



Asamblea General

Distr. general
13 de mayo de 2019
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

52º período de sesiones

Viena, 8 a 19 de julio de 2019

Programa de trabajo

Propuesta de los Estados Unidos de América

Nota de la Secretaría

Los Estados Unidos de América han presentado a la Secretaría una propuesta de convocar un coloquio e iniciar posteriormente la labor relativa a la elaboración de disposiciones legislativas modelo sobre la localización y recuperación de bienes en procesos civiles en ordenamientos jurídicos de tradición romanista y de derecho anglosajón. La Secretaría recibió la propuesta el 13 de mayo de 2019. El texto recibido por la Secretaría se reproduce en el anexo de la presente nota, en la forma en que se recibió con pequeños cambios editoriales y de formato.



Anexo

Labor futura de la CNUDMI: régimen de la insolvencia

Propuesta de los Estados Unidos para convocar un coloquio e iniciar posteriormente la labor relativa a la elaboración de disposiciones legislativas modelo sobre la localización y recuperación de bienes en procesos civiles en ordenamientos jurídicos de tradición romanista y de derecho anglosajón

La propuesta

En el 52º período de sesiones del Grupo de Trabajo V, los Estados Unidos presentaron una propuesta de labor futura relativa a la elaboración de disposiciones legislativas modelo sobre la localización y recuperación de bienes en procesos civiles¹. En la propuesta se explicaba la importancia de crear instrumentos que permitieran a los representantes de la insolvencia recuperar lo máximo posible para los acreedores, tanto en el contexto de la insolvencia como en contextos más amplios, y en particular después de un fraude comercial o un desvío fraudulento de bienes².

Reconocemos que hay jurisdicciones que recurren principalmente a los procesos previstos en el derecho penal cuando tratan de recuperar bienes fraudulentamente adquiridos o desviados y que, por tanto, algunas de ellas consideran que el proceso de recuperación es fundamentalmente un asunto que debe regirse por el derecho penal. Nuestra propuesta no impide en ningún caso acudir a la legislación penal para recuperar bienes, pero, a nuestro juicio, la experiencia ha demostrado que también puede resultar útil seguir procesos civiles en los que no participa el Estado, en paralelo a los procesos que pueden tener a su disposición los funcionarios públicos cuyos objetivos a menudo se centran en el enjuiciamiento penal y no en la recuperación de bienes para los acreedores.

En nuestra propuesta también se señaló que, si bien algunas jurisdicciones disponían de diversos mecanismos judiciales y legislativos que permitían localizar y recuperar bienes en un proceso civil, muchas carecían de ellos³. A nuestro modo de ver, sería útil para todas las jurisdicciones que se ideara un “conjunto de opciones” de modo que pudieran elegir todos o algunos de sus elementos a fin de incorporarlos a su derecho interno, ya fuera en el contexto de la insolvencia o en un contexto más amplio⁴.

En la propuesta se recomendó que la labor futura se inspirara en los mecanismos existentes de los que ya disponían algunas jurisdicciones⁵ y se recomendó asimismo que se otorgara al Grupo de Trabajo el mandato de comenzar a estudiar preliminarmente la cuestión, de modo que pudiera comenzarse a trabajar en paralelo a la labor vinculada a las cuestiones sobre la insolvencia de las MIPYME “una vez que los proyectos actuales relativos a grupos de empresas y sentencias relacionadas con casos de insolvencia se hayan concluido en lo sustancial”⁶.

El mandato de la Comisión

En su 51º período de sesiones, la CNUDMI respaldó nuestra propuesta “en el ámbito de la insolvencia” y dio instrucciones a la Secretaría para que preparara “un estudio de antecedentes sobre las cuestiones pertinentes, teniendo en cuenta las actividades de otras organizaciones en esa esfera para que no hubiese duplicación o superposición”⁷.

En cumplimiento de ese mandato, se ha recabado información que facilita la elaboración de un estudio de antecedentes y se han desarrollado los ejemplos brindados para apoyar

¹ Propuesta de labor futura presentada por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.V/WP.154).

² *Ibid.*, párr. 1.

³ *Ibid.*, párr. 3.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, párrs. 4 a 7.

⁶ *Ibid.*, párr. 9.

⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/73/17)*, párr. 253 d).

la propuesta de labor futura. En el anexo de la presente propuesta se enumeran los mecanismos existentes. Otras instituciones, como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR) del Banco Mundial, han examinado algunos de estos mecanismos en el contexto penal, en particular en relación con la corrupción⁸. Del mismo modo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha examinado algunos de estos mecanismos en el contexto de su proyecto de procedimiento civil transnacional junto con el American Law Institute⁹.

El coloquio

Los Estados Unidos creen que, para completar el estudio de antecedentes, sería útil que se celebrara un coloquio de uno o dos días de duración en el que se desarrollasen los ejemplos de mecanismos existentes en jurisdicciones de derecho anglosajón y de tradición romanista y se delimitase el alcance de la labor de elaboración de un “conjunto de opciones” a fin de evitar duplicación o superposición con la labor que ya se está realizando para facilitar la localización y recuperación de bienes en el contexto de los asuntos penales. El formato de un coloquio permitiría a la Secretaría recopilar esa información suplementaria de manera eficiente porque reuniría a expertos en la materia y a otras organizaciones internacionales que no asisten necesariamente a los períodos ordinarios de sesiones del Grupo de Trabajo. Por ejemplo, habida cuenta de la labor que han llevado a cabo otras organizaciones, como la UNODC, la Iniciativa StAR y UNIDROIT, un coloquio permitiría revisar esa labor, tanto para evitar duplicación de esfuerzos como para estudiar las funciones complementarias del derecho civil y del derecho penal. Con la información que proporcionarían esas otras fuentes, la Secretaría estaría en condiciones de centrar su estudio de antecedentes directamente en la elaboración de instrumentos para la localización y recuperación de bienes en procesos civiles, complementarios pero ajenos al contexto penal. Una vez completada, la lista de propuestas legislativas existentes que figure en el estudio de antecedentes puede servir de punto de partida para que el Grupo de Trabajo comience su labor en relación con las disposiciones legislativas modelo.

Por ello, los Estados Unidos solicitan a la Comisión que: a) autorice la celebración de un coloquio que facilite la conclusión del estudio de antecedentes que encargó en su 51^{er} período de sesiones, con el objetivo de ampliar la lista de instrumentos para la localización y recuperación de bienes con ejemplos procedentes de jurisdicciones de tradición romanista y de derecho anglosajón y de delimitar la relación entre los procedimientos civiles y penales, y b) autorice al Grupo de Trabajo a iniciar la labor relativa a la elaboración de un “conjunto de opciones” de disposiciones legislativas modelo en el contexto de los procedimientos de insolvencia.

⁸ Véanse, por ejemplo, *Digest of Asset Recovery Cases* (2015), *Guidelines for Efficient Recovery of Stolen Assets* (2017) (“las directrices de Lausana”), *Manual para la recuperación de activos* (2011) y *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures To Hide Stolen Assets and What To Do About It* (2011).

⁹ Véanse, por ejemplo, los *Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional* (2004).

Anexo

Lista de mecanismos judiciales y legislativos existentes para la localización y recuperación de bienes

Antecedentes y justificación

La apertura de un procedimiento de insolvencia puede proporcionar otros instrumentos que facilitan la localización y recuperación de bienes de los que de otro modo no se dispondría, pero muchos ordenamientos jurídicos prevén medidas para localizar bienes que no dependen de la apertura oficial de ese procedimiento. La lista que figura más adelante incluye medidas que facilitan la localización y recuperación internacionales de bienes. Muchas de esas medidas surgieron en respuesta a los esfuerzos realizados por particulares y empresas para transferir bienes fuera de sus jurisdicciones cuando sus acreedores solicitaban su incautación. El contexto en el que surgieron esas medidas ha evolucionado con la llegada de Internet, que ha facilitado enormemente la posibilidad de transferir bienes rápidamente entre múltiples jurisdicciones. Este cambio pone de relieve la necesidad de disponer de instrumentos en múltiples jurisdicciones que faciliten la localización y recuperación de bienes cuando no existan en la actualidad.

Si bien la apertura de un procedimiento de insolvencia puede permitir que el titular de un cargo en caso de insolvencia o profesional designado para administrar los asuntos de la empresa posea muchas de las facultades de los directores de la empresa en cuanto al acceso a la información de esta, una de las dificultades más notables a las que se enfrenta un representante de la insolvencia es la de tomar medidas rápidas y económicas para recuperar los bienes desviados a una jurisdicción determinada en beneficio de los acreedores que puedan encontrarse en otra jurisdicción. La adopción de tales medidas en la jurisdicción a la que se han transferido los bienes puede reducir el costo y el tiempo necesarios para localizarlos y recuperarlos, lo cual es un elemento fundamental para que el procedimiento de insolvencia funcione de manera satisfactoria. Estas medidas aumentan la responsabilidad civil de los dirigentes empresariales y de otros actores, como los bufetes de abogados y las empresas de contabilidad, que facilitan este tipo de transferencias. Aun cuando el enjuiciamiento penal de este ilícito siga siendo el medio primordial para sancionar y desalentar este tipo de conducta, los instrumentos desarrollados en el ámbito del derecho civil refuerzan el procedimiento penal al imponer consecuencias financieras por la comisión de este ilícito.

Panorama general de los mecanismos existentes

En la actualidad, las peticiones transfronterizas de información relacionada con los procedimientos de insolvencia se tramitan con arreglo al Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (“El Convenio de La Haya”). En el Convenio de La Haya se prevé que las jurisdicciones se intercambien información probatoria mediante cartas rogatorias. Si bien este marco constituye un instrumento útil y apropiado para obtener información en muchas situaciones, en el contexto de la localización y la recuperación de bienes, los procedimientos no permiten otorgar la medida solicitada con agilidad, de modo que la información y los bienes pueden ser transferidos o desaparecer antes de que se puedan recuperar o se pueda aplicar una suspensión efectiva.

Por tanto, sería útil reforzar el marco existente con medidas suplementarias o alternativas, como los procedimientos legislativos modelo que se exponen más adelante. La lista refleja la labor preliminar realizada en el marco fijado por el mandato conferido por la Comisión en su 51^{er} período de sesiones para “preparar un estudio de antecedentes sobre las cuestiones pertinentes” relativas a la localización y la recuperación de bienes en el contexto de la insolvencia y en contextos más amplios. Está diseñada para poner de relieve los tipos de mecanismos que pueden informar la elaboración de disposiciones legislativas modelo.

La lista que figura a continuación se divide en medidas judiciales y medidas legislativas e incluye ejemplos procedentes de jurisdicciones de tradición romanista y de derecho

anglosajón. En ella también se señalan los casos en que el procedimiento civil puede basarse en un procedimiento penal, aunque de modo que no interfiera en la competencia de las autoridades que conocen del procedimiento penal. Un coloquio sería especialmente útil para analizar los instrumentos de que disponen los distintos sistemas judiciales con objeto de tener una visión más completa de los posibles instrumentos jurídicos modelo.

Mecanismos judiciales:

- Aplicación de la doctrina *Norwich Pharmacal*: acción incoada ante los tribunales para obtener información en posesión de un tercero de buena fe, como un banco, que de otro modo no se puede obtener de este con facilidad y que es necesaria para localizar y recuperar bienes en posesión de un acusado o de un tercero que carece del derecho a retenerlos, incluidos los autores desconocidos de hechos ilícitos. Tiene su origen en el caso *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133 y está reconocida por los tribunales regidos por el derecho anglosajón en el Commonwealth, el Canadá y otras jurisdicciones. Entre los tipos de información que un banco puede tener la obligación de divulgar figuran los siguientes: a) la ficha de firmas autorizadas para operar la cuenta, b) la información sobre la apertura de la cuenta, c) las copias de los depósitos o los recibos de las transferencias, d) las copias de los cheques o los datos sobre las transferencias emitidas, e) el saldo actual de la cuenta y f) los correos electrónicos o la correspondencia relativa a la cuenta y demás información pertinente.
- Auto de divulgación denominado *Bankers Trust*: acción incoada contra una institución financiera ante los tribunales a fin de localizar los bienes respecto de los cuales el demandante afirma tener algún derecho de propiedad mediante la divulgación por parte de la institución financiera de información financiera confidencial sobre un cliente, cuando hay pruebas sólidas de que los fondos objeto de litigio fueron obtenidos de manera fraudulenta y la demora en la divulgación de esa información puede dar lugar a que desaparezcan o se transfieran los fondos. El auto tiene su origen en el caso *Bankers Trust Co. v. Shapiro* (19080 B.N. 3116) y fue desarrollado en el caso *USC BTA Bank v. Fidelity Corporate Services Limited*, HCVAP 2910 635. El auto denominado *Bankers Trust* deja sin efecto la obligación de confidencialidad que, según el derecho anglosajón, tienen los bancos para con sus clientes y, en el contexto de la información sobre la titularidad de las empresas o la información bancaria de carácter confidencial, es posible solicitar la asistencia de los tribunales en las jurisdicciones de derecho anglosajón antes y después de que se haya incoado un procedimiento.
- Auto denominado *Anton Piller*: acción incoada ante los tribunales para solicitar el nombramiento de un depositario que controle, proteja y preserve las pruebas que un acusado o un tercero podrían destruir o hacer desaparecer cuando el demandante demuestra ese riesgo con indicios suficientes. Tiene su origen en el caso *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes LTD. And others*, 1975 A núm. 6292 (Tribunal de Apelación del Reino Unido).
- Requerimiento *Mareva*: acción que un acreedor incoa ante los tribunales, antes de que recaiga sentencia, por la que solicita que se dicte un auto de embargo preventivo en esa jurisdicción, a fin de impedir que los bienes desaparezcan, cuando el acreedor ha demostrado su derecho a cobrar con cargo a esos bienes. Tiene su origen en el caso *Mareva Compania Navier SA v. International Bulkcarriers SA*, párrs. 48 y 49, 1 All ER 213 (Tribunal de Apelación del Reino Unido).
- Auto de embargo preventivo mundial: deriva del procedimiento tramitado para dictar un requerimiento *Mareva*, pero tiene alcance mundial, siempre que se logre un equilibrio entre los distintos intereses en juego. Tiene su origen en el caso *Dadourian Group International Inc. and others v. Simms and others* [2006] 2 All ER 48 (Tribunal de Apelación del Reino Unido), puede dictarse cuando se satisfacen diversos requisitos y exige tener en cuenta varios elementos:

el “carácter opresivo” que representa para las partes extranjeras que se incorporen a un procedimiento, la disponibilidad de otras opciones para preservar los bienes, el equilibrio entre los intereses del demandante y los de las partes que puedan incorporarse al procedimiento y la solidez de las pruebas presentadas para demostrar el riesgo de que desaparezcan los bienes; exige también que, de ser posible, se notifique al demandado.

- Autos de reserva y de secreto del procedimiento: acción incoada ante los tribunales, junto con otras acciones descritas anteriormente para obtener información sobre los bienes o para embargarlos preventivamente, con la que se pretende i) ordenar al personal judicial pertinente que prohíba el acceso público a la demanda y al auto por el que se dicta la obligación de divulgación, el embargo preventivo o el embargo (“auto de secreto del procedimiento”), o ii) para prohibir que un tercero, como un banco, comunique a su cliente que ha divulgado información sobre la cuenta bancaria, el destino al que se transfirieron los fondos depositados en ella y el ordenante de la transferencia en virtud de un orden judicial (“auto de reserva”). Aunque requieren que se presenten pruebas sólidas sobre la necesidad de mantener la confidencialidad, los autos pueden ser instrumentos importantes para facilitar la recuperación pues permiten perseguir los bienes que se hallan en otras jurisdicciones o que se han transferido a estas antes de que los demandados puedan trasladarlos.

Mecanismos legislativos:

- Ley de Pruebas Obtenidas a partir de Registros Bancarios (*Bankers' Book Evidence Act*) de 1879 (Reino Unido): permite que una parte presente los registros de un banco como prueba razonable y sigue utilizándose en la actualidad en las demandas, las audiencias y los juicios para simplificar la carga probatoria exigida en las acciones incoadas para localizar y recuperar bienes.
- Título 28 del Código de los Estados Unidos, artículo 1782 (28 U.S.C. § 1782): permite que un particular, o un tribunal extranjero o internacional, obtenga pruebas en los Estados Unidos que faciliten que se incoe o se sustancie un procedimiento en una jurisdicción extranjera, cuando el demandante puede demostrar un fundamento razonable para creer que “dentro del territorio de un tribunal de distrito de los Estados Unidos hay información en forma de documentos o declaraciones testimoniales que razonable y presumiblemente conduce a pruebas admisibles en relación con juicios pendientes o previstos en el extranjero”.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (Ley Modelo de la CNUDMI) (incorporada en 43 jurisdicciones): de acuerdo con la Ley Modelo de la CNUDMI y la jurisprudencia desarrollada en las jurisdicciones que la han incorporado, los representantes de la insolvencia extranjeros pueden ser reconocidos en las jurisdicciones extranjeras siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley Modelo. Una vez reconocido como “representante extranjero”, el representante de la insolvencia tiene legitimación para seguir con el procedimiento o para incoar uno en ese Estado y, dentro del alcance fijado por el auto que lo reconoce como tal, puede obtener registros bancarios, registros de la titularidad de una empresa, documentos sobre la titularidad de una empresa y la entrega de bienes.

Acciones civiles permitidas como parte de un procedimiento penal

Algunas investigaciones penales y otros procedimientos permiten que particulares, siempre y cuando mantengan una determinada relación con el procedimiento penal, obtengan la información recabada en el curso de la investigación penal. Estos tipos de mecanismos pueden facilitar la localización y recuperación de bienes en el contexto de la insolvencia, pero deben ponerse en práctica de forma que no interfieran en la investigación penal en curso. Entre los ejemplos de mecanismos que han resultado útiles en el contexto de la insolvencia figuran:

- La participación como actor civil: en determinadas jurisdicciones de tradición romanista, como Suiza y Bélgica, las víctimas, los acreedores y los representantes de la insolvencia pueden intervenir en una investigación penal en curso, por ejemplo por blanqueo de dinero, a título de actor civil, de modo que pueden tener acceso a información financiera secreta y a otros registros relacionados con la recuperación de bienes que haya obtenido el fiscal, así como solicitar que se embarguen preventivamente los bienes o se les restituya, con la asistencia de los jueces instructores de la jurisdicción en cuestión.
- Artículo 6 e), párrafo 3), apartado E), inciso 1), del Código de Procedimiento Penal Federal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) (Estados Unidos): acción incoada ante los tribunales para obtener la información recabada en el transcurso de un procedimiento de gran jurado a fin de que pueda utilizarse en otro procedimiento judicial; constituye una excepción expresa a la prohibición general de divulgar la información recabada durante un procedimiento penal. Los tribunales se encargan de entregar la información a fin de proteger la investigación penal.
- Información obtenida en respuesta a una solicitud formulada en virtud de un tratado de asistencia judicial recíproca: en el contexto de una investigación penal en curso, petición formulada en virtud de un tratado por la que se solicita la cooperación de otra jurisdicción para obtener pruebas relacionadas con esa investigación penal que puedan utilizarse en procedimientos de insolvencia conexos.