wilson Molina</i> Consultor Jurídico – Derecho Internacional Privado Organización de los Estados Americanos	37
La ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. La perspectiva mexicana <i>Leonel Péreznieto</i> Consejo del Despacho “Von Wobeser y Sierra” S.C. y representante de México en la Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP)	47

The fundamentals of asset-based financing from the perspective of a lender / lessor <i>Rafael Castillo-Triana, Esq.</i> President and CEO, FTAA Consulting, Inc.	55
Framework for Analysing Economic and Contractual Implications of the Convention <i>Jeffrey Wool</i> Aviation Working Group, Secretary	65
The case for a Rail Protocol: the role of the Rail Working Group and the view of the rail sector <i>Howard Rosen</i> Solicitor, Chairman of the Rail Working Group	69
• PRACTICAL INTEREST OF THE FUTURE RAIL PROTOCOL	
From the point of view of manufacturers <i>José Luis Paz Bolaños Cacho</i> Director Financiero y Comercial, Bombardier-Concarril, S.A. de C.V. México	85
From the point of view of operators and financiers <i>Kevin O’Gara</i> Managing Partner, Equitum LLC.	109
• SPECIFIC ISSUES OF PARTICULAR IMPORTANCE UNDER THE PRELIMINARY DRAFT RAIL PROTOCOL	
Definition and identification of railway rolling stock Registration system: Integration with existing registries <i>Peter Bloch</i> Department of Transportation, United States of America Co-Chairman of the Rail Registry Task Force	117
Specific remedies <i>Howard Rosen</i> Solicitor, Chairman of the Rail Working Group	121
Registration system: Supervisor and Registrar <i>Mr Gerfried Mutz</i> Deputy to the Director General of OTIF	135
ANNEX	
List of participants	153

**THE INTERNATIONAL LEGAL REGIMEN FOR
THE TAKING OF SECURITY IN HIGH-VALUE
MOBILE EQUIPMENT.
POSSIBILITIES AND CHALLENGES**

Mexico City, 11-12 October 2004

The 2001 Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and Aircraft Equipment Protocol represent one of the most ambitious and imaginative private commercial law projects ever to have been concluded. By providing an international regimen for security and related interests in aircraft objects, railway rolling stock and space assets, the Convention and Protocol help to reduce legal uncertainty caused by differences in national laws and thereby open up to developing countries access to finance at reasonable cost.

The proposed Rail Protocol to the 2001 Cape Town Convention on International Interests on Mobile Equipment offers a new method of financing rolling stock which should serve to increase the number of funders willing to finance of rolling stock and decrease the cost of the finance due to reduced risks and a greater number of funding sources ready to invest in this market. The Rail Protocol will work by extending to both passenger, freight and other rolling stock, the concept of a international security interest created in an asset which will be recognised in every country which signs and ratifies the Convention and Protocol. In so doing, it will protect the manufacturer selling the equipment on credit, where it takes a reservation on title, protect the banks lending against the rolling stock when taking security on the assets as well as a lessor (and lessee) of rolling stock. Each of these parties will be able to register its interest at an international registry accessible "24/7" via the Internet. By guaranteeing the priority of the creditor, it will facilitate secure financing and by having the security registered in an open registry, it will facilitate other parties being able to check status of specific items of rolling stock. The Protocol will also give additional remedies to creditors if monies due are not paid by the debtor both in relation to interim relief and final judgements as well as offering some new support if debtors become insolvent.

At the moment this is a project but well advanced. Government experts are currently considering the preliminary draft Protocol (three meetings have already taken place) and the final version of the Protocol should go to a diplomatic Conference for approval in 2005.

PROGRAMME

Monday 11th October 2004

8.30 a.m. *Distribution of badges and documentation*

9.00 a.m. *Opening*

- Welcome from the Minister of Foreign Affairs of Mexico – *Luis Ernesto Derbez*
- Welcome from UNIDROIT – *Herbert Kronke, Secretary General of UNIDROIT*
- Welcome from OTIF – *Gerfried Mutz, Deputy to the Director General of OTIF*
- Welcome from the Mexican Center of Uniform Law – *Jorge Sánchez Cordero Davila, Director, Member of the Governing Council of UNIDROIT*

10.30 a.m. *Introductory session – The Cape Town Convention and Aircraft Protocol*

- Objectives and Main Features of the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment - An Overview – *Herbert Kronke, Secretary General of UNIDROIT*
- Objectives and Main Features of the Aircraft Protocol to the Cape Town Convention - An Overview – *Jeffrey Wool, Aviation Working Group, Secretary*

11.40 a.m. *Morning refreshments*

12.00 a.m. *Introductory session (continued)*

- Importance of the Cape Town Instruments for the Latin American Countries – *Alejandro Garro, Professor at the Columbia Law School, New York*
- The Common Objectives of OAS and UNIDROIT Instruments concerning International Interests in Mobile Equipment – *John Wilson, Legal Officer, Office of the Assistant Secretary for Legal Affairs, Department of International Law, Organization of American States (OAS)*
- The Inter-American Model Law on Secured Transactions: a Mexican point of view – *Leonel Pérez Nieto, Adviser of "Von Wobeser y Sierra S.C.", representative of Mexico to the Conference on International Private Law (CIDIP)*
- The fundamentals of asset-based financing from the perspective of a lender/lessor – *Rafael Castillo-Triana, Esq., President and CEO, FTAA Consulting, Inc.*

- Framework for Analysing Economic and Contractual Implications of the Convention – *Jeffrey Wool, Aviation Working Group, Secretary*

2.00 p.m. *Luncheon*

4.00 p.m. *The draft Protocol to the Cape Town Convention on Matters specific to Railway Rolling Stock*

- The case for a Rail Protocol: the role of the Rail Working Group and the view of the rail sector – *Howard Rosen, Solicitor; Chairman of the Rail Working Group*

4.30 p.m. *Practical interest of the future Rail Protocol from the points of view of*

- Manufacturers – *Jose Luis Paz Bolanos Cacho, Sales and Project Finance Director, Bombardier-Concarril S.A. de C.V. Structured Finance, Mexico*
- Financiers – *Kevin O’Gara, Managing Partner, Equitum LLC.*

6.00 p.m. *End of session*

Tuesday 12th October 2004

10.00 a.m. *Specific issues of particular importance under the preliminary draft Rail Protocol*

- Definition and identification of railway rolling stock (Articles 1(2)(g) and 5) – *Peter Bloch (Department of Transportation, United States of America; Co-Chairman of the Rail Registry Task Force)*
- Specific Remedies – *Howard Rosen, Solicitor; Chairman of the Rail Working Group*

11.00 a.m. *Morning refreshments*

11.20 a.m. – *Registration system*

Supervisor and Registrar – Gerfried Mutz, Deputy to the Director General of OTIF

Integration with existing registries – Peter Bloch (Department of Transportation, United States of America; Co-Chairman of the Rail Registry Task Force)

12.00 a.m. *Round table on the application of the Cape Town Convention and Aircraft and future Rail Protocol to the American continent – Why it makes sense*

Speakers of the previous sessions as well as representatives of countries in the continent

2.00 p.m. *Conclusions and closing ceremony*

The International Legal Regimen for the Taking of Security in High-value Mobile Equipment – Possibilities and Challenges

Mexico City, 11-12 October 2004

SUMMARY REPORT

Organised by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), the Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), the Organization of American States (OAS) and the Rail Working Group, in consultation with ICAO, under the auspices of the Government of Mexico and the Mexican Center of Uniform Law, at the ex-Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco, Mexico City, 11-12 October 2004.

Notwithstanding the clear and urgent need for foreign private investment in rail infrastructure, in particular in developing countries and countries in transition, there can be no doubt that the preliminary draft Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment (hereinafter referred to as the *Cape Town Convention*) on Matters Specific to Railway Rolling Stock (hereinafter referred to as the *preliminary draft Rail Protocol*) and the benefits accruing thereunder are, with rare exceptions, all too little known in those very countries. The Joint UNIDROIT/OTIF Committee of governmental experts accordingly decided at its third session to follow the recommendation made to it by the UNIDROIT Secretariat to organise regional seminars to foster consensus building around the text of the preliminary draft Rail Protocol. The first such regional seminar focused on the countries of Central and Eastern Europe and was held in Warsaw at the Headquarters of the Organization for the Collaboration between Railways (OSShD OSJD) on 15 and 16 April 2004.¹

The second regional seminar, focused on Central America, was held in Mexico City on 11 and 12 October 2004 under the auspices of the Government of Mexico, which seized the opportunity to widen the scope of the colloquium to include discussion of the Protocol to the Cape Town Convention on

Matters specific to Aircraft Equipment (hereinafter referred to as the *Aircraft Protocol*). Providing representatives of Government, aircraft and railway operators, manufacturers, financiers and practising lawyers with an opportunity to compare notes on the adequacy or otherwise of the solutions advocated in the Cape Town Convention and the two Protocols would, it was felt, fuel the interest of those States so far not Parties to the instruments already adopted or not so far involved in the Rail project.

The colloquium was attended by representatives of Governments and the national aircraft and rail industries of Central American States,² of banking institutions and of intergovernmental, international non-governmental and other organisations, as well as by practitioners.³

The meeting was opened by Messrs Herbert KRONKE (Secretary-General of UNIDROIT), Gerfried MUTZ (Deputy to the Director General of OTIF), Jorge SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA (Director of the Mexican Center of Uniform Law and Vice-President of the Governing Council of UNIDROIT) and Luis Ernesto DERBEZ (Minister of Foreign Affairs of Mexico). While Mr Kronke emphasised that a wide-ranging and in-depth analysis of the various economic and technical aspects of the Cape Town Convention and its Aircraft and Rail Protocols would be of considerable benefit for countries in the region, in particular in the run-up to the diplomatic Conference for adoption of the preliminary draft Rail Protocol scheduled for 2005, Mr Mutz for his part stressed the fact that Government funding and guarantees in the railway sector would sooner or later cease to be the backbone of railway finance due to budgetary constraints and international competition law. Consequently, new methods for the financing of railway rolling stock would be required in future, one of them

¹ See programme in *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2003, 879 and Summary report in *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004, 397.

² Costa Rica, Guatemala, Mexico, Panama, United States of America and Venezuela.

³ Organization of American States (OAS), OTIF, UNIDROIT and the *Union internationale du notariat latin* (U.I.N.L.).

being the concept of asset based financing to be implemented by both the Cape Town Convention and the preliminary draft Rail Protocol. Mr Sánchez Cordero Dávila in his turn presented the Mexican Center of Uniform Law and its role in the construction of a new Mexican legal culture in response to globalisation. He stressed the importance of regions in the process of harmonisation and unification of law, giving the examples of Europe and the Americas. Finally, Mr Derbez welcomed the participants, wished them a fruitful session and officially declared the colloquium open.

The first part of the colloquium, chaired by Ms Maria DEL REFUGIO GONZALEZ DOMINGUEZ (Head of the Legal and Information Coordination Unit of the Mexican Ministry of Foreign Affairs), focused on the two instruments adopted in 2001, *i.e.* the Cape Town Convention and the Aircraft Protocol. Mr Kronke outlined the objectives and main features of the former, explaining how those instruments provided an answer to the conflict-of-laws rules as a source of uncertainty. Mr Jeffrey WOOL (Coordinator of the Aircraft Working Group) then presented the background in the aviation industry and aircraft financing, as well as the economic and legal objectives of the Aircraft Protocol. He insisted on the role played by the Aircraft Working Group and on the importance of industry support and governmental cooperation in this field.

Mr Alejandro Garro (Professor at Columbia University, New York) then took the floor to explain how the process of harmonisation in the field of interests in mobile equipment had first started in other fora such as UNCITRAL. He underlined the importance of the UNIDROIT instruments for the Latin American countries. Mr John WILSON (Legal Adviser, Private International Law, Organization of American States) for his part emphasised the common objectives of the Model Inter-American Law on Secured Transactions adopted under the auspices of OAS and the UNIDROIT instruments concerning international interests in mobile equipment. Next, Mr Leonel PEREZNIETO (Professor at Universidad Nacional Autónoma de México) illustrated Mexico's involvement in the elaboration process of the Model Inter-American Law on Secured Transactions and gave a Mexican point of view on the instrument as adopted. Mr Rafael CASTILLO-TRIANA (President and CEO, *FTAA Consulting*)

outlined the fundamentals of asset based financing from the lender and lessor perspective. He particularly noted the role of lenders/lessors and the fact that their model is based on a smart balance between risk and reward. He indicated, first, the various risks (credit risks, project risks, legal risks, asset risks) that an asset-based lender/lessor must contend with and, second, the innovations and challenges introduced by the Cape Town instruments. To close the part of the colloquium devoted to the Cape Town instruments already adopted, Mr Wool gave a framework for analysing the economic benefits and the contractual implications of the Cape Town Convention. He announced that the Legal Advisory Panel of the Aviation Working Group had prepared a paper entitled "Contracting Practices under the Cape Town Convention" which was due to be published in October 2004. Another paper on "Advanced Contract Practices under Cape Town: Closings, Registrations and Legal Opinions" was under preparation.

The second part of the colloquium, chaired by Mr Sánchez Cordero Dávila, focused on the preliminary draft Rail Protocol. Mr Howard ROSEN (Chairman of the Rail Working Group) delineated the Rail Working Group's role and the rail sector's views with regard to the Protocol. He pointed out in particular that the instrument sought to answer the question of how to achieve secure financing for an asset that by its nature was liable continuously to cross borders, by providing a new, protected type of security that usually would usually override conflicting local law interests and that would be registrable and searchable in an international registry with consequent priority rights. Mr Rosen outlined the main reasons why the preliminary draft Rail Protocol was needed for railway rolling stock financing, stressing in particular that by creating more security, it would facilitate financing or make it cheaper, thereby in turn encouraging more capital investment.

To highlight the practical interest of the future Rail Protocol from the point of view of manufacturers, Mr Jose Luis PAZ (Director of Sales and Project Finance, *Bombardier-Concarril S.A. de C.V. Structured Finance*, Mexico) pointed out that, under the Protocol, such rolling stock as was usable on different networks, due to its technical specifications, would be especially suitable for operating lease concepts. It was his view that the

greatest challenge ahead would be to secure a sufficient number of ratifications of the Protocol to make an impact on individual markets. Mr Kevin O'GARA (Managing Partner, *Equitum LLC*) then went on to examine the implications of the Protocol for financiers. He pointed out the obstacles and risks financiers face when entering a new international market, such as government and economic stability, legal risks (registration costs, requirements and/or restrictions, rules regarding timely repossession of the asset ...), as well as costs. Mr O'Gara gave practical examples of incremental cost factors in a railcar lease in Mexico and noted how the Protocol could reduce costs. He highlighted as key elements the fact that the country must adopt and enforce the Protocol's reasonable standards for repossession, while the country's courts must support the law and act in a timely manner to protect the interests of the lender/lessor.

The third part of the colloquium was chaired by Mr Mutz and dealt with specific issues of particular importance arising under the preliminary draft Rail Protocol. The first such issue was one of definition of railway rolling stock, of how such rolling stock would be identified for the purposes of the preliminary draft Rail Protocol and the Rail Registry, and the question of how existing registries would interface with the International Registry. Mr Peter BLOCH (Department of Transportation, United States of America, and Co-Chairman of the Rail Registry Task Force) stressed that Article I(2)(f) and (g) of the Protocol provided an adequate definition of railway vehicle and of railway rolling stock, excluding spare parts or any loose objects on the vehicle, as well as railway infrastructure. He noted, furthermore, that a piece of railway rolling stock did not have to have any international connection in order to be covered by the instrument, the international element resting with the financing agreement. Moreover, he pointed out that, by allowing States to opt for the identification of an item of railway rolling stock by associating its identification number in the International Registry with a national or regional identification number already affixed to the relevant item, Article V of the preliminary draft Rail Protocol would put in place a cost-effective system for the identification of railway rolling stock, which at the same time would present the benefit of ensuring compatibility with existing or future national or regional systems of registration.

The second specific issue of particular importance was that of the specific default remedies created by the preliminary draft Rail Protocol. In his second presentation, Mr Howard Rosen dwelled in particular on the modifications of the Cape Town Convention remedies by the future Rail Protocol which, *inter alia*, provided that any court order authorising the creditor to take possession of an item of railway rolling stock may also require the debtor to facilitate the creditor's exercise of its respective repossession rights (Article VII(1) of the Protocol). Mr Rosen suggested that this additional default remedy granted by the Protocol would prove to be of major significance in respect of the provision of traction to a suitable delivery point. Moreover, he emphasised that Article VIII(2) of the Protocol deviated from the Convention inasmuch as it did not require debtor consent before a creditor could exercise its rights for interim relief. In respect of the remedies in case of insolvency established by Article IX of the Protocol, Mr Rosen said it was imperative for these rights to be exercised in a manner compatible with international insolvency rules. *In fine*, he explained that if the Cape Town Convention and the preliminary draft Rail Protocol conceptually recognised and delivered a key set of remedies on default, public policy reasons dictated that Contracting States must be able to keep up a public rail service and Article XXV of the text provided for such public service exemptions.

Concerning the registration system provided for under the Cape Town instruments, Mr Gerfried Mutz outlined the registry principles, the function and tasks of the Supervisory Authority and the Registrar, thereby emphasising the particular structure of the Supervisory Authority in the future Rail Protocol and the delicate issues relating to its international legal personality as well as questions of liability and immunity. In respect of the fees to be charged for the services of the International Registry, Mr Mutz pointed out that one of the main tasks ahead, falling under the mandate of the Rail Registry Task Force, would be to assess and determine factors to be taken into account in establishing a satisfactory fee structure.

After each presentation and at the end of the colloquium, during the round table talk on the application of the Cape Town instruments to the countries of the American continent, participants were given ample opportunity to put questions from the floor.

Welcome by the Secretary-General of UNIDROIT

Herbert Kronke

Dr. Luis Ernesto Derbez Bautista, Minister of
Foreign Affairs

Arqu. Pedro Cerisola y Weber, Minister of
Transport and Communication

Dr Maria González Dominguez, Chief Legal
Advisor, Ministry of Foreign Affairs

Dr Jorge Sánchez Cordero Dávila, Vice-
President of the UNIDROIT Governing Council

Dr Gerfried Mutz, Deputy Director-General
OTIF

Ladies and Gentlemen,
Colleagues and Friends,

On behalf of UNIDROIT I should like to express our sincere gratitude to the Government of Mexico for co-sponsoring and hosting this Seminar. To all participants and speakers a cordial welcome and to Dr Sánchez-Cordero and the *Centro Mexicano de Derecho Uniforme* heartfelt thanks for having efficiently shared the burden of organising this event.

The Seminar is designed to provide an opportunity for Governments, airlines, railway operators, manufacturers, financiers and practising lawyers as well as export credit agencies to compare notes and to prepare for the ratification of the Cape Town Convention and the Aircraft Protocol and the Diplomatic Conference for the adoption of the Protocol to the Cape Town Convention on Matters specific to Railway Rolling Stock.

The Diplomatic Conference is to be held in 2005. Experience shows that formal intergovernmental consultations and in particular a Diplomatic Conference for the adoption of a legal text benefit from broader and in-depth analysis of the underlying economic and technical aspects of the future instrument. We organised three regional seminars on the base Convention and the Aircraft Protocol in the run-up to Cape Town and the quality of the discussions in Cape Town was clear evidence that that had been the right approach. The preliminary draft Rail Protocol has so far had even less exposure outside the joint sessions of a UNIDROIT/OTIF Committee of governmental experts than the Aircraft Protocol had prior to the Diplomatic Conference. Moreover, only a rela-

tively small number of delegations from Central American States participated in the three sessions of governmental experts. This is why Mexico City will be a crucial step forward and the second in a series of similar seminars in other regions of the world.

Experts advised us that Mexico was not only the gateway to Central America but also a country where the Ministries, the airlines, rail operators and others were currently engaged in mapping out the future of air and rail transportation development and financing. Obviously, we did not need advice that Mexico City was a beautiful city and the lively metropolis of the region and that it would therefore be a very attractive venue for this conference. The attendance this morning is proof that it was an excellent choice. Ladies and Gentlemen, I wish us all interesting and fruitful discussions.

Welcome by the Deputy to the Director General of OTIF

Gerfried Mutz

Minister,
Professor,
Mr. Secretary General,
Ladies and Gentleman!

At the opening of this colloquium on a draft Protocol to the Cape Town Convention on Matters specific to Railway Rolling Stock, I would like, on behalf of my Organisation, the Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF), and in a personal capacity, to extend to all of you a warm welcome here in Mexico City and to thank everyone in this room for coming.

This Colloquium on a draft Protocol on Matters specific to Railway Rolling Stock has been jointly organised by the OTIF secretariat, the UNIDROIT secretariat, the Organisation of American States (OAS), the Mexican Federal Government and the Mexican Centre of Uniform Law.

The title of this seminar: "Economic integration of the Americas. The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment, its Aircraft Protocol and the future Rail Protocol: an opportunity for Governments and Industry" is already an indication of the final aim of the Convention: to create an instrument granting higher legal security in order to make financing cheaper than it is today.

Current transport systems have to be developed in order to take into account the increasing needs of a growing economy. Railways are an important part of a sustainable transport system. The proposed Rail Protocol to the 2001 Cape Town Convention offers a new method of asset based financing of high value mobile equipment, such as railway rolling stock. This newly created tool should serve to increase the number of funders willing to finance rolling stock and decrease the cost of the finance due to reduced risks. The system currently working in many countries, i. e. a system of financing railway rolling stock by government funding or government guarantees will come to an end one day or the other everywhere. In the long run, neither governments in Europe nor in Mexico or elsewhere will be willing to grant the necessary loans.

The concept of an international security interest which will be recognised in every country which signs and ratifies the Convention and Protocol will protect the manufacturer selling the equipment on credit, the banks lending against the rolling stock, and the lessors of rolling stock. The Protocol will also provide creditors with additional remedies - both in relation to interim relief and final judgements - if sums due are not paid by the debtor. It will offer some new support if debtors become insolvent.

At the moment, this is still a draft, but a well advanced one. Government experts are currently considering the draft Protocol (three meetings have already taken place) and the final version of the Protocol should go to a Diplomatic Conference for approval, hopefully in 2005 or early in 2006.

Before closing my introductory remarks I would like, in the name of the secretariat of OTIF, to thank all the speakers for their efforts, the Mexican Ministry for Foreign Affairs, the OAS and the Mexican Centre of Uniform Law for the organisation and the hospitality they have extended to us for this colloquium.

**Welcome by the Director of the
Mexican Center of Uniform Law and
Vice-President of the Governing
Council of UNIDROIT**

Jorge Sánchez Cordero Dávila

El día de hoy, bajo los auspicios de la Secretaría de Relaciones Exteriores se concitan cuatro organizaciones internacionales de primer nivel: El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Organización para el Transporte Ferroviario Internacional (OTIF) con la aquiescencia de la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI) para discutir por primera ocasión en tierras americanas la Convención de Ciudad del Cabo y sus Protocolos aeronáutico y ferroviario. Otros protocolos de importancia capital están en formación como es el Protocolo espacial en donde México tiene una participación importante.

Como Vicepresidente del Consejo de Dirección del UNIDROIT y Director del Centro Mexicano de Derecho Uniforme me es especialmente grato darles la más cordial de las bienvenidas.

El Centro Mexicano ha desplegado desde su fundación una gran actividad. En el año de 1999 conjuntamente con la Cancillería mexicana y el propio UNIDROIT se hizo una presentación de las Convenciones Internacionales, leyes modelo y principios generales de contratación elaborados dentro del ámbito del UNIDROIT. Los resultados superaron todas nuestras expectativas. Una audiencia numerosa, de alta calidad, y participativa enriqueció los debates; estos trabajos han contribuido de manera notable en la construcción de una nueva cultura jurídica en México *necesaria* frente a los efectos que se provocan por la globalización.

En un lugar común hablar del fenómeno de la globalización que ha sido propiciada por los recientes cambios tecnológicos y económicos; estos cambios tecnológicos presumiblemente continuarán sucediéndose y con ello se acendrará la globalización.

No lo es tanto empero el análisis sistemático de la inflexión que este proceso ha provocado en los sistemas de legalidad que coexisten en regiones de libre comercio en donde el intercambio comercial y la permeabilidad social es particularmente intensa. Por ello resulta de una gran relevancia poder confrontar las experiencias recientes que en materia de armonización y de legislación uniforme- que es el mandato de UNIDROIT- se han sucedido a nivel universal y regional.

En el último cuarto de siglo XX y el inicio del XXI se han venido reconociendo la emergencia de regiones comerciales; unas perfectamente definidas y otras en vías de estarlo; paralelamente a la Unión Europea, epónimo de las regiones comerciales, pueden identificarse la de la comunidad de los Estados Independientes, con la Federación rusa como vértice, *l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*, la OHADA, en la África francófona, y en nuestro Continente coexisten una multiplicidad de acuerdos y tratados de libre comercio, en donde la presencia mexicana ha sido significativa.

Se ha observado que en esta última etapa existe en las regiones comerciales con vocación institucional una franca transferencia de facultades legislativas comerciales a órganos supranacionales, cuyos efectos son, entre otros, una redefinición en las negociaciones comerciales y una recomposición en la estructura de los organismos internacionales. Es precisamente en la integración jurídica en donde se observa con mayor claridad la transferencia de competencias estatales a una organización internacional dotada de poderes de decisión y de competencia supranacionales.

En la medida en que este proceso de integración jurídica se profundiza, se fortalecen las negociaciones comerciales con los órganos representativos de las regiones

comerciales, que empiezan a tener, precisamente en tanto tales, un mayor peso específico en las mismas organizaciones internacionales; concomitantemente se observa una mengua significativa en el interés de las negociaciones comerciales aisladas con Estados nacionales pertenecientes a estas regiones comerciales. Resulta obvio que las nociones de armonización de la uniformidad del derecho en este nuevo contexto tiene también una transformación de substancia.

Basta mencionar el caso de la Unión Europea a quien se le confiere personalidad jurídica con poderes para concluir convenciones internacionales con uno o mas estados u organizaciones internacionales. A lo anterior debe agregarse que la Corte de Justicia Europea ha extendido incluso los poderes de negociación de la Unión a través del llamado mecanismo de poderes "implícitos", de tal suerte que la Unión Europea es competente para concluir acuerdos internacionales aún ante la ausencia de texto expreso en el Tratado de la Unión. Esta evolución, que es igualmente reconocida en otras regiones comerciales emergentes, ha llevado a considerar que los Estados nacionales que convengan obligaciones internacionales comerciales con terceros podrían estar actuando incluso *ultra vires*.

Más significativo aún resulta que los órganos jurisdiccionales, como es el caso de la Corte de Justicia Europea, privilegia la legislación comunitaria sobre las convenciones de derecho uniforme, aun cuando éstas se hayan concluido antes de la entrada en vigor del tratado de la Unión. Esta tendencia en la práctica jurisdiccional es muy preocupante por los elementos de incertidumbre que introduce, ya que debilita y pone en serio predicamento el orden jurídico internacional comercial en aquellas convenciones internacionales que los Estados miembros en forma aislada hayan concertado con terceros países, como es el caso de México y pueden preconstituir una violación a sus obligaciones internacionales.

A pesar de estas realidades los estatutos orgánicos de las Organizaciones Internacionales permanecen incólumes; se ha soslayado la emergencia de bloques comerciales que deriva en los problemas enunciados debido fundamentalmente a la observancia del antiguo principio de igualdad

soberana de los Estados conforme al cual a cada Estado le asisten los mismos derechos y las mismas obligaciones

Al margen de cualquier consideración valorativa, es que esta evolución le da una nueva dimensión a la uniformidad del derecho y altera de manera sensible la forma en la conducción de las negociaciones internacionales comerciales.

Por lo que respecta al Continente americano, se han imaginado otras fórmulas de armonización de derecho.

En la región sobresalen los protocolos de Las Leñas y de Ouro Preto en el Mercosur; en América del Norte en épocas muy recientes, bajo el liderazgo de la cancillería, el Centro Mexicano de Derecho Uniforme inició una alianza estratégica importante con la Conferencia de Comisionados Nacionales en el derecho uniforme de los Estados de la Unión Americana y la Conferencia Canadiense de derecho uniforme. Ambas conferencias, centenarias en sus respectivos países, congregan, la primera a todos los Estados federados en la Unión Americana y la segunda a todas las provincias canadienses y constituyen los órganos técnicos en los Estados Unidos y en el Canadá en la uniformidad del derecho de los Estados federados y de las provincias respectivamente. La propuesta de la alianza es sencilla, pero no por ello menos profunda: la identificación de puntos relevantes de armonización legislativa; así hemos iniciado estudios que puedan concretarse en propuestas específicas como es el caso del testamento TLC o testamento NAFTA, la adopción e incluso la prospección de garantía mobiliaria TLC cuyo tema se discute hoy en este Coloquio. Se han explorado otras muchas propuestas mas que inciden en el quehacer cotidiano en comunidades que interactúan en nuestras fronteras con un alto grado de permeabilidad. Esto es una respuesta creativa y diferente a la de otras regiones comerciales, pero que corresponde a la tradición y a la forma de ser de nuestra región.

El propósito uniformador no es forjar leyes para siempre, ni tampoco tiene como propósito la pretensión de dotar a una sola autoridad central con el poder exclusivo de decidir como debe ser la ley o como ésta debe ser modificada. La armonización del

derecho es el fruto de propósitos comunes, de iniciativas compartidas, de libre circulación de modelos legales y de elección concertada de las mejores soluciones posibles.

El Estado nacional y la comunidad de negocios son los principales actores y beneficiarios en el proceso de armonización que deben en forma continua buscar soluciones apropiadas para solucionar sus necesidades en una forma eficiente y de bajo costo. La armonización legal tiende a convertirse en una respuesta a necesidades básicas de oportunidad, para resolver diferencias entre sistemas legales, de superar las divergencias legales existentes o implementar reglas uniformes que se consideren evidentes. La armonización legal requiere de un número significativo de requisitos entre los que destaca uno: la convergencia de mentalidades jurídicas.

La armonización de las normas contractuales debe concretarse en necesidades prácticas y mostrar ventajas tangibles en la reducción de los costos comerciales. Sin embargo sería altamente nocivo si la unificación del derecho estuviere presidida con criterios únicamente de beneficio económico y soslayar valores altamente enraizados en la tradición cultural legal que reflejan las convicciones o la filosofía de una comunidad a la que la armonización debe servir.

En suma, la armonización elimina paulatinamente de las autarquías jurídicas.

En el ámbito universal en el marco de UNIDROIT se aprobó la Convención de Ciudad del Cabo que hoy discutiremos que propone a la comunidad internacional un régimen jurídico de garantías mobiliarias de alto valor y sus protocolos aeronáutico, ferroviario y espacial que coadyuva a reducir la incertidumbre legal que proviene de las diferencias existentes en las legislaciones nacionales y posibilita a los estados nacionales con economías medias a acceder al financiamiento con costos razonables.

Sr. Canciller Derbez

El coloquio que se inicia responde a una antigua tradición mexicana en el ámbito internacional y que hoy la Secretaría de Relaciones Exteriores a su digno cargo rescata: reafirma a México como un foro de discusión jurídica de alta calidad en el ámbito internacional y como un centro de reunión de diferentes culturas jurídicas; es la forma de construir el orden jurídico internacional.

El tiempo ha transcurrido cuando nosotros los juristas imaginábamos que elaborábamos reglas para la eternidad; hoy todos coincidimos que la ley debe responder al cambio económico inexorable; debemos asegurar sin embargo que este cambio respete tanto la identidad cultural como la igualdad social. Posiblemente las ideas del Dr. Erick Jayme, profesor emérito de la Universidad de Heidelberg, nos puede ayudar a concluir y dar mayor claridad a lo expuesto: "... El derecho privado no puede cambiar los eventos políticos, pero tampoco lo pretende. Sin embargo si puede mitigar sus efectos nocivos. El reconocimiento del individuo y de su identidad cultural como una de las bases para la solución pacífica de los conflictos, figura entre las estrategias para mantener la paz. Igualmente el equilibrio entre la preservación de esta identidad y la necesidad de la integración de una persona en la sociedad, concluye Erick Jayme, puede servir como modelo jurídico en otros contextos.

Muchas gracias.

Welcome by the Minister of Foreign Affairs

Luis Ernesto Derbez Bautista

Es un profundo honor para mí extender un caluroso saludo de bienvenida a los numerosos participantes en este evento que se celebra hoy en la Ciudad de México, en la prestigiosa sede del Antiguo Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco para entablar un dialogo e intercambio de ideas entre especialistas y académicos acerca de las posibilidades y retos que presenta la Convención del Cuidad del Cabo adoptada en noviembre 2001 en el seno de UNIDROIT, así como sus varios protocolos.

El diálogo que hoy se inicia tiene una importancia y un significado especial ya que tiene por objeto la consideración del trabajo y de la contribución del UNIDROIT en materia de derecho de garantías mobiliarias. Este Coloquio coincide con la imperiosa necesidad de una regulación adecuada de los intercambios comerciales entre los profesionales – y también los particulares – en el mercado internacional. La armonización del derecho internacional presenta el reto de definir los instrumentos que por naturaleza son difíciles de implementar, pues requieren de una amplia aceptación entre los Estados para lograr una efectiva armonización, a la vez que plantean el problema de la compatibilidad con el marco jurídico interno y las prácticas de los Estados.

De esta manera, los Estados se ven confrontados al considerar la posibilidad de adoptar un régimen jurídico uniforme que permita fortalecer el comercio internacional.

Hoy en día, nos encontramos ante un escenario internacional en el que la globalización es un hecho ineludible : por esta circunstancia tenemos que definir reglas de convivencia que nos permitan interrelacionarnos en un marco de respeto mutuo y de mayor acercamiento a los intereses que nos son comunes como es el caso del comercio internacional. El reto para todos Ustedes participantes en el Coloquio, será presentar a los Gobiernos, en particular a aquellos del continente americano, los elementos necesarios para considerar positivamente la ratificación de la Convención de la Cuidad del Cabo – o su adhesión – así como de sus protocolos, para asegurar, en su caso, la correcta implementación de estos instrumentos.

Con estas palabras, el día de hoy, 11 de octubre de 2004, declaro formalmente inaugurado este Coloquio internacional sobre “el régimen internacional de las garantías mobiliarias de alto valor: posibilidades y retos”. A todos, mis mejores deseos de éxito en sus trabajos.

**OBJECTIVES AND MAIN FEATURES OF THE CAPE TOWN CONVENTION ON
INTERNATIONAL INTERESTS IN MOBILE EQUIPMENT – AN OVERVIEW**

Herbert Kronke

Secretary General of UNIDROIT

cf. Powerpoint presentation

The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment



Colloquium,
sponsored by the Government of Mexico,
UNIDROIT, OTIF and the Mexican Centre of
Uniform Law
Mexico City, 11-12 October 2004

The Cape Town Convention



I. - The Conflict-of-Laws Rules as Source of Uncertainty

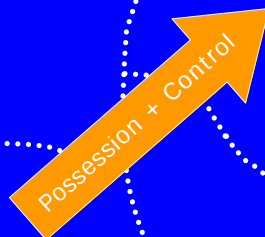
Canada

Seller under reservation
of title



Mexico

Buyer operates equipment
Buyer grants rights to
possession and control to
Panamanian subsidiary



Panama



Costa Rica

II. – Intergovernmental Consultation Process

1. Working Model
 - a) Traditional
 - b) „Commercial Approach“
2. Objectives
 - a) Risk analysis
 - b) Predictability
 - c) Role of Rating Agencies
 - d) Win-win-win situation

III. – The instruments

1. Two-tiered structure:
Convention and Protocols
2. Aircraft Equipment (co-sponsor ICAO)
3. Railway Rolling Stock (co-sponsor OTIF)
4. Space Assets
5. Future

IV. – Sphere of Application

1. International Interest Defined
2. High Value – Highly Mobile
3. International Registry as Prerequisite
(details infra VI.)

V. – Details and Policy Implications

1. Terminology
2. Party Autonomy
3. Relationship Convention Interest / National Interest
4. Default Remedies
5. Priorities
6. Insolvency

VI. – The Registry System

1. Fully electronic
2. 24 hrs/day and 365 days/year
3. Asset based
4. Notice Filing

VII. – Non-Consensual Rights and Interests

1. Article 39
2. Article 40
3. Article 16 (1) (a)

VIII. – Non-Consensual Rights and Interests

1. Articles 50, 52 - 58
2. Uniform Law – Desirability ?
3. Political and Economic Rationale

IX. – Jurisdiction

1. Articles 42, 43 – Article XXI Aircraft Protocol
2. Article 44
3. Article 45 – Article X Rail Protocol
4. Article XIX - Rail Protocol

X. - Conclusions

1. National and International Reactions
2. EXIMBANK letter
3. Signatures and Ratifications

Official Commentary and Bibliography

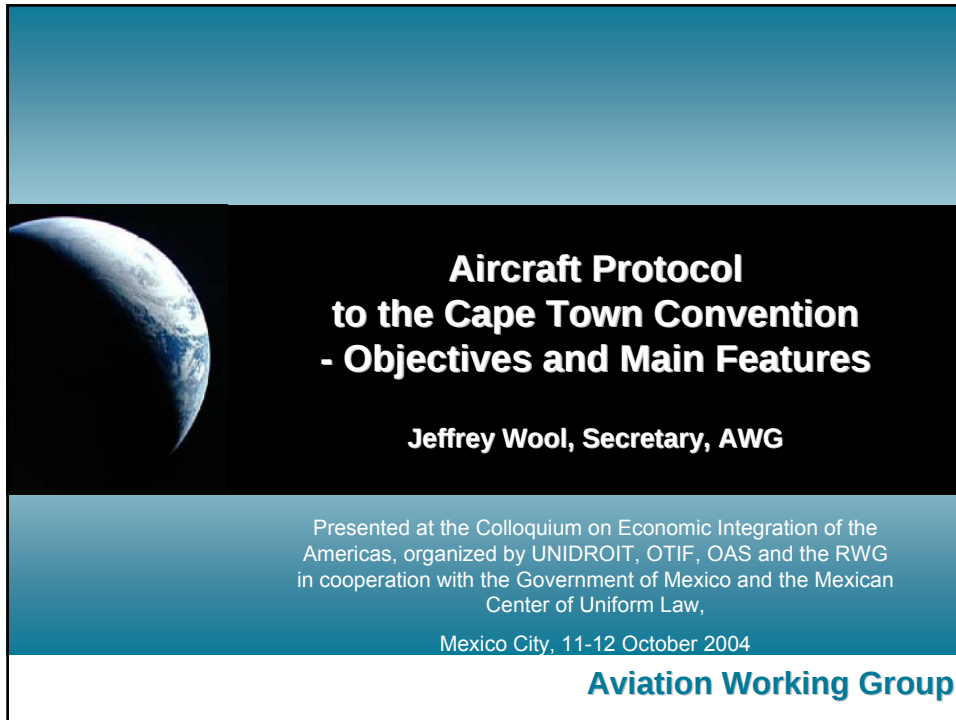
- . *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment* – Official Commentary, by Professor Sir Roy Goode CBE, QC, Rome 2002
- . *Contract Practices Under the Cape Town Convention*, by the Legal Advisory Panel of the Aviation Working Group (Cape Town Papers Series, Volume 1), London 2004
- . Uniform Law Review/Revue de droit uniforme: updated bibliography in every issue

**OBJECTIVES AND MAIN FEATURES OF THE AIRCRAFT PROTOCOL
TO THE CAPE TOWN CONVENTION – AN OVERVIEW**

Jeffrey Wool

Aviation Working Group, Secretary

cf. Powerpoint presentation



Aircraft Protocol to the Cape Town Convention - Objectives and Main Features

Jeffrey Wool, Secretary, AWG

Presented at the Colloquium on Economic Integration of the Americas, organized by UNIDROIT, OTIF, OAS and the RWG in cooperation with the Government of Mexico and the Mexican Center of Uniform Law,
Mexico City, 11-12 October 2004

Aviation Working Group

Aviation Working Group

- **Formed** - at Unidroit's request in 1994 and formalised as non-profit entity in 2000 (co-chaired by Airbus/Boeing)
- **Purpose** - to contribute to the development of policies, laws and regulations that facilitate advanced international aviation financing and leasing
- **Members** - the world's major aircraft and engine manufacturers and leading financial institutions involved in leasing and financing of aircraft
- **Coordination** – works closely with IATA (joint positions since 1996) and other groups through the process

Aircraft Protocol – topics addressed

- **Background – aviation industry and financing**
- **Economic objectives – stakeholder benefits**
- **Legal objectives – basic principles and particulars**
- **Industry - government cooperation**

3 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Background – aviation industry and financing

- **Phase 1: Statism**
 - State ownership
 - High degree of regulation
 - Low probability of default
- **Phase 2: Transition**
 - Advanced contracting practices
 - Complex and offshore structures
 - Favorable choice of law/forum
 - Eroding phase 1 features
- **Phase 3: Privatism**
 - Private ownership
 - Less regulation
 - Increased probability of default

4 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Background – aviation industry and financing

- **Basic idea – differentiate between**
 - Risk of default
 - Risk of loss
- **Reliance on asset value**
- **Asset-based financing principles**
 - Clear priorities (registry)
 - Prompt/predictable enforcement of remedies
 - Priorities/enforcement in the context of insolvency
- **Basic objective: facilitate extension of credit by:**
 - Recognizing asset-based financing/leasing principles
 - Reducing risk and legal uncertainty
- **Freedom of contract**
 - Permitting parties to agree to enforceable terms

5 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Economic impact assessment of stakeholder benefits

- **Commissioned on behalf of AWG, IATA and ICAO**
- **Conducted by INSEAD/New York University**
- **Completed in September 1998**
- **Study of anticipated benefits concluded:**

"The Cape Town Convention will reduce risk applicable to asset-based financing and leasing transactions ...The risk reduction will increase the availability and reduce the cost of aviation credit, thus broadening the spectrum of financing alternatives available to aircraft operators."

-- Anthony Saunders and Ingo Walter
(authors of Economic Impact Study)

6 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Economic objectives - stakeholder benefits

- **Governmental Benefits – prospects for:**

- Reduced pressure on government guarantees
- Reduced risk to governments providing export credit
- Enhanced privatization potential
- Improved safety, export and employment interests

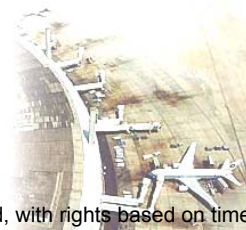
7 AWG - Montreal
6/9/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Economic objectives - stakeholder benefits

- **Airline Benefits – prospects for:**

- Enhanced access to funds and funding sources
- Reduced financing costs
- Enhanced airline fleet planning/asset disposition
 - Aid in aircraft sales of used equipment
 - Improved sub-lease prospects
- Increased operating efficiency
 - Simplified closing procedures through use of “prospective filings”
- Enhanced lessee legal rights
 - Quiet enjoyment guaranteed unless otherwise agreed, with rights based on time of registration
 - Establishment of lessee’s (non-ownership) property interest
 - Ability to perfect lessee interest



8 AWG - Montreal
6/9/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Economic objectives - stakeholder benefits

- **Financier, Lessor, and Investor Benefits – prospects for:**

- Less risk
- Enhanced security
- Increased returns
- Higher valuations
- Relevant to providers of export credit



9 AWG - Montreal
6/9/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Economic objectives - stakeholder benefits

- **Passenger and Other End-User Benefits – prospects for:**

- Safety enhancements - more modern equipment worldwide
- Increased levels of service with more modern aircraft
- Pass-through of price reductions



10 AWG - Montreal
6/9/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Economic objectives - stakeholder benefits

- **Commercial Aircraft/Engine Manufacturer and Supplier Benefits – prospects for:**

- Expanded markets
- More advanced engine practices (engines are separate property)
 - More efficient financing/leasing
 - More efficient poolings
 - More power-by-hour options
- Improved sales
- Higher employment levels



11 AWG - Montreal
6/9/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Legal objectives – basic principles and particulars

- **Summary of Convention's general features: -**

- Uniform criteria for creating interests
- First-to-file priority rule, based on electronic registry
- Enhanced enforceability of contracts and party autonomy
- Basic insolvency rule
- Dispute resolution



12 AWG - Montreal
6/9/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Legal objectives – basic principles and particulars

- Summary to Protocol's modifications to the Convention as regards: -
 - When and how the treaty applies
 - Rights between transaction parties
 - Rights between third parties
 - International registry system
 - Insolvency – detailed rules

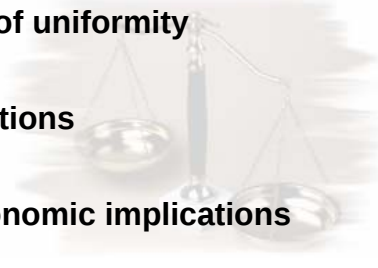


13 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Legal objectives – basic principles and particulars// system of declarations

- Different approach to concept of uniformity
- Maximum flexibility via declarations
- Key policy decisions - with economic implications



14 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Legal objectives – basic principles and particulars// key declarations

▪ Critical declarations:

- (1) insolvency – P, Art. XI
- (2) non-judicial remedies – C, Art. 54(2)
- (3) timetables – P, Art. X (and XI)
- (4) deregistration – P, Art. XIII
- (5) choice of law – P, Art. I



▪ Other declarations

15 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Industry - government cooperation on ratification and implementation

▪ Industry support

- Create informal working team
- Understand the text and declarations
- Work together in an organized, efficient way
- Effectively communicate with government



▪ Government Cooperation

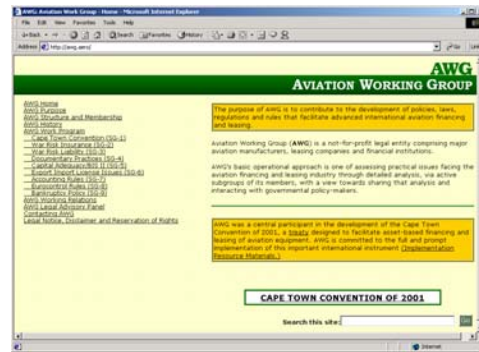
- Identify key and assisting ministries
- Determine most effective means of contact
- Undertake technical work (including declarations)

16 AWG - Montreal
09/2005 8:10 AM

Aviation Working Group

Further Information

- Aviation Working Group available to provide technical support
- For more information, go to www.awg.aero



**LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCION DEL CABO
PARA LOS PAISES DE AMERICA LATINA**

Alejandro Garro

Profesor de Colombia University de la Ciudad de Nueva York

La importancia de la Convención de la Ciudad del Cabo para los países de América Latina

Alejandro M. Garro

Esta larga batalla para lograr la armonización o aproximación jurídica en materia de garantías reales sobre bienes muebles comienza en la década de los 70 cuando la Secretaría General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por su siglas en inglés, UNCITRAL) le solicita al Profesor Ulrico Drobnig del Instituto Max-Planck de Hamburgo que se embarque en un estudio comparado los diferentes derechos reales de garantía sobre bienes muebles que existen en el mundo. El profesor Drobnig elaboró un trabajo muy denso y erudito sobre el tema. En base a dicho estudio, la UNCITRAL concluyó, en esa época, que los sistemas jurídicos nacionales varían de forma profunda entre uno y otro y que la armonización o unificación jurídica en la materia era prematura o difícilmente alcanzable en ese momento. Empero, diversos organismos financieros, incluyendo al Banco Mundial, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo ("EBRD"), y otros organismos internacionales, intergubernamentales y privados, continuaron reflexionando acerca de la posibilidad de aproximar los criterios legislativos sobre un punto en donde la claridad, simplicidad y modernización del marco jurídico juega un papel tan importante en el acceso y costo del crédito.

Recién se había adoptado en Viena la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, tratado internacional que contó con la pronta ratificación de México y la adhesión de muchos otros países. Sin embargo, la armonización en el campo de la compraventa internacional no presentaba tantos problemas como el de unificar criterios en materia de derechos reales, en donde los intereses de terceros y el orden público se encuentran involucrados de una manera que se no se observa en la compraventa de mercaderías. Sin embargo, pocos años después de producido el Informe Drobnig, en

ocasión de la celebración de un aniversario de UNCITRAL, se decidió comenzar a trabajar en el tema, aunque con un objetivo más modesto, que fue la elaboración de una Guía Legislativa de UNCITRAL, en donde se exponen los diversos criterios legislativos y se adoptan recomendaciones acerca de cuáles se consideran los más aconsejables y porqué. El Profesor Leonel Pereznieta, a mi izquierda, ha representado a México en estas reuniones y también ha participado como experto ante UNCITRAL, explorando cuales son las mejores soluciones para los sistemas jurídicos nacionales en tema de garantías mobiliarias.

Así fue como CNUDMI (UNCITRAL) llegó a la conclusión de que el progreso del comercio internacional se encuentra inevitablemente ligado a la disponibilidad del crédito, y la palabra crédito, aunque su etimología latina (*credere*) nos haga creer lo contrario, no funciona en base a la confianza en la palabra del deudor sino en la posibilidad de recuperar el crédito, de manera rápida y efectiva, en caso de que el deudor incurra en incumplimiento. Este mismo objetivo es el que ha inspirado a UNCITRAL a elaborar un tratado internacional destinado a utilizar las cuentas por cobrar como garantía que pueda ser ofrecida para obtener crédito (Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional).

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) también decidió contribuir a la armonización jurídica en este campo del derecho, optando de manera pragmática por convocar aquellos sectores de la industria de la aviación, ferrocarriles y otras en la elaboración de un convenio internacional, adoptado en Ciudad del Cabo a fines de 2002, destinado a fomentar y facilitar el acceso al crédito para la adquisición de bienes muebles de gran valor que son susceptibles de trasladarse de un país a otro (v.gr., aviones, motores de

aviones, helicópteros, material rodante ferroviario, objetos aeroespaciales).

La búsqueda de una terminología nueva, con reglas que intentan incorporar ideas nuevas y objetivos económicos diferentes a los perseguidos un siglo atrás en materia de garantías mobiliarias conforma un verdadero desafío o “reto”, como lo anuncia el subtítulo de esta conferencia. El Convenio de UNIDROIT adoptado en Ciudad del Cabo en 2002 nos “reta” a repensar el sistema de garantías, cómo se constituye y perfecciona un derecho real de garantía sobre bienes muebles. En este contexto, la palabra “perfeccionar” una garantía mobiliaria equivale a expresar que es necesario que sea oponible a terceros, a fin de que pueda saberse con anticipación cómo se determinan las prelaciones o prioridades entre diversos créditos garantizados sobre los mismos bienes muebles del deudor. Como nos decía el Dr Wool, acerca de este punto del rango de las garantías como así también respecto de tantos otros, si el prestamista no tiene en claro cuál es su rango o prelación, simplemente no presta, o si presta lo hace a un plazo menor y con una tasa o tipo de interés más alto, para cubrirse de eventuales riesgos de no cobrar, o cobrar con mucha demora y menos de lo que le corresponde.

Otro punto importante que necesita ser repensado y que el Convenio de UNIDROIT de Ciudad del Cabo lo ha venido trabajando durante años, es encontrar una manera de ejecutar una garantía real en el supuesto de incumplimiento, cuando el objeto a la garantía son bienes tales como maquinarias cuyo valor se deprecia, ganado o cultivos perecederos, que no pueden tolerar un proceso de ejecución que dure meses o años, porque las vacas se mueren, los tomates se descomponen y las maquinarias se desvalorizan con rapidez. Un sistema eficaz de garantías mobiliarias no puede tolerar un proceso de ejecución lento, ni tampoco un régimen registral con un registrador que califique la legalidad de cada instrumento que llega al registro, con intervención notarial que, si bien agrega seguridad jurídica, adiciona un costo y tiempo intolerable para la constitución eficaz, simple y poco costosa de una garantía real sobre bienes muebles. El sistema tiene que ser ágil, tiene que ser rápido.

Obviamente la celeridad conspira contra la seguridad, pero tenemos que repensar el derecho en base a la experiencia de los últimos años, durante los cuales se nos ha ido un poco la mano con se de la seguridad jurídica y el debido proceso, porque nos ha conducido a juicios duran dos años o actas notariales que sobrecargan los costos y la consecuencia ha sido que los bancos y entidades financieras directamente no prestan contra la garantía de bienes muebles. Y los que resultan privilegiados por este sistema perverso del debido proceso son aquellos comerciantes cuya reputación y envergadura económica no requiere estar respaldada por una garantía mobiliaria, o bien el crédito es accesible solamente aquellos que son dueños de bienes inmuebles y están en condiciones de ofrecer una hipoteca inmobiliaria como garantía del préstamo. Pero la pequeña y mediana empresa, que no es conocida en los círculos bancarios y financieros ni es dueña de bienes inmuebles, esa pequeña o mediana empresa que lo único que tiene es su capital en existencias comerciales para vender, cuentas por cobrar, maquinarias u otros bienes muebles, no hay banco o entidad financiera que conceda crédito contra ese tipo de garantía porque el marco regulatorio es confuso, caro, y poco confiable.

Durante el transcurso de estas jornadas vamos a contar con una sesión con una mesa redonda donde vamos a poder discutir en preguntas y comentarios. Me interesa escuchar a mis colegas mexicanos para que nos hagan llegar sus dudas, preguntas y comentarios. El objetivo de este coloquio es el de difundir – no “vender” ni mucho menos imponer – esta convención de Ciudad del Cabo. Cuáles son los aspectos característicos de este Convenio de UNIDROIT sobre Garantías Internacionales sobre Bienes Móviles de Gran Valor? Para qué sirve, cuál es su propósito fundamental? De qué manera puede este marco jurídico internacional otorgar erteza al acreditante de que si él ha constituido debidamente una llamada a “garantía internacional”, debidamente inscrita en un registro público internacional automatizado, que se acaba de crear, dicho acreditante o acreedor garantizado tendrá la seguridad que si el deudor no cumple, podrá cobrarse mediante una rápida recuperación del bien en garantía y una venta expedita, contando con un rango que le permita cobrar con preferencia a

aquellos otros acreedores que concurren a ejecutar los mismos bienes del mismo deudor.

Lo importante es, en primer lugar, que esta garantía internacional, debidamente inscrita, siempre va a tener prelación sobre otra garantía no inscrita o sobre cualquiera otra garantía inscrita en manera subsecuente. En segundo lugar, que si hay privilegios o gravámenes estatutarios, es decir garantías reales no consensuales que pueden concurrir o prevalecer sobre la garantía internacional, este Convenio de UNIDROIT de Ciudad del Cabo contempla la posibilidad de que dichos privilegios mantengan su rango preferente siempre y cuando el Estado Contratante, al firmar este Convenio, debe indicar cuáles son estas garantías no consensuales que cuentan con prelación (v.gr., créditos del Estado por cobro de impuestos, créditos laborales de los trabajadores). Finalmente, el Convenio de UNIDROIT de Ciudad del Cabo establece que,

si el deudor ha incumplido, y la inscripción registral ha otorgado oponibilidad a terceros de la garantía, sólo resta ejecutar la garantía internacional. Para ello el Convenio contempla un procedimiento expedito, que no es necesariamente a lo “cow-boy” haciéndose justicia por su propia mano, sino recurriendo a un procedimiento simple y rápida, que no le otorga al deudor mucho derecho “al pataleo” en el momento de la ejecución, cuando existe una prueba indiciaria del incumplimiento, pero que le permite al deudor con posterioridad a la ejecución, al igual que el sistema del procedimiento de conocimiento que sigue al ejecutivo, resarcirse de todo daño causado por el abuso de posición dominante del acreedor. Mi tiempo ha expirado.

Les agradezco mucho su atención.

**LOS OBJETIVOS COMUNES DE LOS INSTRUMENTOS DE LA OEA Y UNIDROIT
RELATIVOS A LAS GARANTÍAS INTERNACIONALES SOBRE BIENES MUEBLES**

John Wilson Molina

Consultor Jurídico – Derecho Internacional Privado
Organización de los Estados Americanos

Los Objetivos Comunes de los Instrumentos de la OEA y UNIDROIT relativos a las Garantías Internacionales sobre Bienes Muebles

John M. Wilson Molina

I. Introducción

Al igual que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Organización de Estados Americanos (OEA) también recientemente completó la elaboración de un instrumento internacional para la creación de un régimen sobre garantías mobiliarias, es decir un régimen internacional de préstamos el cumplimiento del cual se garantiza con bienes muebles.

En cualquier economía existen dos tipos de préstamos: los préstamos garantizados y los préstamos sin garantía. A su vez, existen también dos tipos de préstamos garantizados: los préstamos garantizados con bienes inmuebles (hipoteca) y los préstamos garantizados con bienes muebles (garantía mobiliaria).

Tradicionalmente, los préstamos garantizados con bienes inmuebles han sido favorecidos por los acreedores. De tal manera, el marco jurídico de la hipoteca opera con un grado importante de efectividad y cuenta con décadas de uso común. En contraste, los préstamos garantizados con bienes muebles, económicamente hablando, representan un porcentaje mínimo de las garantías en operación local. Y, como consecuencia lógica, el marco jurídico de la garantía mobiliaria ha seguido subdesarrollado en mucho sentidos.

La razón por la cual los bienes inmuebles han predominado como garantía de un préstamo, es que tradicionalmente también han predominado como la fuente principal de riqueza en la económica nacional, esta siendo concentrada en inmuebles y sus frutos agrícolas y minerales. En la época moderna, sin embargo, hemos llegado al grado en donde los bienes muebles (tanto tangibles como intangibles) han alcanzado (y en muchos casos superado) a los bienes inmuebles como fuente de riqueza económica. Sin embargo, la legislación de la mayoría de los países sigue favoreciendo a la hipoteca inmobiliaria a la exclusión de la garantía mobiliaria. Se debe reconocer entonces que, mientras que

la cantidad de bienes inmuebles existentes siempre será la misma, los bienes muebles son ilimitados. Varios legisladores y organizaciones internacionales, reconociendo esta realidad, han producido importantes proyectos de modernización para tomar ventaja del valor garantizados de dicha propiedad.

En este contexto, la OEA, por medio de su Conferencia Especializada sobre el Derecho Internacional Privado, adoptó una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. El UNIDROIT, por su parte, también adoptó una Convención relativa a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, conocida como el Convenio de la Ciudad del Cabo. En conjunción, estos instrumentos representan unos de los avances más importantes al derecho internacional privado de los últimos años y en conjunción representan la creación de un sistema moderno para el financiamiento garantizado. Finalmente, en los últimos años, el poder ejecutivo y legislativo mexicano también han promovido varios proyectos de reforma para permitir este tipo de préstamo garantizado con los mismos objetivos de modernización.

II. Objetivos Comunes

El propósito de dichos instrumentos, reconoce que cualquier economía moderna requiere que sus actores económicos tengan acceso al crédito. Si se limita dicho acceso, se limita también la viabilidad y crecimiento económico de las empresas nacionales y, así, del producto nacional. En México, aunque se ha creado un ambiente favorable al crecimiento de la industria bancaria, sus instituciones financieras no han podido satisfacer una creciente demanda de capital, afectando así la competitividad de las industrias nacionales. Aunque existen varios factores que contribuyen a la problemática del acceso al crédito, quizá el más importante

es la existencia de un marco jurídico poco hospitalario al financiamiento moderno.

Esta problemática ha sido particularmente dañina a la economía mexicana ya que durante los últimos 10 años los actores económicos Mexicanos han estado compitiendo en un ambiente libre de aranceles con sus competidores Estadounidenses y Canadienses. Sin embargo, mientras que las empresas de sus socios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte tienen acceso a un crédito abundante y barato (pagando en promedio entre 6 y 10 por ciento de interés anual), las empresas Mexicanas tienen escaso acceso al crédito y, las pocas empresas suficientemente afortunadas para acceder a un préstamo, tienen que pagar tres o cuatro veces más que sus competidores extranjeros.

Uno no tiene que ser experto en matemáticas o en comercio exterior para reconocer que el efecto práctico de esta discrepancia al acceso y costo del crédito ha tenido un efecto negativo en la economía Mexicana, forzando los actores económicos Mexicanos que compitan dentro de un mercado equitativo en cuanto a aranceles pero no equitativo en cuanto al acceso al capital necesario para competir libremente en ese contexto. Básicamente esta realidad ha forzado a los Mexicanos a competir con un brazo atado detrás de sus espaldas.

Parte de esta discrepancia se debe a que Estados Unidos y Canadá cuentan con marcos jurídicos modernos con respecto a garantías mobiliarias, mientras que el marco jurídico Mexicano no permite el uso eficiente de bienes muebles como garantía para un préstamo.

En un intento de corregir este problema, el legislador mexicano han tomado la iniciativa de modernizar el marco jurídico local, produciendo varios proyectos de reforma, el mas reciente de los cuales fue publicado en el Diario Oficial de la Federación en Mayo 23 de 2003. Dichos proyectos de reforma se basan en los conceptos promovidos por la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias y contenidos en el Convenio de la Ciudad del Cabo sobre Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil.

El propósito de estos instrumentos jurídicos es la creación de un nuevo mercado crediticio

por medio de la certeza jurídica y flexibilidad necesaria para que los acreedores puedan prestar dentro de la economía local. En conjunción con la Ley Modelo y el Convenio de la Ciudad del Cabo, las reformas al sistema jurídico mexicano pretenden crear un sistema que favorezca a la garantía mobiliaria, un sistema que incremente la disponibilidad del crédito y reduzca su costo para todos los actores económicos del país.

III. Alcance de los Instrumentos

Quizá el punto de mayor importancia en la interacción entre al Ley Modelo y el Convenio de la Ciudad del Cabo tiene que ver con el alcance de estos instrumentos. A pesar de que, como vamos a ver en los próximos minutos, la Ley Modelo y el Convenio se basan en los mismos principios generales para regular garantías sobre bienes muebles, la Ley y el Convenio tienen alcances diferentes en cuanto a los bienes muebles cubiertos por cada uno y el alcance en cuanto al ámbito territorial cubierto por los mismos.

Alcance Geográfico

En cuanto al alcance geográfico, la Ley Modelo fue redactada para operar dentro del marco jurídico de un país, regulando principalmente garantías que se lleva acabo en dentro de este, y que se garanticen también con bienes muebles que se encuentren ubicados físicamente dentro del mismo.

En contraste, el Convenio de la Ciudad del Cabo fue redactado para crear un marco jurídico internacional, que regule principalmente garantías que abarquen múltiples países, y que se garanticen con bienes muebles que se encuentren físicamente en transito internacional a través de fronteras o en órbita espacial.

Esto no es decir que tanto la Ley Modelo como el Convenio de la Ciudad del Cabo no cubran ambos tipos de transacciones (nacionales e internacionales), pero el enfoque de una y la otra viene siendo esta distribución geográfica.

Alcance Operacional

Otra diferencia entre el instrumento de la OEA y el del UNIDROIT es el alcance operacional de estos, es decir el tipo de

bienes muebles cubiertos por las garantías reguladas por cada instrumento. En este sentido, mientras que la Ley Modelo regula garantías mobiliarias sobre todo tipo de bienes muebles tangibles e intangibles (incluyendo uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, sean estos bienes presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de la valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente), el Convenio de la Ciudad del Cabo cubre bienes muy específicos—equipo de alto valor en un contorno internacional—bienes aeronáuticos y aeronaves, bienes ferroviarios y satélites espaciales.

Siendo importante que cada instrumento reconozca y dictamine su alcance específico y la consecuente interacción con la operación del otro instrumento, la Ley Modelo prevé la exclusión de los bienes cubiertos por el alcance del Convenio de la Ciudad del Cabo dentro de su operación asegurando así un alto nivel de cooperación y coordinación entre la aplicación de ambos.

En resumen, a pesar de que estos instrumentos se basen en principios similares, es esta diferencia necesaria en el alcance y operación de los mismos los lleva a operar en conjunción para cubrir el universo de garantías y territorios necesarios para incentivar las economías de los estados miembros de estas respectivas organizaciones internacionales.

IV. Principios Comunes

A pesar de las diferencias en su alcance, estos instrumentos se regulan por principios jurídicos similares, incluyendo los siguientes: la creación de un sistema uniforme; la extensión de la garantía a bienes atribuibles o asociados; la extensión de la garantía a garantías u obligaciones futuras; la ejecución efectiva por medios extrajudiciales; y la publicidad por medio del registro.

Uniformidad

Una de las metas comunes más importantes de la Ley Modelo y el Convenio de la Ciudad del Cabo es la creación de una garantía uniforme. Dicha uniformidad requiere de tres elementos que deben ser consistentes sin

importar el tipo de bienes muebles que se tomen como garantía, siendo estos: 1) la creación; 2) la publicidad; y 3) la prelación de la garantía. En este sentido, el principio fundamental de la uniformidad requiere de un sistema jurídico libre de mecanismos que permitan diferentes métodos para la creación de la garantía, diferentes métodos para la publicidad de la misma, y por consiguiente diferentes métodos para determinar la prelación de un acreedor con respecto a la misma.

En México, por ejemplo, la falta de un marco jurídico uniforme sigue siendo uno de los obstáculos más importantes a la operación del mercado crediticio, ya que la legislación existente (incluyendo las más recientes modificaciones del 2003) se compone de más de veinte mecanismos que se utilizan para tomar una garantía sobre bienes muebles. Estos incluyen prendas mercantiles o flotantes, prendas agrarias, prendas de refacción o de avío, prendas sin desplazamiento de la posesión, prendas o hipotecas industriales, fideicomisos de garantía, varios tipos de hipotecas mobiliarias y varios tipos de garantías privilegiadas bancarias. Además, a estas se suman otros mecanismos que económicamente hablando tienen el mismo efecto que una garantía, siendo estos las reservas de dominio, los arrendamientos financieros, los factorajes, y los contratos de consignación. La gran dificultad en esta problemática es que todos estos mecanismos cuentan con métodos diferentes para su creación, métodos diferentes para su publicidad, y variantes grados de prelación sobre las garantías que se obtienen dependiendo en el mecanismo seleccionado para la creación de esta.

Para ilustrar la complejidad de este problema basta un ejemplo relativamente sencillo. Tomemos un comerciante que desea crear una garantía sobre sus cuentas por cobrar—los bienes muebles intangibles que frecuentemente son el activo de mayor valor de una empresa. Para este propósito dicho comerciante acudiría a un banco para solicitar un préstamo garantizado con dichos bienes. El banco, a su vez, intentaría determinar el mecanismo a utilizar para la creación de la garantía y para la obtención de su prelación con respecto a los bienes en caso de incumplimiento. En este caso, el banco determinaría que la ley mexicana proporciona por lo menos siete u ocho mecanismos que

se pudieran utilizar para tomar un interés prioritario sobre las cuentas por cobrar, siendo estos la prenda sin desplazamiento de la posesión, el fideicomiso de garantía, la prenda tradicional, la cesión de cuentas por cobrar, el descuento de créditos en libros y varios tipos de factoraje con y sin recurso en contra del deudor garante. Cada uno de estos mecanismos, a su vez, utiliza métodos diferentes para su creación, y métodos diferentes para su publicidad. Inclusive, en algunas ocasiones (como el descuento de créditos en libros), no dan publicidad a terceros, creando así un gravamen oculto que no se puede consultar por el banco que intenta hacer el préstamo al comerciante de este ejemplo. Finalmente, el banco no puede determinar qué otras garantías podrían existir, qué otros mecanismos se pudieran utilizar por otros acreedores o terceros que pudieran dañar su garantía, y no podría asegurar su grado de prelación sobre las cuentas por cobrar. Por consiguiente, lo más probable es que este banco decidirá no prestarle a este comerciante mexicano, no porque no sea merecedor económicamente de un préstamo, y no porque el banco no desee prestarle al mismo, sino porque el marco jurídico mexicano crea tal confusión e incertidumbre con respecto al sistema de garantías que el acreedor no puede asumir el grave riesgo que representa generar un crédito bajo dichas condiciones.

Lo trágico de este ejemplo es que la incertidumbre ocasionada por el marco jurídico no tiene ningún propósito, ya que cada uno de estos mecanismos mencionados, tan diferentes como puedan ser, tienen exactamente el mismo propósito: garantizar la extensión de capital con los bienes gravados, para que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda utilizar la garantía para cubrir el saldo insoluto del crédito. Entonces, si el propósito es uniforme, no hay lógica del porque los mecanismos locales de garantía no lo sean.

La Ley Modelo intenta cambiar esta realidad, creando un sistema en el cual se prefiere el reemplazo de todos los mecanismos existentes para la toma de garantías con un solo mecanismo, solucionando así todo problema que se pueda presentar en este aspecto. Sin embargo, la Ley Modelo también permite que sigan existiendo múltiples mecanismos de garantía, siempre y cuando estos se rijan estrictamente por un solo sistema de publi-

dad por registro y un solo sistema de prelación. Dicha regla elimina así toda incertidumbre que pudiera dificultar la extensión de un crédito.

Ahora, siendo tal la problemática en el caso de la Ley Modelo, la cual como hemos visto rige transacciones principalmente domésticas, no hace falta mucha imaginación para tener una visión de la complejidad y problemática que se presenta en transacciones principalmente internacionales en donde, como había de imaginarse existe una gran diferencia en el trato de las garantías mobiliarias al cruzar las fronteras nacionales y en donde a la multiplicidad de mecanismos de garantía de un país, se le suman la multiplicidad de mecanismos que existen en las legislaciones de otros. Este es precisamente esta la problemática que intenta resolver el Convenio de la Ciudad del Cabo, utilizando una formula de armonización para crear uniformidad con respecto a los tipos de bienes que regula.

El problema de la falta de uniformidad en el ambiente internacional se magnifica también debido al principio de *lex situs* que rige en los países civilistas. Bajo esta regla, cuando bienes sujetos a garantía bajo legislación de un estado, se reubican a otro, adquieren un nuevo *situs*. Tomando el ejemplo de una aeronave comercial o de una locomotora ferroviaria sujeta de una garantía en un estado y que posteriormente (en el curso de su operación económica) se trasladan a otro estado, la pregunta sería si la garantía mobiliaria adquirida en el primer país tiene efecto extra-territorial en el segundo. Generalmente, la respuesta bajo el principio de *lex situs* sería que no, imposibilitando así el financiamiento tanto de la aeronave como de la locomotora, ya que un acreedor no tendría certeza de la validez de su garantía sobre bienes que operan de esta manera en el ámbito internacional. Así mismo, el principio de *lex situs* se rinde inoperable con respecto a satélites que no tienen ubicación física susceptible a la requerida calificación.

Bajo el Convenio de la Ciudad del Cabo, sin embargo, los países contratantes crearán un régimen uniforme en este contexto, eliminando así la incertidumbre ocasionada por los marcos jurídicos locales y generando así la posibilidad de un nuevo financiamiento para estos bienes tan importantes para la

economía nacional y regional de los países miembros de la OEA y del UNIDROIT.

Bienes Atribuibles

Un segundo requisito de cualquier sistema de garantías mobiliarias moderno requiere que la garantía se extienda a bienes o derechos atribuibles/asociados como producto del bien (o bienes) originalmente gravados. Estos pueden ser futuros o adicionales, tales como frutos o productos del uso, venta, intercambio, fabricación o cualquier otra disposición de dichos bienes sin importar la cantidad, calidad y especie de los mismos. Tanto la Ley Modelo de la OEA y el Convenio del UNIDROIT permiten que la garantía se extienda a bienes futuros y derechos accesorios respectivamente.

En el caso de la Ley Modelo, la garantía se extiende a todo tipo de bien incluyendo bienes presentes o futuros, corpóreos o incorpóreos, con la única restricción de que estos se describan de manera genérica en el contrato de garantía y en el formulario inscripción registral. Este tipo de extensión de la garantía es necesario cuando la garantía original es remplazada, transformada o de alguna otra forma alterada durante la vida de la garantía mobiliaria.

Por citar un ejemplo, regresemos a un acreedor que otorga un préstamo garantizado con el inventario de un comerciante—es decir, un caso donde la garantía original recae sobre bienes que, por su naturaleza económica, son sujetos a ser vendidos por el deudor. Aquí la pregunta es: que sucede con la garantía cuando se efectúa dicha venta? En el caso de los marcos jurídicos actuales de la mayoría de los países miembros de la OEA, la garantía se extingue al momento de que el deudor dispone de los bienes—una realidad que imposibilita el financiamiento del inventario, siendo este un sector inmensamente importante de la economía nacional actualmente sin acceso al crédito en dichos países. Bajo la Ley Modelo, sin embargo, la garantía del acreedor del inventario continúa sobre los bienes futuros atribuibles a los originalmente gravados. Es decir, sobre el efectivo, las cuentas por cobrar, o los títulos de crédito generados por la venta de las existencias. Así mismo, si los bienes que se generan por la venta de los bienes gravados son cuentas por cobrar, y dichas cuentas se convierten posteriormente

en títulos de crédito, y dichos títulos se convierten posteriormente en efectivo, y dicho efectivo se convierte posteriormente en la compra de nuevo inventario, que se convierte posteriormente en cuentas por cobrar y, así, sucesivamente en los ciclos operacionales del deudor, la garantía mobiliaria bajo la Ley Modelo se extenderá a los bienes generados para cada generación de bienes futuros atribuibles a los originalmente gravados, representando así la flexibilidad necesaria para la creación de un sistema de financiamiento moderno.

Igualmente, el Convenio de la Ciudad del Cabo no solo cubre bienes muebles e intereses originalmente gravados, sino que la garantía bajo este instrumento también se extiende a derechos accesorios, es decir a los derechos de pago (tales como una cuenta por cobrar u otra obligación) atribuibles o relacionados al bien original. Los derechos asociados se garantizan por medio de un contrato de garantía o por asociación a una venta con reserva de dominio o arrendamiento. Estos derechos incluyen el derecho de pago bajo un préstamo, del pago de una compraventa con reserva, o del fruto de las rentas de un arrendamiento. Al igual que la Ley Modelo, incluyen además, los derechos a otros tipos de pagos tales como un póliza de seguro o de la reparación del bien dado en garantía.

A diferencia de la Ley Modelo, sin embargo, que permite la extensión de la garantía a bienes atribuibles para permitir el financiamiento de bienes que se comercializan o transforman, el propósito principal de la extensión de la garantía a derechos accesorios bajo el Convenio de la Ciudad del Cabo es asegurar de que cualquier cesión de la garantía original sea también acompañada por la cesión de sus derechos asociados (cuentas por cobrar), reduciendo así cualquier conflicto que pudiera haber con otros instrumentos internacionales sobre este tipo de bienes.

Obligaciones Futuras

Otro principio común de los instrumentos objetos de esta presentación permite que las partes de un préstamo puedan establecer, en el presente, la prelación de un préstamo que exista en el futuro. En el caso de la Ley Modelo, esta habilidad en primer lugar le permite al acreedor registrar su garantía de

tal manera que pueda establecer su prelación frente a terceros mientras las partes finalizan sus negociaciones y trámites respecto de la misma. De esta manera, la extensión del crédito se facilita por medio de la certeza creada por la prelación previamente establecida.

Este principio permite también prácticas de gran importancia económica en el financiamiento moderno, incluyendo la habilidad de un acreedor a extender préstamos futuros (y al deudor recibirlos) sin sacrificar la prelación con respecto a los bienes en garantía frente a terceros. Bajo la Ley Modelo esta práctica le permite al acreedor tomar una garantía no solo sobre una extensión original del crédito, sino también sobre extensiones futuras.

Así mismo, esta práctica permite la llamada garantía flotante en donde tanto el volumen de los bienes en garantía, como la cantidad de la obligación garantizada pueden variar. Finalmente, esta práctica le permite a las partes crear una garantía para una línea de crédito que puede fluctuar en cuanto a su monto de extensión total de crédito, como en cuanto su monto utilizado y adeudado por parte del deudor.

Por su parte, el Convenio de la Ciudad del Cabo incluye la habilidad de tomar una garantía futura permitiéndole a las partes crear o constituir una garantía internacional en el futuro sobre un bien de equipo móvil. Este derecho obviamente se supedita a que ocurra la extensión de un crédito o alguno otro hecho expreso que puede incluir la adquisición de un derecho sobre el bien objeto por parte del deudor). Sin embargo, al momento de la creación de la garantía no tiene que ser completamente seguro que se produzca dicho hecho.

Ejecución Extrajudicial

Otro de los principios fundamentales de cualquier sistema de garantías mobiliarias es la necesidad de un método de ejecución eficiente en caso de incumplimiento. Tanto la Ley Modelo como el Convenio de la Ciudad del Cabo crean sistemas de ejecución efectiva ya que, en términos generales, los bienes muebles tienen valor como garantía solo si se pueden recuperar y disponer de manera expedita sin que ello represente un costo excesivo.

Por tal razón, ambos instrumentos ponen gran énfasis sobre la ejecución ya que, en términos generales, los bienes muebles tienen valor como garantía solo si se pueden recuperar y disponer de manera expedita, asegurado que los acreedores, en caso de incumplimiento, tienen la posibilidad de recuperar el bien o bienes, y de disponer de los mismos en forma rápida y económica.

Sin embargo, en los marcos jurídicos prevalecientes en América Latina y el Caribe, la ejecución de una garantía mobiliaria se basa en gran medida en las reglas y principios empleados para la ejecución de una garantía inmobiliaria—una hipoteca sobre una finca. Sin embargo, esta realidad no distingue la vasta diferencia económica que existe entre estos tipos de bienes. Este principio de ejecución efectiva es fundamental, ya que en contraste a lo que sucede con la propiedad inmueble, en la mayoría de los casos, los bienes muebles se deprecian económicamente con el tiempo y se pueden cambiar de una ubicación a otra. Mientras que una finca normalmente no deprecia y nunca se cambia de lugar, tal no es el caso de los bienes muebles. Por tal razón, para que un sistema de este tipo funcione se debe proporcionar la posibilidad de recuperar, de embargar y de vender los bienes de la manera más ágil posible.

A dicho efecto, La Ley Modelo establece un procedimiento que combina la necesidad de celeridad procesal con la observancia de estándares básicos de protección constitucional y de garantías de audiencia. Este procedimiento gira en torno al requerimiento formal de pago ante notario o corredor público, antes de que pueda ocurrir cualquier acción de ejecución. Posteriormente, la Ley Modelo permite que se embarguen los bienes en garantía y otorga un periodo de tiempo para la entrega de un formulario de registro, requiriendo así que un juez dicte orden de recuperación de los bienes en garantía.

A su vez, se le permite presentar excepciones al deudor por medio de una acción judicial independiente de acuerdo con el derecho procesal local. Sin embargo, dicha acción judicial tiene limitaciones. Además, cabe notar que el deudor garantizado o cualquier tercero interesado tienen el derecho de terminar la acción de ejecución por medio del pago del saldo insoluto de la obligación objeto del incumplimiento.

Por otro lado, una vez recuperados los bienes, la Ley Modelo crea un sistema flexible con respecto a la disposición de los mismos. Bajo este instrumento, los bienes se pueden disponer tanto por venta privada, si dicha venta u otra disposición se hace en una forma comercialmente razonable. Igualmente, la disposición se debe llevar a cabo como por medio de un procedimiento judicial o subasta pública. En el caso de venta privada, la Ley Modelo requiere una valoración fidedigna de la garantía antes de la venta, que debe producir el precio de la valoración. En caso de subasta pública, la venta será al mejor postor sin una oferta mínima y deberá anunciarse en los medios de circulación.

Si la garantía consiste en cuentas por cobrar o pagarés, la Ley Modelo permite el cobro directo de los fondos adeudados sin intervención judicial, simplemente notificando al obligado de dicho pago. Así mismo, cuando los bienes dados en garantía consisten en acciones u otros títulos valores, la Ley Modelo permite ejercitar los derechos del deudor garantizado respecto a estos títulos, también sin intervención por las autoridades.

Bajo la Ley Modelo, el producto de la disposición de los bienes se aplicará en primer lugar a los costos de ejecución, en segundo lugar al pago de impuestos, en tercer lugar al pago de saldo insoluto de la obligación garantizada, y, finalmente, la cantidad restante se aplicará al pago de otras obligaciones con garantía real en el orden de su prelación. Después de realizarse dichos pagos, cualquier remanente regresa al deudor garante.

La Ley Modelo incluye una regla que, cuando la cantidad obtenida por la venta de los bienes en garantía no es suficiente para cubrir la totalidad del saldo sobresaliente de la obligación por medio de la vía del derecho real, le permite al acreedor entablar una acción por vía del derecho personal en contra del deudor. Esta regla ha sido objeto de gran debate y controversia en México. De hecho, el proyecto de reforma adoptado por el Congreso de la Nación en el año 2000 contenía una regla totalmente opuesta a esta, impidiendo el recurso del acreedor a buscar la recuperación de cualquier saldo remanente. Esta limitación fue, en la opinión de varios expertos en la materia, una de las razones principales por la cual la reforma del

2000 no produjo un efecto importante en la economía nacional. Por tal razón, la reforma del año 2003 no solo deroga esta regla, sino que integro totalmente la regla propuesta por la Ley Modelo sobre este tema.

Por último la Ley Modelo contiene varias reglas especiales para crear más flexibilidad en el procedimiento de ejecución e incentivar la actividad crediticia, entre ellas estableciendo que apelaciones o recursos de amparo no suspenderán los procedimientos de ejecución, y permitiendo el acuerdo de las partes con respecto a los términos de la entrega, y venta o subasta de los bienes. Así mismo, la Ley Modelo pone gran énfasis en limitar la posibilidad de abuso por parte de un acreedor y para proteger al deudor, permitiéndole a este la habilidad demandar por daños y perjuicios causados por un acreedor que abusó de sus derechos de cobro en el ejercicio de cualesquiera de los procedimientos de ejecución.

El procedimiento de ejecución extrajudicial también es uno de los aspectos más importantes del Convenio de la Ciudad del Cabo que, aunque sigue permitiendo la operación del marco local de ejecución, limita su operación de manera considerable y crea nuevas reglas obligatorias para los países contratantes. Al igual que con la Ley Modelo, el Convenio busca lograr un balance entre la necesidad de un sistema de ejecución eficiente y la necesidad de respetar la autonomía de los Estados contratantes y de proteger los derechos y garantías constitucionales de sus sistemas judiciales. A tal efecto, el Convenio le da las siguientes opciones de ejecución extrajudicial a un acreedor en caso de incumplimiento: tomar la posesión o control de los bienes en garantía; vender o arrendar dichos bienes; o coleccionar y recibir los ingresos que resulten de la operación o manejo de los mismos. Sin embargo, cabe notar que la operación extrajudicial de estos remedios no impide que el acreedor acuda ante los tribunales para solicitar una orden judicial al respecto.

Finalmente, los Protocolos del Convenio también incluyen varias reglas expresas sobre la ejecución de la garantía. El Protocolo Aeronáutico, por ejemplo, le permite al acreedor, en caso de incumplimiento, buscar la cancelación de la matrícula de la aeronave así como exportar y transferir físicamente la aeronave desde el

territorio en el cual esta situada. Sin embargo, estas alternativas requieren el consentimiento previo de cualquier persona con un interés registrado sobre dicho bien y permite, con el consentimiento previo del deudor, la venta extrajudicial en caso de incumplimiento.

El objetivo de estas reglas, tanto de la Ley Modelo como del Convenio de la Ciudad del Cabo, es incrementar la flexibilidad del procedimiento de ejecución mientras que se haga respetar plenamente la autonomía de la voluntad de las partes, incentivando así, una vez más, el mercado crediticio nacional.

Publicidad por Registro

El último principio necesario de un sistema moderno de garantías requiere que se dé publicidad de la garantía. El método más efectivo para dar dicha publicidad es por medio de un registro. La publicidad registral es de especial importancia ya que un sistema de garantías crea un ambiente en donde bienes muebles en la posesión de una persona pueden estar dados en garantía a favor de otra. De tal manera, para que dicho sistema funcione correctamente debe notificar a terceras personas de las circunstancias en las cuales la posesión de bienes no necesariamente indica titularidad completa de los mismos. De no ser así, personas subsiguientes (tanto compradores, como acreedores) podrán creer que los bienes de un deudor se encuentran libre de gravamen y, así bajo ese mal-entendimiento, podrían adquirir un interés sobre los bienes.

Por tal razón, la operación, tanto de la Ley Modelo como del Convenio de la Ciudad del Cabo se centran de manera fundamental en los sistemas de publicidad registral creado por sus respectivos textos y protocolos. Estos sistemas intentan crear un balance entre la protección requerida por los registrantes tales como la oportunidad, celeridad e inclusividad de sus inscripciones y la de los terceros interesados en obtener la información más actual, exhaustiva y confiable posible respecto al deudor y sus bienes. Este balance se obtiene por el sistema de registro que se basa en una inscripción que contiene información esencial que le brinde al tercero una idea correcta de los gravámenes inscritos y que al mismo tiempo permita una inscripción rápida y con un mínimo de calificación registral.

El registro bajo estos instrumentos se basa en tres preceptos fundamentales: 1) el documento que se debe registrar para perfeccionar una garantía; 2) la información requerida por la inscripción; y 3) el lugar en el cual se debe llevar a cabo dicho registro. Las reglas de operación, perfeccionamiento y prelación de la Ley Modelo crean un sistema centralizado dentro del país, basado, no en la inscripción del contrato de garantía, sino en la inscripción de un formulario registral.

La información requerida por dicha inscripción es mínima pero suficiente para notificar a cualquier tercero interesado sobre los bienes muebles objeto de la garantía. Primero, la inscripción requiere solo la identificación del deudor y del acreedor, así como la descripción de los bienes. Con respecto a la identificación de los bienes, la Ley Modelo satisface su requisito de descripción si el formulario de registro contiene identificación de la garantía en términos genéricos. Es decir, cualquier descripción de la garantía de bienes muebles es suficiente, sea o no específica o genérica, siempre y cuando sirva para identificar los bienes sujetos a la garantía real. Este tipo de descripción es sumamente necesaria debido a tres cuestiones fundamentales. Primero, existen muchos bienes muebles que no se pueden identificar de manera específica, esto es especialmente cierto con respecto a bienes intangibles y bienes fungibles. Segundo, la Ley Modelo permite que la garantía cubra categorías completas de bienes (incluyendo la universalidad de las existencias, equipo, y otros bienes del deudor). Tercero, la Ley Modelo también permite que la garantía se extienda a bienes futuros. Así las cosas, y debido al hecho de que estas tres categorías de bienes no se pueden describir de la manera indubitable requerida por los marcos jurídicos actuales, se verían excluidos de la operación de la Ley Modelo si este instrumento no permitiera el uso de descripciones generales/genéricas.

Así mismo, la Ley Modelo permite la inscripción de un formulario registral aun antes de la existencia de la garantía misma. Como hemos visto, este tipo de pre-registro también existente bajo el Convenio de la Ciudad del Cabo, permitiendo así la importante práctica de garantizar obligaciones futuras.

Bajo el Convenio de la Ciudad del Cabo, el sistema de registro se considera también como el fundamento sobre el cual se edifica su operación y sobre el cual que establece un sistema de prelación para las partes. Dicho Convenio crea un sistema centralizado de registro, en donde tanto la inscripción como la búsqueda de gravámenes se llevan a cabo en una sola ubicación.

El registro bajo el Convenio de la Ciudad Cabo se conceptualiza en la creación de un sistema de registro internacional por medio de los protocolos adicionales sobre los diferentes tipos de equipo mueble que abarca dentro de su contorno operativo y, en general, se diseña como una base electrónica de datos que se puede consultar por cualquier persona, sujeta solo al reglamento establecido para dicho propósito. El registro, en este contexto, hace entrega de información sobre la inscripción y su hora y día de registro.

El punto de diferencia entre la Ley Modelo y el Convenio de la Ciudad del Cabo es, quizá, también su punto de convergencia más importante. Como hemos visto, estos instrumentos tienen diferente alcance operacional como geográfico: por su parte, la Ley Modelo tiene un alcance operacional mucho más amplio que el Convenio ya que la Ley Modelo cubre todo tipo de bienes muebles, mientras que el Convenio cubre solo equipo de alto valor relacionados a las aeronaves, los ferrocarriles y los satélites espaciales; sin embargo, la Ley Modelo tiene un alcance geográfico mucho más limitado que el Convenio, ya que la Ley Modelo opera principalmente en el contexto doméstico mientras que el Convenio opera en el contexto internacional. Estas diferencias (o convergencias dependiendo de como las queramos ver) tienen un efecto importante con respecto a los sistemas de registro creados por cada instrumento.

Primero, como hemos visto, la Ley Modelo sirve para tomar una garantía sobre todo tipo de bien y por lo tanto debe permitir descripciones genéricas. En contraste, el Convenio permite garantías sobre bienes específicos y por lo tanto requieren más especificidad que la Ley Modelo. Así mismo, el registro bajo la Ley Modelo es meramente nacional. En contraste, el registro bajo el Convenio es internacional. Sin embargo, estos dos sistemas operan con un alto grado

de coordinación ya que el Convenio y sus registros internacionales permiten puntos de ingreso nacionales que fueran operados bajo los sistemas creados por la Ley Modelo. Basados en esta coordinación, la Ley Modelo crea los sistemas de registro nacionales y proporciona las excepciones y clarificaciones necesarias para permitir y transmitir las inscripciones a los registros internacionales creados por el Convenio y sus Protocolos.

IV. Conclusión

El propósito de la Ley Modelo Interamericana y el Convenio de la Ciudad del Cabo es el fomento al crédito, para que este sea abundante y barato para los actores de la economía local. Mientras que la Ley Modelo cumple este propósito por medio de la creación de una garantía general sobre todo tipo de bien mueble en el contexto nacional, el Convenio de la Ciudad del Cabo cumple el mismo por medio de la creación de una garantía sobre bienes específicos de alto valor en el contexto internacional.

En conjunción, cualquier estado que adopte estos instrumentos de manera conjunta o individual tomará un paso importante para que sus actores económicos puedan competir en un mercado global. Son estos los retos a solucionar dentro de la legislación mexicana, y son estas las soluciones más viables para lograrlo.

Me gustaría solo concluir con mi agradecimiento a ustedes por su amable atención y con mi agradecimiento a los organizadores por invitarnos a participar en este evento.

Muchas gracias.

**ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA LEY MODELO INTERAMERICANA EN MATERIA
DE GARANTÍAS MOBILIARIAS,
EL CASO DE MEXICO**

Leonel Péreznieto

Profesor de Carrera de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III, Consejero del
Despacho Von Webeser y Sierra S.C. y
miembro de número y ex Presidente de la Academia Mexicana de Derecho
Internacional Privado y Comparado. Fundador del Seminario Nacional de Derecho
Internacional Privado y Comparado

ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA LEY MODELO INTERAMERICANA EN MATERIA DE GARANTIAS MOBILIARIAS, EL CASO DE MEXICO

Leonel Pereznieto Castro

I. INTRODUCCION.

En primer término quisiera referir brevemente algunos antecedentes de lo acontecido con la elaboración del proyecto de Ley Modelo en Materia de Garantías en el caso de México ¹ que muestra la dificultad para un país en vías de desarrollo para asimilar en su legislación nuevas instituciones jurídicas y enseguida, pasaré a referirme a algunas de las disposiciones más importantes de esa Ley Modelo. Las garantías mobiliarias como tema para la VI Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) tuvo su origen ² en un proyecto preparado por el National Law Center de Arizona (el Centro o Proyecto Arizona), en el que a lo largo de 137 artículos detalla a la institución anglosajona de las garantías mobiliarias, especialmente la institución prevista en el Art. 9 del Uniform Commercial Code de los Estados Unidos. El proyecto se desarrolla, sobre un método típico del Common Law en el cual se plantean una serie de preceptos que en forma detallada –y en ocasiones exhaustiva- define los derechos y las obligaciones de las partes, sin tomar en cuenta que la ley Modelo está destinada a países latinoamericanos, en donde, en su gran mayoría, existe un sistema de derecho codificado en el que se refleja la antigua tradición del derecho romano de las obligaciones. Este hecho provocó que la labor de adecuación fuera larga y difícil.

¹ Sobre este tema se pueden consultar dos trabajos de mi autoría: “Comentarios al proyecto México-Estadounidense para una Ley Modelo en materia de Garantías Mobiliarias” en: Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado N° 10, noviembre de 2001, pp. 59-86 y “La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado N° 11, mayo de 2002, pp. 31-46.

² Para ver sobre la propuesta de este tema para VI CIDIP, ver doc. OEA/ser/XXI/RE/CIDIP-VI/doc.4/98 que se produjo durante la reunión de expertos de la VI CIDIP celebrada los días 3 y 4 de diciembre de 1998.

El Director del Centro propuso el Proyecto Arizona por separado, a tres instancias de gobierno en México (entre 1997 y 1998): Secretaría de Relaciones Exteriores, (SRE), Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) y a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHyCP). Las dos primeras Secretarías inmediatamente se coordinaron e iniciaron un trabajo conjunto, no así la última que se negó a establecer cualquier contacto con las dos Secretarías anteriores. Actitud que suele suceder en un país subdesarrollado con un sistema burocrático complejo en donde con frecuencia cada ministro trata de preservar sus competencias de manera endógena. Desafortunadamente, tal parece que este hecho no fue tomado en cuenta por parte del Director del Centro.

A principios de 1999 la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), elaboró un anteproyecto (Proyecto SECOFI) en el que se hizo un buen compendio y resumen del Proyecto Arizona y además se propusieron las bases para la elaboración de un registro, como elemento indispensable del sistema. El Proyecto SECOFI, sirvió de base para las discusiones que durante los siguientes dos años tuvieron el grupo SECOFI y el grupo de la Asesoría Externa de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores (el Grupo de la Asesoría). Se trató de un adecuado ejercicio de Derecho Comparado en el que se tuvo siempre en cuenta la sistemática del Derecho mexicano y en general de los derechos latinoamericanos a los cuales va dirigido.

La SHyCP, por su parte, sin consulta previa con otras instancias de gobierno, incluso sin consultar a los operadores financieros elaboró y presentó un proyecto al Congreso que finalmente fue publicado en el mes de mayo

del 2000 ³. En el Decreto correspondiente se modificaron la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Código de Comercio y la Ley de Instituciones de Crédito, principalmente. A través de estas modificaciones se introdujo en el sistema mexicano un sistema de Garantías de Crédito, basado en la prenda sin transmisión de posesión. El sistema propuesto que se denominó en su origen “Ley de Garantías de Crédito” se basó en una mala lectura del Proyecto Arizona, como se desprende del resultado que finalmente se obtuvo. Quizá la propuesta de la SHCP se debió a una decisión apresurada porque en Diciembre de 1999 terminaba el gobierno del Presidente Zedillo. Lo que también pudo haber provocado que se diera una deficiente explicación y discusión de la propuesta con los miembros del Congreso. Es importante hacer notar que se estaba introduciendo en el sistema jurídico mexicano un sistema hasta entonces extraño. Muy probablemente faltó que se les explicara a los legisladores la naturaleza del nuevo concepto que se intentaba introducir y las ventajas de contar con un sistema de garantías mobiliarias que agilizará el comercio de bienes y lo que es muy importante, se contara con un sistema uniforme internacionalmente. La lectura de las reformas del 2000 dejan en claro todas estas deficiencias.

De manera específica, cabe destacar que no se entendió en la reforma el concepto de la prenda sin transmisión de posesión: dos ejemplos bastan para ilustrar este hecho: se estableció que la venta de los bienes por el deudor en el curso normal de sus negocios, requería del permiso previo del acreedor, segundo, se creó la figura del Fideicomiso (Trust) -que en México sólo pueden operar los bancos- con el nombre de “Fideicomiso de Garantía”, para que a través de este vehículo se llevara a cabo el contrato de prenda, lo cual por una parte alteró la naturaleza de la institución de la prenda sin desposesión y por la otra provocó un caos en el mercado de los fideicomisos tradicionales de garantía en el mercado mexicano.

³ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito. Diario Oficial de la Federación de 23 de mayo de 2000.

Lo anterior demuestra que una institución tan vigorosa en otras legislaciones, por su mala comprensión en un momento determinado, puede provocar problemas. En el caso de México que se viene de relatar, las reformas del año 2000 fueron rechazadas por los operadores financieros y no se aplicaron. Fueron necesarias nuevas reformas en el año 2003⁴, que intentaron corregir la situación anterior. Haremos mención a éstas más adelante. Volvamos por ahora al proceso de elaboración de la Ley Modelo Interamericana.

Mientras la SHyCP actuaba por su lado y se publicaron las primeras reformas, la discusión de la Ley Modelo Interamericana en el seno de la SRE y SECOFI continuó. El Grupo de la Asesoría, había tenido una experiencia semejante con la Ley Modelo de UNCITRAL cuando la propuso como capítulo del Código de Comercio y lo que finalmente se obtuvo en 1989, fue un pésimo sistema en materia de arbitraje comercial internacional. Después de discutir por dos años con los miembros del Congreso, se logró la aceptación de la Ley Modelo de UNCITRAL que fue publicada en 1993 como libro Quinto, Título IV del Código de Comercio. Posiblemente un problema semejante haya que enfrentar en esta ocasión y recorrer nuevamente el camino más largo, por lo que cabe hacer una reflexión.

El futuro del derecho mexicano es claro. Debe modernizarse para contribuir a la construcción de un país moderno, de un nuevo México que se vincule con el comercio internacional. Es razonable que México adopte aquellas instituciones que le permitan esa vinculación y dichas instituciones se encuentran en los sistemas jurídicos mas avanzados en este campo. En el caso de México, a diferencia de otros países, su proximidad con los Estados Unidos hace que gran parte de la nueva legislación deba ser tomada del sistema jurídico estadounidense, en lo que hay que considerar dos cuestiones, una política y una comercial.

La política, tiene que ver con la decisión del Gobierno mexicano de determinar hasta dónde le conviene al país integrarse en el mediano y largo plazos a las estructuras financiera, industrial y comercial de los Estados Unidos. México estará disputando en los próximos años un lugar entre los primeros socios comerciales de los Estados Unidos,

⁴ Diario Oficial de la Federación de 13 de junio de 2003.

siempre y cuando el aparato financiero mexicano permita llegar hasta ese entonces con una economía sana que impulse el comercio exterior mexicano⁵.

En estas condiciones, los operadores estadounidenses deben identificar cuáles son los grupos serios de estudio en materia de derecho comparado y evitar, en lo posible, el cabildeo indiscriminado que lleve a problemas como el de las modificaciones antes aludidas que lejos de hacer avanzar al nuevo derecho en México, lo retrasan. México, por su cultura y costumbre tiene su propio ritmo y los resortes del sistema político mexicano operan de forma diferente que en los Estados Unidos, por lo que debe existir una mayor comprensión y coordinación de estos fenómenos para lograr una mejor comunicación y sobre todo, mejores resultados.

A partir de la publicación de las primeras modificaciones (las de 2000), lejos de desanimarse, el Grupo de la Asesoría redobló sus esfuerzos y en el año 2000, después de largas discusiones en las que participó un representante del Proyecto Arizona, el Grupo de la Asesoría, alcanzó un anteproyecto para su discusión. SECOFI, para entonces había dejado de participar en el proyecto debido al cambio de gobierno que trajo consigo un cambio en los equipos de trabajo en esa Secretaría. En el mes de septiembre del 2001, finalmente el Grupo de la Asesoría, puso el anteproyecto de Ley Modelo Interamericana a la consideración de los Estados miembros de la OEA, como una alternativa al Proyecto Arizona que anteriormente había sido hecho del conocimiento de esos mismos Estados miembros. El escepticismo con el cual fue recibida la propuesta mexicana por los países de la OEA, excepto por Estados Unidos y Canadá, hizo que México negociara con estos dos últimos países su propuesta y finalmente se llegara a una propuesta conjunta de Ley Modelo de los países de América del Norte, que fue aprobada por la CIDIP-VI.

II. COMENTARIOS A LA LEY MODELO.

Para entrar en materia considero que hay que referirse, en primer término, al impacto de una institución anglosajona sobre la prenda sin desposesión en sistemas tradicionales, como el mexicano, especialmente, cuando en un país de derecho codificado como es éste se trata al concepto tradicional de la prenda vinculado a los derechos reales. Aquí cabe una consideración adicional: en México como en una mayoría de países latinoamericanos no ha evolucionado el derecho en este tema de los derechos reales. Se tienen concepciones por lo general decimonónicas que centralizan todo lo relativo a bienes en función de los bienes inmuebles por lo que hay que tener en cuenta este concepto fundamental en cualquier análisis que se intente sobre el tema y que a su vez, debe ser tomado en consideración en el método para la adaptación de un sistema jurídico de naturaleza diferente como es el caso que nos ocupa.

En la tradición románica pasada por el filtro del derecho español medieval, la tierra tiene tal valor que hace suyos a los derechos de las personas cuando se trata de bienes inmuebles. Así, cualquier acto jurídico personal relacionado con bienes inmuebles se convierte en un derecho real. El criterio aplicado a bienes inmuebles fue transferido a los bienes muebles y con esa concepción se les ha regulado durante varios siglos. Se trata de una tradición secular que hoy se enfrenta al cambio de los tiempos en donde los bienes muebles constituyen una parte fundamental del comercio mundial y por tanto, se requiere despojarlos del pesado ropaje de los derechos reales que hacen de su transmisión, un procedimiento lento y formalista y por tanto, centrar la atención en la persona que es sujeto de crédito.

Un cambio de tal naturaleza no es fácil pero si se piensa que en algún momento efectivamente se lleve a cabo el proyecto del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) o alguno semejante, los países latinoamericanos, no tendrán mas alternativa que modernizar sus sistemas jurídicos en cuanto a los derechos reales se refiere a fin de facilitar el tráfico internacional de mercancías. Unas palabras mas en este planteamiento introductorio para tratar de centrar el tema.

⁵ Sobre este tema ver: Pereznieto Castro Leonel "La codificación en México y la influencia del derecho estadounidense a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado N° 15, abril de 2004, pp. 225-235.

En el derecho real, como se sabe, la garantía reposa en un bien. Se le puede ubicar con facilidad cuando se trata de un bien y mas aún cuando se trata de un bien inmueble, pero cuando el comercio moderno obliga a regular a cientos de miles de bienes y que además deben ser vendidos, la garantía tradicional sobre los bienes se convierte en una institución inflexible y obsoleta, de ahí que sea necesario centrar la atención en dos factores: la persona y el crédito. En el caso de la primera, que la persona sea sujeto de crédito y saber hasta donde puede extenderse ese crédito y en el segundo, el derecho de persecución del acreedor sobre el producto (dinero) de la venta del bien por el deudor garante. Típicos derechos personales que ahora serán el eje sobre el cual deban moverse los antiguos derechos reales en este caso. O si se quiere decirlo en otras palabras, los bienes hoy en día, tienen un valor diferente a los bienes concebidos bajo la estructura de los derechos reales, es decir, que a las mercancías en el tráfico internacional se les asigna el valor de acuerdo a su mercado y éste exige rapidez en su disposición y transmisión, con las máximas seguridades para quien adquiere el bien y para el acreedor garantizado.

Pasemos ahora al comentario de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías.

El Art. 1º, define el objeto de la Ley y establece que ésta regula a “las garantías mobiliarias comerciales sin desposesión de los bienes sobre los que se constituyen, con exclusión de aquellas otras garantías que sean conforme a leyes especiales”; así, se deslinda con precisión a este nuevo tipo de garantías de otras que se encuentran en el sistema. Desde un punto de vista metodológico, es una buena solución ya que se introduce una nueva figura sin la sustitución de las garantías tradicionales existentes en el sistema, que en gran medida fue el error del proyecto de Ley de Garantías de Crédito que terminó con las reformas a las que ya me referí.

La definición del nuevo tipo de garantías viene enseguida en el Art. 2º, el que se refiere a las garantías mobiliarias que “se constituyen contractualmente sobre bienes muebles, presentes o futuros, tangibles o intangibles, que sean susceptibles de valoración pecuniaria, sin desposesión para quien las constituye, con el fin de garantizar

el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes y futuras”.

Como puede apreciarse, se trata, como ya se ha dicho, “en esencia, (de) la prenda sin transmisión de posesión de la legislación mexicana”⁶; sin embargo existen diferencias que alejan a la nueva institución de la antigua. Sin ser exhaustivo, menciono dos de las mas importantes, la transmisión automática de los bienes y la indeterminación de los bienes futuros.

En cuanto a la primera diferencia, cabe apuntar que uno de los ejes sobre el que se desarrolla la nueva institución, es la posibilidad de que la garantía cubra a los bienes que adquiera el deudor garante y a los que puedan ser substituidos a su vez, por nuevos bienes ya que su objetivo es venderlos a terceros (sus clientes) Es decir que los bienes que los sustituyan puedan igualmente considerárseles como garantía a favor del acreedor garantizado, es lo que la Ley Modelo define por “bienes atribuibles” (Art. 3, fracc. VI) Dicho en otros términos: “aquellos derivados directa o indirectamente de cualquier acto de enajenación, transformación, substitución (u operación) en relación con los bienes originalmente gravados....”. Mismos, que no cubre la prenda tradicional sin transmisión de posesión, por ser ésta una garantía real vinculada a un bien específico.

La segunda diferencia, se encuentra en la indeterminación de los bienes futuros, que el deudor garante requiera vender en el curso normal de sus negocios. También aquí, la prenda tradicional sin transmisión de posesión, no alcanza a cubrirlos, en la medida que éstos deben ser identificados. Pongamos como ejemplo, el que el comerciante en refrigeradores decide cambiar su línea de venta de refrigeradores a lavadoras de ropa. De acuerdo al sistema tradicional esto sería imposible pues la prenda ha sido identificada con refrigera-dores, en cambio en el nuevo sistema, ya no sólo los refrigeradores sino ahora las lavadoras de ropa en tanto bienes objeto de la garantía, seguirán estando cubiertas por esta última.

⁶ En este sentido: De La Madrid Andrade, Mario, La prenda sin transmisión de posesión. Un estudio comparativo con la Ley Modelo Interamericana de garantías mobiliarias, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, No. 9, marzo de 2001, pág. 12.

Dada la diferencia de la nueva institución la Ley define en qué consiste la obligación garantizada y nos dice que: "es la que contrae un deudor derivada del otorgamiento de un crédito por parte de un acreedor garantizado, con el que celebra un contrato de garantía conforme a lo establecido por la presente Ley y podrá variar en cuanto a su monto o composición ... () ..., salvo pacto en contrario". El dispositivo se refiere también "al monto o composición" de la garantía y no a un bien determinado que haya sido dado en garantía.

A continuación la Ley Modelo se refiere a siete hipótesis en las que se define a un conjunto de obligaciones derivadas de la obligación garantizada como son los intereses ordinarios y moratorios, las comisiones que deban ser pagadas al acreedor garantizado, los gastos en que incurra este, etc.. Como puede apreciarse, estamos en presencia mas de una obligación personal que de una obligación real, esta opinión nos la confirma el Art. 5º que se refiere al deudor garante.

En efecto, se establece que el deudor garante o un tercero podrá garantizar una o varias obligaciones presentes o futuras, determinadas o determinables, en relación con uno o mas acreedores garantizados sobre los bienes afectos a la actividad mercantil que desarrolla. Esto es importante porque deja al deudor garante la posibilidad de adquirir créditos para otras mercancías que también deba ofrecer en su negociación.

La internacionalidad de la Ley Modelo se encuentra descrita en el Art. 6º, en donde se establece que:

"El deudor garante podrá residir o estar domiciliado en el extranjero. Asimismo, los bienes afectos a una garantía mobiliaria podrán ubicarse dentro o fuera del lugar donde dicha garantía se constituye."

Este punto me lleva a otro tema tan importante como el de las disposiciones sustantivas de la Ley, que es el del registro. En efecto, un sistema moderno como el que se propone implica el desarrollo de un sistema electrónico que permita al futuro acreedor garantizado consultar el límite de crédito que tiene el futuro deudor garante, y en base a esa información, tomar sus decisiones. La Ley Modelo hace mención de un registro especial (Art. 34) y esto

precisamente se refiere a la necesidad de que exista un registro diferente del tradicional; es decir, que al lado de éste exista aquél. La Ley Modelo ya aprobada por la Conferencia deberá implicar que el legislador nacional que la fuere a incorporar a su sistema jurídico, considere la necesidad de establecer el nuevo registro. El adecuado funcionamiento de un registro de esta naturaleza se desarrolla sobre un formulario registral uniforme y de acuerdo al Proyecto, "su formato podrá constar tanto por escrito como por medio electrónico" (Art. 35) asegurando así su resguardo.

La realidad de los últimos cuatro años indica, como en el caso de México que finalmente en el 2003 se aprobaron nuevas modificaciones en la materia que en alguna medida subsanaron los errores de las modificaciones publicadas en el año 2000, pero las nuevas modificaciones siguen sin aplicarse porque se carece de un registro en base al cual puedan operar dichas garantías. Lo anterior llevó a México a proponer como uno de los temas a discusión de la CIDIP-VII, la discusión y aprobación de reglas modelo para la creación de registros electrónicos en materia de garantías mobiliarias. La propuesta fue aprobada en la reunión preparatoria a la celebración de la CIDIP-VII, habida el 10 de diciembre de 2004 en Washington, D.C.

Quisiera volver sobre el aspecto de internacionalidad de la Ley antes apuntado y concluir con este breve comentario. El Título Séptimo del Proyecto que en su artículo 69 se refiere a la regulación de los conflictos de leyes, la disposición establece:

"Art. 69. En los casos en que el deudor o los bienes afectos a la garantía mobiliaria (prendaria) llegasen a estar domiciliado o ubicados fuera del territorio de este Estado, el acreedor garantizado, para retener la prelación que le otorga la presente Ley, deberá también inscribir la garantía real mobiliaria en el Registro correspondiente en el extranjero"

Como se puede observar se trata de una regla de conflicto que indica al juez que, para la validez del registro que establece el Proyecto, además de que para la conservación de la prelación a favor del acreedor garantizado, aquella estará sujeta a que la ley correspondiente haya validado el registro efectuado en los términos que la

disposición establece. Es una regla sencilla y atiende a la fase instrumental de la Ley ya que las cuestiones de fondo estarán reguladas por la uniformidad de disposiciones en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

III. Conclusiones.

De esta rápida revisión se puede decir que el proceso de elaboración y negociación de la Ley Modelo y finalmente su aprobación por la Sexta Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, ha sido muy rica en conceptos y seguramente irradiará hacia el resto de países en Latinoamérica; sin embargo la tarea no será fácil por el poco entendimiento que aún tienen algunos juristas en la zona de la naturaleza de un nuevo sistema como el descrito.

Para México, después de dos intentos de legislación positiva, se ha despertado un gran

interés por el tema. Ojalá que en pocos años se adopte en su totalidad la Ley Modelo Interamericana y cuando esto suceda, ojalá que ya existan las reglas modelo para crear un registro que vuelva operable una disposición de este tipo.

En otros foros como el de UNCITRAL y de UNIDROIT, con vocación internacional, hoy se están debatiendo proyectos importantes en la materia. En el primero una guía legislativa sobre garantías mobiliarias, en el segundo se ha aprobado una Convención sobre bienes de alto valor y sus protocolos. Pronto esta normatividad deberá ser asimilada por países como México, ojalá que para entonces haya una actitud diferente por parte de los juristas y autoridades y sobre todo por los legisladores para que la aprobación de dichos instrumentos no signifique una gran pérdida de tiempo en debates innecesarios e improductivos como ha sucedido en el pasado.

**THE FUNDAMENTALS OF ASSET-BASED FINANCING FROM THE PERSPECTIVE OF A
LENDER / LESSOR**

Rafael Castillo-Triana

President and CEO, FTAA Consulting



OTIF



Fundamentals of Asset-Based Financing

Perspective of a lender/lessor
Mexico City, October 11-12, 2004



Rafael Castillo-Triana, Esq.
FTAA CONSULTING, INC.
THE ALTA GROUP LLC.



October 16, 2004

© 2004 FTAA CONSULTING, INC.- THE ALTA GROUP LLC

Role of Lenders/Lessors

- Intermediate in capital markets transforming resources, risks and terms;
- Provide funds for business projects;
- Feeds investment in fixed capital and circulating assets;
- Recover proceeds out of obligor's cash flow;
- Lenders/Lessors business model is based upon a smart **balance between risk and reward...**

Balance between Risk/Reward

■ An ordinary lender relies upon:

- Credit risk
- Interest and other charges (Pricing);
- Only on a residual basis, upon collection recoveries...

■ An asset based lender/lessor relies upon:

- Credit risks
- Project risks
- Asset risks
- Pricing
- Collections and residual gains

Credit risks

- **Character:** Attitude toward obligor's credit obligations. Lenders often see this attitude as the important factor in predicting whether a borrower will make regular payments and repay the loan on time.
 - Is the borrower prompt in paying bills?
 - Have other lenders had to dun the borrower with overdue notices before receiving payments?
 - Have lenders been forced to take the borrower to court to obtain payments?
 - Has the borrower ever filed for bankruptcy?
 - If so, did the borrower make an attempt to repay the debts voluntarily?
- **Capacity:** Obligor's financial ability to meet credit obligations, i.e., to make regular loan payments as scheduled in the credit agreement.
- **Capital:** Obligor's assets or net worth. The greater the capital, the greater the ability to repay the loan of a specific size.
- **Collateral:** A valuable asset pledged to assure loan repayment and is subject to seizure upon default so that the collateral can be sold to pay off the debt.
- **Conditions:** General economic conditions that can affect your ability to repay a loan or other credit obligation. The basic question of conditions focuses on the security of the job and/or of the company, its sustainability in a competitive environment, etc.

Consumer lenders generally support their decisions on Credit Scoring Models
Statistical model whose final aim is to minimize probability of credit losses
And absorption by the overall economics

Project Risks

Within the Obligor's Control	Outside the Obligor's Control	Within the Financier's Control
Operating: Technical Cost Management Sponsor/Participant Engineering Completion	Supply/Traffic Market Infrastructure Environmental Political Force Majeure: Temporary Permanent Foreign Exchange	Syndication Funding Legal(?)

Ultimately the Lender/Lessor's left-over would be an Asset (Equipment, a Property, Infrastructure asset -toll road, airport, dam, power plant, etc.-)

Legal Risks

- How the deal is documented:
 - Loan with an asset pledged as security;
 - Conditional sale with reservation of title;
 - Leasing;
- Enforceability of the documents pursuant to Statute and Common Law;
- Remedies
- Efficiency of the Court System

Asset Risks

- Repossession risks:
 - Legal remedies risks;
 - Insolvency conflicts;
- Removal costs & Risks:
 - Social concerns (Health, Power, etc.);
 - Removal and transportation costs;
 - Refurbishment feasibility
- Fair market value risks:
 - Secondary markets
 - Time to sell
 - Vendors

The main asset risk is the lack of or poor public information about assets subject to secured lending or leases

Public information on Security Interests

- United States Uniform Commercial Code, Article 9 (Enacted in 1965-In force in the United States except Louisiana)-UCC filing in such States (Available on-line and low cost access)
- France: Registrar at Tribunal of Commerce de Grande Instance for Leasing transactions (Available on-line with high costs)
- Other Mercantile Registrars in Civil Law Countries (Not available on-line)

Repossession Remedies

- Court order to repossess (The rule in Latin America and Europe);
- Affidavit filed in Public Registration System (Random cases in USA)
- Repossession without Authority intervention (Unknown)



Forms of repossession



- Take possession or control of the object



- Sell or lease such object to third parties



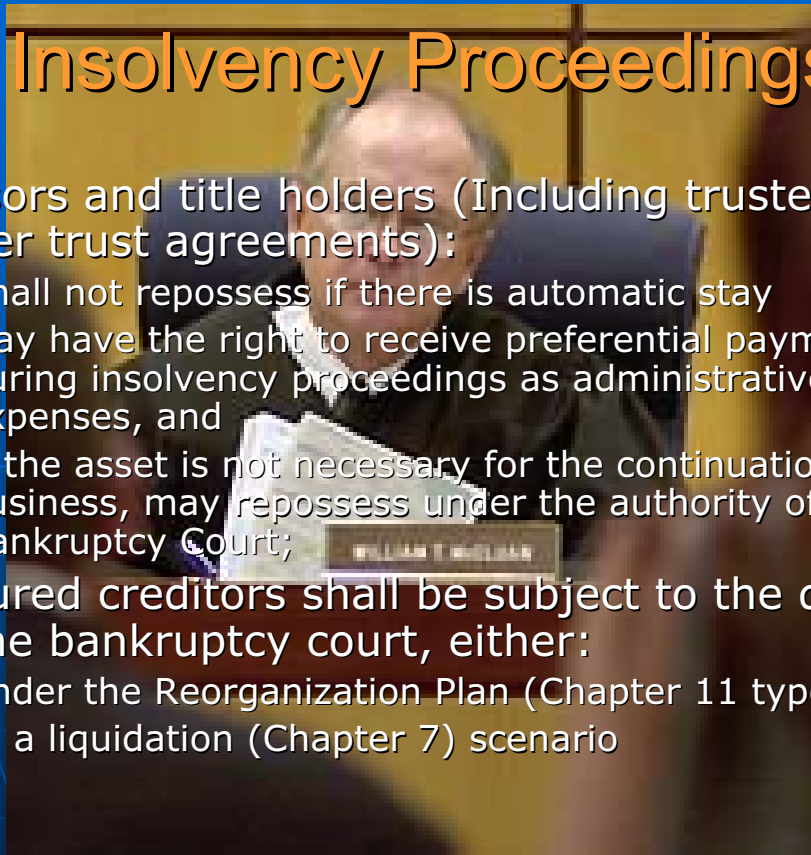
- Collect or receive any income or profits arising from the management of use of such object



Obstacles to repossession

- In Civil Law systems (Continental Europe, Latin America, Asia Pacific except ANZ): “En fait des meubles possession vaut titre”.
- There are other creditors with Statutory liens on the assets (Employees, Tax collector, etc.)
- Insolvency protection (Automatic stay, prohibition to terminate certain agreements, etc.)
- A Universal Registrar would:
 - Break such presumption in favor of secured creditor or title holder;
 - Be binding “erga omnes”.
 - Gather all legitimate claimers of a security

Insolvency Proceedings

- 
- Lessors and title holders (Including trustees under trust agreements):
 - Shall not repossess if there is automatic stay
 - May have the right to receive preferential payment during insolvency proceedings as administrative expenses, and
 - If the asset is not necessary for the continuation of the business, may repossess under the authority of the Bankruptcy Court;
 - Secured creditors shall be subject to the decision of the bankruptcy court, either:
 - Under the Reorganization Plan (Chapter 11 type) or
 - In a liquidation (Chapter 7) scenario

A Reality check: Efficiency of the Courts

Time to enforce a contract (days)	2002	2003
Nicaragua	65	125
Paraguay	..	188
Chile	200	200
Jamaica	202	202
Honduras	225	225
El Salvador	..	240
Argentina	300	300
Mexico	283	325
Ecuador	333	332
Uruguay	360	360
Venezuela, RB	360	360
Puerto Rico	..	365
United States	270	365
Costa Rica	370	370
Brazil	180	380
Peru	441	441
Bolivia	464	464
Dominican Republic	215	495
Colombia	527	527
Guatemala	1,460	1,460

A major driver of inefficiency is the need to produce evidence upon the lack of public information available about the asset, the transaction and the parties

Cost to enforce a contract (% of GNI per capita)		
	2002	2003
United States	0	0
Brazil	2	2
Bolivia	2	5
Colombia	6	6
El Salvador	..	7
Honduras	7	7
Argentina	9	9
Mexico	10	10
Ecuador	11	11
Uruguay	14	14
Chile	15	15
Nicaragua	18	18
Guatemala	20	20
Puerto Rico	..	21
Costa Rica	23	23
Peru	30	30
Paraguay	..	34
Jamaica	42	42
Venezuela, RB	47	47
Dominican Republic	441	441

Cape Town Convention

■ Innovations:

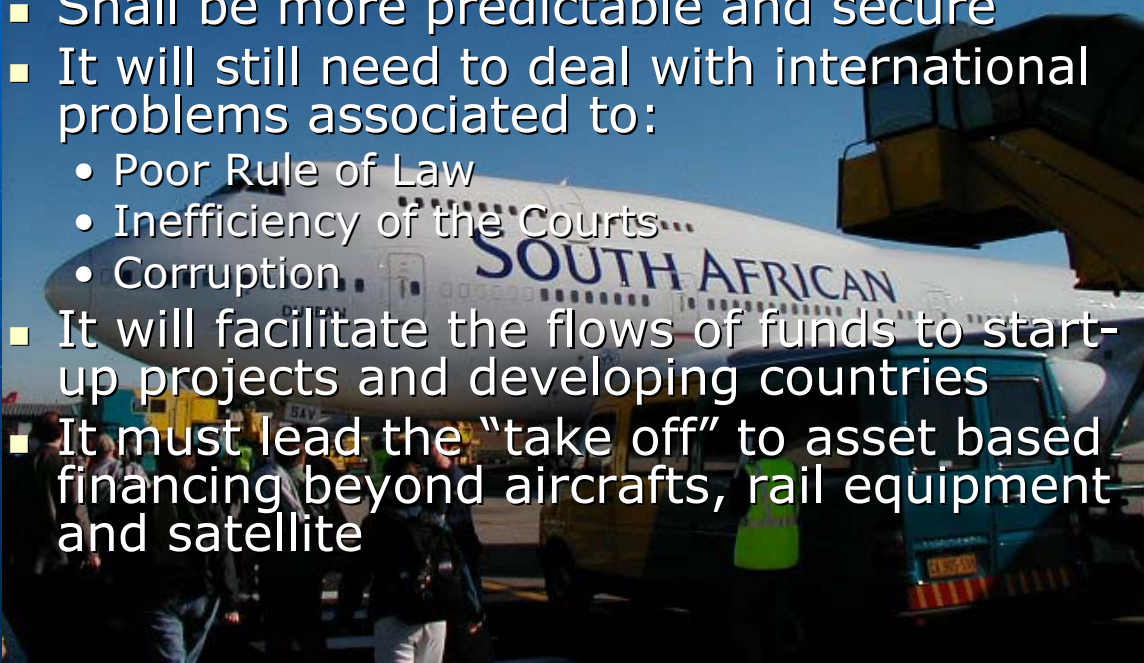
- Remedies by default, as permitted by applicable Law;
- The International Registration System;
- Choice of Forum general validity;

■ Challenges:

- Overcome the doctrine that forbids "Justitia propria manum", i.e. always requires Court Intervention;
- Getting acceptance of a supranational registration system;
- Overcome rigid Jurisdiction Rules
- Avoid conflicts of Law for countries overseeing article 54

Asset Based Financing after the Cape Town Convention

- Shall be more predictable and secure
- It will still need to deal with international problems associated to:
 - Poor Rule of Law
 - Inefficiency of the Courts
 - Corruption
- It will facilitate the flows of funds to start-up projects and developing countries
- It must lead the "take off" to asset based financing beyond aircrafts, rail equipment and satellite



Potential for Rail Equipment in Latin America

US\$ '000	RAIL EQUIPMENT
MEXICO	203,303
BRAZIL	95,213
VENEZUELA	88,491
COLOMBIA	25,978
CHILE	11,690
ECUADOR	11,170
GUATEMALA	7,824
DOMINICAN RP	4,357
ARGENTINA	1,497
TRINIDAD TBG	762
COSTA RICA	361
PERU	146
HONDURAS	139
JAMAICA	131
EL SALVADOR	117
PANAMA	83
BAHAMAS	77
NICARAGUA	68
PARAGUAY	65
BOLIVIA	56
SURINAME	19
BARBADOS	11
ANTIGUA BARB	0
URUGUAY	0
BELIZE	0
GUYANA	0
ST.LUCIA	0
S.VINCENT-GR	0
ST.KITTS NEV	0
GRENADA	0
DOMINICA	0
MONTERRAT	0
TOTAL	451,558

Equipment Imports
Source: WTO

- Latin America only imports US\$ 451 million annually;
- Private capital investors and funding sources will need to invest first in infrastructure...
- ...then, in rail equipment...
- The Rail Protocol may be subordinated to other political priorities

Questions?

- Thank you: For further information, please contact me:
rcastillo@ftaaconsulting.com, or
- Rafael.castillo@thealtagrouplar.com
- www.ftaaconsulting.com
- www.thealtagrouplar.com

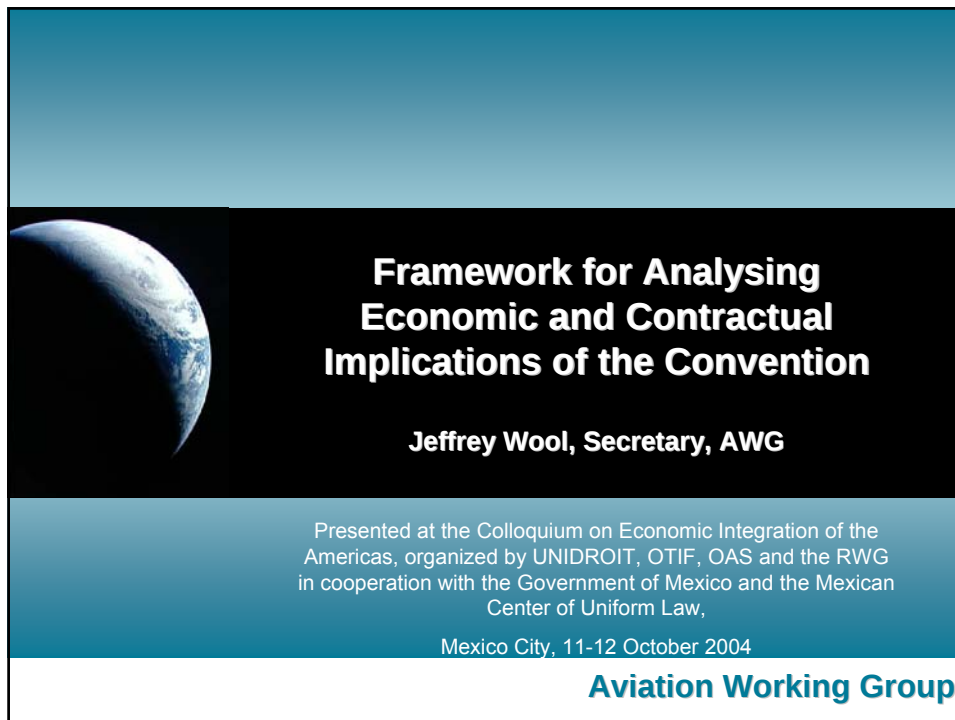


**FRAMEWORK FOR ANALYSING
ECONOMIC AND CONTRACTUAL IMPLICATIONS OF THE CONVENTION**

Jeffrey Wool

Aviation Working Group, Secretary

Cf. Powerpoint presentation



**Framework for Analysing
Economic and Contractual
Implications of the Convention**

Jeffrey Wool, Secretary, AWG

Presented at the Colloquium on Economic Integration of the
Americas, organized by UNIDROIT, OTIF, OAS and the RWG
in cooperation with the Government of Mexico and the Mexican
Center of Uniform Law,
Mexico City, 11-12 October 2004

Aviation Working Group

Topics addressed

- Framework for analysing economic benefit
- Framework for analysing contractual implications

2 AWG - Montreal
6/8/2005 4:21 PM

Aviation Working Group

Framework for analysing economic benefit //threshold propositions

- Comparative legal change/risk reduction
- Legal risk and political risk – implications of treaty structure
- Policy making: economic v. non-economic considerations
- Transaction party assessment
- Temporal feature
- Theoretical aspects and practical considerations

3 AWG - Montreal
6/8/2005 4:21 PM

Aviation Working Group

Framework for analysing economic benefit //economic impact methodology

- Application of comparative legal change/risk reduction
 - Asset-based financing (1) principles, and (2) continuum
 - Analysis of precedent/parallels
- Focus on predictability and implications of timing aspects
 - Clear drafting; rules, not standards; models used
 - System of declarations: flexibility
 - Protection against retroactive change
- Benefits - micro and macro, private and State
 - Methodology employed for different categories

4 AWG - Montreal
6/8/2005 4:21 PM

Aviation Working Group

Framework for analysing contractual implication //threshold propositions

- Enhance link between treaty and contract
- Goal - common expectations/interpretation/usage
- Understanding implication of freedom of contract
- Easing transition
- Work of the AWG Legal Advisory Panel
 - Panel paper 1 – “Contracting Practices under the Cape Town Convention.” October 2004
 - Panel paper 2 - “Advanced Contract Practices under Cape Town: Closings, Registrations and Legal Opinions”

5 AWG - Montreal
6/8/2005 4:21 PM

Aviation Working Group

Framework for analysing contractual implications //select points

- Relation between treaty and other applicable law
- Use of basic treaty concepts, for example: -
 - Sui generis interest
 - Engines as separate property
- Direct focus on applicable treaty terms
- Party autonomy: internal, external and choice of law
- Transition –
 - (1) existing transactions
 - (2) future transactions (further assurances/term sheets)
 - (3) cost control
- Closing procedures and registrations

6 AWG - Montreal
6/8/2005 4:21 PM

Aviation Working Group

**THE CASE FOR A RAIL PROTOCOL: THE ROLE OF THE RAIL WORKING GROUP AND
THE VIEW OF THE RAIL SECTOR**

Howard Rosen

Solicitor, Chairman of the Rail Working Group

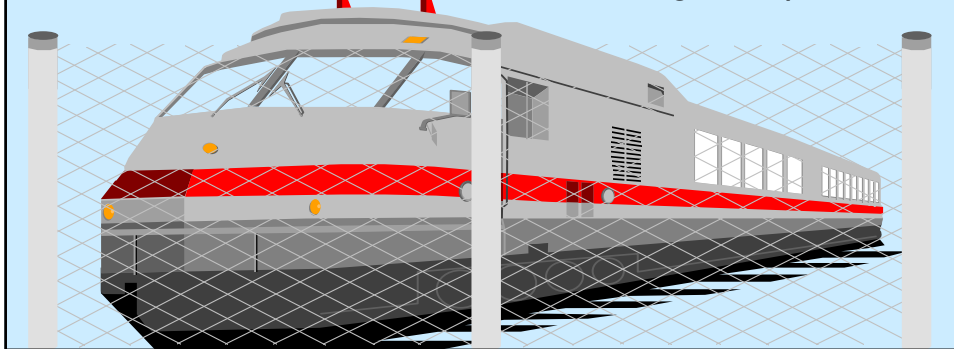
Cf. Powerpoint presentation

**The Case for the Rail Protocol
to the Cape Town Convention**
The role of the Rail Working Group and the
view of the rail sector

Mexico City, 11th October 2004

Howard Rosen, Zug, Switzerland

Chairman Unidroit Rail Working Group



**Members of the
Rail Working Group**

AAE Ahaus Alstatter Eisenbahn • Angel Train Contracts Ltd. •
Ansaldo Trasporti s.p.a. • Association of American Railroads •
Bombardier Transportation • Bruckhaus Westrick Heller Löber •
Community of European Railways • Costaferroviaria • debis Financial
Engineering GmbH • Ermewa International • Eurofima • European
Investment Bank • Ferroviaria • FIAT • Firema • Freehill Hollingdale &
Page • Freshfields • GE Capital • Howard Rosen Solicitor • HSBC Rail
(UK) Ltd. • KfW Kreditanstalt for Wiederaufbau • Landesbank
Schleswig-Holstein • Lenz & Staehelin • McCarthy Tétrault • SNCB SG
• Nauta Dutilh • NIB Capital Bank N.V. • Theodore Goddard • Transnet
Ltd. • Trinity Industries, Inc. • UIC International Union of Railways •
Union of European Railway Industries • Deutsche VerkehrsBank AG •
Wiersholm Mellbye & Bech

Rail Working Group Central Committee

- Chairman: Howard Rosen, Howard Rosen Solicitor, Zug
- Treasurer: Michiel Munting, Angel Trains
- Secretary: Karin Kilbey: HSBC Rail

Rail Working Group Central Committee

Other Members:

- Gerfried Mutz, OTIF
- Louise Oddy, Angel Trains
- Anna Tosto, McCarthy Tétrault
- Patrick Honnebier, Utrecht University
- Roger Reinhold, ABB Asset Finance
- Maarten Van Dooren, Nauta Dutilh
- Oliver Ross, Theodore Goddard
- Dr. Konrad Schott, Bruckhaus Westrick Heller Löber

Cape Town 16th November 2001

- Unidroit Convention On International Interests In Mobile Equipment, containing 62 Articles signed
- together with Aviation Protocol (a further 37 articles
- 5 Resolutions including one supporting the next two protocols on Railway Rolling Stock and Space Assets

Cape Town October/November 2001

295 participants from 58 States and 11 international organizations attended the Diplomatic Conference



What the Convention seeks to achieve

- An answer to the Basic Problem - How to finance with security an asset potentially continuously moving across borders?
- Limited security in asset financed due to
 - Local (conflict of) Property Law
 - Local Bankruptcy Law
 - Potential conflict of priorities

Application of the Treaty

- The Treaty provides a new protected type of security in relation to
 - Lessor's (and lessee's interest) under a lease
 - Vendor retaining title in equipment
 - Lender taking security in an asset financed under a loan

Application of the Treaty

- The principal concept - an international security interest
- which usually will override conflicting local law interests
- and which will be registrable – and searchable - via the internet in an international registry

Application of the Treaty

- System of Priorities for competing interests
- Provision also for assignments and prospective interests
- New remedies for interim relief and seizure of assets
- Creditor Protection on bankruptcy

Why is the Treaty needed for Rolling Stock?

The General Benefits

Why is the Treaty needed for Rolling Stock?

- More capital investment required desperately to enable the rail sector to compete
- Financing very difficult if no creditworthy state backing but....
- States skimp on investment
- No public asset based security system at all world-wide
- Extension of the Treaty to the Rail sector
 - will facilitate investment in rolling stock from the private sector into developed as well as lesser developed countries
 - And make existing financing cheaper

Why is the Treaty needed for Rolling Stock?

- By reducing risk and attracting more banks in the rail sector, funding rates should reduce
- Facilitates funding without state guarantee and therefore increases capital investment (as happened in the UK post 1996)
- Lowers barriers to entry for private operators
- Eliminates substantial legal & insurance costs
- Reduces scope for disputes
- Allows redirection of aid/ECGD facilities

Why is the Treaty needed for Rolling Stock?

- Improves Rail's competitive position by bringing a level playing field with aircraft and truck finance
- Makes Vendor financing easier and encourages capital investment
- Knock on effect for municipal transportation
- Lowers barriers to entry for private operators – encouraging competition
- Gives security to railways subleasing assets

Why is the Treaty needed for Rolling Stock?

- Capital investment estimated at \$25 billion per annum
- Simplistically, delta between funding costs of private and public debtors c. 3% (estimated by Swiss private railways) = \$750 mio. per annum
- Multiplier effect: increases demand and facilitates liquidation of existing operator owned assets

A Lawyer's Viewpoint

- ☹ The Convention will reduce risk and costs
- ☹ It should minimise the risk of disputes in the future
- ☹ Documentation and Legal opinions should be simpler



Why is the Treaty needed for Rolling Stock?

The Position in Europe

The Position in Europe

With all the various delays, the average speed of international rail haulage is only 18 km/hour, which is slower than an ice-breaker opening up a shipping route through the Baltic Sea!”

“Opening up rail transport to regulated competition is the central precondition for revitalising the railways....What is needed is..... A veritable cultural revolution to make rail transport once again competitive enough to remain one of the leading players in the transport system in the enlarged Europe”

**EU White Paper 2002: European Transport Policy for 2010:
Time to Decide**

The Position in Europe

% tkm	EU 15		CEC		US	
	Road	Rail	Road	Rail	Road	Rail
1970	47.9%	32.6%	15.4%	77.3%	22.4%	41.5%
1980	56.4%	25.8%	22.8%	67.8%	23.6%	39.1%
1990	68.0%	18.6%	31.3%	59.1%	27.2%	38.2%
1994	-	-	-	-	26.2%	37.6%
1995	73.3%	14.1%	41.1%	49.8%	27.2%	38.2%
1996	73.4%	14.0%	42.7%	47.7%	29.7%	41.1%
1997	73.2%	14.4%	46.0%	45.1%	31.2%	40.0%
1998	73.7%	14.1%	47.4%	42.2%	-	-

Difference to 100% is inland waterways & pipelines

Source EU DGVII

The Position in Europe

000 Mio tkm	EU 15		CEC		US	
	Road	Rail	Road	Rail	Road	Rail
1970	416	283	55	274	602	1'117
1980	628	287	122	364	810	1'342
1990	932	255	144	270	1'073	1'510
1994	1'097	219	124	159	1'309	1'838
1995	1'146	221	132	169	1'345	1'906
1996	1'152	220	152	168	1'419	1'980
1997	1'205	238	175	168	1'534	1'969
1998	1'207	241	172	153	n/a	n/a
1990-98	30%	(5%)	19%	(43%)	32%	31%
1996-1998	5%	10%	13%	(9%)		

Source EU DGVII

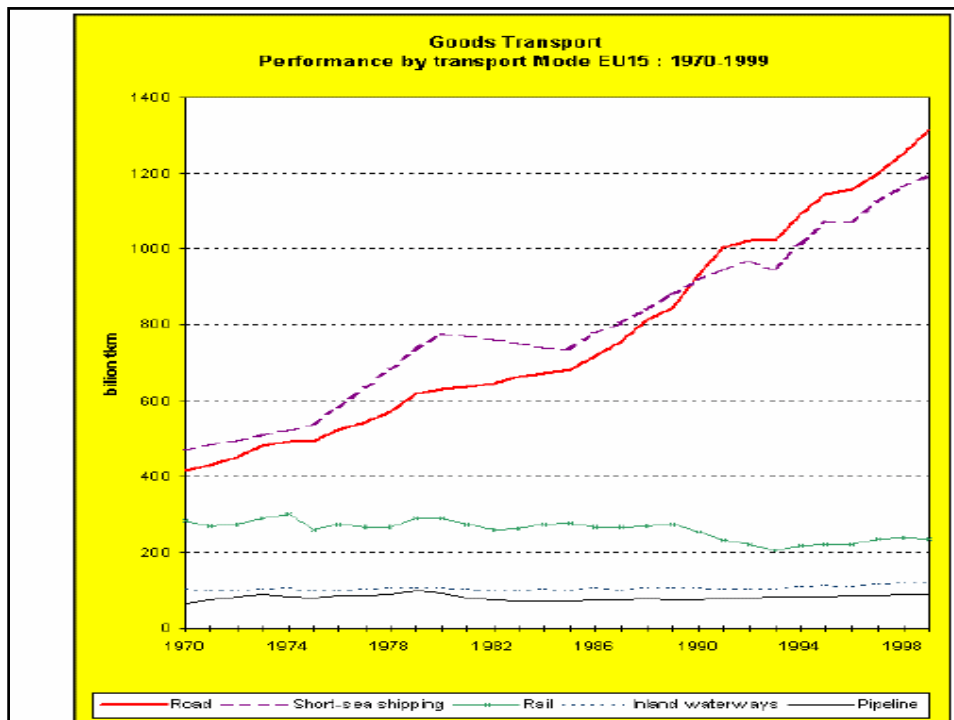
The Position in Europe



The Position in Europe

- European freight fleet: average age well over 20 years (usual useful life before major overhaul: 24!)
- Technical obsolescence is primarily a function of:
 - Laden speed (current standard up to 120 km/h)
 - Axle-loading (current standard 22.5t)





The Position in Europe



The Position in Europe

 Abfahrt © Départ-Partenza-Departure		
Bahnhof Kreuzlingen 14 Dezember 2003–11 Dezember 2004		
6 00 Güter, S-Bahn 118 Kreuzlingen-Genève 2.4 121 Kreuzlingen-Genève 21.8 122 Kreuzlingen-Genève 21.4	17 00 Güter, S-Bahn 1707 Kreuzlingen-Genève 21.8 1708 Kreuzlingen-Genève 21.8 1709 Kreuzlingen-Genève 21.4 1710 RER Kreuzlingen 1.48	23 00 Güter, S-Bahn 2307 Kreuzlingen-Genève 2.4 2311 Kreuzlingen 2.4
11 00 Güter, S-Bahn 1107 Kreuzlingen-Genève 2.4 1110 Kreuzlingen-Genève 2.4 1111 RER Kreuzlingen 1.48	18 00 Güter, S-Bahn 1807 Kreuzlingen-Genève 2.4 1810 Kreuzlingen-Genève 2.4 1811 RER Kreuzlingen 1.48	0 00 Güter, S-Bahn 0011 Kreuzlingen 2.4
12 00 Güter, S-Bahn 1207 Kreuzlingen-Genève 21.8 1210 Kreuzlingen-Genève 21.8		

The Position in Europe

- Certain types of rolling stock constantly cross borders
- Rail traffic needs to be more competitive
- Competitive access requires private sector funding
- No registry system (limited in the UK)
- Relatively few banks prepared to lend or lease rolling stock without clear or implicit state guarantee

The Position in Europe

- Cost of private sector funding higher since fewer banks and higher risks
- Some areas of operations off-limits for banks above a certain level – e.g. Rumania
- Very restricted operating lease environment
- Assets can get lost
- Legal opinions and documentation can be costly

Summary

- The Rail Protocol will provide a new level of security for asset backed financing in rolling stock
- It will assist by creating an internationally recognised security interest and a registry in which such interest can be recorded with consequent priority rights
- By creating more security it will facilitate financings or make them cheaper thereby in turn encouraging more capital investment

**PRACTICAL INTEREST OF THE FUTURE RAIL PROTOCOL
FROM THE POINT OF VIEW OF
MANUFACTURERS**

José Luis Paz Bolaños Cacho

Finance and Commercial Director, Bombardier-Concarril, S.A. de C.V. México

Unidroit Seminar

Mexico

The manufacturer's view on the Rail Protocol



Mexico City 11 -12 October, 2004

BOMBARDIER

Agenda

- An introduction to Bombardier Transportation
- A short introduction to financing
- Operating Lease – an overview
- Bombardier's view on the protocol
- The ROSCO's view point
- Major challenges



Bombardier



Bombardier Aerospace



Bombardier Capital



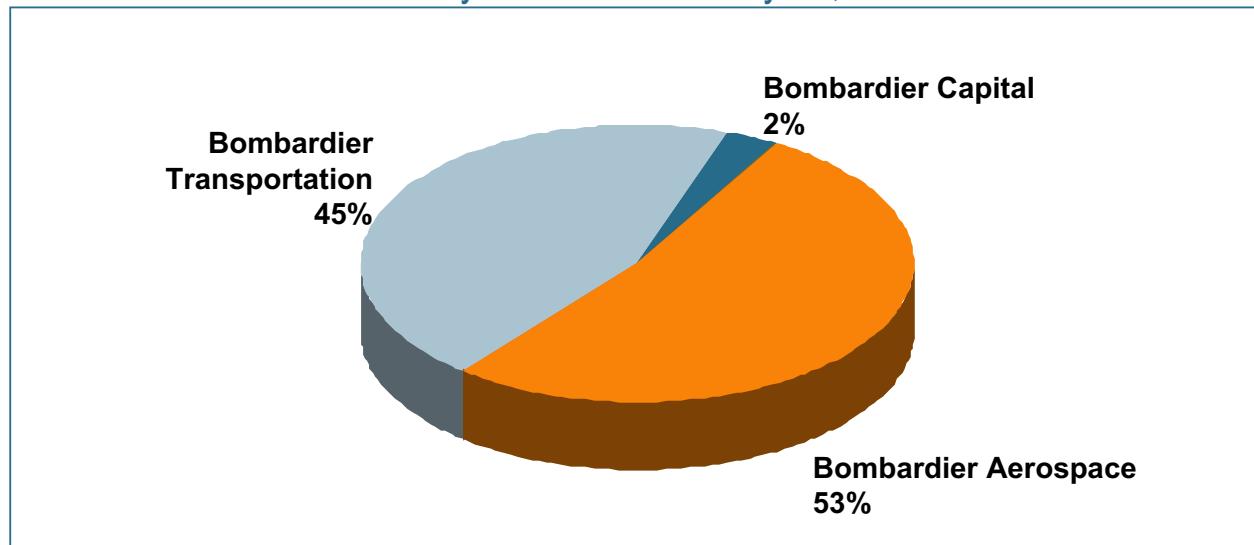
Bombardier Transportation

Bombardier

- **Corporate office based in Montréal, Canada**
- **Workforce of some 64,600 people worldwide**
- **Revenues of \$15.4 billion US for fiscal year ended January 31, 2004**
- **More than 95% of revenues generated outside Canada**
- **Stock exchange listings: Toronto, Frankfurt, Brussels**

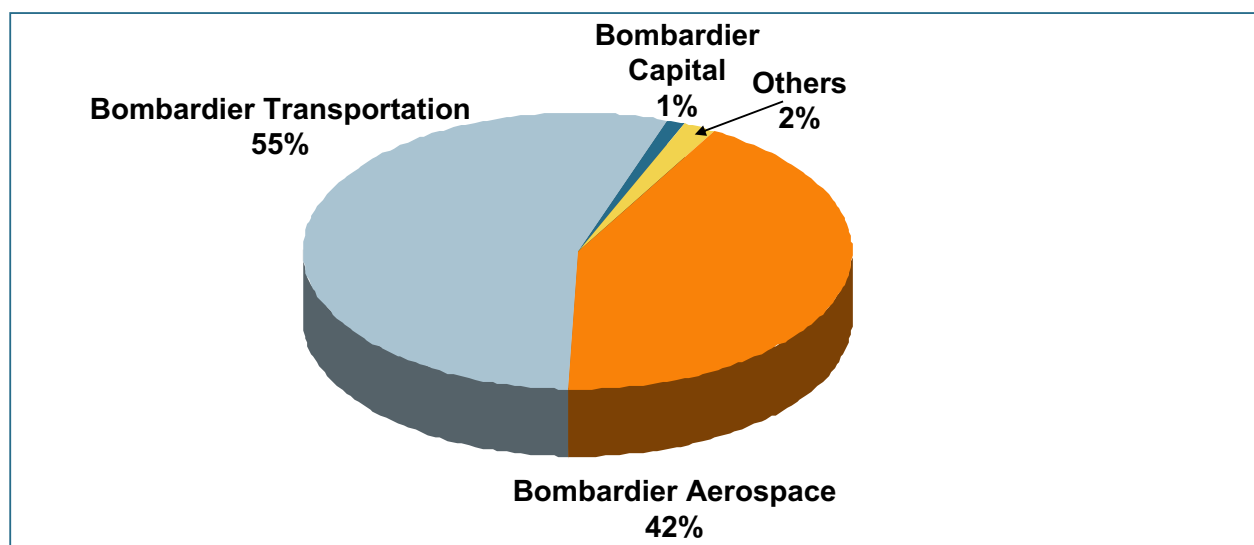
Bombardier: a diversified company

Breakdown of revenues by product market
for the year ended January 31, 2004



Bombardier: a diversified company

A workforce of some 64,600 people
as at January 31, 2004





Bombardier



Bombardier Aerospace



Bombardier Capital



Bombardier Transportation

Bombardier Aerospace is a world leader in the design and manufacture of innovative aviation products and services for the regional, business and amphibious aircraft markets. It also offers Bombardier* Flexjet* fractional ownership, aircraft charter and management, technical services, aircraft maintenance and pilot training for business and regional airline.

Bombardier regional aircraft



Bombardier* Q100/200*



Bombardier* Q300*



Bombardier* Q400*



Bombardier* CRJ200*



Bombardier* CRJ700*



Bombardier* CRJ900*

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries.

9 **BOMBARDIER**

Bombardier business aircraft



Bombardier* Learjet* 40



Bombardier Learjet 45



Bombardier Learjet 60



Bombardier Learjet 45 XR



Bombardier* Challenger* 604



Bombardier Challenger 300



Bombardier Challenger 800



Bombardier Global 5000*



Bombardier* Global Express*

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries.

10 **BOMBARDIER**



Bombardier



Bombardier Aerospace



Bombardier Capital



Bombardier Transportation

Bombardier Capital offers inventory financing to dealers and manufacturers in North America and interim financing of Bombardier regional aircraft.



Bombardier



Bombardier Aerospace



Bombardier Capital



Bombardier Transportation

Bombardier Transportation is the global leader in the rail equipment manufacturing and servicing industry. Its wide range of products includes passenger rail vehicles and total transit systems. It also manufactures locomotives, freight cars, bogies, propulsion and controls and provides rail control solutions.

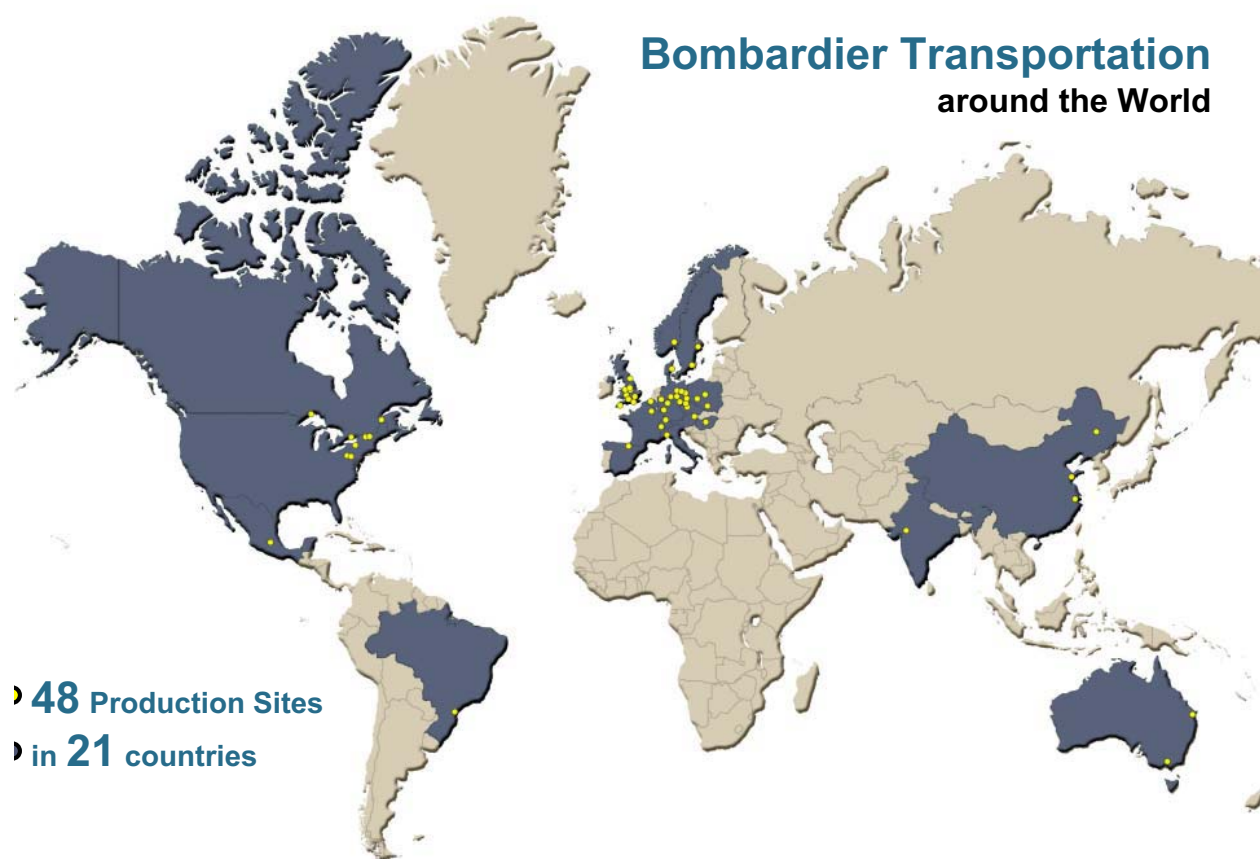
Bombardier Transportation

Facts & Figures – Worldwide

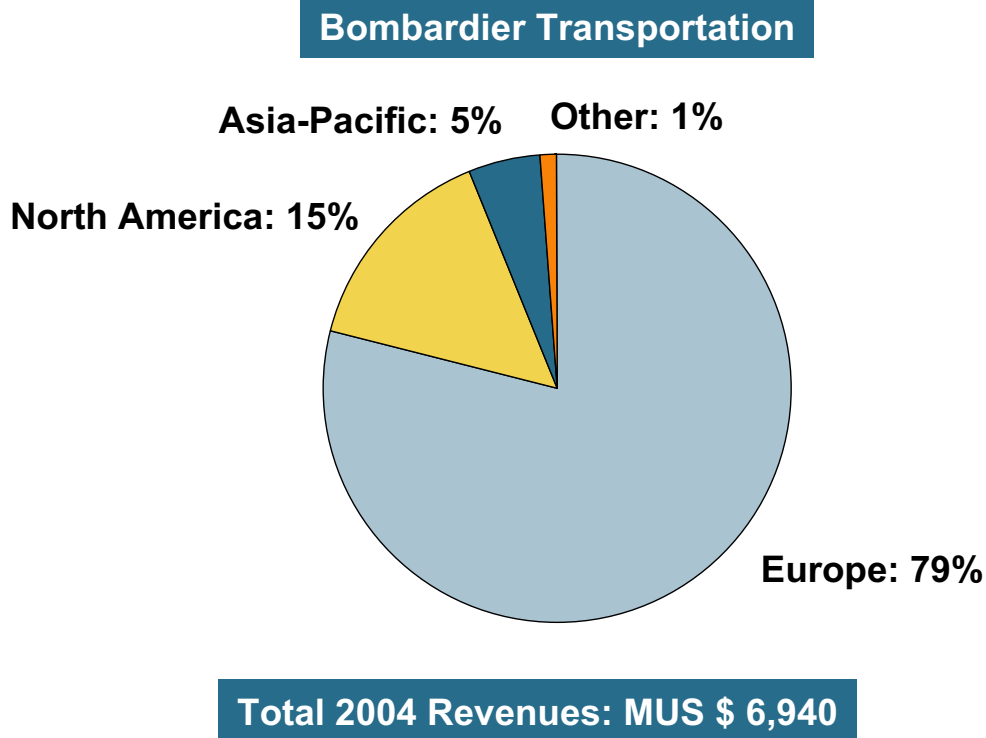


* as at 1 January, 2004

** year ending 31 January, 2004



Segmented revenues by geographic region



Source Annual Report, Year Ended January 31, 2004

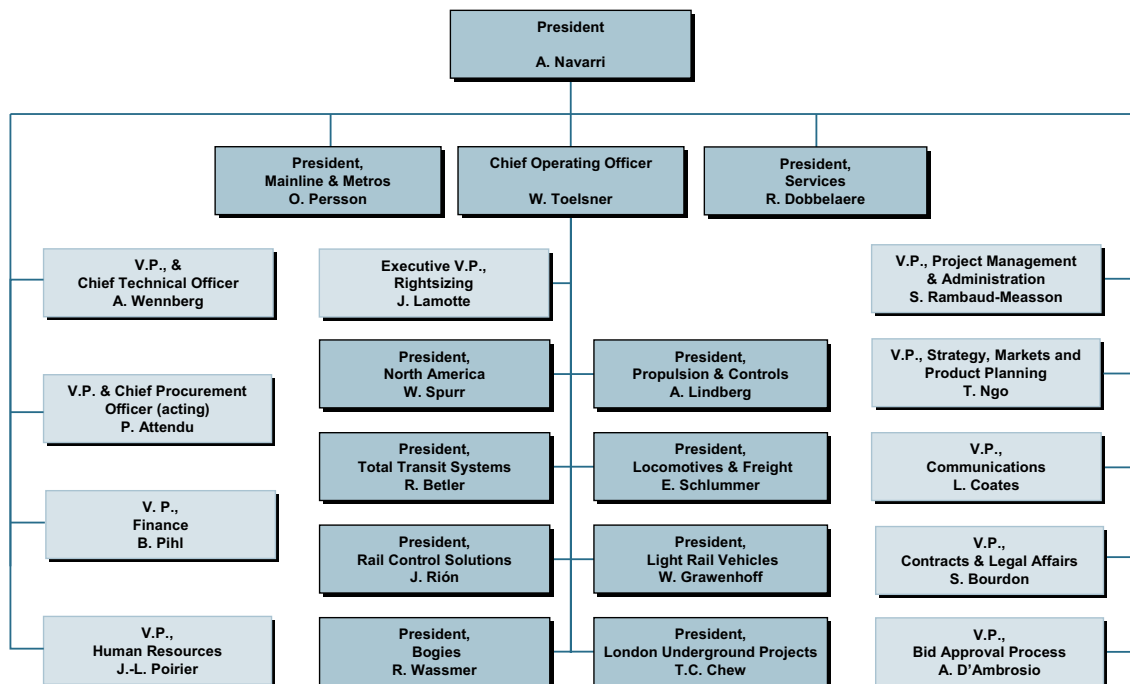
17 **BOMBARDIER**

Business objectives

- **Actively shape the rail industry as the leading global player**
- **Deliver on commitments to customers**
- **Strong financial results and profitable growth based on**
 - Enthusiastic, committed and responsive people
 - Long-term stability
 - World-wide network of capabilities
 - Quality products and services that deliver value

18 **BOMBARDIER**

Bombardier Transportation Organizational Structure



19

BOMBARDIER

Products and services Light Rail Vehicles

FLEXITY*

Outlook



100% Low Floor
(Linz, Austria)



100% Low Floor
(Bruxelles, Belgium)



100% Low Floor
(Milan, Italy)

FLEXITY Classic



70% Low Floor
(Frankfurt, Germany)



70% Low Floor
(Dresden, Germany)



70% Low Floor
(Krakow, Poland)

FLEXITY Swift



High Floor (Cologne, Germany)



Low Floor (Stockholm, Sweden)



Low Floor (Minneapolis, USA)



High Floor
(Rotterdam, Netherlands)



Low Floor (Istanbul, Turkey)

FLEXITY Link



Low Floor
(Saarbrücken, Germany)

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

20

BOMBARDIER

Products and services

Metros



MOVIA* - Guangzhou Metro Line 2 (China)



C20 FICAS* Stockholm (Sweden)



Paris (France)



Berlin (Germany)



MOVIA - Shenzhen (China)



London (UK) - Sub Surface



London (UK) - BCV



New York (USA)



MOVIA - Bucharest (Romania)



MOVIA - Shanghai (China)



Munich (Germany)



Mexico City (Mexico)

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

21 **BOMBARDIER**

Products and services

Commuter / Regional Trains

Commuter Trains



Class 481 (Berlin, Germany)



Class 474 (Hamburg, Germany)

Regional Trains



AGC (France)



Talent* (Germany, Norway, Austria, Canada)

Double Deck Trains



BiLevel* Coaches (Canada, USA)



EMU M-7 (New York, USA)



Class 423 (Germany)



ITINO* (Germany, Sweden)



Regio-Swinger* (Germany, Croatia)



DD-Coaches (Germany, Denmark, Israel, Luxembourg)



Class 424-426 (Germany)



CP 2000 (Portugal)



NINA* (Switzerland)



DD-EMU (Netherlands)

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

22 **BOMBARDIER**

Products and services

Intercity / High-speed Trains

Interregional Trains



Electrostar* EMU (UK)



Turbostar* DMU (UK)



Contessa* EMU (Denmark/Sweden)

Intercity Trains



Voyager** DEMU, (UK)



Regina* EMU (Sweden)



ICN* EMU, tilt (Switzerland)



I11Coach (Belgium)



Airport Express (Norway)



ICE T EMU, tilt (Germany)

High-speed Trains



ICE 3** EMU (Germany/Netherlands)



JetTrain* (USA, Canada)



Acela** Express (USA)

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

** Trademark(s) of third parties

23

BOMBARDIER

Products and services

Locomotives / Freight Wagons

Locomotives for Passenger Trains



TRAXX* P160 AC (DB, Germany)



TRAXX P160 DCP (Italy)



TRAXX P160 AC1
(LNVG, Germany)



High-speed Powerhead
AVE 102** (Spain)



Class ALP 46 (New Jersey, USA)



DE 2000 (Greece)

Locomotives for Freight Trains



TRAXX F140 AC (Germany)



TRAXX F140 AC
(SBB, Switzerland)



TRAXX F140 AC
(BLS, Switzerland)



Blue Tiger* Diesel-Electric
Locomotive

Freight Wagons



Low floor freight wagon

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

** Trademark(s) of third parties

24

BOMBARDIER

Products and services

Total Transit Systems

Monorail Systems



Las Vegas (USA)

APM Systems



Innovia* - Dallas/Fort Worth International Airport (USA)

Light Rail Systems



Porto (Portugal)

ART Systems



AirTrain JFK** New York International Airport (USA)

GLT Systems



Nancy (France)



CX-100* - Frankfurt Airport (Germany)



Eskisehir (Turkey)



Vancouver SkyTrain** (Canada)



Neihu Line (Taipei, Taiwan)



Nottingham (United Kingdom)



Kuala Lumpur LRT System 2 (Malaysia)

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

** Trademark(s) of third parties

25

BOMBARDIER

Products and services

Propulsion and Controls

- **Complete propulsion, train control and management systems and related services for all railway applications**
 - System solutions based on proven and state-of-the-art products
 - Top performance, high reliability and optimized Life Cycle Cost
 - IGBT power converter technology
 - Modular train control and communication systems



Mitrac* TC 1000 Traction Converter for Medium Power Application



Mitrac CC Driver's Desk



Mitrac DR 1000 Traction Motor for EMU's

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

26

BOMBARDIER

Products and services

Rail Control Solutions

Complete system portfolio



INTERFLO* - Mainline Solutions



CITYFLO* - Mass Transit Solutions



ERTMS



Integrated Control Systems



Onboard Computer Systems



Wayside Interlocking Systems



Wayside Equipment



CITYFLO 650 Automatic Train Control

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

27

BOMBARDIER

Products and services

Services

Complete service portfolio



Fleet Management (UK)



Fleet Management (Toronto, Canada)



Operations & Maintenance
Atlanta Airport APM (USA)



Material Solutions



Vehicle Refurbishment (Netherlands)



Component Reengineering

28

BOMBARDIER

Products and services

Bogies

- **Portfolio to match the entire range of rail vehicles**
 - tramways, light-rail, metros
 - mainline and high-speed
 - locomotives and freight
- **Distinct optimum technical solutions**
 - different drive systems
 - independent wheel technology
 - rubber-tyred wheel technology
 - low-floor and articulated trains
 - tilting and active suspension systems



29

BOMBARDIER

A short introduction to Financing

Questions to customers of Bombardier Transportation

- **Why is financing required?**
 - Budgetary constraints
 - Balance Sheet considerations (on- or off- balance sheet)
 - Other Reasons?
- **What type of financing is required?**
 - Financing solution (e.g. debt or leasing)
 - Credit terms (e.g. short-, medium- or long-term)
 - Other specific requirements (e.g. currency)

30

BOMBARDIER

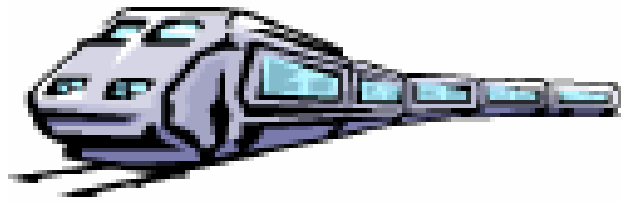
A short introduction to Financing

- What security is available and from whom?
 - Sovereign Guarantee
 - Loan repayment guarantee
 - Letter of Support or other assurances
 - Mortgage, Pledge or Assignment related to assets

A short introduction to Financing

- Risk is the main influence when structuring a certain type of financing
- There are 3 main categories of risk which financiers of Rolling Stock / Rail Projects might face....
 - Credit Risk including country risk
 - Equipment Risk (Asset-based Financing)
 - Project Risk (Cash Flow-based Financing)

Equipment Risk



- **Equipment Risk occurs when a party relies on his rights as owner of the equipment, and hence the Future Market Value of the equipment, as Security.**

Equipment Risk

- **Future Values are determined by:**
 - the economic life of the equipment
 - re-marketability of that equipment
 - continuity of use on existing system
 - existence and location of secondary market
 - uniqueness of technical specifications
 - infrastructure standardisation
- **Examples of finance structures incorporating equipment risk (asset-based financing) include:**
 - Mortgage-based loans
 - Operating Lease

Operating Lease – an overview

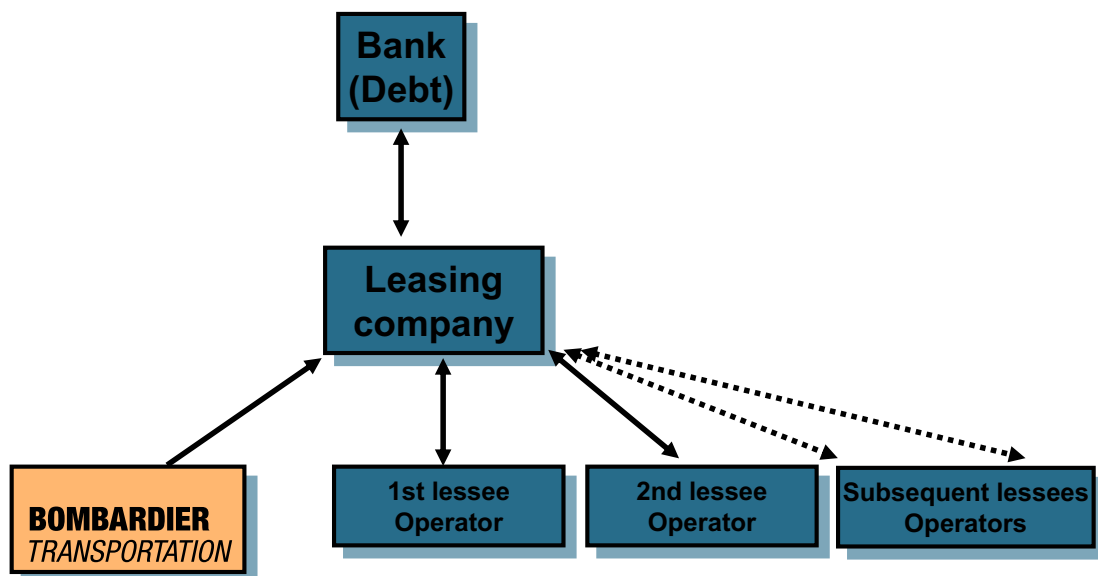
▪ Operating Lease

- Lessor takes risks and rewards of ownership
- Off-balance sheet for the Lessee
- For the Lessee, it represents a rental contract, similar to property rental
- Typically short term (2 to 5 years) although longer term have been achieved in UK/Australia (8-15 years)
- Asset likely to be required by Lessee for less than useful life, i.e. minimum lease term less than asset life
- Specialized entities (Roscos) have been able to assume residual value risks given their asset management expertise

35

BOMBARDIER

Operating Lease



36

BOMBARDIER

Operating Lease

■ Operating Lessors

- Very few entities in the rail industry are willing to act as a true operating lessor and accept risks and rewards of ownership. Such lessors include:
 - ROSCO's such as Angel Train, Porterbrook, HSBC (all UK-based although partially expanding in Europe) – Passenger Rail
 - Locomotive & Freight cars lessors (AAE, GE, GATX etc....)

37 **BOMBARDIER**

Bombardier Transportation products in Operating Leases

Interregional Trains	Intercity Trains	Regional Trains	Locomotives
 Electrostar* EMU (UK)	 Voyager** DEMU, (UK)	 Talent* (Germany, Norway, Austria, Canada)	 TRAXX* P160 AC (DB, Germany)
 Turbostar* DMU (UK)		 DD-Coaches (Germany, Denmark, Israel, Luxembourg)	 TRAXX F140 AC (Germany)

* Trademark(s) of Bombardier Inc. or its subsidiaries

** Trademark(s) of third parties

38 **BOMBARDIER**

Bombardier's view on the protocol

- In Bombardier Transportation's view the key to developing the rail market is adequate funding
- If financing resources are not available the rail business is limited especially as substantial amounts are needed for such capital investments
- A good example for a successful market development can be found in the UK
 - After privatisation in 1996 private funding was made available by the UK financial institutions mainly through operating leasing. Several entities were created (Roscos) for purposes of leasing new rolling stock to franchisees
 - Subsequently investments that were badly required after a long period of underinvestment in the network started to take place
 - The UK market has been very active in recent years in the procurement of new rolling stock. The underinvestment in the general infrastructure is still noticeable

Bombardier's view on the protocol

- In Eastern Europe governmental entities face the challenge of budgetary restrictions
- The rail infrastructure is an important part of the overall transportation network in Eastern Europe
- Private funding of the rail network will therefore become a necessity in the coming years
- Unidroit would provide a legal framework that would allow financing institutions to enter into a market segment that is not yet "fully accessible" today

Bombardier's view on the protocol

- Especially rolling stock that can be used on other networks due to its technical specification will be interesting for an operating lease concept
- Rolling stock that can be found in operating leases includes locomotives, freight cars, passenger cars for the regional traffic and Diesel Electrical Multiple units (DMUs)
- Bombardier Transportation products presently found in operating leases include the *Bombardier Electrostar*, *Bombardier Turbostar* & the Voyager Intercity products, German Double Deck & *Bombardier Talent* regional trains, *Bombardier TRAXX* locomotives & freight cars

The financing institution's point of view

- Bombardier's customers include, inter alia, the Rolling Stock Companies (Roscos) - all wholly owned by financial institutions
- In Bombardier's aerospace business financing institutions play a major role in the context of residual value of aircraft
- Therefore the financing institutions opinion on the Unidroit Rail protocol is important to Bombardier
- From our experience and direct dialogue the following issues concern ROSCOs and banks

The ROSCO's point of view

Angel Trains view

- The Unidroit Rail protocol should provide additional security to financial institutions and increase the access to private funds to finance rail infrastructure projects.
- Success for the Unidroit Rail protocol requires uniform system of vehicle and major component identification.
- Success for the Unidroit Rail protocol requires broad acceptance of the protocol by states in the markets.
- Success for the Unidroit Rail protocol requires limitation of “national solutions” to open these markets on the basis of easy registration of security interests.
- This will enhance liquidity of rolling stock and willingness of funders, like Angel Trains, to support investment in rolling stock.

Challenges

- A challenge is to agree on a protocol that is acceptable to Bombardier's larger markets i.e. EU & EU accession countries
- The biggest challenge will be sufficient ratification of the protocol to make an impact on the individual markets

**PRACTICAL INTEREST OF THE FUTURE RAIL PROTOCOL
FROM THE POINT OF VIEW OF
OPERATORS AND FINANCIERS**

Kevin O'Gara

Managing Partner, Equitum LLC.

Cf. Powerpoint presentation

Practical Interest in the Future Rail Protocol: A Financier's Perspective

Presentation to UNIDROIT Rail Protocol Conference
Mexico City, October 11, 2004



Table of Contents

- Introduction
- Entering a new country
 - Obstacles
 - Costs
- Illustration of Lease Transaction
- Protocol's Potential Effect on Costs
- Conclusion



Introduction

- **EQUITUM**

- Financial Advisory Firm established in 2000.
- Specialize in arranging \$10 to \$75 million financings in Mexico, especially for real estate and equipment
- Personal background in railcar leasing in Mexico.



Entering a new international market

- **Obstacles**

- General Categories
 - Market knowledge
 - Language and culture
 - Export issues
 - Availability of leverage
- Country risk
 - General
 - Local execution/documentation
 - Legal Risk
 - Tax Risk



Obstacles

- Country Risk
 - General
 - Rule of law ☆☆☆
 - Civil Law vs. Case Law
 - Democratic
 - Stable government
 - Stable economy
 - Legal Risk
 - Legal and registration costs/requirements/restrictions
 - Rules regarding timely repossession of asset
 - Ability of lessor/debtor to stall affirmation of lease/loan or repossession
 - Corrupt and/or slow courts



Obstacles

- Country Risk (cont'd)
 - Tax Risk
 - Interpretation of Tax Rules
 - Is the tax law clear?
 - Are rulings public?
 - Is the ground constantly shifting?
 - » Is there a history of retroactive laws?



Costs

- Manageable by Lender/Lessor
 - Gaining market knowledge
 - Language & culture
 - Export Costs
 - Political Country Risk
 - Insurance is often available
- Tax risk
 - Generally borne by Borrower/Lessee
 - Lack of clarity increases cost of documentation



Costs

- Affected by Protocol
 - If properly executed by signing countries
 - Legal Risk Premium
 - Transaction Execution/Registration costs can be reduced
 - Clear rules reduce costs significantly of documenting transaction
 - Low registration costs have direct effect on financing cost to borrower/lessee



Costs

- Legal Risk Premium

- Clear rules regarding repossessions reduce cost, significantly in many cases
 - Time is money
 - Courts must support the rules
- Does not eliminate all legal risk if the court system is corrupt
- The recoverability of an asset directly affects the **loan to value** ratio in a loan and the **residual** in a lease



Incremental Cost Factors Example - Railcar Lease in Mexico

US Scenario		
US Delivered Cost		1,000,000
Lease Term		60 months
US Residual	40%	400,000
Discount Rate		12%
US Monthly Lease Rate		\$17,346.67



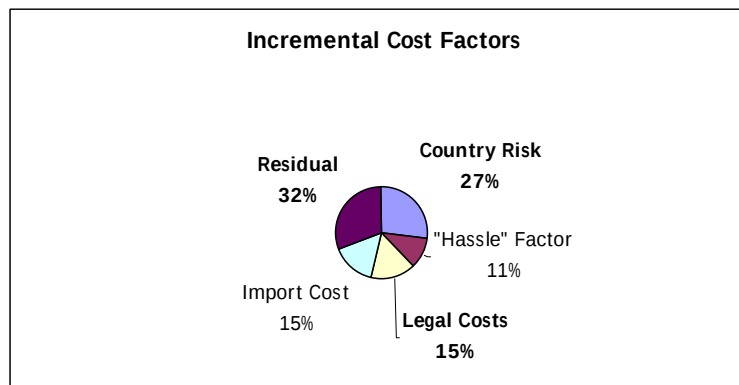
Incremental Cost Factors Example - Railcar Lease in Mexico

Mexico Scenario				
			Incremental Monthly Rate US\$	Increase over US Rate
Base Discount Rate		12.00%		
Mexico Risk		0.50%	\$318.76	1.84%
"Hassle" Factor		0.20%	\$127.23	0.73%
Gross Discount Rate		12.70%	\$446.54	2.57%
US Delivered Cost		1,000,000		
Additional Legal Costs		15,000	\$333.67	1.92%
Import Cost		4,000	\$88.98	0.51%
Total Cost		1,019,000		
Mexico Residual	35%	350,000	\$612.22	3.53%
Mexican Monthly Lease Rate		\$18,823.43	\$1,481.41	8.54%





Incremental Cost Factors Example - Railcar Lease in Mexico



How the Protocol can reduce costs

- Country Risk
 - A portion is the legal risk associated with unclear rules regarding repossession and time factors associated with legal repossession
 - Repossession issues cause lessors to lower residual expectations
- Legal Cost
 - Registration fees and notary costs increase transaction cost



Conclusion

- If well-executed the Protocol could significantly reduce cost of financing in many countries
- Key Factors
 - The country must adopt and enforce the Protocol's reasonable standards for repossession
 - The country's courts must support the law and act in a timely manner to protect interests of the lender/lessor



**SPECIFIC ISSUES OF PARTICULAR IMPORTANCE UNDER THE PRELIMINARY DRAFT
RAIL PROTOCOL**

Definition and identification of railway rolling stock

Registration system: Integration with existing registries

Peter Bloch

Department of Transportation, United States of America
Co-Chairman of the Rail Registry Task Force

Identification and definition of railway rolling stock and integration of existing registries and the International Rail Registry

Peter Bloch

This morning I want to address several issues of particular importance to the draft Rail Protocol. These are the definition of railway rolling stock, the issue of how such rolling stock will be identified for purposes of the Rail Protocol and the Rail Registry, and the question of how existing rail registries will interface with the International Rail Registry.

The definition of railway rolling stock is significant because it determines what is subject to an interest under the Rail Protocol. Railway rolling stock is defined, in Article I, paragraph 2(g) of the draft Rail Protocol, to mean railway vehicles and all operating and technical data, manuals, notebooks and other records identifiable in relation to a specific railway vehicle. Railway vehicle, in turn, is defined in paragraph 2(f) to mean a vehicle moveable on or directly above rails, including all traction systems, engines, brakes, axles, bogies and pantographs. It includes all components and parts installed or incorporated into the vehicle. Thus, the term railway rolling stock covers more than just a train, as that term is generally understood; it covers, equipment that moves on a rail that performs a maintenance function and it covers all manner of records and manuals pertaining to a railway vehicle. Significantly, this term does not include spare parts or any loose objects on the vehicle.

It is important to point out that a piece of railway rolling stock does not have to have any international connection in order to be covered by the Rail Protocol. Nor must it be intended for international transport or use. The international element rests with the financing agreement. The Protocol is intended to facilitate cross-border asset-based financing of railway rolling stock, regardless of whether it is in fact used internationally.

It is also important to keep in mind that the definition does not include infrastructure. Thus, the rails, rail beds, and propulsion and traction systems, which reside outside the vehicle, are not included. Similarly, rail

houses maintenance facilities and dispatch and control centers are excluded.

As a general matter, the draft Rail Protocol strikes a fair balance between what to include and what not to include in the definition. I do note, however, that I am sympathetic to the observation made yesterday that in many countries, infrastructure is needed more immediately than rolling stock.

The second issue I would like to address is the identification of rolling stock. Article 2(2) of the Convention makes it clear that in order for an interest to be valid, it has to be provided in a uniquely identifiable object. The need for uniqueness also follows from Article VII of the draft Rail Protocol which sets out the formal requirements needed for an interest to be deemed an international interest. Without this requirement, the interest would not be valid.

Article V further defines how the identification is to be done. It states that the Supervisory Authority shall in regulations prescribe a system for the allocation of identification numbers by the Registrar to enable the unique identification of items of railway rolling stock. Article V further provides that the identification number shall either be affixed to the item of railway rolling stock or, in the alternative, be associated in the International Registry with a national or regional identification number so affixed.

This alternative way of identifying the piece of railway rolling stock was an approach agreed to after a great deal of discussion and debate. Perhaps I should step back for a moment to explain how we came to agree on this language. Professor Kronke noted earlier that I serve as the co-chairman of the Rail Registry Task Force. The Task Force is comprised of states and organizations, including the Rail Working Group, that is interested in registry issues. The Task force was originally created to consider the problem of how existing registry systems,

such as those in the United States and Canada, could continue to function and co-exist with an international registry. Specifically, this was a problem because one of the underlying premises of the Cape Town Convention, that a security interest must be in a uniquely identifiable object, clashed with the system used in North America which allows the number on a vehicle, more often painted on than permanently attached, to change repeatedly throughout the course of its lifetime.

This clash was compounded by the fact that under the Cape Town Convention system, a security interest is to be filed and be searchable by the asset, while in the United States and Canada, filings and searches are based on the debtor's and creditor's identity.

Quite understandably, the U.S. and Canadian delegations and industries were very reluctant to change their systems so to accommodate the international system: their registries worked quite efficiently, were well understood by practitioners, were very low cost, and helped produce a financial environment where the financing costs were the most competitive in the world.

All of this provided quite a challenge to the Task Force. Initially, the group looked at whether existing registries in geographical areas within which rail systems operated and could not leave, should be specially recognized and given certain autonomy from the international registry. In fact, a number of the Task force's participants thought that where such self-contained, or regional systems were in place, the interface between such registries and the international registry should be limited to the international registry retrieving data from the existing registry for information purposes only. Under that scenario, the international registry would not establish priorities for interests on vehicles residing in those autonomous regions; rather this would continue to be done by the existing registries. That view stood in sharp contrast to other participants' views that a vehicle identification number had to be permanently affixed to the vehicle and could never change.

Luckily, or perhaps I should say through hard work, the Task force started finding answers to some of these difficulties. After some research and discussion with computer

experts, it became clear that registries that were debtor and creditor based could fairly easily be adjusted so to have filings and searches done by asset. That was one small success. The changeability of the identification marks proved a more difficult task. The Task Force chewed on this problem through a number of meetings spanning two years. Finally, while meeting during the third intergovernmental session in Bern last year, the Task Force came up with a formulation now captured by Article V, paragraph 1 of the draft Rail Protocol. The alternative formulation in this paragraph allows existing systems to remain in place, undisturbed, and satisfies the need to have a unique identification number for a vehicle, with that unique number provided by the international registry, not the existing registry. In practice, this is how it would likely work; the financing party making the first filing of an international interest on a piece of rolling stock will input the national identification number for that vehicle into the international rail registry. The international registry will then immediately create and assign its own number for that vehicle, which will stay with that vehicle throughout its life.

If the alternative identification system is used, the regional or national number of a piece of rolling stock may change. This, for example, can happen if the piece of rolling stock is exported to another country with a different registration system, or if the vehicle is transferred from one railroad to another in the same regional system or even if a lessor leases the vehicle to another railroad. Where a vehicle has been renumbered because of one of these circumstances, the International registry will contain a list of all of the regional or national registration numbers applicable to it during the validity of the security agreement.

This alternative approach to identification can only be used in a State that has made a declaration to that effect. The declaration will specify the regional or national system intended to be used. Article V(4) of the draft Rail Protocol allows the Supervisory Authority to review such national or regional systems and to render advice on what steps could be taken to ensure that the national or regional system meet the requirements of the draft Rail Protocol and Convention.

As part of the newfound solution for the identification problem, agreement was also reached on provisions intended to safeguard this arrangement and insure that it could not be nullified at a later date. Thus, the Task force agreed on the language now set out in Article XIII of the Rail Protocol. This paragraph states: "A decision of the Supervisory Authority that affects only the interests of a State Party or a group of State Parties shall be made if such State Party or the majority of the group of States Parties also votes in favour of the decision. A decision that could adversely affect the interests of a State party or a group of States Parties shall have effect in such State Party in

a group of States Parties if such State Party or the majority of the group of States Parties also votes in favour of the decision. As footnote 9 of the draft Rail Protocol points out, it is recognized that this paragraph may need some further work, but that the full content of the paragraph must be maintained."

In conclusion, I believe that the Task Force has largely succeeded in resolving the identification number and national/regional registry issues and that the path forward on those issues is now clear. That concludes my remarks.

Thank you for allowing me the opportunity to make this presentation.

**SPECIFIC ISSUES OF PARTICULAR IMPORTANCE UNDER THE PRELIMINARY DRAFT
RAIL PROTOCOL**

Specific remedies

Howard Rosen

Solicitor, Chairman of the Rail Working Group

Cf. Powerpoint presentation

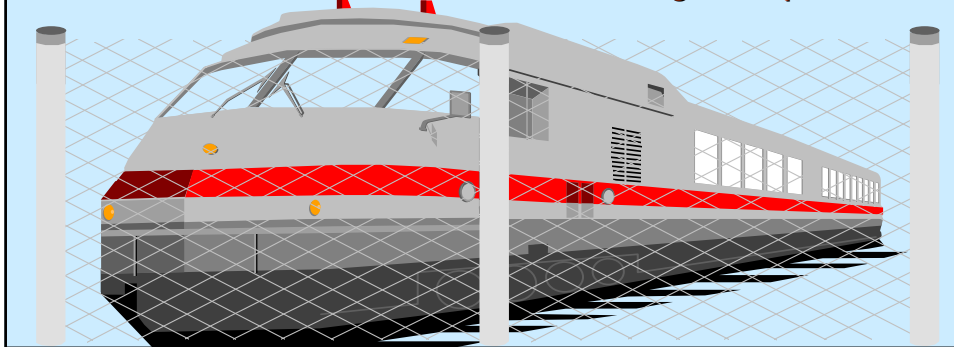
Specific issues of importance under the preliminary draft Rail Protocol

Specific Remedies

Mexico City, 12th October 2004

Howard Rosen, Zug, Switzerland

Chairman Unidroit Rail Working Group



Analysing the Specific Remedies

- Final and interim remedies
- Look first at the Treaty and then at the Rail Protocol
- How does bankruptcy affect the remedies
- Looking at Public Service exemptions

Specific Remedies

- Delivery up of asset on default
(Articles 8 –15 of the Convention and Article VII of the Protocol)
- Interim Relief
(Articles 13 of the Convention and Article VIII of the Protocol)

Default Remedies

- What do we mean by “default”?
- Article 12 firstly allows parties to agree on what it is
- And if there’s no agreement defines “default” as

a default which substantially deprives the creditor of what it is entitled to expect under the agreement

Default Remedies

- Article 8: on default if parties have agreed or otherwise pursuant to a court order, creditor may
 - (a) take possession or control of any object charged to it;
 - (b) sell or grant a lease of any such object;
 - (c) collect or receive any income or profits arising from the management or use of any such object.
- Article 8 also dictates the application of surplus proceeds
- Article 9 provides power for vesting of title, either by agreement or by court order

Default Remedies

- Article 10: on default under a title reservation agreement or under a lease

the conditional seller or the lessor, as the case may be, may:

- (a) ... terminate the agreement and take possession or control of any object to which the agreement relates; or
- (b) apply for a court order authorising or directing either of these acts.

Default Remedies

- Article 8 is modified by Article VII of the Rail Protocol in three key areas:
 - Any court order for possession may also require the debtor to facilitate the creditor's exercise of its repossession rights (e.g. provision of traction to a suitable delivery point)
 - Presumption of reasonableness in relation to exercise of remedies if in accordance with agreement between parties unless manifestly unreasonable
 - Reasonable prior to notice to other interested persons shall be (at least) 14 days

Relief pending final determination

- Why is it necessary?
- What is granted under the Treaty is in addition to whatever is available under local law
- Starting point is Article 13 of the Treaty

Relief pending final determination

- Article 13 permits a creditor, pending final adjudication of its claim, to apply to the court for interim relief of the following types:

- (a) preservation of the object and its value;
- (b) possession, control or custody of the object;
- (c) immobilisation of the object; and
- (d) lease or, except where covered by subparagraphs (a) to (c), management of the object and the income therefrom.

Relief pending final determination

- The Court may
 - require notice to be given to other interested parties and
 - add conditions dealing with the position if the creditor fails to substantiate its claim or to comply with an obligation to the debtor

Relief pending final determination

- Article VIII of the Rail Protocol makes the following key modifications of Article 13:
 - No requirement for debtor consent before a creditor can exercise its rights for interim relief
 - Allows Contracting States to declare what “speedy” is
 - Allows sale of object if creditor and debtor agree

Bankruptcy

- The Thoughts behind Article IX
- Analysing the three Options
- What’s the best way forward?

Bankruptcy

- The Thoughts behind Article IX
 - Balancing the rights of creditors, stakeholders and shareholders
 - The “hard” option (A), the “soft” option (B) and the compromise (C)
 - The EU law compatibility issue (briefly)

Bankruptcy

1. This Article applies only where a Contracting State that is the primary insolvency jurisdiction has made a declaration pursuant to Article XXVII.

Bankruptcy

Alternative A

- On insolvency, delivery up of the railway rolling stock to the creditor no later than the end of the “waiting period”; (but should not be worse off than existing law rights)
- Unless and until the creditor is given the opportunity to take possession the railway rolling stock must be maintained and creditor may apply for any other forms of interim relief
- The insolvency administrator or the debtor may retain possession of the railway rolling stock if it has cured all defaults (other than a default constituted by the opening of insolvency proceedings) within the waiting period
- Insolvency administrator retains rights under the applicable law to terminate the agreement.

Bankruptcy

Alternative B

- On insolvency, the insolvency administrator or the debtor, as applicable, upon the request of the creditor, must notify creditor whether it will cure defaults or allow repossession
- If the insolvency administrator or the debtor, as applicable, does not give notice or if it does but fails to give possession, the court may permit repossession
- The railway rolling stock shall not be sold pending a decision by a court regarding the claim and the international interest.

Bankruptcy

Alternative C

- On insolvency, the insolvency administrator or the debtor, as applicable, cure all defaults other than a default constituted by the opening of insolvency proceedings and agree to perform all future obligations or give the creditor possession.
- But before the end of the cure period, the insolvency administrator or the debtor may apply to the court for a suspension of the redelivery obligations subject to an undertaking to pay all sums and perform all other obligations during the suspension period
- Court must decide within a given period failing which no suspension.
- Unless and until the creditor is given the opportunity to take possession the railway rolling stock must be maintained and creditor may apply for any other forms of interim relief
- Insolvency administrator retains rights under the applicable law to terminate the agreement.

Public Service Exemption

- Why needed
- Application to remedies on default and bankruptcy
- Intentions and tensions

Public Service Exemptions

‘ “public service rolling stock” means railway rolling stock habitually used for transporting the public on scheduled services or otherwise utilised by a Contracting State directly (and not provided, other than incidentally, to be used by third parties) in each case together with locomotives and ancillary railway rolling stock habitually used to provide such services ;’

Article I (2) (e)

Public Service Exemptions

A Contracting State may, at the time of ratification, acceptance, approval of, or accession to this Protocol, declare which and to what extent the following subparagraphs shall apply to such Contracting State:

Article XXV

Public Service Exemptions

- (a) the remedies provided in [Chapter III of the Convention and Articles VII to X of this Protocol] shall not be exercisable within its territory in relation to the public service rolling stock specified in its declaration or determined by a competent authority of that State notified to the Depositary;

Article XXV

Public Service Exemptions

- (a) the remedies provided in [Chapter III of the Convention and Articles VII to X of this Protocol] shall not be exercisable within its territory in relation to the public service rolling stock specified in its declaration or determined by a competent authority of that State notified to the Depositary;
- (b) the remedies provided in [Chapter III of the Convention and Articles VII to X of this Protocol] shall not be exercisable within its territory in relation to railway rolling stock as far as it is used for the purpose of providing a service of public importance as specified in its declaration or determined by a competent authority of that State notified to the Depositary;

Article XXV

Public Service Exemptions

- (a) the remedies provided in [Chapter III of the Convention and Articles VII to X of this Protocol] shall not be exercisable within its territory in relation to the public service rolling stock specified in its declaration or determined by a competent authority of that State notified to the Depositary;
- (b) the remedies provided in [Chapter III of the Convention and Articles VII to X of this Protocol] shall not be exercisable within its territory in relation to railway rolling stock as far as it is used for the purpose of providing a service of public importance as specified in its declaration or determined by a competent authority of that State notified to the Depositary;
- (c) the Contracting State making a declaration under either of the preceding sub-paragraphs shall take into consideration the protection of the interests of the creditor.

Article XXV

Conclusion

- Conceptually the Treaty and the Rail protocol recognises and delivers a key set of remedies on default BUT
 - Extensive rights for Contracting States to contract out or modify what the Treaty brings
 - Bankruptcy inevitably modifies such rights (and the provisions here may in turn be subject to, or need to be compatible with international bankruptcy rules)
 - Public policy reasons dictate that Contracting States must be able to keep up a public rail service
- In each case, there is a balancing act...

**SPECIFIC ISSUES OF PARTICULAR IMPORTANCE UNDER THE PRELIMINARY DRAFT
RAIL PROTOCOL**

Registration system: Supervisor and Registrar

Gerfried Mutz

Deputy to the Director General of OTIF

Cf. Powerpoint presentation

International Interests Supervisory Authority and Registrar

Rail Protocol to the Cape Town
Convention



Two Instrument Approach

- Convention non equipment specific
- Equipment specific protocols
 - Aircraft
 - Space assets
 - Railway rolling stock
- Equipment specific protocols prevail over the convention

OTIF

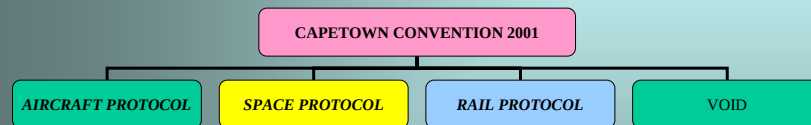


Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

2

Convention and Protocols



Any inconsistency is to be resolved in favour of the Protocol!

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

3

Registry principles

- Different registers for different categories of mobile equipment
- Supervisory Authority - Registrar
- Electronic system
- No contract documents

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

4

Supervisory Authority

Article 17 § 1 Cape Town Convention

There shall be a Supervisory Authority as provided by the **Protocol**

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

5

Supervisory Authority

Aircraft objects

- **In relation to aircraft objects:** the international entity designated by a Resolution adopted by the Diplomatic Conference: **ICAO** (subject to the willingness of ICAO to perform this function)
- ICAO (Specialized agency of the UN) already possesses juridical personality and the capacity to contract, to acquire and dispose of immovable and movable property and to institute legal proceedings
- 188 Contracting States

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

6

Supervisory Authority Rail Registry

- Article XIII of the Rail Protocol: the Supervisory Authority is a “Council of representatives” appointed by each State Party to the Protocol
- The Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF) shall be the Secretariat of the Supervisory Authority

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

7

International Organisations

	Air	Sea	Rail
Governmental (GO)	ICAO	IMO	OTIF
Non gov. (NGO)	IATA	CMI, Liner Conferences	UIC, AAR

OTIF

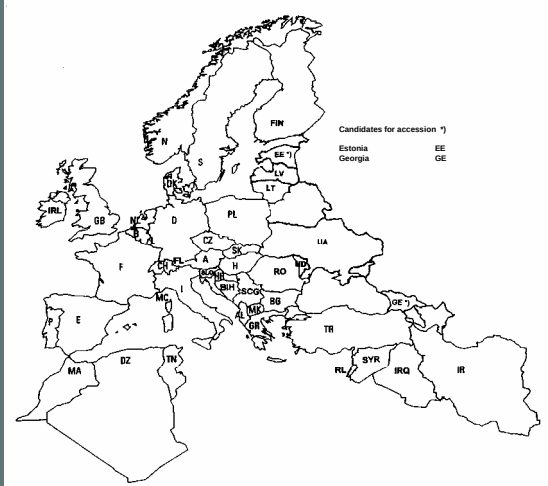


Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

8

COTIF Member States



1. Albania	AL	22. Lithuania	LT
2. Algeria	DZ	23. Luxembourg	L
3. Germany	D	24. Macedonia, FYR of	MK
4. Austria	A	25. Morocco	MA
5. Belgium	B	26. Monaco	MC
6. Bosnia and Herzegovina	BH	27. Norway	N
7. Bulgaria	BG	28. Netherlands	NL
8. Croatia	HR	29. Poland	PL
9. Denmark	DK	30. Portugal	P
10. Spain	E	31. Romania	RO
11. Finland	FI	32. United Kingdom	GB
12. France	F	33. Slovak Republic	SK
13. Greece	GR	34. Slovenia	SLO
14. Hungary	H	35. Sweden	S
15. Iraq	IRQ	36. Switzerland	CH
16. Iran	IR	37. Syria	SYR
17. Ireland	IRL	38. Czech Republic	CZ
18. Italy	I	39. Tunisia	TN
19. Latvia	LV	40. Turkey	TR
20. Lebanon	RL	41. Serbia Montenegro	SCG
21. Liechtenstein	FL	42. Ukraine	UA

OTIF

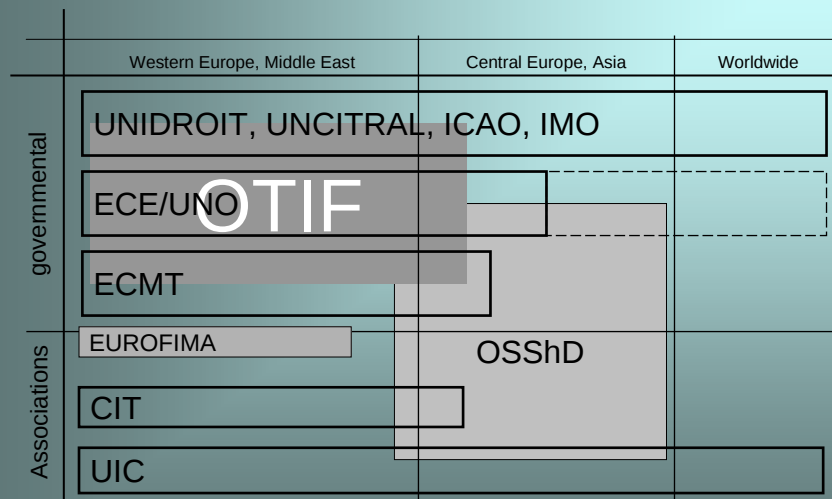


Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

9

International Organisations



OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

10

Supervisory Authority (Immunity)

- **Article 27 of the Convention:** the Supervisory Authority and its officers and employees shall enjoy, “such immunity from legal or administrative process **as is specified in the Protocol**”
- Exemption from taxes and other privileges may be provided for in the headquarters agreement with the host State
- At this stage, the Rail Protocol does not regulate the question of the Supervisory Authority's privileges and immunities

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

11

Supervisory Authority Tasks (1)

- Establish or provide for the establishment of the International Registry
- Appoint and dismiss the Registrar
- Ensure that any rights required for the continued effective operation of the International Registry in the event of a change of Registrar will vest in or be assignable to the new Registrar

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

12

Supervisory Authority

Tasks (2)

- Make or approve and ensure the publication of regulations pursuant to the Protocol dealing with the operation of the International Registry (after consultation with the Contracting States)
- Establish administrative procedures through which complaints concerning the operation of the International Registry can be made to the Supervisory Authority

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

13

Supervisory Authority

Tasks (3)

- Supervise the Registrar and the operation of the International Registry
- At the request of the Registrar, provide such guidance to the Registrar as the Supervisory Authority thinks fit
- Set and periodically review the structure of fees to be charged for the services and facilities of the International Registry

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

14

Supervisory Authority

Tasks (4)

- Do all things necessary to ensure that an efficient notice-based electronic registration system exists to implement the objectives of this Convention and the Protocol
- Report periodically to Contracting States concerning the discharge of its obligations under the Convention and the Protocol

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

15

Supervisory Authority

Decisions

- A decision that affects (or affects adversely) only the interests of a State Party or a group of States Parties
 - shall be made if such State Party or the majority of the group of States Parties also votes in favour of the decision

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

16

Supervisory Authority

Basic features

- **International legal personality**
 - Appropriate immunity from legal or administrative proceedings
 - Power to enter into any agreement necessary, including an agreement with the host State as to privileges
 - Power to supervise the Registrar and the operation of the international Registry
- **Not entitled to give directions to the Registrar to change data relating to a registration**
- Owns all proprietary rights in the data and archives of the Registry

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

17

Registrar (1)

- **Ensure the efficient operation of the International Registry**
 - perform the functions assigned to it by the Convention, the Protocol and the regulations
 - arrange for registrations to be entered into the International Registry data base and
 - arrange for registrations to be made searchable in chronological order of receipt
- **Files shall record the date and time of receipt**

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

18

Registrar (2)

- Registrar is liable errors and omissions in operating or for malfunction of the system (except force majeure)
- The Registrar shall **not** be under a duty to enquire whether a consent to registration under Article 20 has in fact been given or is valid
- The Registrar shall **not** be liable for factual inaccuracy of registration information received



Registrar (3)

- “Registrar” - independent entity or other person, natural or legal, appointed by the Supervisory Authority (or if otherwise provided by the relevant Protocol, designated by that Protocol) to run the International Registry
- Not an employee of the Supervisory Authority



Financial guarantee

Article 28(4) of the Convention: The Registrar is required to cover its prospective liability

- Insurance or financial guarantee
- Rail Protocol [Article XVII(4)]
 - In respect of each event
 - not less than the maximum value of [an item of] railway rolling stock as determined by the Supervisory Authority
- Further consideration is still needed on this point



First Rail Registry Regulations

- The first regulations shall be made by the Supervisory Authority no later than [three months] prior to the entry into force of this Protocol
- Made so as to take effect upon the entry into force of this Protocol
- Prior to issuing regulations, the Supervisory Authority shall
 - publish draft regulations in good time for review and comment and
 - consult with representatives of manufacturers, operators and financiers

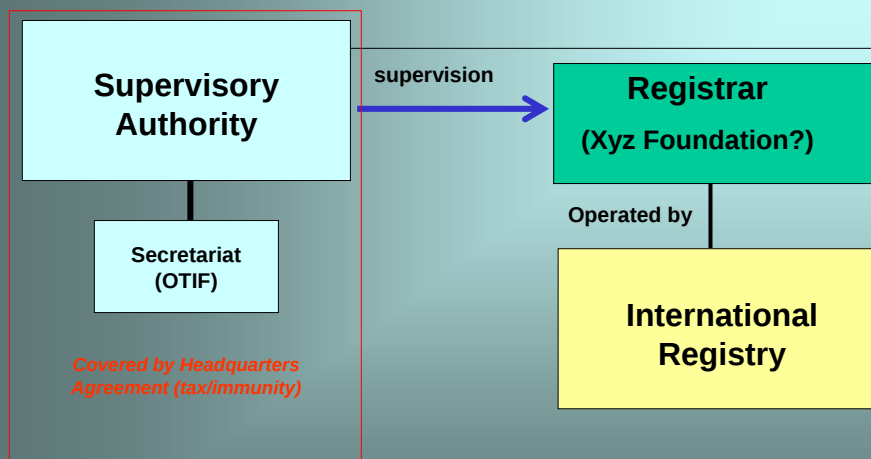


First Registrar

- The first Registrar shall be appointed for a period not exceeding [10] years
- Thereafter, the Registrar shall be
 - appointed or
 - re-appointed
- for successive periods each not exceeding [10] years.



Structure of the International Registry



International Registry

Inviolable and immune (from seizure or other legal or administrative process)

- Assets
- Documents
- Data bases
- Archives

Supervisory Authority shall own all proprietary rights in the data bases and archives

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

25

Identification of railway rolling stock

- The Supervisory Authority shall, in regulations, prescribe a system for the allocation of identification numbers by the Registrar
- Enable the unique identification of items of railway rolling stock
- The identification number shall either be
 - affixed to the item of railway rolling stock or
 - be associated in the International Registry with a national or regional identification number so affixed.

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

26

Search criteria

- Search criteria at the International Registry shall be established by regulations of the Supervisory Authority

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

27

Basic features of the registry

- Wholly electronic (registrations and searches)
- Publicity of ratifications and declarations via the Registry
- Notice based: establishes priorities, not validity
- Priority established on a first-in-basis
- Asset based: organised by object, not debtor
- Minimalist (documents not registered)
- Registrars role administrative, not interventionist

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

28

Conditions to registration

- Compliance with the electronic form
- Payment of the required fee
- Registrations that do not satisfy the foregoing conditions will be electronically rejected



RRTF Mandate (1)

- In relation to Article V (Identification of railway rolling stock):
 - (a) solicit, receive and summarize comments from stakeholders, including manufactures, operators and lenders on the operability of the system
 - (b) propose any additional measures to the system, including any draft provisions for the regulations with a view of implementing its objectives



RRTF Mandate (2)

- In relation to Article XIII (Supervisory Authority and Registrar):
 - (a) assess, develop and propose any amendments to the draft Article (issues of immunity, legal capacity and domicile, internal rules of procedure)
 - (b) develop appropriate Regulation provisions with a view of implementing this provision,
 - (c) solicit States or other entities interested in being appointed as the Registrar

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

31

RRTF Mandate (3)

- In respect of Article XVIII (International Registry fees), assess and determine factors to be taken into consideration in the establishment of the fee structure, e. g.
 - Registry cost assumptions
 - Initial funding (Host State ?)
 - Annual fees, fees paid on filing, fees paid for searching and/or issued certificates

OTIF



Supervisory Authority and Registrar
Dr. Gerfried Mutz

11./12.10.2004

32

RRTF Mandate (4)

- **Develop and propose the additional Regulation provisions and any other appropriate material necessary for the preparation of the Diplomatic Conference**
- **In performing the tasks set out above, the Registry Task Force shall in particular take into account the work done by the Preparatory Commission to implement the Aircraft Protocol and where appropriate a meeting of the Task Force**



Future work

- Subgroups of RRTF (at work)
- RRTF (September 2004, February 2005)
- Diplomatic Conference 2005 (?)



LIST OF PARTICIPANTS

REGIONAL SEMINAR
(Mexico, 11 – 12 October 2004)

FINAL LIST OF PARTICIPANTS

I. COLLOQUIUM SPEAKERS

Peter BLOCH

Office of the General Counsel
U.S. Department of Transportation
Washington D.C.
USA

Rafael CASTILLO-TRIANA, Esq.

FTAA CONSULTING, INC.
President and CEO
Coordination Center for
Legal Counsel in Latin America
Fort Lauderdale, Florida
USA

Alejandro M. GARRO

Columbia Law School
New York, N.Y. 10027
U.S.A.

Herbert KRONKE

Secretary-General - UNIDROIT
Rome
Italy

Gerfried MUTZ

Deputy to the Director-General
OTIF
Bern
Switzerland

Kevin F. O'GARA, Jr.

Managing Partner
Equitum LLC.
Atlanta, GA
USA

Jose Luis PAZ BOLANOS CACHO

Sales and Project Finance Director
Bombardier-Concarril S.A. de C.V.
Structured Finance
Mexico

Leonel PEREZ NIETO CASTRO

Consejo del Despacho "Von Wobeser
y Sierra S.C.
Mexico

Howard ROSEN

Solicitor
Zug – Switzerland

Jorge SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA

Centro Mexicano de Derecho Uniforme
Mexico D.F.

John WILSON

Legal Officer
Organization of American States
Private International Law
Washington, DC
U.S.A.

Jeffrey WOOL

Secretary and General Counsel to the
Aviation Working Group

PARTICIPANTS

COSTA RICA

Mr Daniel SABORIO
Jefe Registro Aeronáutico
Gobierno de Costa Rica
SAN JOSÉ

GUATEMALA

Lic. Alfonso ORTIZ SOBALVARRO
GUATEMALA, C.A.

MEXICO

Lic. Erika AARÚN CORDERO
Director Jurídico / General Counsel
Ferrocarri! Mexicano, SA. de C.V.
México D.F.

Mr Carlos AGUILAR
Abogado
Mexicana de Aviación
México D.F.

Mr Jesus Enrique ANGELES AGUILAR
Estudiante
México D.F.

Ms Araceli ACUÑA MIRAFUENTES
Estudiante
México D.F.

Ms Margarita ARÉVALO
Profesor
Facultad de Derecho UNAM
México D.F.

Mr Gustavo BACA
Director General de Ferrocarril del Istmo de Tehuantepec
México D.F.

Lic. Consuelo BAUTISTA BALTAZAR
Subdirector de Estudios Legislativos
Secretaria de Comunicaciones y Transporte
México D.F.

Mr Raul BECOML
Juez
México D.F.

Ms Monica CALDERON
Abogado
HSBC México D.F., S.A.,
Institución de Banca Múltiple
Grupo Financiero HSBC
Dirección Ejecutiva Jurídica
México D.F.

Mr Alejandro CASELÍN
Chief of Department of Mobile Equipment in Siger
Ministry of Economy
México D.F.

Mr Pablo CERVANTES
Partner
Noriega y Escobedo, AC
México D.F.

Javier CHRIESTLEB
Director Jurídico
Cia. Mexicana de Aviación, S.A.
México D.F.

Mr Angelo CIANCIULLI ARNONE
Lawyer / Academic
HUIXQUILUCAN

Mr Eduardo Cordova
Universidad Autónoma Metropolitana
Orizaba
México D.F.

Mr Mauricio CUÉLLAR
Corporate Lawyer
Camarera Abogados, S.C.
México D.F.

Mr Alberto DE LA CONCHA
Partner
Ancona Abogados, S.C.
México D.F.

Ms Diana DIAZ
Representante Legal
Consortio Aviasca S.A. de C.V.
México D.F.

Mr Francisco Javier FARFÁN PALACIOS
Estudiante
Universidad Autónoma Metropolitana
México D.F.

Ms Esther FRANCO LOMELI
Ejecutivo de Atención Especializada
Infonavit
México D.F.

Mr Horacio FRÍAS
Coordinador de Contratación de Crédito
HSbC México D.F., S.A.
Institución de Banca Múltiple
México D.F.

Mr H. Alejandro GRACÍA GUADARRAMA
Socio
García, López, River y Solis, S.C.
México D.F.

Mr Alberto GARDUÑO SANSOUBE
Director General
Probamex SA De CV
México D.F.

Mr Rubén Darío GÓMEZ ARNAIZ
Socio
Gómez Arnaiz Abogados, S.C.
GUADALAJARA

Miss Ligia GONZALEZ
OF Counsel / Professor
Ministry of Foreign Relations
México D.F.

Mr Fernan GONZÁLEZ DE CASTILLA
González de Castilla Abogados, S.C.
México D.F.

Mr Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO
Banero, Siquieros y Tomes Landa, S.C.
México D.F.

Mr Milton GONZÁLEZ GAYOSSO
Lawyer
Alarcón Abogados, S.C.
México D.F.

Mr Salvador GONZÁLEZ REYES
Estudiante - Universidad La Salle
México D.F.

Mr Alfredo GONZÁLEZ SERRANO
Notario Público 2 D.F.
México D.F.

Mr Juan Alfredo GUZMAN
Notario Público
GUANAJUATO

Mr Samuel GUZMÁN
Estudiante
Universidad Tecnológica de México D.F.
México D.F.

Ms Laura HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Ferrocarril Mexicano, S.A. de C.V. (Ferromex)
México D.F.

Ms Berenice ORNELAS HERNÁNDEZ
Universidad Nacional Autónoma de México D.F.
México D.F.

Ms Maura HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
University
México D.F.

Mr Pedro LABARIEGA
Coordinador Derecho Internacional / UAM – A
Universidad Autónoma Metropolitana - México D.F.
Mr Ignacio LARA
Estudiante
Universidad Autónoma Metropolitana
México D.F.

Ms Lorena Mercedes LERAMA CONTREROS
Estudiante
México D.F.

Mr Rafael LLAMAS
Associate
S.L. STERLING
México D.F.

Mr Humberto LÓPEZ MATA
AEROMEXICO
México D.F.

Dra. Norka LÓPEZ ZAMARRIPA
Investigadora – Catedrática
UNAM
México D.F.

Mr Federico KUCIO DECANINI
Corredor Público 31
México D.F.

Mr Daniel MALDONADO
LLM
Lexcorp Agodagos, S.C.
México D.F.

Ms María Elena MANALTA Y MEJIS
UNAM
México D.F.

Ms María Luisa MARTÍNEZ DELGADILLO
Poder Judicial de la Federación
MONTERREY N.L.

Ms María del Rocío MARTINEZ URBINA
Tribunal Superior de Justicia D.F.
México D.F.

Mr Rodolfo MILLAN DENA
Director
México D.F.

Mr Felio MIRAMENT
Lawyer
Transportación Ferroviaria Mexicana, S.A. de C.V.
México D.F.

Mr Edgar MORELOS DE LA ROSA
Estudiante
México D.F.

Mr Francisco Joaquín MORENO Y GUTIÉRREZ
Director General Jurídico
Banco de México D.F.
México D.F.

Ms Cristina NAVARRETE CAMACHO
Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco
México D.F.

Ma. Silvia ORTEGA AGUILAR
Juez Trabajo
Poder Judicial Federal
México D.F.

Mr Alvaro Conrado PÉREZ AQUINO
Notario Público 60 Oaxaca
OAXACA

Mr Alejandro PUCHEU
Associate
Haynes and Boone, S.C.
México D.F.

Mr Monserrat QUIROZ HERNÁNDEZ
Estudiante
Universidad Autónoma Metropolitana
México D.F.

Lic. Carlos REYES MARTINEZ
Profesor de derecho internacional privado
UNAM
México D.F.

Mr José Luis RENDÓN RODRÍGUEZ
Estudiante
Universidad Autónoma Metropolitana NA-Azc.
México D.F.

Mr Eli RODRÍGUEZ
Profesor
Universidad Iberoamericana
México D.F.

Mr Rogelio RODRÍGUEZ GRADUÑO
Director General Adjunto de
Transporte y Control Aeronáutico SCT D. GAC.
México D.F.

Mr Fermin ROMERO
Deputy Director for Political Affairs
México D.F.

Ms Mónica SAAVEDRA NATERAS
Abogada
Borda y Quintana S.C.
México D.F.

Mrs Liliana Ivonne SÁNCHEZ CORONA
Asistente Jurídico
ANTP
México D.F.

Ms Jazmin SÁNCHEZ E.
Abogada
Universidad Autónoma Metropolitana
México D.F.

Mrs Martha SÁNCHEZ G. ROA
Subdirectora Jurídica - Mexicana de Aviación
México D.F.

Ms Fabiola SÁNCHEZ VELÁZQUEZ
México D.F.

Mr Alvaro SARMIENTO
Associate
Kuri Breña, Sánchez Ugarte, Corcuera y Aznar, S.C.
México D.F.

Mr Carlos SERNA RODRIGUEZ
Partner
Noriega y Escobedo, A.C.
México D.F.

Mr Gerardo SCHULTZ
Consultant
México D.F.

Mr Oscar SOLIS
Abogado
Itavista # 264
México D.F.

Miss Karen Ivette TORRES HERNÁNDEZ
University (UNAM)
México D.F.

Mr Argimiro TORRES ISLAS
UNAM
México D.F.

Mr Miguel Angel TUAR
S.C.T. (D.G.T.T.F.M.)
México D.F.

Mr Gerardo VAZQUEZ
Abogado
Rjos Ferrer Guillen Llaren Strevino S.C.
México D.F.

Ms Luisa Azucena VÉLEZ PÉREZ
Universidad Autónoma Metropolitana
México D.F.

PANAMA

Ms Marybel BOUTIN
Panama

Dr Gilberto BOUTIN I.
Abogado
Boutin Law Firm
Panama

UNITED STATES OF AMERICA

Mr David PARKER
Director Finance
BOEING CAPITAL
98055 RENTON, WA
USA

VENEZUELA

Ms Evelyn BRITO
Associated Lawyer
Hernández, Brito & Asociados
CARACAS

*
* *

CONFERENCE OFFICER

Ms Marina SCHNEIDER
Research Officer
UNIDROIT